

El arbitraje internacional

JESÚS MARÍA SANGUINO SÁNCHEZ*

En los últimos años en Colombia se han venido aclimatando con gran ímpetu e interés las figuras o métodos especiales para la solución de los conflictos, destacándose entre ellos el arbitraje y, especialmente, el Arbitraje Internacional. Es por ello que el artículo resulta de gran utilidad toda vez que no sólo analiza la figura desde la perspectiva de su naturaleza, condiciones y características, sino que, de manera particular, se detiene en el análisis del desarrollo que ha tenido en la legislación colombiana, tanto desde el punto de vista legislativo como doctrinario.

Adicionalmente, el autor se detiene en el análisis de los convenios y tratados internacionales y los reglamentos y las sedes que a nivel internacional se ocupan del arbitraje como son la CCI, CIAC y la AAA.

In the last few years in Colombia one has become accustomed to the great impetus and interest in special methods and forms for the solution of conflicts. Standing out among them is the use of arbitration, especially international arbitration. The article is a great deal utility, not only [in the form] from a natural perspective, conditions and characteristics, but also in the particular manner it has remained in the development of analysis that has been in Colombian legislation so much so that it is a doctrine from the point of view of the legislature.

Additionally, the author has reserved in the analysis the international conventions and treaties, rules, and situations that are at an international level of Arbitration such as CCI, CIAC, and AAA.



* Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, especializado en Derecho Constitucional en la Universidad de Salamanca, España. Consultor privado, docente y asesor de los gobiernos de Ecuador y Colombia en la elaboración de leyes de procedimientos mercantiles. Profesor de la Universidad de Medellín.

1. DEFINICIÓN - CRÍTICA

En forma repetitiva y tradicional se ha definido el arbitraje, como “un medio alternativo de solución de conflictos de interés jurídico”.

Esta definición, socorrida por la mayoría de los doctrinantes, y hoy promovida por los Centro de Arbitraje y Conciliación, reafirma la orientación de tipo sociológico que los procesalistas le han dado al PROCESO, y en especial el proceso civil: DE SERVIR COMO MEDIO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS. Es una concepción de la función de la justicia, en términos de eliminación, composición y recuperación de un conflicto intersubjetivo de intereses.

Estas orientaciones recogidas por la cultura procesalista europea e iberoamericana le asignan al proceso y a la jurisdicción una finalidad formal. El proceso jurisdiccional se ha instituido para solucionar el conflicto, no importa el cómo, ni los medios utilizados, ni los principios axiológicos que deben servir de soporte a una definición. Lo importante para esta doctrina procesal es acabar con la controversia. Así el proceso se vuelve el instrumento idóneo que legitima la decisión de acabar el conflicto. De ahí que la decisión se vuelve inimpugnable, para que no se vuelva a revivir la controversia. La cosa juzgada es el nuevo paradigma, es la nueva sacralidad nacida dentro de esta orientación de un procesalismo formalista de estirpe eminentemente sociológica.

El proceso se ha convertido en el instrumento que garantiza el desenlace final de la controversia sobre la base de una competición entre las partes. La justicia se concede a favor de aquel contendiente que ha demostrado el mayor dinamismo, el mayor despliegue de habilidades y recursos, no sólo ideológicos, sino técnicos y económicos.

Así concebido el proceso, las decisiones que se toman y firman, en muchos de los casos, se hacen alejadas de la verdad histórica, de hechos extraños al debate procesal, pero definitivos para una solución justa. Es cierto que en algunos casos, las decisiones de los jueces se toman con fundamento en la justicia substancial, como consecuencia de una concepción individual del sistema jurisdiccional, diferente a la concepción generalizada finalista del proceso.

El arbitraje ha sido instituido para resolver las controversias o conflicto de intereses jurídicos bajo la misma teleología. El árbitro no decide con principios de justicia y de verdad dogmática, pues no está autorizado para trascender más allá de los aportes fácticos y el despliegue de actividades procesales de las partes contendientes.

Se ha sostenido inveteradamente que el arbitraje es un medio ALTERNATIVO para solucionar los conflictos. Esta calificación es otra de las tantas imposturas que se van fincando alrededor del derecho.

Si se examina qué debe entenderse por ALTERNATIVO, según María Moliner, ALTERNATIVA: “Necesidad en que se encuentra alguien de elegir entre dos acciones incompatibles entre sí e igualmente malas y desagradables” y otra acepción: “Se aplica a las cosas que ocurren o se hacen con alternación, era vez de una manera y otra de otra”.

