

Aspectos actuales del arbitraje comercial internacional

Current aspects of the Commercial International Arbitration

*Kristhy Marian Herrera Bonilla**

Resumen

En el presente ensayo se analiza la influencia de la evolución de las relaciones económicas internacionales en el contexto de las necesidades de eficacia del arbitraje comercial internacional, que imparte justicia, no al servicio de un Estado, sino al servicio de la comunidad internacional. La continua expansión de los espacios económicos nacionales y transnacionales articulada con las exigencias de funcionamiento y de coherencia del espacio mercantil internacional determina una clara tendencia a la armonización conceptual y normativa de los procesos de cooperación e integración de los sistemas económicos, lo cual implica el desarrollo de un derecho económico internacional de nuevo tipo, al que así mismo debe corresponder el desarrollo de un arbitraje comercial internacional que para su eficacia jurídica debe operar como una institución arbitral ágil, oportuna y eficiente, que se ajuste a los requerimientos de los usuarios sobre una mayor flexibilidad procedimental arbitral que refleje las condiciones de agilidad del comercio transnacional en donde las fronteras territoriales, económicas y políticas son superadas por la realidad actual del intercambio mercantil, realidad que se traduce en una marcada homogeneidad en los trámites del tráfico mercantil globalizado, y para la cual se propone la posibilidad de

* Abogada, magíster de la Universidad Sergio Arboleda. Correo electrónico: kristhy.2003@hotmail.com

un nuevo sistema de arbitraje comercial internacional denominado *ordenamiento jurídico arbitral*.

Palabras clave: comunidad internacional, relaciones económicas transnacionales, ordenamiento jurídico arbitral, arbitraje comercial internacional.

Abstract

This essay analyzes the influence of the evolution of international economic relations in the context of the needs of efficiency of international commercial arbitration, which teaches Justice, not to the service of a State, but in the service of the international community. The continued expansion of the national and transnational economic spaces articulated with the demands of performance and consistency of the international commercial space, determines a clear tendency to the conceptual and normative harmonization of processes of cooperation and integration of economic systems, which involves the development of an international economic law new type, which must likewise correspond the development of an international commercial arbitration that must operate as an institution for their legal effectiveness arbitration agile, timely and efficient, which conforms to the requirements of users on arbitral procedural flexibility than reflects the conditions of the agility of the transnational trade where territorial, economic and political frontiers are overcome by the current reality of the Mercantile Exchange, reality that translates into a marked uniformity in the procedures of the global commercial traffic, and for which the possibility of a new system of international commercial arbitration called arbitration legal system is proposed.

Keywords: international community, transnational economic relations, arbitration law, international commercial arbitration.

Introducción

Durante las últimas tres décadas los cambios cualitativos en las relaciones de la comunidad internacional han resultado cada vez más vivos y prontos, en razón de la agilidad de los movimientos económicos generados por la evolución en la expansión de los espacios económicos nacionales y transnacionales concordantes con las exigencias de funcionamiento y de coherencia del espacio económico internacional, esto es, respecto de los criterios interna-

cionales de circulación y valorización del capital en los que todos sus componentes mundiales son interdependientes, vale decir, se trata de las manifestaciones contemporáneas de la evolución del fenómeno económico transnacional de la globalización (Peemans, 1996, pp. 16-19).

En relación con la fuerza de esta evolución de los negocios internacionales, el contenido del derecho internacional también se ha visto influido por las imperativas condiciones de incremento del tráfico económico transnacional, con lo que el derecho internacional público y el derecho internacional privado, hasta ayer autónomos y separados en sus respectivas esferas, hoy se ven incurso dentro una tendencia progresiva de armónica convergencia.

En este variable entorno de relaciones económicas transnacionales es donde la proverbial estabilidad del derecho consecuentemente se ha venido adecuando a las cambiantes necesidades de una evolucionada juridicidad que procure oportunamente respuestas apropiadas a la complejidad de los problemas planteados (Witker, 1997, p. 167).

En orden a lo anterior, el presente artículo analiza la influencia de la problemática de los activos cambios de las relaciones económicas internacionales en su determinante articulación con el derecho, en el contexto de las nuevas necesidades que se proponen en el derecho internacional en relación con la eficacia del arbitraje comercial internacional que imparte justicia, no al servicio de un Estado, sino al servicio de la comunidad internacional. Por ello, en curso de la rauda evolución del moderno arbitraje internacional, en especial del comercial, se ha generado “un impacto sin precedentes en las concepciones normalmente asumidas del ordenamiento jurídico” (Gaillard, 2012, p. 29). En efecto, en la actualidad el arbitraje comercial internacional se está caracterizando por sus decisiones audaces, que si bien ocasionan controversias académicas, en general son aceptadas por los tribunales y consolidadas en las normativas nacionales e internacionales.

De acuerdo con la propuesta de este escrito, los temas sobre los que se discurrirá tratan básicamente sobre el arbitraje internacional, en general, y en especial, el arbitraje comercial internacional con sus características actuales que comprenden las instituciones arbitrales internacionales, el problema de la sede arbitral y la deslocalización, para concluir en lo concerniente a la eficacia del arbitraje comercial internacional y a la posibilidad de la existencia de un ordenamiento jurídico arbitral transnacional.

Por tratarse de formas de inferencia o razonamiento lógico mediante la aplicación de la lógica formal o dialéctica para deducir conclusiones desde lo general hacia lo particular, esta investigación se ha desarrollado siguiendo el método lógico deductivo.

El arbitraje internacional

Visto desde la juridicidad de sus funciones, el arbitraje internacional es considerado como el método de resolución extrajudicial de controversias entre dos o más partes, mediante la actuación de una o varias personas (árbitro o árbitros), quienes derivan sus poderes del acuerdo entre las partes, así como del reconocimiento de sus funciones por la ley (Monroy Cabra, 1998, p. 23).

El concepto general sobre el arbitraje como mecanismo dispositivo extrajudicial y alternativo de resolución de conflictos, en tanto instrumento dispositivo, deriva, pues, sus funciones de la voluntad de las partes, en este caso, en relación con asuntos internacionales, en donde la definición de la controversia corre a cargo de uno o varios árbitros al proferir una sentencia, que en el arbitraje se denomina *laudo* (Botero y Correa, 2004, p. 19).

Como legítimo procedimiento de justicia no estatal, para efectos de dirimir controversias por parte de alguien investido de autoridad para emitir una decisión definitiva, la institución jurídica del arbitraje tiene una significativa importancia en las relaciones económicas internacionales, permitiendo a sus protagonistas resolver pacíficamente sus diferencias sin conflictos de jurisdicción, a la vez que se potencia la flexibilidad de un procedimiento fundamentado en la voluntad de las partes y que fomenta la especialidad de los conocimientos de los juristas u otros profesionales

designados para desempeñar las funciones arbitrales (Stampa, 2009, p. 50).

En el presente, el arbitraje internacional se ha constituido en el método de solución de conflictos más utilizado a nivel mundial, evidencia resultante de la complejidad de los negocios transnacionales que, al incrementar su volumen, también aumentan las probabilidades de controversias, y con ello, la necesidad de una pronta y cumplida resolución de estas por personas especializadas en estas materias. En efecto, usualmente se recurre al arbitramento internacional por la necesidad de encontrar la solución cualificada a los conflictos a través de este mecanismo alternativo extrajudicial que ofrece resultados en términos relativamente reducidos. Igualmente, en estos tiempos de desarrollo acelerado de la globalización, cobran importancia factores característicos del arbitraje, como son la neutralidad, la flexibilidad, la confidencialidad, la eficacia y, se reitera, la prontitud en la resolución de las controversias.

Con fundamento en el principio rector del arbitraje, la autonomía de la voluntad (Mezgravis, 1999, p. 210), el arbitraje internacional deja a las partes la libre escogencia de un método de solución de controversias según su albedrío, lo cual significa en la práctica la facultad de elegir la ley aplicable, así como también aspectos que incluyen el idioma en que se tramitará el procedimiento, lo mismo que la sede arbitral. Es decir, como quiera que las partes son las que voluntariamente deciden someterse al arbitraje, por ello, los árbitros y las partes eligen el procedimiento a seguir. Además, los laudos arbitrales son vinculantes para las partes, siendo objeto de recursos únicamente por pocas causales, conforme la legislación internacional sobre arbitraje vigente para la mayoría de los países, todo lo cual contribuye a la aprobación de las ventajas del arbitraje por los interesados.

El arbitraje internacional se robustece con el transcurso de los días en razón a sus atributos como institución jurídica que alcanza una trascendencia renovada por cuenta de los intereses comprendidos dentro del categórico incremento de los negocios económicos internacionales. De esta manera, con el creciente concurso

de instrumentos tecnológicos para el comercio electrónico que propician una mayor agilidad en los negocios internacionales en tiempo real, la actividad del arbitraje internacional se ha multiplicado (Botero y Correa, 2004, p. 21).

En estos tiempos de gran desarrollo de la globalización económica y los procesos de cooperación e integración en asuntos económicos internacionales, se configura una nueva realidad de las relaciones internacionales, siendo de gran importancia el decisivo aporte colectivo de la comunidad internacional desde mediados del siglo pasado, a través de la Organización de las Naciones Unidas. Es de significativa relevancia que en el Art. 33 de la Carta de las Naciones Unidas (26 de junio de 1945) se consagra el arbitraje internacional como un método pacífico de resolución de conflictos, con lo que desde 1945 se reconoció su fundamento y proyección supranacional en el nuevo orden mundial surgido al culminar la Segunda Guerra Mundial (Botero y Correa, p. 22).

Con este impulso institucional de la comunidad internacional, el arbitraje internacional se consolidó históricamente en su evolución como mecanismo de justicia autónomo, y por su racional independencia frente a las instancias judiciales de orden estatal. Así mismo, con el definitivo arraigo de la institución jurídica del arbitraje en la comunidad internacional también fueron reivindicados la costumbre y los usos comerciales internacionales, al grado que el conjunto de la jurisprudencia arbitral ha logrado un influjo unificador en la aplicación del derecho arbitral a escala global, contando con la creciente exigencia de los operadores de los negocios económicos internacionales, los organismos multilaterales y los Estados por utilizar métodos de solución alternativa de conflictos, en vez de la justicia del orden interno estatal (Galán Barrera, 2010, pp. 4-5).

Es de general aceptación en la comunidad internacional que en las relaciones económicas internacionales “se prefiere la armonización de intereses a la declaración de un derecho dogmático” (Garza Cánovas, 1991, p. 372). Es decir, no se quiere remitir el asunto al tratamiento de vencedor y vencido, que es la solución típica de la justicia estatal, puesto que en la realidad de las rela-

ciones económicas internacionales, más que el rigor procesal de una sentencia, lo que más importa es la sanción económica y la sanción psicológica, como sucede, por ejemplo, con la pérdida de clientes y el detrimento de la imagen financiera.

El arbitraje internacional, siendo un procedimiento que está provisto de las garantías iguales a todo proceso judicial, también ostenta dos características que lo diferencian de la justicia ordinaria estatal:

- a) Contrariamente al juez estatal, el árbitro carece de poder coercitivo frente a terceros ajenos al asunto.
- b) Al contrario del proceso judicial, en el arbitraje no procede la interposición de recursos (Stampa, pp. 50-51).

Por demás, frente a la justicia ordinaria estatal, en el arbitraje internacional se presentan componentes como la especialización de los árbitros, la privacidad de las audiencias y la confidencialidad de las materias controvertidas, que representan ventajas importantes que contribuyen a definir favorablemente la idoneidad de este mecanismo alternativo de justicia internacional.

Clases de arbitraje

Generalmente, en materia de arbitramento son conocidas seis clasificaciones, según criterios que se distinguen así:

- a) Por el carácter interno o internacional del arbitraje. De este modo, el arbitramento será I) nacional (doméstico); II) internacional; III) extranjero.
 - I) El arbitraje nacional o doméstico es el interno, que no contiene ningún elemento extranjero. Se aplica la ley del foro, es decir la del Estado sede, lo mismo en lo sustancial como en lo procedimental.
 - II) El arbitraje internacional es en el que no existe ninguna vinculación con la ley nacional. Este arbitraje se rige por los tratados públicos y por ello puede presentarse el caso de que el arbitraje sea internacional pero se desarrolla en territorio de una de las partes en controversia.

- III) El arbitraje extranjero es el que no es doméstico, o sea, el que se tramita por fuera del territorio nacional. Su referente es meramente geográfico, pues lo determinante es que se realiza por fuera del territorio nacional. De aquí que el laudo extranjero solo atiende al lugar del arbitraje, que debe ser fuera del territorio nacional, y, por tanto, se puede dar el caso de un arbitraje extranjero que se tramita en el Canadá, pero que se rige por la ley argentina (Botero y Correa, p. 25).
- b) Por el carácter interno o internacional del laudo. En este sentido, el arbitraje tendrá un laudo: I) doméstico (interno); II) internacional; III) extranjero.
- I) Laudo doméstico o interno, es la sentencia arbitral nacional.
- II) Laudo internacional, es la sentencia arbitral resultante de un arbitraje internacional en el que no existe ninguna vinculación con la ley nacional. En este tipo de laudo, también puede suceder que, aunque es internacional, se tramita en el país de las partes en controversia.
- III) Laudo extranjero, es el que profiere en un arbitraje cuya sede se encuentra en un país diferente a las partes en conflicto, pero cuyo reconocimiento y ejecución debe cumplirse en el país de las partes en controversia, e incluso, puede regirse por leyes de este país (Botero y Correa, p. 25).
- c) Por el nexo con un centro arbitral organizado. En este caso, el arbitraje será: I) institucional (administrado); II) semiorganizado; III) ad hoc (independiente).
- I) Institucional o administrado, es el arbitraje administrado por un centro permanente y especializado, y que obedece a un reglamento cuyo cumplimiento corre a cargo de esta institución. Tal el caso de la Cámara de Comercio de París. Para esta clase de arbitraje, la Convención de Nueva York, de 1958, en su Art. 1°

- (2), reconoce la existencia y validez del arbitramento administrado.
- II) Semiorganizado, es el arbitramento en el cual las partes se someten a un reglamento que no obedece a un centro que lo administre.
- III) Ad hoc o independiente, es el arbitraje en el que las partes fijan todo lo relativo al arbitraje, vale decir, la partes elijen la institución y el reglamento. En el caso de esta clase de arbitraje, su característica es ser más personalizado que los dos anteriores, en el sentido en que todo depende de la libre voluntad de las partes (Botero y Correa, p. 26).
- d) Por las atribuciones de los árbitros. Se trata de: I) arbitramento judicial; II) arbitramento contractual.
- I) Arbitramento judicial, es el que resulta cuando mediante sentencia el árbitro define una controversia.
- II) Arbitramento contractual, es similar al caso de la amigable composición, puesto que no se pretende superar la disputa, sino solo llenar un vacío del contrato. La limitación en la aplicación de este tipo de arbitraje consiste en que las partes prefieren estar seguras a través del pronunciamiento de un laudo, en vez de la inseguridad con la incorporación de un tercero, que no es árbitro, para que llene el vacío (Botero y Correa, p. 27).
- e) Por la naturaleza de la decisión. Puede ser: I) en derecho; II) en equidad (*exequo et bono*).
- I) Arbitraje en derecho, es cuando la decisión sobre el conflicto es fundamentada y fallada según normas del ordenamiento jurídico positivo. Entonces, si las partes nada objetan al respecto, se asume que el laudo es en derecho. Existe también una derivación de esta clase de arbitraje, es el arbitraje técnico, procedimiento que no es propiamente un peritaje, sino propiamente una decisión final, con efectos de cosa juzgada, decisión

que trata sobre temas que no son de derecho sino sobre aspectos que bien pueden ser técnicos, científicos o artísticos.