Según estas acepciones, no es aceptable denominar el arbitraje como un “MEDIO ALTERNATIVO” para la solución de una controversia.

2. NATURALEZA DEL ARBITRAJE

¿Qué es entonces el Arbitraje?

Es un proceso jurisdiccional especial, encomendado transitoriamente a particulares, al que se llega por acuerdo previo de las partes o en el momento en que surja la controversia, quienes decidirán si la solución se hace en derecho o en equidad.

Se entiende que el arbitraje es un proceso, en el sentido técnico que esta acepción depara.

Es jurisdiccional; la “juris-dictio”; “decir el derecho”, es la función principal del Estado, que realiza a través de una de sus ramas, la judicial con sus jueces en las diferentes especialidades.

El arbitraje es una jurisdicción especial que no está asignada a los jueces oficiales, es una jurisdicción de creación constitucional, como el caso colombiano. El inciso 3º del artículo 116 de la Carta Fundamental consagra:

“Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.

En el campo internacional, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional CNUDMI, mediante Resolución No. 31 de 1998, aprobada por la Asamblea General “reconoce el valor del arbitraje como método para resolver las controversias que surjan en el contexto de las relaciones comerciales internacionales”.

Siendo un proceso jurisdiccional, el autor no comparte la opinión de Briceño Sierra cuando afirma que:

“Ciertamente es un procedimiento privado por lo convencional, y es desde luego producto de la experiencia y la cultura de los pueblos, acumulada por siglos, desde las remotas épocas en que, precisamente por impulso de sus necesidades vitales, los hombres abrieron rutas en la tierra y en el mar, por los que confluyeron las corrientes mercantiles que propiciaron el intercambio permanente

de valores, conocimiento y técnicas de progreso, entre los que se ubica la institución arbitral con toda su depurada sencillez”.¹

En los primeros tiempos de la humanidad, sin la organización del Estado moderno, los conflictos entre los miembros de las tribus los resolvían los jefes de las tribus, eran los procedimientos primigenios privados; pero en la evolución del Estado Constitucional no es aceptable la existencia de “Proceso Privado”, así este surja como consecuencia de acuerdos privados convencionales. El proceso es público, el Estado no sólo vigila y disciplina la conducta de los árbitros, el proceso no puede diseñarse a la voluntad de los particulares, este debe desenvolverse acorde con los postulados constitucionales y de orden público de los estados nacionales.

En el campo del arbitraje internacional, la Corte Constitucional de Colombia, en sentencia C-347 de 1997, define:

“El laudo que profiera el Tribunal Internacional debe someterse al procedimiento del EXEQUATUR, procedimiento que garantiza el respeto al ordenamiento jurídico nacional. Porque si bien pueden los árbitros aplicar una legislación extranjera, no podrán quebrantar normas de orden público vigentes en Colombia”.

Por su parte, Dante Barrios de Angelis, sostiene que:

“Ha sido un destacado mérito de la moderna ciencia ubicar el proceso en su justa luz del instituto de derecho público, proceso que se remata y justifica en el máximo acto jurisdiccional: la sentencia. Si no discutimos que el laudo es una sentencia, el carácter que irradia este término del juicio arbitral se proyecta a través de todo su curso para iluminar los requisitos necesarios del mismo. Dadas las formas necesarias del juicio arbitral en función del laudo jurisdiccional, de derecho público, se nos aclara, no más que por ello; la naturaleza también de derecho público de esas formas del juicio. Por ejemplo, la necesaria fijación de un término de prueba y alegatos, la apreciación directa de ciertas pruebas, la decisión personal del Colegio Arbitral”.²

3. DEL ACUERDO ARBITRAL

El proceso arbitral sólo puede tener lugar si las partes lo han convenido expresamente, de lo contrario la controversia o el conflicto se debe resolver ante la justicia ordinaria.



¹ BRICEÑO SIERRA, Humberto. El Arbitraje Comercial. México: Edic. Cámara de Comercio de ciudad de México, 1979, p. 12.

² BARRIOS DE ANGELIS, Dante. El Juicio Arbitral. Montevideo: Edit. Altuna Bianchi, 1956. p. 56.

La habilitación que hacen las partes para que sus controversias sobre intereses jurídicos se resuelvan por medio del arbitraje, se realiza mediante el denominado “PACTO ARBITRAL” a través de la “CLÁUSULA COMPROMISORIA” o el “COMPROMISO”.