II) Arbitraje *exequo et bono* o en equidad, es cuando el árbitro decide en justicia. En esta clase de arbitraje el laudo tiene efectos de cosa juzgada, como en las demás clases de arbitraje, aunque sin embargo, la diferencia radica en que el árbitro no se acoge a la fuente formal normativa, sino que en cambio crea sus propias normas adecuadas al caso. Aquí de lo que se trata es de un asunto de orden ético, aunque desde luego, en ningún caso se puede infringir el orden público (Botero y Correa, p. 27).

f) Por la materia. El arbitraje será civil o comercial, o también laboral, etc., de acuerdo con la rama del derecho sobre la que trate la controversia.

Etapas del arbitraje

El pacto o convenio arbitral

Todo arbitraje funda su origen en la existencia de un pacto arbitral, convenio que constituye el elemento básico del proceso arbitral, dado que de su texto procede la autoridad del árbitro para conocer de la controversia.

El pacto arbitral es un acto jurídico solemne, siempre por escrito, en el cual las partes identifican con precisión el objeto de la controversia susceptible del arbitraje y convienen las características principales del procedimiento, que son usualmente referidas al número de árbitros que integran el tribunal, invariablemente en número impar; la sede del arbitraje; la ley aplicable al procedimiento; el idioma en el que se harán los alegatos, se celebrará la audiencia y se proferirá el laudo (Stampa, p. 57).

En todo caso, debe constar la ley que regulará el compromiso arbitral. Cuando las partes no han escogido la ley aplicable, será el árbitro el encargado de determinar la normativa, caso para el

que se tienen alternativas: la ley del lugar del arbitraje, la ley de la celebración del contrato o compromiso, la normativa vigente en el lugar de ejecución del contrato, etc. (Monroy Cabra, 2006, p. 367).

El procedimiento arbitral

El proceso arbitral internacional constituye, en sí, un verdadero proceso con todas las características jurídicas que implica conocer y decidir un litigio. De este modo, la controversia es resuelta por un tercero neutral, el árbitro, quien culmina el procedimiento profiriendo una providencia denominada *laudo* (Botero y Correa, p. 31).

En tanto juez, el árbitro cuenta con plenos poderes concedidos por la libre voluntad de las partes, poderes que lo facultan para conducir el proceso, impulsarlo y finalmente decidirlo. En especial, el proceso de arbitraje internacional se desarrolla observando los principios del debido proceso, de contradicción, de impulso oficioso, de libertad de pruebas, principio inquisitivo, principio de verdad material, así como los principios de oralidad y de escritura (Botero y Correa, p. 32).

Etapas del procedimiento arbitral

De acuerdo con Botero y Correa (2004), en el proceso arbitral internacional generalmente se diferencian tres fases consecutivas, que se pueden identificar así:

- I) Fase de alegaciones y contraalegaciones. Etapa en la que se surte la presentación de la demanda y su contestación.
- II) Fase de instrucción. Etapa en la que el tribunal practica las pruebas y corre traslado para alegatos.
- III) Fase de terminación del procedimiento. Etapa en la que es proferido el laudo y se liquidan las costas.

El laudo arbitral

El laudo internacional es un documento que contiene la decisión proferida respecto de la controversia sometida a consi-

deración. Se trata de un escrito en el que los árbitros exponen a las partes su decisión debidamente razonada, decisión que se equipara a los efectos jurídicos de una sentencia judicial ordinaria (Stampa, p. 62). En virtud de la Convención de Nueva York de 1958, los laudos internacionales son ejecutados por los tribunales nacionales.

El laudo puede ser parcial o global y no definitivo o definitivo. Es parcial cuando se ha proferido para efectos de resolver cuestiones meramente incidentales o no comprende todos los asuntos de la controversia; y es global cuando abarca todos los asuntos en litigio. Por otra parte, el laudo es definitivo o no, cuando decide o no, en conclusión, el fondo de la controversia planteada por las partes, siendo en efecto definitivo o final cuando en su contra ya no cabe ningún recurso, y por ser, además, “el último laudo que profiera el tribunal arbitral y con el cual termina la jurisdicción del tribunal” (Zuleta, Eduardo. 2008, p. 60).

Respecto de esta decisión final que contiene el laudo, sus razones deberán ser en derecho. Desde luego, el árbitro no es un funcionario estatal obligado a la aplicación de la ley vigente en su jurisdicción, sino que se trata de una persona de la esfera privada, un tercero calificado, designado por las partes para que decida en derecho, sobre la controversia que las partes le someten a su juicio, conforme a la ley escogida previa y libremente entre las partes (Stampa, p. 62).

Entonces, proferido el laudo internacional los árbitros terminan su mandato agotando así su jurisdicción respecto de un arbitramento que, en derecho, se presume legal, y, en consecuencia, el laudo se presume veraz. Por lo tanto, el laudo es ejecutable, con el previo otorgamiento del *exequátur*, puesto que el laudo internacional “debe ejecutarse según la ley procesal vigente en el lugar donde se pretende su cumplimiento” (Monroy Cabra, 2006, p. 368).

El exequátur

Con referencia al cumplimiento en Colombia del laudo internacional, se debe tener en cuenta que en el derecho interno el

laudo internacional no corresponde plenamente a la concepción colombiana de sentencia. En Colombia se considera que el laudo pone fin a un aspecto del litigio, pero no a todo el litigio, puesto que aún falta por decidirse el exequátur.

El exequátur es una institución jurídica con fundamento en el principio de la soberanía estatal, y está dirigido “a obtener la habilitación judicial del laudo extranjero en el país que debe cumplir el fallo” (Botero y Correa, p. 44). Es decir, que el exequátur es el requisito indispensable para lograr el reconocimiento y ejecutabilidad del laudo arbitral extranjero, lo cual significa, en derecho, que sin exequátur el laudo extranjero goza de vigencia, pero no de eficacia. Jurídicamente, la situación se explica desde la praxis, que muestra el hecho ostensible: sin exequátur el laudo existe, pero no es ejecutable (Botero y Correa, p. 44).

La evolución del derecho internacional ha propiciado que la comunidad internacional disponga de instrumentos que consagran normativas equivalentes, con tendencia uniforme para efectos del reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales internacionales. Entre estos instrumentos normativos son de mayor relevancia la Convención de las Naciones Unidas, de Nueva York en 1958, que hasta el año 2012 había sido ratificada por 147 Estados (incluyendo a Colombia) y la Convención de Panamá de 1975. Estas convenciones son coincidentes al disponer que la ejecución del laudo arbitral extranjero se rige por las normas procesales del Estado donde se pide el reconocimiento de la sentencia (Botero y Correa, p. 45).

En consideración a lo anterior, se tiene entonces que el procedimiento para que se obtenga legítimamente el reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero es el que determine la ley del Estado en donde este se solicite, es decir, la *lex fori*, tal como lo comprende el Capítulo Quinto de la Convención de Nueva York (Botero y Correa, p. 45).

En Colombia, el exequátur se ha de tramitar ante la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, instancia que de acuerdo con el Art. 693 del Código de Procedimiento Civil, definirá si el laudo

arbitral proferido en el extranjero produce efectos en Colombia y en consecuencia, es ejecutable.

La Corte Constitucional, en la Sentencia T-716 de 1996, define que: “Las sentencias dictadas por los jueces y tribunales extranjeros pueden ser ejecutadas en Colombia, siempre que de acuerdo con las formalidades de la ley procesal se tramite el correspondiente exequátur”. Por ello, la regulación del Art. 695, del *Código de Procedimiento Civil*, que dispone el procedimiento para tramitar formalmente el exequátur “con lo cual se busca garantizar el derecho fundamental al debido proceso para el reconocimiento de la eficacia, el carácter de cosa juzgada de la sentencia extranjera y su fuerza obligatoria” (Corte Constitucional, Sent. T-716 de 1996).

Botero y Correa (2004), en su obra *Arbitraje internacional*, comparten la concepción sobre que en el orden jurídico interno de Colombia la Constitución prevalece sobre las normas internacionales incompatibles. Esto, en relación con la eventual presencia de laudos extranjeros provenientes de asuntos entre multinacionales y potencias extranjeras cuyo enorme poder económico y político pudiera aparentemente hacer innecesario el exequátur. Sin embargo, en Colombia realmente se cumple con el trámite formal y material del exequátur, y la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre el tema es sistemática al considerar que en el orden jurídico interno prevalece la normativa constitucional frente a las normas extranjeras o tratados incompatibles con el derecho interno. En este sentido, el artículo 4 de la Ley Suprema del Estado consagra el principio de la supremacía de la Constitución, tal como también lo reafirma la Sentencia C-400 de 1998, respecto de los tratados internacionales incompatibles con la Constitución (Botero y Correa, p.57).

El arbitraje comercial internacional

A partir de la década de los años sesenta del siglo pasado se fue marcando con mayor impulso en la comunidad internacional la tendencia que en los últimos tres decenios se ha definido como el fenómeno de la globalización económica, y es una espe-

cie de aceleramiento en la creciente ampliación en las relaciones económicas internacionales, con lo que se ha venido situando al arbitraje comercial internacional como institución de la mayor importancia en el entramado de las nuevas necesidades que las relaciones comerciales en el presente plantean jurídicamente a nivel internacional. De esta manera, a un derecho económico internacional de nuevo tipo, también debe corresponder “una institución arbitral ágil, eficiente y oportuna, como única alternativa de solución fluida a los nuevos conflictos que emergen en la actualidad” (Witker, p. 167).

El profesor Monroy Cabra (2006) participa del concepto sobre que las causas del auge del arbitraje comercial internacional son, principalmente:

- a) La existencia de empresas dedicadas a los negocios internacionales, lo cual ocasiona conflictos que requieren pronta solución por árbitros expertos.
- b) La conocida demora en el trámite de los procedimientos judiciales ordinarios, además de su recargo de trabajo, hacen atractiva la resolución de controversias por el mecanismo alternativo arbitral.
- c) El procedimiento arbitral ocasiona bajos costos económicos.
- d) Las partes están interesadas en resolver sus controversias no exclusivamente en derecho, sino con fundamento en la equidad.
- e) La existencia de acreditados centros de arbitraje, de listas de expertos muy capacitados, y de un procedimiento ágil, con lo que el arbitraje comercial internacional revela una excelente imagen en la comunidad internacional (Monroy Cabra, 2006, p. 366).

El auge del comercio internacional a nivel global ha ocasionado también una necesidad apremiante de respaldarse en una legislación más o menos uniforme sobre el arbitraje comercial internacional, homogeneidad que pretende otorgar a este meca-

nismo de solución de conflictos una mayor seguridad jurídica internacional en virtud de su relevante aceptación en el mundo de las relaciones económicas transnacionales (Stampa, p. 51).

Sostiene Stampa (2009), que el arbitraje comercial internacional se ha consolidado como el mecanismo alternativo de solución de conflictos preferido por la comunidad empresarial internacional para dirimir las controversias resultantes del intercambio comercial global, fenómeno este que ha ocasionado el progresivo alejamiento de los litigantes de los tribunales ordinarios de justicia. De acuerdo con la información recopilada y analizada por la *Escuela de Arbitraje Internacional* de la Universidad de Londres, en colaboración con la reconocida firma *Price Waterhouse Coopers*, la efectividad del arbitraje comercial internacional hace que se haya constituido definitivamente en el mecanismo preferido por las empresas transnacionales (Stampa, p. 51).

Los resultados de esta investigación, publicados en 2006, en un informe titulado *Arbitraje internacional: hábitos y tendencias empresariales*, destacan entre sus conclusiones que la evolución del arbitraje comercial internacional lo ha arraigado como “una herramienta estratégica fundamental en la negociación de todo contrato transnacional”. Así mismo, el informe señala que la efectividad del arbitraje comercial internacional requiere también de la utilización de especialistas arbitrales proactivos, esto es, que estén en capacidad de anticipar los problemas contractuales futuros, de valorar los riesgos durante la negociación, lo mismo que minimizar las eventuales consecuencias negativas de esta (Stampa, p. 51).

De la misma manera, revela este informe que los usuarios del arbitraje comercial internacional se inclinan cada vez más por las cláusulas arbitrales tipo, o sea, cierto grado de uniformidad en las estipulaciones, adaptándolas a las características principales del contrato respectivo, con lo que los empresarios muestran además su preferencia por el arbitraje comercial institucional, especialmente de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA), de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA), o la Comisión Inte-

americana de Arbitraje Comercial (CIAC), predominando en su elección la calidad de las gestiones arbitrales, aunque estas preferencias no impiden a los empresarios exigir también la promoción de instituciones arbitrales regionales de solvencia cualificada.

Finalmente, esta investigación de la Universidad de Londres identifica las principales ventajas del arbitraje comercial internacional, así:

- a) La flexibilidad procedimental, que se ajusta a las necesidades concreta de las partes.
- b) La privacidad, como garante de la reputación comercial de las partes.
- c) La libre elección de árbitros especialistas, con una adecuada formación disciplinar, y además destinando a los más reputados como presidente de los tribunales arbitrales.
- d) El cumplimiento voluntario de los laudos (Stampa, p. 52).

Las instituciones arbitrales internacionales

En estos tiempos de activo incremento de la globalización comercial, el arbitraje internacional se ha convertido en la mejor opción para la resolución de discordancias entre empresas internacionales. No hay dudas sobre las ventajas del arbitraje comercial internacional, puesto que se trata de un comprobado sistema de eficiencia en la solución de desacuerdos en el comercio internacional. Se considera actualmente al arbitraje comercial internacional como un método *neutral* para efectos de resolución de disputas entre partes de diferentes Estados, con la ventaja inicial de que las partes enfrentadas evitan los tribunales del Estado de su contraparte, o sea, que el arbitraje comercial internacional, en tanto instancia especializada en las características propias del comercio internacional, permite evitar tribunales nacionales inexpertos o ineficientes (Arias, 2013, p. 15).

Cuando se trata de decidir cuál institución de arbitraje comercial internacional se encargará de administrar un determinado arbitraje, la International Bar Association (IBA) –desde

1947 la más importante organización mundial de profesionales del derecho internacional–, recomienda escoger racionalmente una institución que tenga experiencia en el arbitraje comercial internacional (Arias, p. 14). Los Reglamentos de los centros de arbitraje comercial internacional funcionan como la ley procesal a seguir, siendo estas normas las que permiten deslocalizar o no el arbitraje, así como determinar sobre la autonomía de las partes para escoger la ley aplicable, y la amplitud de que disponen los árbitros para la escogencia de la ley aplicable a la controversia, en ausencia de la selección de las partes.

De este modo, las normativas jurídicas aplicables en los arbitrajes internacionales no son los ordenamientos jurídicos internos de cada país, sino que básicamente se aplican:

- a) Los distintos tratados internacionales negociados y ratificados por los distintos Estados.
- b) Las reglas procedimentales de todas las instituciones internacionales administradoras del arbitraje que las partes, en uso de su autonomía de la voluntad, designan como aplicables en sus cláusulas arbitrales.
- c) Las reglas de la IBA (International Bar Association), y
- d) Los Principios Unidroit (Arias, p. 15).

Los Reglamentos de los Centros de Arbitraje Comercial Internacional más utilizados en la práctica del arbitraje internacional son los de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), del London Tribunal de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA), de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA) y el de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC).

La Cámara de Comercio Internacional

El arbitraje bajo el Reglamento de Arbitraje de la CCI es un procedimiento que conduce a una decisión vinculante por parte de un tribunal arbitral neutral, susceptible de ejecución de conformidad con las normas de arbitraje domésticas y tratados in-

ternacionales como el Convenio de Nueva York. El Reglamento de la CCI prevé un procedimiento administrado, es decir, que requiere que las partes remitan una solicitud formal a la Corte Internacional de Arbitraje (Cámara de Comercio Internacional (CCI) 38, Cours Albert 1er, 75008 París, Francia), que es el único organismo autorizado para administrar el Reglamento. La última edición del Reglamento (2012), adiciona nuevas disposiciones sobre temas como controversias que involucran múltiples contratos y partes; actualización de procedimientos para la conducción del caso; nombramiento de un árbitro de emergencia para ordenar medidas urgentes; y cambios para facilitar la gestión de controversias derivadas de tratados de inversiones y acuerdos de libre comercio (Reglamento CCI, p. 2).

El Tribunal de Arbitraje Internacional de Londres

El Tribunal de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA), fundado en 1883, es quizá la institución arbitral más veterana de las existentes (Parra, 2005, p. 374) y dispone de un actualizado Reglamento vigente desde el 1° de enero de 1998. La LCIA administra arbitrajes internacionales en cualquier sede y bajo cualquier ley aplicable, ofreciendo eficacia, flexibilidad y neutralidad a las partes que someten sus diferencias a sus decisiones. El texto del Reglamento ha sido actualizado para satisfacer las necesidades de acuerdo con la evolución de la comunidad empresarial internacional, los requerimientos de los abogados con práctica internacional y las exigencias de los árbitros, combinando adecuadamente las ventajas de los sistemas de derecho común y derecho civil (LCIA, 1998, p.1).

En lo que se refiere a su estructura la LCIA cuenta con tres secciones:

- a) La sociedad. Es una figura mercantil sin ánimo de lucro que básicamente cumple labores de impulso y coordinación de las actividades llevadas a cabo por la LCIA.
- b) La Secretaría. Realiza el trabajo administrativo de la institución, aunque actualmente se caracteriza por su alto nivel

de informatización, lo que permite ofrecer un gran apoyo a las partes que concurren a solicitar los servicios institucionales.

- c) El Tribunal arbitral. Es la máxima autoridad en materia de arbitraje dentro de la institución, representando la mayor vía de internacionalización de la LCIA. El Tribunal está conformado por 35 miembros, con reconocida experiencia en el entorno de la práctica jurídica comercial internacional, todos procedentes tanto del ámbito legal como de otras profesiones relacionadas con el mundo empresarial, no pudiendo ser más de seis de ellos de nacionalidad británica (Parra, p. 375).

La Asociación Americana de Arbitraje

The American Arbitration Association (AAA) es una experimentada institución de arbitraje comercial internacional fundada en 1926, y tiene entre sus finalidades la del arbitramento, la mediación y otras formas de solución de controversias extrajudiciales. Con sede principal en Nueva York (1633 Broadway, Floor 10), la AAA es una organización de servicios especializados, sin ánimo de lucro, que cuenta con 38 sucursales dentro de los Estados Unidos.

La misión institucional de la American Arbitration Association es la de soportar un amplio esquema de servicios administrativos para resolver controversias en el territorio de Estados Unidos, aunque paralelamente también cuenta con un Centro Internacional para la Resolución de Disputas (ICDR) que forma parte de la división internacional de la institución (Parra, p. 376). La anterior edición del Reglamento de Arbitraje Internacional de la AAA estaba vigente desde 1997, siendo puesto en vigencia un nuevo Reglamento desde el 1° de octubre de 2013 (AAA, 2013, p. 1).

En su función de administración de procedimientos de arbitraje, mediación, etc., la AAA decide anualmente sobre un promedio de 8.000 casos a nivel nacional y, a nivel internacio-

nal, la institución administra su reconocido Reglamento de Arbitraje Internacional. La AAA procura la asistencia para casos de proyección y puesta en práctica de alternativas de solución de conflictos a solicitud de las sociedades empresariales, de organismos gubernamentales, de oficinas de juristas y de tribunales, en el objetivo de solucionar conflictos relacionados con el trabajo, el consumo, la tecnología, la salud pública, el comercio internacional, etc. Así mismo, la American Arbitration Association ofrece programas de formación para personas interesadas en entrenamiento profesional en la solución de controversias, ya sea como terceros neutrales o consejeros de las partes. En este campo de acción, la AAA tiene a disposición una lista de alrededor 18.000 árbitros competentes para desempeñarse en diversas áreas especializadas. Igualmente, la institución desarrolla reglas de ética para los árbitros y normas de conducta para los mediadores y, además, edita publicaciones como el *Dispute Resolution Journal* y el *ADR Currents* (AAA, p. 1).

Para el desarrollo de sus actividades internacionales, la AAA a través de la ICDR dispone de diferentes instrumentos que le apoyan a desarrollar sus labores. En estas actividades son de relevancia:

- a) Los procedimientos internacionales regulados por el Reglamento ICDR. Este instrumento contiene unas reglas aplicables al arbitraje internacional y otras para la mediación internacional. Ambas se pueden utilizar de forma aislada o, en el caso de la mediación, como fase previa de la resolución de fondo a través del arbitraje.
- b) Los procedimientos seguidos según el Reglamento CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional). Las normas contenidas en el Reglamento CNUDMI sirven como reglas uniformes en la resolución de conflictos en todo el mundo. En este caso la ICDR actúa como una autoridad nominadora que aplica las reglas del Reglamento CNUDMI para solucionar una controversia internacional, proporcionando los servicios necesarios para ayudar a las partes y a los árbitros a resolver

los conflictos bajo el auspicio de las normas establecidas por Naciones Unidas (Parra, p. 377).

- c) Los procedimientos seguidos para la Corporación de Internet para asignar nombres y números (ICANN). En este contexto, la ICDR ha firmado un acuerdo con la ICANN (*Corporation for Assigned Names and Numbers*) para que sea esta institución la que resuelva los problemas que puedan surgir en relación a la asignación de nombres y números de dominio en Internet. Para ello se ha creado un Equipo Independiente de Revisión (IRP) elegido por las partes que examinará y presentará a través de la denominada *independent review* aquellos aspectos de los contratos que deban ser examinados según el Reglamento de Arbitraje de la ICDR (Parra, p. 378).

La Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial CIAC

Con un Reglamento de Procedimientos modificado y vigente a partir del 1 de abril de 2002 (CIAC Reglamento 2002, p. 1), la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, institución conocida bajo la sigla CIAC o IACAC, es una entidad de carácter privado instaurada desde 1934 como respuesta a la necesidad de crear un sistema interamericano de arbitraje y conciliación, con el objetivo de solucionar de manera especializada las controversias comerciales que se presenten dentro de la comunidad empresarial internacional. Desde su fundación y hasta el presente, la CIAC/IACAC ha contado con el apoyo de los principales centros de Métodos Alternativos de Solución de Conflictos de América, España y Portugal, los cuales se han hecho parte de la Comisión como Sección Nacional o Sección Asociada, permitiendo difundir y consolidar este sistema de solución de controversias (CIAC, 2013, p. 1).

Actualmente hacen parte de la Comisión interamericana de Arbitraje Comercial: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, España, Estados Unidos, Honduras, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Portugal, Perú, República Dominicana, Uruguay, y Venezuela.

La CIAC presta servicios institucionales especializados para la solución de conflictos en materia comercial internacional, y para estos efectos dispone de los servicios de arbitraje internacional, conciliación y capacitación. El servicio de arbitraje internacional se cumple en dos modalidades:

- a) Cuando las partes así lo han dispuesto en el pacto arbitral.
- b) Como órgano administrador en arbitrajes de naturaleza comercial, designando árbitros cuando las partes así lo hayan pactado o lo convengan con posterioridad al surgimiento de la controversia (CIAC, 2013, p. 4).

Naturaleza jurídica del arbitraje comercial internacional

Según Talero Rueda (2008), de acuerdo con la doctrina internacional son cuatro teorías desde las que se analiza la naturaleza jurídica del arbitraje comercial internacional, como se verá a continuación:

- a) Teoría jurisdiccional. Manifiesta que el arbitraje comercial internacional es una concesión del Estado, lo que significa que este tiene facultades para ejercer control sobre todos los procesos arbitrales realizados en su territorio. En esta teoría, el proceso arbitral al estar cubierto por el ordenamiento jurídico interno, también es un asunto de orden público. Igualmente, esta teoría reconoce que a pesar de ser el acuerdo entre las partes el fundamento del proceso arbitral, sin embargo, la validez de la cláusula arbitral, las funciones ejercidas por los árbitros y el laudo, son temas que están regulados por el ordenamiento jurídico interno del Estado (Talero Rueda, p. 12).

En orden a lo anterior, la actuación de los árbitros se desarrolla como delegados de la autoridad soberana el Estado, siendo sus decisiones asimiladas a las de los jueces ordinarios, y si los árbitros son designados por voluntad libre de las partes, aun así esta designación sigue siendo una extensión de las funciones del Estado.

Como se puede observar, esta teoría jurisdiccional ignora que el surgimiento del arbitraje comercial internacional como mecanismo alternativo de solución de conflictos es un fenómeno de carácter privado originado en asuntos económicos, y que al contrario de ser una concesión del Estado, es una institución nacida y desarrollada dentro del ámbito del comercio internacional. Del mismo modo, esta teoría desconoce el principio dispositivo, por el cual es la autonomía privada, la autonomía de las partes la que faculta a estas para elegir libremente las reglas aplicables a su procedimiento arbitral, sin perjuicio de las garantías mínimas correspondientes al principio del debido proceso (Talero Rueda, p. 13). Es decir, aunque el Estado ejerce control sobre los procedimientos arbitrales sujetos a su jurisdicción, lo cierto es que con el paso de los años tal control ha reducido su rigor en función del principio de la autonomía privada.

Esta última situación es la que se puede constatar en relación con la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional, que, aprobada desde 1985 y revisada recientemente (2006), tiene como propósito armonizar la legislación aplicable en los diferentes Estados que integran la Organización de las Naciones Unidas. En cumplimiento de sus objetivos, la Ley Modelo de UNCITRAL, por una parte, faculta a las partes con amplia libertad para estipular la regulación de su procedimiento arbitral, y, de otra parte, otorga a los árbitros plena autonomía para conducir el procedimiento en caso de ausencia de estipulación de las partes, y todo ello sin omitir el cumplimiento de las garantías fundamentales correspondientes al principio del debido proceso (Talero Rueda, p. 13).

En realidad, se comprueba en la práctica que la tendencia general es a reducir el campo de aplicación de las normas procesales de derecho interno, en el interés de conferir mayores prerrogativas en torno a la flexibilidad en la conducción del proceso arbitral. Se explica esta orientación por la necesidad de las partes de disponer de un procedimiento

que se adecúe más a las particulares características de la relación jurídica y su controversia, y además porque es imperativo superar la disparidad existente entre las normas procesales del derecho interno estatal frente a las virtudes del procedimiento de arbitraje comercial internacional.

No obstante lo anterior, se ha de reconocer que la teoría jurisdiccional tiene aún ciertos elementos vigentes dentro del arbitraje comercial internacional. No se puede soslayar que la efectividad del laudo depende de su asimilación a las sentencias de los jueces ordinarios estatales. También es la ley del Estado la que define cuáles son los requisitos de validez del pacto arbitral y sus normas imperativas, en especial las referidas al principio del debido proceso, temas estos que han de aplicarse cumplidamente, sea cual sea el contenido de las estipulaciones de las partes o de las decisiones de los árbitros en el trámite del proceso (Talero Rueda, p. 14).

b) *Teoría contractualista*. Esta teoría, al contrario de la teoría jurisdiccional, propone que el arbitraje comercial internacional es un mecanismo de carácter privado y consensual, debido a que es el libre acuerdo entre las partes y no la ley del Estado lo que atribuye competencia a los árbitros para darle solución a las controversias que aparezcan entre las partes.