La cláusula compromisoria es la voluntad de las partes expresada por escrito, de someter al proceso arbitral las controversias futuras que puedan suscitarse por la interpretación, ejecución, nulidad o liquidación del contrato en el que se estipule dicha decisión.

La cláusula compromisoria debe contener la naturaleza del laudo que se desea resuelva la controversia: en derecho, en equidad o técnico; la composición del Tribunal (un árbitro único o conformado por un número impar), la sede del Tribunal y las reglas de procedimiento que deben seguirse.

El artículo 7º de la ley modelo de “UNCITRAL” sobre arbitraje comercial internacional, aprobado por la Comisión de las Naciones Unidas en 1994, establece:

Artículo 7º.- Definición y forma del acuerdo de arbitraje:

1) El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellos, respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

2) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telex, telegramas u otros medios de comunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato”.

Conforme a la ley modelo de “UNCITRAL” el “acuerdo de arbitraje”, constituye el género, las especies de este acuerdo lo constituyen la “cláusula compromisoria” y el “compromiso” o “acuerdo independiente”.

EL COMPROMISO, al decir de Briceño Sierra, “es un contrato en toda la extensión de precisiones, en que se comienza por indicar el conflicto ya suscitado, las partes intervinientes, el nombramiento de los árbitros, la facultad que se les otorga, etc., y también de una manera más o menos coincidente, los otros puntos que pueden aparecer en la cláusula, como son las leyes aplicables, las reglas de

procedimiento, las facultades para decidir conforme a derecho o sin justificar los puntos resolutivos, es decir en equidad, como amigable composición o “ex aequo et bono”, etc.”.³

Respecto del arbitraje internacional, la convención de las Naciones Unidas promulgada en Nueva York el 10 de Junio de 1958, con entrada en vigencia el 7 de Junio de 1959, incorporada al sistema jurídico colombiano por la Ley 39 de 1990, preceptúa lo siguiente:

1º.- Cada uno de los Estados contratantes reconocerá el acuerdo escrito conforme al cual las partes se obligan a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellos respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concernientes a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.

2º.- La expresión “acuerdo por escrito” denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmado por las partes o contenida en un canje de cartas o telegramas.

3º.- El Tribunal de uno de los Estados contratantes al que se someta a 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.

Por su parte la C.C.I. Cámara de Comercio Internacional, con sede en París, en su Reglamento consagra un modelo de cláusula compromisoria, que dada su sencillez y brevedad contiene todos los elementos esenciales que la hacen eficaz:

“Todas las desavenencias que deriven de este contrato serán resueltas definitivamente de acuerdo con el reglamento de conciliación y arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, por uno o más árbitros nombrados conforme a este reglamento”.

4. CARACTERISTICAS DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL

¿Cuándo el arbitraje adquiere carácter de internacional?

El tema parece que no tuviera ninguna complejidad, sin embargo, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia la cuestión no ha sido nada pacífica.

En sus comienzos, el arbitraje internacional se redujo a resolver los conflictos mercantiles de carácter internacional, hoy se acepta que el arbitraje internacional resuelve no sólo conflictos mercantiles sino también de natu-



³ BRICEÑO, Op., Cit. p. 27.

raleza civil y extracontractual, lo cual hace más compleja la determinación de su naturaleza.

Varios elementos sirven para determinar la naturaleza internacional del arbitraje:

- ♦ Que el contrato mercantil sea de carácter internacional. El arbitraje sería aplicable para resolver las controversias surgidas del intercambio de bienes, servicios, transferencias de tecnologías que vinculen contratistas de países diferentes. Para lo cual se toman los siguientes elementos:
 - Cuando las partes tienen su domicilio en Estados diferentes.
 - Que el cumplimiento del contrato se encuentre situado fuera del Estado en el cual las partes tienen su domicilio.
 - Cuando la controversia afecte directa e inequívocamente los intereses del comercio internacional.
- ♦ Que la solución de la controversia esté gobernada por dos o más sistemas jurídicos de estados soberanos e independientes, sin que exista una regla que señale la preferencia de un sistema del otro para resolver la controversia.
- ♦ No existiendo normas unívocas que permitan resolver la controversia originada en un contrato mercantil internacional, las partes contratantes acojan las reglas jurídicas sustanciales y establezcan los procedimientos que se deben aplicar al caso controvertido.
- ♦ En el arbitraje mercantil internacional, se renuncia al principio de territorialidad de la ley, cuando se enfrentan problemas de carácter internacional respecto de las personas, bienes, contratos mercantiles que se encuentren regulados por diferentes ordenamientos jurídicos de Estados autónomos e independientes.
- ♦ Que la sede del Tribunal se encuentre fuera del Estado en el que las partes tienen su domicilio.
- ♦ Cuando el asunto del pacto arbitral vincule los intereses de más de un Estado.