En orden a esta teoría, el laudo arbitral constituye la categórica manifestación de la voluntad de las partes. Desde allí es que los árbitros reciben su competencia. Los árbitros, que son unos terceros, unos particulares provenientes del área privada del derecho, actúan como mandatarios o agentes de las partes y, en desarrollo de sus funciones, nunca ejercen actos de autoridad jurisdiccional ordinaria. Respetando este linaje, en consecuencia, el pacto arbitral y el laudo conforman piezas “estructurales de un negocio jurídico complejo entre las partes” (Talero Rueda, p. 14).

Dogmáticamente, esta teoría contractualista sostiene que la intervención de la justicia ordinaria del Estado dentro

del arbitraje comercial internacional a todas luces resulta inconveniente, a más de innecesaria, pues pareciera que el juez ordinario tiende a favorecer la aplicación del derecho, en vez de favorecer el acuerdo de voluntades de las partes.

Visto lo precedente, ciertamente se puede concluir en que a la teoría contractualista se le pueden hacer objeciones. Desde luego, en general, presenta la contradicción de limitar la efectividad del proceso arbitral. Al hacer prevalecer el carácter privado y consensual del arbitraje, no reconoce la intervención del juez ordinario estatal, que es indispensable para efectos de asistir el proceso o para ejercer el control sobre la validez tanto del pacto como del laudo arbitral. En igual sentido, la teoría contractualista se opone a la asimilación del laudo arbitral a la sentencia judicial ordinaria, siendo esta posición bastante perjudicial para el arbitraje comercial internacional, puesto que atenta contra la eficacia misma del arbitraje (Talero Rueda, p. 15).

Sin embargo, la teoría contractualista también ostenta su ventaja fundamental. Es la de reconocer que el mecanismo alternativo de solución de conflictos del arbitraje comercial internacional es de carácter privado. Esta característica esencial faculta a las partes con un mayor rango de libertad y flexibilidad cuando se trata de establecer la manera como será resuelto el conflicto (Talero Rueda, p. 15.).

c) *Teoría mixta*. Al exponer básicamente los inconvenientes de las teorías jurisdiccional y contractualista, que no alcanzan a explicar suficientemente la naturaleza jurídica del arbitraje comercial internacional, la teoría mixta propone que el acatamiento de determinadas normas imperativas estatales sobre el arbitraje es un aspecto ineludible, que no contradice la libertad y flexibilidad de que disponen las partes y los árbitros para disponer y desarrollar el proceso arbitral.

La teoría mixta rescata de la teoría jurisdiccional su planteamiento sobre que la efectividad del proceso arbitral comercial internacional depende de la interacción entre el

juez ordinario estatal y el tribunal de arbitramento, y además admite la asimilación de la labor de los árbitros a la de los jueces estatales, en razón a que ello reviste de obligatoriedad y eficacia a las decisiones arbitrales. Por supuesto, se debe también reconocer que la ley del Estado es la que establece los requisitos de validez para el pacto y el laudo arbitral.

Con relación a la teoría contractualista, la teoría mixta se muestra de acuerdo con que la voluntad de las partes es la que realmente pone en marcha el procedimiento arbitral, y que son las partes, y no el Estado, quienes deciden sobre el tipo de arbitraje que se empleará para dirimir sus controversias, y disponen sobre las reglas de procedimiento que se seguirán en el proceso arbitral (Talero Rueda, p. 16).

La teoría mixta también rescata la verdadera naturaleza del arbitraje comercial internacional. Sin adoptar la posición dogmática de las teorías jurisdiccional y contractualista, su propuesta apunta a rescatar los aspectos prácticos de estas doctrinas, de modo que el arbitraje comercial internacional sea entendido como un mecanismo alternativo de solución de conflictos *sui géneris*, en razón de su carácter privado, su vocación de efectividad y su sujeción a determinadas normas imperativas del respectivo ordenamiento estatal.

- d) *Teoría autónoma o supranacional.* La propuesta de esta teoría se dirige a sostener que el arbitraje comercial internacional es un fenómeno económico cuya naturaleza no se puede enmarcar dentro de las teorías ya existentes sobre el arbitraje. Tal como predica la teoría mixta, la teoría autónoma o supranacional afirma que las teorías jurisdiccional y contractualista son insuficientes para aportar una explicación de la naturaleza jurídica del arbitraje comercial internacional. Además, considera que la teoría mixta tampoco es suficiente para estos efectos porque carece de entidad ontológica (Talero Rueda, p. 16).

En consecuencia de lo anterior, la teoría supranacional o autónoma sostiene que la efectividad del proceso de arbitraje comercial internacional y, en especial, del pacto y del laudo arbitral no derivan de una concesión del Estado, sino de las realidades prácticas del comercio. No obstante, esta teoría tiende a seguir en parte la teoría contractualista al afirmar que el carácter privado y consensual debe ser llevado hasta sus últimas consecuencias, con lo que se quiere significar que las partes pueden elegir las reglas de procedimiento según su parecer, lo mismo que las reglas aplicables al contrato principal que eventualmente origina la controversia. Con todo, se observa que el carácter ilimitado de la autonomía privada viene a significar la carencia de asistencia y control de legalidad sobre el pacto y el laudo arbitral por la autoridad judicial estatal sede del arbitraje (Talero Rueda, p. 17).

A esta teoría autónoma o supranacional se le puede objetar que su doctrina evidencia una contradictoria evasión de lo fundamental: su explicación sobre la naturaleza jurídica del arbitraje. En realidad, la teoría supranacional elude un planteamiento racional sobre el tema y se dedica a desestimar las demás propuestas, con el propósito de explicar el arbitramento comercial internacional desde “las realidades prácticas del comercio” (Talero Rueda, p. 17). De igual modo, la teoría supranacional se plantea una premisa errónea, de acuerdo con la cual la autonomía de las partes es limitada para elegir y fijar las reglas aplicables al proceso arbitral. Lo cierto es que en la práctica del arbitraje comercial internacional, ni la Ley Modelo de Uncitral, ni la Convención de Nueva York, y tampoco las legislaciones estatales consagran la ausencia absoluta de injerencia del Estado sobre este tipo de proceso arbitral. Como se sabe, en el derecho privado y en el derecho en general, la autonomía de las partes no es un postulado.

Perspectiva del arbitraje comercial internacional

En el escenario de las relaciones comerciales internacionales, como alternativa a la solución jurisdiccional ordinaria de los conflictos de orden privado, el arbitraje internacional, estipulado por la voluntad de las partes, actualmente registra una gran difusión,

desarrollo que ha sido paralelo al crecimiento extraordinario de las relaciones comerciales transnacionales. En el presente, a nivel global, se evidencia una generalizada mentalidad en favor del arbitraje, siendo este el medio más utilizado para la resolución de conflictos generados en el comercio internacional, compleja actividad que requiere de unas formas expeditas y eficaces para la solución de las controversias propias de sus actividades internacionales.

Advierte Talero Rueda (2008), que el arbitraje comercial internacional es realmente el mecanismo principal con el que cuentan las empresas transnacionales para la resolución de los conflictos que surjan entre ellas dentro del giro ordinario de sus negocios en el comercio internacional de bienes y servicios, perspectiva desde la que se observa cómo la necesidad y utilización del arbitraje comercial internacional en los últimos decenios ha favorecido el reconocimiento legislativo por distintos Estados de postulados cardinales del arbitraje, como son la autonomía privada, la doctrina de la separación del pacto arbitral frente al contrato principal, y el principio de la asistencia judicial, entre otros, principios estos que proveen al mecanismo arbitral de actualizadas características de autonomía en relación con la vía judicial ordinaria estatal (Talero Rueda, 2008, p. 1).

Características del arbitraje comercial internacional

Según Monroy Cabra (2011), las principales características del arbitraje comercial internacional son las siguientes:

- a) El acuerdo de arbitraje. Consiste en el acuerdo celebrado entre las partes a efecto de someter al arbitraje toda controversia originada en desarrollo de sus negocios, acuerdo que debe ser formalmente válido. En este sentido, la Convención de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, y la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, adoptada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de 1985, niegan el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral en los casos en que al mo-

mento de suscribir el acuerdo las partes hubieran estado afectadas por alguna incapacidad o el acuerdo mismo estuviera afectado de algún tipo de invalidez según su propio derecho aplicable. Es importante anotar que el acuerdo es manifestación del consentimiento libre, que debe constar por escrito, y que incluye la cláusula compromisoria y el compromiso (Monroy Cabra, 2011, p. 166).

- b) La elección de árbitros. Las partes tienen libertad para escoger el tribunal arbitral aunque también están facultadas para delegar esta elección en un tercero o institución de arbitraje.
- c) La decisión del tribunal de arbitraje. En el evento de no transigir las partes en su controversia, el tribunal de arbitraje procede a tramitar el procedimiento por el que al cabo de sus etapas se profiere la decisión denominada *laudo*.
- d) La ejecución del laudo. Aunque la Convención de Nueva York de 1958 regula el reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, sin embargo, jurídicamente la ejecución del laudo extranjero se rige por el derecho interno del Estado en que se pretenda su cumplimiento (Monroy Cabra, p. 167).

Los convenios internacionales y la ley modelo

Actualmente, la forma más efectiva para crear y desarrollar un sistema destinado a regir el arbitraje comercial internacional son los Convenios Internacionales y la Ley Modelo de la UNCITRAL. En la práctica, dentro del arbitraje internacional necesariamente se involucran leyes de diferentes Estados, así las nacionalidades de las partes, la sede del arbitraje, el lugar de ejecución del laudo. Todo esto implica que es necesario vincular jurídicamente a los distintos sistemas jurídicos nacionales, asunto que se consigue a través de los tratados internacionales suscritos al efecto. En esta orientación, los principales tratados que soportan la actuación del arbitraje comercial internacional son:

- a) El Protocolo de Ginebra de 1923.

- b) La Convención de Ginebra de 1927.
- c) La Convención de Nueva York de 1958.
- d) El Convenio Europeo de 1961.
- e) El Convenio de Washington de 1965.
- f) Los convenios regionales, como la Convención de Panamá de 1975.

La ley Modelo de la UNCITRAL fue aprobada por resolución de la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) en sus sesiones de junio de 1985 en Viena. Luego, en diciembre de 1985, la Asamblea General de las Naciones Unidas expidió una *Recomendación* por la cual solicitaba la acogida y uso de la Ley Modelo a los Estado Miembros (Monroy Cabra, p. 169).

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional CNUDMI, o UNCITRAL (*United Nations Commission for the Unification of International Trade Law*), es el principal órgano jurídico del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del derecho mercantil internacional. Se trata de un organismo jurídico de composición universal creado en 1966 por las Naciones Unidas, entidad que se ha destinado a la reforma de la legislación mercantil mundial por casi cinco décadas, dado que su función básica es la de armonizar y unificar las reglas del derecho mercantil internacional (CNUDMI, 2013, p.1).

El arbitraje internacional en la ley colombiana

El nuevo régimen legal del arbitraje en Colombia es la Ley 1563 de 2012 (*por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones.*). Desde el 12 de octubre de 2012, esta normativa comprende un régimen de arbitraje dualista, puesto que por una parte, para los temas del arbitraje internacional se acoge a las disposiciones de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de 1985 (enmendada en 2006), y de otra parte, para los temas del

arbitraje interno se distancia de la normativa anterior y establece un régimen diferente (Rodríguez Mejía, 2012, p. 379).

Ciertamente, la Ley 1563 de 2012 muestra una notoria diferencia entre el régimen del arbitraje interno y el arbitraje internacional. Mientras el arbitraje internacional aparece estructurado conforme a lineamientos de total raigambre arbitral, en cambio, el arbitraje interno se ha direccionado distorsionando los elementos propios del arbitraje, puesto que esta normativa no refleja lo que en principio se considera un proceso arbitral, vale decir, libertad y autonomía de la voluntad de las partes.

La Ley 1563 de 2012, cuando regula el proceso arbitral interno se inclina por dirigir el proceso hacia la rigidez del proceso judicial ordinario, consiguiendo con esto alejar la normativa de los principios que fundamentan el procedimiento arbitral. Así, por ejemplo incorpora instituciones jurídicas del proceso ordinario judicial dentro del proceso arbitral, por cierto ajenas a este, como es el caso de la audiencia de conciliación (Art. 24). Y es que cuando se trata de un proceso de arbitraje se entiende que las partes están enfrentadas por existir una controversia en la cual cada parte sostiene una posición diferente u opuesta, al grado de llegar a recurrir, de común acuerdo, a un tercero imparcial para que resuelva, es decir, recurren a un árbitro. Las partes no se han propuesto recurrir a una forma autocompositiva para resolver su controversia, todo lo contrario, su libre voluntad es recurrir a un mecanismo alternativo de resolución de conflictos eminentemente heterocompositivo, el arbitraje, para encontrar solución a la controversia. Desde luego, atendiendo a la *sindéresis*, no parece del todo sensato que después de no encontrar razones para conciliar las posiciones de las partes, estas se comprometan en un arbitraje, pero a continuación deciden retornar a arreglar su disputa por la vía de la conciliación (Rodríguez Mejía, p. 400).

La eficacia del arbitraje comercial internacional

En la actualidad, se estima por la doctrina que los fundamentos conceptuales del arbitraje comercial internacional pueden precisarse en tres componentes, en razón a que faltando uno de estos

el arbitraje será inoperante (Gamboa Morales, 2007, p. 37). Los tres componentes son:

- a) La preservación de la autonomía de la voluntad de las partes.
- b) La protección del pacto arbitral.
- c) La efectividad del laudo.

Siendo un procedimiento sustitutivo de la jurisdicción del Estado, para efectos de su efectividad el arbitraje plantea una singular tensión con la jurisdicción ordinaria estatal, tensión que no llega al enfrentamiento conflictivo, pero que señala hacia dónde deben guiarse los planteamientos que resuelvan esta aparente discordia.

El arbitraje comercial internacional, en el presente, es probablemente la disciplina jurídica que dispone de los instrumentos más difundidos en el mundo para garantizar su efectividad, siendo relevante entre estos instrumentos la Convención de Nueva York de 1958 (León, 2012, p. 131).

A partir de la Convención de Nueva York de 1958 (*Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras*), se han presentado muchos cambios en relación con la evolución del arbitraje comercial internacional, contando inicialmente con uno de los temas predominantes consagrados en esta Convención, como es el de la autonomía del arbitraje comercial internacional (Gamboa Morales, p. 46). De este modo, el artículo II, # 1, establece la eficacia del pacto arbitral, con independencia del territorio donde éste se haya celebrado:

Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concierne a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.

Así mismo, esta normativa al definirse por la autonomía del arbitraje comercial internacional, es congruente al disponer el traslado de la controversia a conocimiento del árbitro, en caso estar tramitándose ante el juez ordinario estatal (Art.II, #3):

El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.

En este sentido, el artículo V de la Convención, en reconocimiento de la autonomía de las partes, establece que se denegará el reconocimiento y ejecución de una sentencia, a solicitud de la parte contra la cual es invocada (# 1, lit. d), si esta parte comprueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y ejecución:

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.

Los procedimientos arbitrales a los que se refiere la Convención de Nueva York son aquellos que se sustraen a la jurisdicción de la justicia estatal, siendo ejecutadas según las normas de la Convención únicamente las decisiones tramitadas conforme a los procedimientos de esta. De aquí el laudo en su jurisdiccionalidad, como providencia que pone fin a la controversia con efecto de cosa juzgada. La jurisdiccionalidad de esta decisión arbitral no depende del carácter jurídico de la controversia, ni de su carácter vinculante, ni de la posibilidad de recursos. En realidad, jurídicamente de lo que se trata es de que el laudo sea lo suficientemente válido para adquirir los efectos de cosa juzgada, con lo cual se hace posible que el laudo obre ante la justicia ordinaria estatal para efectos de su reconocimiento y ejecución (Zuleta, p. 87).

Cabe anotar aquí, que la Convención de Nueva York de 1958 (sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras) fue

realizada con el propósito de favorecer el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales, asumiéndose jurídicamente hasta hoy que solo puede ser considerada laudo la decisión proferida como culminación de un procedimiento jurisdiccional al que el ordenamiento jurídico interno estatal le reconoce la eficacia de cosa juzgada y la fuerza ejecutoria igual a la sentencia judicial ordinaria.

Correspondiente con los principios de la Convención de Nueva York, la *Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985*, se ha constituido en soporte de la eficacia del arbitraje comercial internacional, más aun cuando la ONU, en Resolución 40/72 de ese año, recomendó: “Que todos los Estados examinen debidamente la Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional, teniendo en cuenta la conveniencia de la uniformidad del derecho procesal arbitral y las necesidades específicas de la práctica del arbitraje comercial internacional”.

Esta normativa internacional ha sido puntualmente la inspiradora de regulaciones estatales iberoamericanas sobre arbitraje, específicamente Chile (2004), Guatemala (1995), México (Arts. 1415 a 1463 del código de Comercio), Perú (1996), Colombia (2012) y en otras muchas jurisdicciones como son Alemania, Australia, Bahrein, Bermuda, Bielorrusia, Bulgaria, Canadá, Chipre, Egipto, Escocia, Estados Unidos, Grecia, Hong Kong, Hungría, India, Irán, Irlanda, Kenia, Lituania, Macao, Madagascar, Malta, Nigeria, Nueva Zelanda, Omán, Rusia, Singapur, Sri Lanka, Túnez, Ucrania y Zimbawe (Gamboa Morales, p. 55).

Toda esta cobertura de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 confirma la condición de estatuto con proyección universal, que puede ser aplicado en cualquier sede arbitral, sin necesidad de recurrir al sistema jurídico estatal respectivo.

En la Ley Modelo también se regula sobre la protección de los laudos arbitrales, por una parte, desde el punto de vista de la nulidad, como único recurso contra el laudo; y de otra parte, desde el reconocimiento y ejecución del laudo. Se observa cómo

normativamente, el Art. 34, # 1 y 2, sobre la anulación, y el Art. 36, # 1, sobre el reconocimiento y ejecución del laudo, siguen la línea del Art. V de la Convención de Nueva York, respecto de la autonomía del arbitraje y la protección del pacto arbitral (Gamboa Morales, p. 56).

Como complemento a las anteriores normativas internacionales, en el continente americano se dispone también de la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional, instaurada en Panamá por la OEA en 1975. Pero con este instrumento la acogida no ha sido del todo favorable. Su normativa ha sido objetada por algunos temas de su contenido, pero sobre todo por la posibilidad de ejecución, lo cual ha ocasionado que los temas de eficacia y aplicación no hayan sido aceptados por los operadores de los negocios transnacionales para dirimir sus controversias. Los detractores de este estatuto afirman que se trata de una copia de la Convención de Nueva York y que es muy restringido su campo de aplicación que es solamente para los Estados de la región y que, además, únicamente se aplica a controversias comerciales. Otros detractores han sido más drásticos afirmando que la eficacia de este estatuto es prácticamente nula (León, p. 134).

Hacia el arbitraje internacional como ordenamiento jurídico autónomo

En el contexto de la globalización que impulsa vivamente el tráfico comercial transnacional, el arbitraje comercial internacional ha generado un impacto sin precedentes en las concepciones tradicionales del orden jurídico. En las últimas décadas se ha podido observar cómo los tribunales arbitrales internacionales han dado en proferir decisiones audaces que, superando críticas en sectores del entorno doctrinal, son decisiones que están siendo aceptadas por los tribunales de justicia ordinaria y afianzadas en la normativa interna de los Estados, así como a nivel internacional. La práctica de las relaciones comerciales internacionales y el crecimiento del arbitraje comercial internacional son fenómenos actuales que acercan a los operadores comerciales internacionales

a los procesos arbitrales que se desarrollan en los diferentes países y regiones con las que tienen relaciones de negocios económicos. En razón de la eficiencia de las tecnologías de la comunicación, tanto operadores comerciales internacionales como operadores arbitrales internacionales tienen así la oportunidad de estar en contacto inmediato con los diferentes sistemas jurídicos, con los procesos arbitrales de influencia mutua, con el progresivo abandono de localismos y con las nuevas tendencias de armonización y de unificación normativa (Mereminskaya, 2005, p. 40).

Si bien es cierto que los ordenamientos jurídicos nacionales son los que principalmente organizan el derecho, también se observa que actualmente estos ordenamientos se encuentran cada vez más vinculados entre sí por varios canales a través de los que se intercambian los contenidos y valoraciones respectivas, constituyéndose en el principal de estos canales el arbitraje comercial internacional.

Aunque los territorios de los diferentes Estados están separados por fronteras, estas no logran impedir un desarrollo sincronizado de las economías nacionales, ni mucho menos el intenso intercambio entre ellas. En desarrollo de los movimientos financieros y comerciales dentro de una economía globalizada, el arbitraje comercial internacional ha conquistado un amplio reconocimiento también global, fenómeno este que definitivamente ha estimulado una paulatina “armonización de las legislaciones nacionales en materia de arbitraje” (Mereminskaya, p. 1).

Merced a la gran aprobación del arbitraje comercial internacional por los operadores mercantiles transnacionales, en concordancia se ha venido ampliando el número de Estados en donde este arbitraje puede desarrollarse, acontecer que ha transformado paulatinamente el espacio del arbitraje comercial internacional hasta convertirlo en arbitraje global. Y aunque la armonización conceptual y normativa que orienta al arbitraje comercial internacional es una corriente fluida, también se debe tener en cuenta que la falta de una legislación global o uniforme hace que el reconocimiento de la internacionalidad del arbitraje radique en

muchos casos en el derecho interno del Estado sede del arbitraje (Mereminskaya, p. 5).

En Europa, principalmente en los círculos académicos franceses se han producido varios intentos tendientes a apuntalar un concepto del arbitraje internacional totalmente desterritorializado, pero esta tendencia no ha conseguido todavía la aceptación suficiente. Es innegable que las jurisdicciones estatales siguen siendo prevalentes, y por ello en el presente todos los espacios territoriales están cubiertos por un determinado derecho estatal.

Por su lado, el orden jurídico de la mayoría de estos Estados entiende el concepto de arbitraje internacional a partir de la existencia de un vínculo con un Estado determinado, y este vínculo se manifiesta por medio del concepto de “*lugar*” o “*sede*” del arbitraje. Por esto, la normativa de la Ley Modelo de la Uncitral sobre el arbitraje comercial internacional, en su Art. 1.2 establece la aplicabilidad de este estatuto “únicamente si el lugar del arbitraje se encuentra en el territorio de este Estado”.

Lo anterior apunta a considerar que la carencia de una legislación global o uniforme conduce a entregar el reconocimiento de la internacionalidad del arbitraje al derecho nacional del Estado sede del respectivo arbitraje comercial internacional. Sin embargo, dentro de este contexto, la Ley Modelo de la Uncitral ofrece serios avances para la construcción del arbitraje internacional porque proporciona el modelo para definir el criterio de internacionalidad del arbitraje (Mereminskaya, p. 5).

Como quiera que en Europa se ha intentado desarrollar un concepto de arbitraje comercial internacional completamente desterritorializado, en algunos Estados se llegó hasta a limitar la supervisión judicial sobre el procedimiento, sobre todo cuando el arbitraje no incluía a nacionales del Estado sede. Es decir, que un arbitraje con sede en Holanda no existiría en la práctica para el sistema jurídico de este Estado cuando las partes no tuvieran la nacionalidad holandesa.

Sin embargo, se registra que este tipo de procedimiento sin asistencia judicial estatal no prosperó por haber generado insegur-

ridad y desconfianza en los usuarios. Es decir, que esta experiencia lleva a concluir que un cierto grado de vinculación del arbitraje internacional con la jurisdicción del Estado sede “no sólo es inevitable a la luz de la estructura jurídico-política del mundo como consecuencia lógica de la aplicación territorial de las leyes, sino que también podría considerarse deseable para garantizar mayor eficiencia de este procedimiento” (Mereminskaya, p. 4).

Claro que lo anterior no quiere significar que el arbitraje comercial internacional se integre al sistema de administración de justicia del Estado sede, porque por ejemplo en la práctica los árbitros internacionales reciben su mandato directamente por voluntad de las partes, lo que significa que no representan a ningún Estado. Desde luego, las características propias del arbitraje comercial internacional son definitivas para comprender a cabalidad el arbitraje internacional, por cuanto dilucidan no solo la actuación que en el proceso arbitral corresponde a la autonomía de las partes, sino el carácter limitado de la intervención judicial estatal. Y es que las diferencias del arbitraje comercial internacional con el arbitraje interno se refieren a su naturaleza, sus principios rectores y su relación con el derecho estatal.

No obstante, debe tenerse en cuenta un fenómeno muy importante en relación con el sistema estatal de arbitraje en Estados como España y Brasil, que han adoptado la Ley Modelo de la Uncitral como único estatuto para el arbitraje, asumiendo de esta manera la concepción contractual del arbitraje (Mereminskaya, p. 4).

El problema de la sede arbitral y la deslocalización

Sobre este tema se presentan dos posiciones antagónicas que revelan sendas concepciones filosóficas bien diferenciadas sobre el arbitraje. Una, se declara abiertamente territorialista, pues considera a la sede como un elemento esencial del arbitraje; la otra, se manifiesta universalista al sostener que la sede no es más que un parámetro en medio de otros (Vásquez, 2012, p. 456).

El soporte doctrinario de la corriente contemporánea de la deslocalización surge de las consideraciones sobre que el arbitraje y el laudo internacional encuentran su fuerza obligatoria a partir de la autonomía de la voluntad de las partes. Ello conduce a la pérdida de importancia de la ley del país sede arbitral, lo que implica la concurrencia de varias legislaciones o derechos que pueden tener vocación a aplicarse en el arbitraje internacional (Correa Ángel, 2008, p. 12).

Se trata, pues, de un fenómeno que frente a la tradicional concepción de las actuaciones del procedimiento arbitral en única sede, atiende a su activa y comprobada dispersión en diversos países. Contexto que, si bien no es novedoso, sin lugar a dudas se ha visto favorecido por factores como la incorporación al arbitraje de las tecnologías de la información y de la comunicación (*TIC*) en los últimos decenios. Ambiente que, a la larga, ha conducido a que en la actualidad se hable de arbitrajes “deslocalizados”, también denominados arbitrajes “desnacionalizados” o incluso “anacionales” (Palao, 2011, p. 183).

De otro lado, cabe añadir la constante concomitancia normativa que, desde un enfoque global, se registra en materia de arbitraje internacional. En esta perspectiva destacan, tanto el hecho de que los países tienden a ratificar los convenios internacionales más importantes en esta materia (como es, de manera destacada, la Convención de Nueva York de 1958), así como que también los países acostumbran legislar de modo similar la normativa arbitral interna, por efecto de la referencia global que constituye la Ley Modelo de la CNUDMI o UNCITRAL de 1985.

Son circunstancias presentes que han coadyuvado a una especie de minimización de la trascendencia del lugar, del país o ciudad sede del arbitraje, o sea, que su función se ve limitada a ser un mero “anclaje” jurídico que es seleccionado por las partes o los árbitros en función de sus intereses. De este modo, la importante función que representa el lugar de arbitraje y la posibilidad que se le atribuye a las partes y árbitros para determinar este, así como los otros lugares donde se cumplen precisas actuaciones arbitrales, ha llevado a que actualmente y en un entorno cada vez más globa-

lizado se haya llegado hasta a pensar en el lugar del arbitraje como una auténtica “ficción legal” (Palao, p. 184).

La teoría de la deslocalización, formulada en principio por la doctrina francesa, luego fue adoptada por las cortes de Francia y de los Estados Unidos, cuestionando la importancia que tiene la sede del arbitraje comercial internacional, especialmente en lo referido al control que las cortes de la sede pueden ejercer sobre la legalidad de un laudo arbitral, cuando una de las partes busca su anulación (Talero, 2002, p. 45). En este sentido, se interpreta la Convención de Nueva York de 1958 principalmente a través de dos argumentos:

- a) Los Arts. V, párrafo 1e, y VI de la Convención de Nueva York y el Art. 36 # 1, de la Ley Modelo de la CNUDMI o UNCITRAL, permiten la ejecución de la sentencia arbitral a pesar de la decisión de nulidad de la misma en el Estado sede; esto se complementa con el hecho de que varios países se han fundado en el Art. VII de la Convención de Nueva York para hacer prevalecer su derecho interno sobre la norma internacional, con la finalidad de ejecutar laudos anulados por los tribunales del lugar de la sede arbitral; en efecto, siendo que las causales para rechazar la ejecución de un laudo sean usualmente las mismas que se aplican para anular una sentencia arbitral, entonces no se justifica un doble control.
- b) La pérdida de relevancia del recurso de nulidad que, incluso en algunas legislaciones, es permitido renunciar a él anticipadamente. En la práctica, esto significa que la deslocalización del arbitraje comercial internacional viene a reemplazar el tradicional control dualista sobre el laudo, por un control único; control que solamente se puede efectuar en la jurisdicción en que una de las partes persigue los activos de la otra. Así se elimina el control judicial de validez del laudo, circunscribiéndose el control solo a su eficacia. Esto es, que la teoría de la deslocalización elimina la posibilidad de que la corte de la sede arbitral anule el laudo, logrando en consecuencia que el único escenario viable de

control sobre el laudo sea el trámite establecido por la Convención de Nueva York para el reconocimiento y ejecución del laudo por parte de la corte de la jurisdicción a la que se acuda (Talero, 2008, p. 269).

Sin embargo, ante las consideraciones anteriores, existen posiciones de claro sentido territorialista para hacer frente a los riesgos de la globalización del comercio, riesgos que se encuentran articulados a los peligros de la deslocalización del arbitraje. Con la potenciación de la autonomía originada en la voluntad de las partes, la capacidad autorreguladora de la comunidad internacional ha venido a quedar en manos de las grandes agrupaciones empresariales transnacionales, es decir, de los grandes empresarios que han desvirtuado el papel protector y director del orden público en el derecho, minimizándolo ante el poder de los intereses del mercado. Entonces, el problema latente es el del extremo liberal, es el de la extensión de un poder empresarial descontrolado que va unido a un desarrollo comercial ilimitado, y que estratégicamente trata de situarse por encima de los intereses generales, del orden público, de los Estados y del propio mercado. Si bien con la globalización del comercio se ofrece para los Estados un aspecto positivo, como es la incorporación a la economía de mercado, también hay que advertir el aspecto negativo que significa la realidad del poder empresarial multinacional en su estrategia de doblegar el poder del Estado y del orden público.

Ante el panorama desterritorializador del poder empresarial multinacional partidario de la deslocalización del arbitraje comercial internacional, la perspectiva territorialista parte de la importancia de la aplicación de la ley de la sede para establecer la regularidad del laudo arbitral, entre otras razones, por estar de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 34 Ley Modelo y en la mayor parte de las legislaciones que la siguen. Los profesores Redfern y Hunter son partidarios de la conveniencia de una ley procesal nacional que controle el arbitraje comercial internacional. Sostienen que esta *lex arbitrii* o ley de la sede comprende las normas que rigen las medidas cautelares, las que permiten a los tribunales adoptar medidas destinadas a coadyuvar un arbitraje que ha

tropezado con alguna dificultad, y las que regulan el ejercicio de la autoridad de supervisión de los arbitrajes por parte de los tribunales de justicia ordinaria. Esto, porque la *lex arbitrii* es el vínculo territorial que existe entre el lugar del arbitraje y el derecho que lo rige (Refern & Hunter, 2006, pp. 154-171), vínculo que se puede observar en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. Por tanto, la elección de la sede no es únicamente un marco procedimental, pues también conlleva la subordinación al derecho del Estado sede, lo cual incluye sus disposiciones de derecho interno sobre arbitraje. O sea, que la ley de la sede es el vínculo que determina el sistema de referencia o marco jurídico particular para el respectivo arbitraje y para las autoridades judiciales que intervengan en este, bien sea en su aspecto positivo (asistencia a los árbitros como jueces de apoyo) o en su aspecto negativo (control del laudo). Y además, la ley de la sede también ejerce su influencia en el alcance de las decisiones judiciales, dentro de las cuales es relevante la de nulidad del laudo, porque en principio, tiene amplios efectos respecto de cualquier sistema jurídico. Es decir, ante estas razones, obviamente se justifica que la aplicación de la ley de la sede es vital, tanto desde el punto de vista jurídico como práctico (Refern & Hunter, 2006, pp. 270-277).

Grigera Naón también señala que cabe preguntarse si la corriente que postula la máxima reducción de los controles estatales sobre el arbitraje comercial internacional no conducirá al efecto de perjudicar el laudo, al tornarlo menos confiable extraterritorialmente, a la vez que inducirá a la introducción de controles más rigurosos sobre el reconocimiento y ejecución del laudo extranjero. Así, el primer perjudicado con tal situación “será el arbitraje comercial internacional, con inevitables repercusiones negativas en el comercio internacional” (Grigera Naón, 1992, p. 240).

Al respecto, el profesor Talero Rueda previene sobre que la teoría de la deslocalización permite el ejercicio de una justicia selectiva y ajena al espíritu de la Convención de Nueva York. Además, la autonomía de la voluntad no es ilimitada y la asistencia de las cortes locales, es decir, de una sede territorial, se necesita

para materializar las expectativas legítimas de las mismas partes. Por ello el proceso arbitral, pese a ser un mecanismo de carácter privado requiere de una sede, de un sistema jurídico de referencia frente al cual se determine su validez y su efectividad (Talero Rueda, 2002, p. 59).

Casos relevantes en relación con el problema de la sede arbitral y la deslocalización

Precisamente, para ilustrar cómo se desarrolla en la praxis el debate entre las posiciones que sustentan las concepciones filosóficas antagónicas sobre el arbitraje comercial internacional, se presentan a continuación las sentencias proferidas por la Corte de Casación francesa, en 2007, y por la U.S. Court of Appeal, District of Columbia, también en 2007. En estos veredictos se evidencia claramente el antagonismo entre las concepciones sobre el arbitraje internacional. Se exponen en estas providencias los fundamentos de la posición territorialista, que tiene a la sede como elemento esencial para el arbitraje, y la posición partidaria de la deslocalización, que argumenta que la sede no es más que un parámetro en medio de otros.

Se trata de decisiones de alta instancia judicial que definieron de fondo sobre el problema jurídico de laudo anulado por las autoridades judiciales del país sede, pero paradójicamente, concluyen con criterios opuestos. Es decir, son sentencias sobre arbitrajes internacionales y deciden sobre la posible ejecución bajo las reglas de la Convención de Nueva York de un laudo anulado en el país sede y, sin embargo, las providencias resuelven con raciocinios contrarios. Aquí lo relevante es que, además de llegar las sentencias a soluciones diferentes, también pronuncian conceptos diametralmente enfrentados acerca del arbitraje internacional y su vínculo con la legislación del país sede del arbitraje.

La sentencia Putrabali

Esta sentencia es la proferida por la Corte de Casación francesa, el 29 de junio de 2007, en la causa *Société PT Putrabali Adyamulia c/ société Rena Holding et Société Mnoqutia Est*

Epices (Rivera, 2008, p. 6). La empresa Putrabali pretendía ser acreedora de Rena Holding, a la que había vendido un cargamento de pimienta, cargamento que no llegó a destino por causa de un naufragio. Por ello Putrabali promovió un arbitraje con sede en Londres. El laudo de 10 de abril de 2001 rechazó la demanda. La High Court anuló el laudo parcialmente estimando que la falta de pago del precio constituía una violación del contrato y reenvió el caso a un nuevo arbitraje. Después, el segundo laudo, de 21 de agosto de 2003, condenó a Rena a pagar una suma de dinero. A continuación, el 30 de septiembre de 2003, Rena obtuvo el exequátur del laudo de abril de 2001. Putrabali apeló la decisión que concedió este exequátur, pero la apelación fue rechazada por sentencia de la Cour d'Appel de Paris de 31 de marzo de 2005. Sin embargo, Putrabali también recurrió y obtuvo, mediante sentencia del 10 de febrero de 2004, el exequátur del laudo de 2003. En seguida, esta sentencia fue apelada por Rena, y la Cour d'Appel de París, por decisión del 17 de noviembre de 2005, revocó la sentencia del 10 de febrero de 2004 que había concedido el exequátur, por ser inconciliable con la sentencia del 31 de marzo de 2005 que había confirmado el exequátur del primer laudo. Ante esto, Putrabali recurrió ambas decisiones de la Cour d'Appel.

Hasta aquí, la Cour d'Appel conocía de:

- a) El recurso contra la sentencia del 31 de marzo de 2005 que había confirmado el exequátur del laudo del 10 de abril de 2001 que había rechazado la demanda de Putrabali contra Rena.
- b) El recurso contra la sentencia del 17 de noviembre de 2005 que había rechazado el exequátur del laudo del 21 de agosto de 2003 que acogía la demanda contra Rena.

Finalmente, en sentencia de 29 de junio de 2007, la Corte de Casación decide rechazar ambos recursos de Putrabali. De manera que fue confirmado el otorgamiento del exequátur al laudo del 10 de abril de 2001 y rechazado el exequátur al laudo del 21 de agosto de 2003. Como se sabe, la línea jurisprudencial de la Corte de Casación francesa ha venido sosteniendo que el laudo

proferido en un arbitraje internacional no está *integrado* en el ordenamiento del país sede; pero en el caso *Putrabali* la Corte va mucho más allá. El informe del magistrado Jean-Pierre Ancel –*Président de la première chambre civile de la Cour de cassation*– es muy ilustrativo sobre de la posición francesa respecto del arbitraje internacional.

La Corte de Casación argumenta que, esencialmente, en materia de arbitraje internacional el recurso normal contra la sentencia es el de nulidad, interpuesto ante el juez en cuyo país el laudo ha sido dictado. Así, esta regla actualmente vigente en los países del *common law* y del derecho civil, aparece también consagrada en la ley modelo UNCITRAL (Art. 34) y significa que, en principio, este recurso no tiende a la revisión del fondo de la decisión arbitral, sino solamente a controlar la regularidad internacional de la sentencia con relación a reglas fundamentales: regularidad de la designación de los árbitros, y conformidad con el orden público internacional sobre el fondo y sobre el procedimiento. De modo que cuando el laudo es anulado, la cuestión que aparece es ¿cuál es el alcance de esa anulación? Jurídicamente este alcance es preciso en el orden interno: el laudo no existe más. Pero ¿cuál es ese alcance en el derecho internacional?, ¿acaso la anulación de la sentencia tiene automáticamente un efecto internacional?

Ante esto, el magistrado Ancel advierte que conviene, fundamentalmente, precisar por qué tal cuestión se plantea. Puede admitirse, en efecto, que la decisión de la anulación debe imponerse internacionalmente, y reconoce que esta opinión es sostenida por alguna doctrina. Pero, en realidad, el asunto se remite a la naturaleza y al estatus jurídico de la sentencia internacional. Dice Ancel:

En la concepción de la jurisprudencia francesa, la sentencia internacional no se integra al orden jurídico de su país de origen, precisamente porque ella es “internacional”. Ella no es entonces el producto de un orden jurídico, ella no tiene “nacionalidad”: ella emana en efecto, de una jurisdicción autónoma, desvinculada del contexto jurídico local, al cual ella no está ligada más que por las disposiciones imperativas sobre el arbitraje que son poco numerosas (especialmente para

la organización del recurso contra la sentencia). Es la afirmación de la autonomía del arbitraje internacional: el arbitraje, modo normal y habitual de arreglo de los litigios relativos a las relaciones económicas internacionales, constituye al árbitro en verdadera jurisdicción internacional de este tipo de litigios. (Rivera, p. 7).

En este sentido, el magistrado Ancel refiere las jurisprudencias holandesa, belga, austríaca y francesa sobre la materia, que han admitido la ejecución de laudos anulados en su país de origen, lo cual se hace aplicando estrictamente la Convención de Nueva York, en particular el Art. VII. 1, conforme al cual esta Convención no priva a las partes del derecho que podrían tener de prevalerse de una sentencia arbitral en la medida y manera admitidas por la legislación o los tratados del país en que la sentencia sea invocada; ello es así, pues el derecho francés no prevé la anulación del laudo por un tribunal estatal de la sede como causa de rechazo de la ejecución.

El magistrado Ancel expone que lo que se presenta en esta situación responde a una coherencia de orden internacional: si el juez del país requerido puede rechazar la ejecución de un laudo declarado válido por una sentencia extranjera, así también puede admitir la ejecución de un laudo anulado, puesto que no hay ninguna razón jurídica para dar un alcance internacional más amplio a la sentencia extranjera que anula el laudo que a aquella que lo invalida. El reconocimiento de la sentencia anulada en el extranjero no hace sino consagrar la naturaleza del árbitro internacional, que constituye la verdadera jurisdicción internacional para este tipo de litigios, de los que no puede conocer otro juez. El árbitro internacional pronuncia una decisión que no se vincula a ningún orden jurídico nacional, dado que el árbitro internacional no tiene foro, no opera bajo ninguna nacionalidad, y su decisión es susceptible de ser reconocida y ejecutada en todo el mundo.

Culmina el magistrado Ancel afirmando que lo anterior no significa que todo laudo anulado en el extranjero será ejecutado en Francia, pues para ser ejecutada y reconocida en Francia la sentencia arbitral debe reunir condiciones mínimas de regulari-

dad, un estándar de la sentencia internacional aceptable en todos lados. Y agrega que acerca de las condiciones de regularidad de las sentencias se presenta mucha disparidad de criterios, por ello, cuando el motivo de la anulación es de orden “local”, muy ligada a determinadas concepciones jurídicas nacionales, ese motivo no se impone internacionalmente. Tal es lo que sucedía en Egipto, en que una sentencia arbitral podía ser anulada por no mencionarse el domicilio de los árbitros, o lo mismo en Suiza, en que el laudo fue anulado por razones que hacían al fondo de la decisión, como sucede en este caso Putrabali.

Con lo relacionado en esta sentencia se posibilita establecer concretamente la posición francesa sobre el estatus del arbitraje internacional, asumiendo que, si bien la Corte en su jurisprudencia admitía que el laudo dictado en un arbitraje internacional no está integrado en el ordenamiento del país sede, por demás ahora, en el caso Putrabali establece que:

- a) La sentencia de arbitraje internacional no está ligada a ningún orden jurídico estatal;
- b) En la sentencia de arbitraje internacional, la fuente de su juridicidad es el derecho internacional: el laudo es una decisión de justicia internacional; a imagen y semejanza de las sentencias dictadas por las jurisdicciones internacionales permanentes;
- c) En la sentencia de arbitraje internacional su regularidad es examinada en el país donde se pide su reconocimiento y ejecución;
- d) El árbitro internacional no tiene foro;
- e) El árbitro internacional es deslocalizado, por ser el juez natural de la sociedad de comerciantes internacionales;
- f) De la autonomía de la convención de arbitraje se salta a la autonomía del laudo, que no debería ser afectada por las vicisitudes que ella podría conocer en el Estado en que él ha sido dictado;

- g) La decisión que sobre la validez o invalidez del laudo haya adoptado el juez local en base al derecho del país sede, no obliga a los jueces de otros países en los cuales ese laudo pretenda ser reconocido y ejecutado (Rivera, p. 9).

La sentencia Termorío

Termorío y Electranta (entidad pública controlada por el municipio de Barranquilla) celebraron un contrato de compraventa de energía (PPA). Termorío, como generador y Electranta, como comprador. A raíz de una estrategia de privatización, el gobierno creó una nueva entidad, ElectroCaribe, que recibió todos los activos de Electranta, excepto las obligaciones contractuales provenientes del PPA. En consecuencia, Electranta continuó con las obligaciones del PPA, pero sin activos ni recurso alguno para cumplirlas, lo cual, obviamente, desembocó en el incumplimiento del PPA por Electranta. En aplicación del convenio arbitral pactado, Termorío inició arbitraje en Colombia bajo el reglamento de la CCI y de conformidad con el derecho colombiano aplicable al fondo de la controversia. El tribunal arbitral condenó a Electranta al pago de sesenta millones de dólares. En aquel momento Electranta demandó la nulidad del laudo, la cual fue otorgada por el Consejo de Estado con base en un motivo que no había sido invocado por Electranta ni había sido objeto de debate entre las partes: el convenio arbitral –que se había desarrollado conforme al Reglamento de la CCI– era nulo por objeto ilícito, en la medida en que, a la fecha de su firma, la legislación vigente en Colombia no autorizaba a pactar un procedimiento de arbitraje distinto al previsto en la ley colombiana. Esta decisión del Consejo de Estado, fue severamente criticada por la doctrina internacional y en especial por los autores colombianos (Mantilla, p. 32).

Sucedió entonces que Termorío cedió sus derechos a una compañía incorporada en Oregon, EE.UU. y, en conjunto, ambas demandaron la ejecución del laudo ante la Corte de Columbia, EE.UU. La Corte rechazó la pretensión de ejecutar el laudo, recurriendo a un sofisticado razonamiento para demostrar que su pronunciamiento no era necesariamente contradictorio. La Corte

del Distrito de Columbia manifiesta categóricamente que el hecho de que una corte extranjera haya anulado un laudo no siempre determina que la corte de los Estados Unidos de América tiene jurisdicción sobre el laudo y añade que:

[...] establecer una regla según la cual una corte de Estados Unidos debe rechazar el caso porque una corte extranjera anuló el laudo violaría la disposición de la Convención de Nueva York [...] Si la decisión de una corte extranjera automáticamente privara de jurisdicción para considerar el caso a la corte de Estados Unidos, las sentencias extranjeras obtenidas de manera fraudulenta, por ejemplo, no tendrían control alguno en las cortes de Estados Unidos. (Rivera, p. 11)

La decisión de la Corte del Distrito de Columbia fue recurrida en apelación y, el 25 de mayo de 2007 se dictó el pronunciamiento de la *Court of Appeals* del Distrito de Columbia confirmando la decisión de la Corte de Circuito, estableciendo parámetros más rigurosos. Al efecto, la *Court of Appeals* se pronunció afirmando que:

- a) La revisión de un laudo arbitral se rige por el derecho interno del país de la sede, mientras que el reconocimiento o ejecución de un laudo se rige exclusivamente por la Convención de Nueva York;
- b) La anulación de un laudo arbitral por una autoridad competente del país en el que fue dictado no puede ser revisada por un tribunal americano, en razón de que las causas de la anulación no son de conocimiento por el derecho interno de los Estados Unidos; ello es así pues las partes se han sujetado al derecho de aquel país que ha sido sede del arbitraje;
- c) Por el contrario, en el régimen de la Convención, el tribunal estatal del país sede es libre para anular el laudo de acuerdo a su propia ley, lo cual significa necesariamente que el tribunal de sede puede anular el laudo sobre bases distintas a las de ley o principios de orden público de un segundo Estado;

- d) El laudo no existe en otro Estado si ha sido anulado por una autoridad competente del Estado en el que el arbitraje ha tenido su sede;
- e) En el régimen de la Convención, el tribunal del Estado donde se persigue la ejecución no actúa como una instancia de revisión de la decisión anulatoria rendida por el tribunal estatal del país sede;
- f) Los argumentos de orden público deben ser manejados cuidadosamente; para empezar, la Convención alude al orden público en otro dispositivo distinto al Art. V.1.e); en este precepto no se hace referencia alguna a este tema;
- g) El tribunal requerido para el reconocimiento o ejecución del laudo no tiene una ilimitada discreción que le permita imponer sus propias concepciones de orden público y con ello revisar la decisión del tribunal del Estado sede que anuló el laudo de acuerdo a su propia ley;
- h) Cuando una Corte estatal competente ha anulado un laudo, los tribunales de los Estados Unidos no pueden volver atrás esa decisión si están ausentes circunstancias extraordinarias;
- i) De acuerdo a criterios establecidos, una sentencia es inejecutable por ser violatoria del orden público en la medida en que sea repugnante a nociones fundamentales de lo que es decente y justo en el Estado en el cual se pretende la ejecución;
- j) Ese *standard* es alto e infrecuentemente alcanzado;
- k) En una formulación clásica, la sentencia a la cual se niega reconocimiento debe tender claramente a desconocer el interés público, la confianza pública en la administración de justicia, o la seguridad para los derechos individuales de la libertad personal o la propiedad privada;
- l) No habiéndose rendido evidencia de que el procedimiento haya sido sospechoso, los tribunales americanos están obli-

gados a respetar el pronunciamiento del tribunal del país sede.

La *Court of Appeals* del Distrito de Columbia, concluye en que es apropiado lo establecido por la Corte de Distrito, en el sentido de que el caso Termorío es un asunto colombiano, que concierne a una disputa que comprende a partes colombianas respecto de un contrato para ejecutar servicios en Colombia, que llevó a un arbitraje colombiano y a un litigio en Colombia. Por tanto, la Corte de Apelaciones puntualiza que ciertamente ambas partes han reconocido estar obligadas por la ley colombiana, y, por ello, concluye: “El Consejo de Estado de Colombia, la más alta corte administrativa de Colombia, es el expositor final del derecho colombiano, y nosotros no estamos en posición de calificar a esa decisión como equivocada” (Rivera, p. 13).

Ante esta sentencia de la *Court of Appeals* del Distrito de Columbia, el profesor Fernando Mantilla Serrano argumenta que esta decisión ilustra ampliamente sobre una cierta concepción del arbitraje y de la confusión relativa que aún reina en los diferentes circuitos que componen la estructura judicial de los Estados Unidos. En principio, es facultativo el reconocimiento de un laudo internacional, a tenor del Art. V de la Convención de Nueva York, pero la decisión de la *Court of Appeals* en el caso Termorío ha suscitado críticas por cuenta de su ambigüedad, demostrando una preocupante vacilación de los jueces en materia de arbitraje y de derecho internacional, lo cual ha generado un gran desconcierto respecto de una línea jurisprudencial seguida durante decenios. La crítica refiere especialmente el comportamiento contradictorio de la Corte del Distrito de Columbia en el caso *Cromalloy Aerospace* contra la Fuerza Aérea de la República Árabe de Egipto, en que el laudo fue proferido en Egipto y anulado por las cortes egipcias por no haber aplicado el derecho administrativo egipcio. Por entonces, la jueza estadounidense de la Corte de Distrito de Washington, D.C. ordenó la ejecución del laudo, el 31 de julio de 1996, reconociéndolo como ejecutable bajo las leyes de los Estados Unidos. En esa oportunidad la Corte discurreó sobre que, en aplicación del principio de favorabilidad del artículo VII de la

Convención de Nueva York, el laudo era susceptible de ejecución bajo el *Federal Arbitration Act*. De igual forma, la Corte aseveró que no estaba obligada a reconocer el efecto de cosa juzgada en la decisión de anular el laudo de la Corte egipcia, y precisó que las partes habían renunciado a los recursos contra el laudo, por tanto, no podía la Fuerza Aérea egipcia pretender escapar a lo pactado (Mantilla, p. 28).

Pero, contradictoriamente, posteriores decisiones de las Cortes de Estados Unidos han evidenciado una posición discordante respecto del precedente *Chromalloy*. En efecto, solamente tres años después, la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito negó el reconocimiento de dos laudos dictados y anulados en Nigeria, en el caso *Baker Marine*. Estos laudos habían sido anulados, el primero, porque se había condenado a daños ejemplares (“*punitive damages*”), se habían utilizado argumentos ajenos a las alegaciones de las partes, testimonio de oídas y razonamiento contradictorio; y el segundo porque el laudo estaba fundamentado en “*pruebas inadecuadas*”. En esta oportunidad, la Corte de Apelaciones desestimó por completo el argumento fundamental de *Chromalloy*, con base en el artículo VII de la Convención de Nueva York y se concentró exclusivamente en la redacción del convenio arbitral para determinar si este contenía (como en el caso *Chromalloy*) una renuncia a los recursos contra el laudo. En *Baker Marine*, el segundo circuito decidió que, al no haberse pactado de manera expresa una renuncia a recursos contra el laudo, las partes se sometían a las consecuencias propias de haber escogido a Nigeria como lugar del arbitraje, incluyendo la posibilidad de que una corte nigeriana anulase el laudo. De este modo, el segundo circuito, conforme al artículo V.1e de la Convención de Nueva York, decidió no reconocer el laudo que había sido anulado en Nigeria (Mantilla, p. 29).

Concluye el profesor Mantilla Serrano, señalando que “el reconocimiento de laudos anulados no sólo no está proscrito por la Convención, sino que, como se ha visto, su texto lo autoriza” (Mantilla, p. 36). Ciertamente, el debate que se ha suscitado alrededor de esta cuestión demuestra la vitalidad del arbitraje y su

evolución, y que las diferencias no pueden zanjarse de manera absoluta. Es que la Convención fijó, desde hace más de medio siglo, un criterio mínimo para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales internacionales; pero, al mismo tiempo, dejó la puerta abierta para que aquellos países que así lo consideraran pudieran, no obstante esos criterios mínimos, “ir más allá y reconocer y ejecutar laudos a los que, de otra forma, podría rehusárseles la ejecución por caer bajo los criterios previstos por la Convención” (Mantilla, p. 36).

El ordenamiento jurídico arbitral

Como se ha visto, en el presente la realidad del arbitraje comercial internacional se desarrolla en un especial entorno de activos cambios en las relaciones económicas internacionales que se articulan con el derecho determinando variantes y nuevos avances que marcan el paso de la evolución en el tratamiento jurídico de temas generados en el contexto de nuevas necesidades que se proponen en el derecho internacional en relación con la eficacia del arbitraje comercial internacional que imparte justicia al servicio de la comunidad internacional. Se advierte un ambiente de análisis doctrinario tendiente a la apertura de criterios jurídicos que admiten al arbitraje comercial internacional como institución *sui generis* cuya razón de ser, su orientación, no es la de una instancia jurídica cualquiera. De lo que se trata es de una institución que está destinada para actuar en los complejos escenarios jurídicos del presente y del futuro. Su razón de ser es una evolucionada concepción del derecho como ciencia y como praxis para realidades contemporáneas en las que las relaciones políticas y económicas globalizadas evidencian la necesidad de operatividad del derecho como institución que coadyuve específicamente al comercio internacional, es decir, que el derecho no sea más un obstáculo sino una ventaja que acompañe a la simplificación de la diversidad de problemas derivados de la multiplicación de nuevos asuntos como efecto del incremento planetario de las relaciones económicas internacionales. Es la realidad del derecho que, en tanto ciencia, evoluciona; no es una institución detenida en el tiempo.

Con relación al progresivo abandono de localismos y con las nuevas tendencias de armonización y de unificación normativa respecto del arbitraje comercial internacional, en la línea de la deslocalización existe también la propuesta del arbitraje internacional como un ordenamiento jurídico autónomo, en la misma corriente europea de concebir un arbitraje internacional totalmente desterritorializado. Se trata de la hipótesis del *ordenamiento jurídico arbitral*, que actualmente es objeto de creciente aceptación, no solo en la jurisprudencia arbitral, sino en los ordenamientos jurídicos nacionales (Gaillard, 2012, p. 86).

El profesor Emmanuel Gaillard (2012), fundamentándose en los aspectos filosóficos del derecho del arbitraje internacional, desde la Academia de Derecho Internacional de La Haya, en 2007, ha propuesto un *ordenamiento jurídico arbitral* como expresión de un sistema que fundamente de manera autónoma la fuente de juridicidad del arbitraje.

Explica el profesor Gaillard (2012) que la expresión *ordenamiento jurídico arbitral* se justifica para designar la coherencia de un sistema arbitral que posee fuentes propias, con autonomía respecto del ordenamiento jurídico de cada Estado, puesto que “el arbitraje internacional se estructura como un régimen que posee todos los atributos de un verdadero ordenamiento jurídico” (Gaillard, p. 87).

Para efectos del reconocimiento de la existencia de un ordenamiento jurídico arbitral en la jurisprudencia arbitral, no sorprende que el derecho comparado y la jurisprudencia arbitral, junto con las convenciones internacionales y todos los demás instrumentos jurídicos de derecho internacional constituyen las fuentes a las que los árbitros recurren cuando desean hacer uso de las reglas transnacionales, y desde estas fuentes los árbitros analizan para el caso respectivo si la norma invocada es objeto de aceptación general por los operadores mercantiles y los árbitros, o si, por el contrario, tal norma resulta poco utilizada o es anticuada.

En este orden de ideas, se advierte que el paso de la aplicación de normas transnacionales por los árbitros hacia el recono-

cimiento de la existencia de un *ordenamiento jurídico arbitral* es un asunto complejo. Por supuesto, existe en la realidad práctica la percepción de que los árbitros del comercio internacional no imparten justicia en nombre de un determinado Estado, aunque concretamente ejercen la función jurisdiccional al servicio de la comunidad internacional. Esta es la legitimidad del ejercicio de la función arbitral internacional, que procede del consenso general entre los Estados y los operadores del comercio internacional (Gaillard, p. 70).

De esta manera, frente al derecho estatal, esta propuesta de un *ordenamiento jurídico arbitral*, viene a resultar de la integración del punto de vista de los árbitros, quienes destacan lo anticuado de “hacer del ordenamiento jurídico de la sede, concebido como un foro, la fuente exclusiva de la juridicidad del arbitraje” (Gaillard, p. 70).

Afirma el profesor Gaillard (2012) que de la comprobación de la aplicación por los árbitros de reglas transnacionales a constatar la existencia de un verdadero *ordenamiento jurídico arbitral*, en realidad se presenta un doble salto cualitativo, esto es, que en primer lugar se ha de verificar el tránsito desde la aplicación de normas dispersas hacia la aceptación de la existencia de un sistema organizado de normas; y, en segundo lugar, ha de haber un reconocimiento sobre que este sistema cumple con lo más rigurosos criterios que permiten calificarlo hasta el grado de ordenamiento jurídico autónomo, o sea que, en cuanto sistema, sus normas se han de articular entre ellas de acuerdo con ciertos métodos que pertenecen específicamente a la lógica jurídica, a la dialéctica de lo general a lo especial, y también la del principio y la excepción (Gaillard, p. 88).

Finalmente, con el *ordenamiento jurídico arbitral*, en tanto ordenamiento autónomo, es decir, por la organización sistemática de su normativa, por su idoneidad para suministrar respuestas a toda controversia, por su capacidad para dar respuesta al interrogante fundamental sobre sus fuentes, así como a sus relaciones con otros ordenamientos jurídicos, y además, comprobadamente coherente y completo, se debe contar, básicamente, con que

si es un sistema normativo suficientemente autónomo, no podrá ser calificado como tal si no dispone doctrinariamente de “una concepción de sus fuentes y su relación con otros ordenamientos jurídicos” (Gaillard, p. 93).

Por más diversas que aparezcan, todas las concepciones de ordenamiento jurídico han demostrado disponer de estos asuntos esenciales. Y así como todos los sistemas jurídicos, el sistema de *ordenamiento jurídico arbitral*, también deberá ser reconocido no solo por los operadores del comercio internacional, sino también adecuadamente, por los Estados, en razón a que su campo de acción es el ordenamiento jurídico internacional, y este ordenamiento procede de la voluntad de los Estados. Es que, definitivamente, dentro del amplio escenario de las relaciones comerciales internacionales, será el conjunto concurrente de los ordenamientos jurídicos nacionales, al llegar a manifestar su reconocimiento y aceptación del *ordenamiento jurídico arbitral*, cuando entonces legitimará la existencia de este nuevo sistema normativo internacional.

Conclusiones

Las relaciones comerciales transnacionales, en su compleja magnitud, siempre en crecimiento en el contexto de la globalización, han demostrado, con su extendida utilización, la eficiencia del arbitraje comercial internacional y su eficacia en los espacios jurídicos de ejecución en los respectivos Estados. En un ambiente mundial de multiplicación de las relaciones mercantiles, el arbitraje comercial internacional actúa pronta y cumplidamente entre diversas culturas y tradiciones jurídicas haciendo posible que las partes elijan el procedimiento más adecuado a la respectiva controversia, precisamente en razón de su gran flexibilidad y eficiencia como procedimiento alternativo de solución de conflictos.

Con su eficacia jurídica transnacional, las instituciones arbitrales internacionales han sabido corresponder a las exigencias planteadas por el desarrollo de los cambios cuantitativos y cualitativos en las relaciones económicas de la comunidad internacional, cambios que se presentan cada vez más ágiles y dinámicos, por

cuenta del tráfico mercantil que obra resueltamente como punta de lanza en el curso de la expansión y evolución de los espacios económicos nacionales y transnacionales.

En relación con el impulso del crecimiento y evolución del comercio internacional globalizado, que obedece a un derecho económico internacional de nuevo tipo, también el arbitraje comercial internacional se ha visto influido por las imperativas exigencias de los operadores mercantiles internacionales, exigencias que corresponden a las necesidades de un arbitraje en el que se reflejen las condiciones de agilidad del comercio transnacional en donde las fronteras territoriales, económicas y políticas son superadas por la realidad del intercambio mercantil, realidad que se traduce en una marcada homogeneidad en los trámites del tráfico mercantil globalizado. De este modo, los operadores mercantiles internacionales usuarios del arbitraje comercial internacional requieren mayormente la utilización de cláusulas tipo, es decir, estipulaciones con cierto grado de uniformidad, que sean adaptables fácilmente a las características del negocio respectivo. Esto es, que los usuarios del arbitraje comercial internacional tienden en su mayoría a exigir una mayor flexibilidad procedimental.

Se observa, en consecuencia, que el desarrollo del arbitraje comercial internacional debe corresponder a la evolución de un derecho económico internacional de nuevo tipo, que para su eficacia jurídica debe operar como una institución arbitral ágil, oportuna y eficiente, por ser un mecanismo alternativo de justicia que soluciona con prudencia y conocimiento las controversias que se generan en el entorno de las relaciones mercantiles internacionales. Surge entonces el problema sobre la sede arbitral y la deslocalización, tema en el que se presentan dos posiciones antagónicas que postulan sendas concepciones filosóficas bien diferenciadas sobre el arbitraje. Una, abiertamente territorialista, que considera a la sede como un elemento esencial del arbitraje; la otra, partidaria de la deslocalización, sostiene que la sede no es más que un parámetro en medio de otros.

Decantando en buena parte esta polémica, y en consideración a que el derecho no debe ser un obstáculo sino más bien una ventaja

ante la creciente necesidad de un arbitraje comercial internacional que refleje la armonización conceptual y normativa de los procesos de cooperación e integración en el marco de las relaciones mercantiles transnacionales, para la eficacia del arbitraje también se presenta ahora la propuesta de un *ordenamiento jurídico arbitral*, un sistema que está en formación como procedimiento normativo autónomo en el contexto de las nuevas necesidades que surgen en el comercio internacional en relación con la eficacia del arbitraje comercial internacional que imparte justicia, no al servicio de un Estado, sino al servicio de la comunidad internacional. Se trata de la posibilidad de un sistema arbitral que tiende a independizarse de los derechos estatales sustanciales y procesales con fundamento en las fuentes del derecho internacional, caracterizándose por su flexibilidad en el momento de elegir el derecho sustancial y procesal aplicable al caso concreto. Este nuevo *ordenamiento jurídico arbitral* interpreta adecuadamente la necesidad de un cambio en la cultura jurídica de la comunidad internacional para efectos de adaptación con las nuevas corrientes de solución alternativa de conflictos, que señalan todas hacia la superación de las tradicionales barreras del derecho estatal para abrirle paso al arbitraje comercial internacional en su nueva sistematización autónoma como *ordenamiento jurídico arbitral*.

Tal como se presenta hasta ahora el panorama del arbitraje comercial internacional y habida cuenta de la controversia sobre la deslocalización, se puede plantear una reflexión a partir de considerar que aunque una sistematización extraterritorial autónoma del derecho arbitral comercial internacional no es todavía un tema de aceptación general, y que por ahora es asunto estimado como un ideal teórico, también es cierto que en la actualidad parece haberse conseguido un cierto grado de uniformidad del derecho arbitral internacional por cuenta de las exigencias de los operadores mercantiles internacionales, que requieren cada vez más la utilización de cláusulas tipo.

Referencias

- Arias Lozano, D. (2013). El arbitraje internacional. *Revista Jurídica de Castilla y León*. 29, pp. 1-16. Disponible en: http://www.jcyl.es/web/jcyl/binarios/79/105/13.-%20Arbitraje%20Internacional%20%20digital.pdf?blobheader=application%2Fpdf%3Bcharset%3DUTF8&blobheadername1=CacheControl&blobheadername2=Expires&blobheadername3=Site&blobheadervalue1=nostore%2Cnocache%2Cmustrevalidate&blobheadervalue2=0&blobheadervalue3=JCYL_delaPresidencia&blobnocache=true
- Asociación Americana de Arbitraje. (2013). Reglamento. Disponible en: <http://aryme.com/actualidad-adr/914/nuevo-reglamento-arbitraje-mediacion-mercantil-aaa-en-vigor.pdf?l=esp>
- Botero Sanclemente, A. M. y Correa Henao, N. (2004). Arbitraje internacional. Bogotá: Cámara de Comercio.
- CIAC. Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial. (2013). Disponible en: http://www.ciaciaca.org/paginas.asp?pub_id=4&cat_id=2&cat_tit=Acerca%20de%20la%20CIAC
- Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC). (2013). Reglamento de procedimientos/modificado y vigente a partir del 1 de abril de 2002. Disponible en: http://www.ciaciaca.org/documentos/2006_5_8_15_6_44_COMISION%20INTERAMERICANA%20DE%20ARBITRAJE%20COMERCIAL%20REGLAMENTO%20DE%20PROCEDIMIENTOS.pdf
- Correa Ángel, D. (2008). El reconocimiento y la ejecución de un laudo internacional anulado en el país de la sede arbitral. *REVISTA e-Mercatoria*. (2) p. 12. Disponible en: <http://www.emercatoria.edu.co/PAGINAS/VOLUMEN7/PDF02/reconocimiento.pdf>

- Corte Constitucional (1998). Sentencia C-400 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-400-98.htm>
- Corte Constitucional (1996). Sentencia T-716 de 1996. Magistrado Ponente: Dr. Antonio Barrera Carbonell. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-716-96.htm>
- Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA). (1998). Reglamento de arbitraje de la LCIA. Disponible en: http://www.bu.edu/lawlibrary/PDFs/research/portals/pdfs/lcia_rules_arbitration_spanish.pdf
- Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI). (2012). Reglamento de arbitraje de la CCI. Disponible en: <http://www.iccwbo.org/>
- Gaillard, E. (2012). Teoría jurídica del arbitraje internacional. Madrid: Limusa
- Galán Barrera, D. (2010). El arbitraje comercial internacional en América Latina. Cali: Biblioteca Digital Universidad Icesi. pp. 185-210. Disponible en: http://www.bibliotecadigital.icesi.edu.co/biblioteca_digital/handle/10906/2188
- Gamboa Morales, N. (2007). La inmunidad soberana de jurisdicción en el arbitraje comercial internacional/evolución y actualidad. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Garza Canovas, A. (1991). La convención Interamericana sobre arbitraje comercial internacional: un paso firme. *Revista de Derecho Privado*, 5. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/5/pr/pr10.pdf>
- León Robayo, É. (2012). Perspectiva y arbitrabilidad de la convención interamericana de arbitraje comercial internacional. En: *Revista Opinión Jurídica*, (22). Julio-diciembre de 2012. Medellín: Universidad de Medellín. Recuperado de: <http://>

www.sci.unal.edu.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S169225302012000200009&lng=en&nrm=iso

- Mantilla Serrano, F. (2009). Algunos apuntes sobre la ejecución de los laudos anulados y la Convención de Nueva York. *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 15-40. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/ilrdi/n15/n15a02.pdf>
- Mereminskaya, E. (2005). Apuntes de arbitraje comercial internacional. Taller de Arbitraje Comercial Internacional. Monterrey: Universidad Autónoma de Nuevo León. Disponible en: http://www.camsantiago.cl/articulos_online/56_Apuntes_arbitraje.pdf
- Mezgravis, A. A. (1999). Recursos contra el laudo arbitral comercial. En: Seminario sobre la Ley de arbitraje Comercial. Caracas: Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos 13. pp. 205-272.
- Monroy Cabra, M. (2011). Arbitraje comercial nacional e internacional. Bogotá: Librería del profesional.
- Monroy Cabra, M. G. (2006). Tratado de derecho internacional privado. Bogotá: Temis.
- Naciones Unidas. (1985). Asamblea General, 112ª Sesión Plenaria, 11 de diciembre de 1985. Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Recuperado de: http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf
- Naciones Unidas. (1958). Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras. Nueva York, 1958. Disponible en: http://www.euro-arbitration.org/resources/es/nyc_convention_es.pdf
- Palao Moreno, G. (2011). El lugar de arbitraje y la “deslocalización” del arbitraje comercial Internacional. *Boletín*

- Mexicano de Derecho Comparado*, XLIV (130), pp. 171-205. México, D.F. Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/427/42719904006.pdf>
- Peemans, J. P. (1996). *Globalización y desarrollo: algunas perspectivas, reflexiones y preguntas*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Parra, C. (2007). El arbitraje a la luz de las jurisdicciones internacionales: los tribunales arbitrales internacionales. En: Castillo Freyre, Estudio Mario. (2007). *El arbitraje en las distintas áreas del derecho*. pp. 351-395. Lima: Palestra Editores & Universitat Abat-Oliba CEU.
- Rivera, J. C. (2008). *Arbitraje internacional/Criterios opuestos reflejados en dos sentencias relevantes*. Disponible en: http://www.rivera.com.ar/es/assets/Uploads/Publicaciones/Rivera_arbitraje-internacional-criterios-opuestos-dos-sentencias-relevantes.pdf
- Rodríguez Mejía, M. (2012). Una aproximación al régimen del arbitraje nacional del nuevo estatuto del arbitraje en Colombia, ley 1563 de 2012. *Revista de Derecho Privado*, 23. Disponible en: <http://www.dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4124209.pdf>
- Stampa, G. (2009). *El arbitraje internacional: definición y principales características*. En: Peláez Sanz, Francisco y Griño, Tomás. *El arbitraje internacional: cuestiones de actualidad*. Barcelona: Universidad Ramón Llull/Bosch Editor.
- Talero Rueda, S. (2008). *Arbitraje comercial internacional/instituciones básicas y derecho aplicable*. Bogotá. Universidad de los Andes.
- Talero Rueda, S. (2002). *Deslocalización del arbitraje comercial internacional: ¿hacia dónde va la Convención de Nueva York?* *Revista de Derecho Privado. Arbitraje y Conciliación*, pp. 45-63. Disponible en: <http://derechoprivado.uniandes.edu.co/>

index.php?option=com_revista&view=inicio&idr=26%3A-Revista_28&lang=es

- Vásquez Palma, M. F. (2012). Inejecutabilidad de un laudo arbitral comercial internacional anulado por un Estado sede: estado de la cuestión en Chile. *Revista de Derecho*, 19(1), pp. 451-469. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/rducn/v19n1/art15.pdf>
- Vásquez Palma, M. (2011). Relevancia de la sede arbitral y criterios que determinan su elección. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 16, p.75-134. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/rchdp/n16/art03.pdf>
- Witker, J. (1997). El derecho internacional económico y el arbitraje comercial internacional. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/28/art/art7.pdf>
- Zuleta, E. (2008). ¿Qué es una sentencia o laudo arbitral? El laudo parcial, el laudo final y el laudo interino. p. 60. En: Tawil, Guido. *El arbitraje comercial internacional/estudio de la convención de Nueva York con motivo de su 50° aniversario*. Bogotá: Universidad del Rosario/Universidad de Buenos Aires/Abeledo Perrot.