5. EL ARBITRAJE MERCANTIL INTERNACIONAL EN EL SISTEMA COLOMBIANO

La Constitución de 1991, acorde con la tendencia del mundo moderno, autoriza la internacionalización de la economía como se predica en el preámbulo de la Carta Fundamental. El fenómeno de la globalización de todos los sectores económicos ha generado el acercamiento en el mundo de los nego-

cios mercantiles como la compra, venta, alquiler de bienes y servicios, transferencias de tecnología, hoy ofertados a través de los medios, que años atrás, eran inimaginables como la internet.

El preámbulo de la Carta Política, los artículos 9º, 226 y 227 reconocen como sistemas económicos la internacionalización de la economía. De ahí que el concepto tradicional y clásico de “soberanía” cada día va perdiendo más vigencia.

El Estado colombiano debe ceder los principios de territorialidad de la ley frente a las tendencias de la internacionalización de los negocios, frente a la existencia de una sociedad mundial de empresarios y comerciantes que desarrollan sus actividades en todos los puntos del planeta; lo cual hace necesario aceptar, indiscutiblemente, que las controversias o conflictos en que se enfrenten empresarios de diferentes países sólo pueden resolverse a través del arbitraje internacional, como un mecanismo indispensable, confiable, flexible y adaptable a todos los tiempos y circunstancias como lo exige el tráfico mercantil internacional del siglo XXI.

Se supone que un empresario japonés que produce artículos electrodomésticos para todo el mundo, en Colombia, a través de un empresario colombiano, mantiene la representación de dichos productos. Presentado el conflicto entre estos dos empresarios, ¿cuál sería la norma de derecho aplicable a la solución de este conflicto? Será el derecho japonés o tendría preeminencia el derecho colombiano. Circunstancias éstas que imposibilitan una decisión por existir dos sistemas jurídicos enfrentados, de dos países de cultura jurídica diferente; luego, el único procedimiento adaptable a las circunstancias de estos dos empresarios es la recurrencia al arbitraje mercantil internacional.

La aceptación del arbitraje mercantil internacional en nuestro sistema nacional se acompasa a las exigencias constitucionales de acrecentar las relaciones internacionales mercantiles y de propender por la seguridad jurídica en las relaciones comerciales internacionales.

Si en el desarrollo, cumplimiento y ejecución de los contratos mercantiles internacionales se enfrentan diferentes sistemas jurídicos, con reglas incompatibles o contradictorias entre sí, el derecho colombiano debe garantizar a las personas que desarrollan negocios mercantiles internacionales, normas positivas que le autoricen la solución de sus controversias internacionales a través de mecanismos ciertos, flexibles y eficaces como el arbitraje mercantil internacional, por el cual las partes contractuales, dentro del ámbito de la soberanía de la voluntad privada, pueden escoger las normas de derecho aplicables para la solución de sus conflictos.

El Estado colombiano ha sido perezoso y negligente en muchos casos para incorporar el derecho internacional, las convenciones y tratados interna-

cionales que regulan las materias referentes al arbitraje mercantil internacional a la legislación nacional.

Colombia estuvo marginada por mucho tiempo de la comunidad mundial para incorporar al derecho nacional la convención expedida por las Naciones Unidas, en Nueva York en 1958, sobre la “eficacia de los laudos y sentencias proferidas en el extranjero”. Después de muchas presiones de la comunidad internacional, esta convención fue incorporada al sistema jurídico nacional inicialmente por medio de la Ley 37 de 1979, la cual fue declarada inexecutable por la Corte Suprema de Justicia. En 1990 se adopta definitivamente, es decir después de más de 33 años, cuando países mucho más atrasados que el nuestro como Nigeria, Ghana o India, habían firmado la convención en 1958 y adherido en 1964, 1962 y 1960 respectivamente.

6. REGULACION DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL EN COLOMBIA

El Congreso de Colombia expidió la Ley 315 de 1996, por la cual se regula el arbitraje internacional y se dictan otras disposiciones.

Siendo el texto de la ley fundamental en el análisis del tema, reproducimos sus normas por considerarlas de vital importancia.

ART. 1º Criterios determinantes. Será internacional el arbitraje cuando las partes así lo hubieren pactado, siempre que además se cumpla con cualquiera de los siguientes eventos.

1º Que las partes, al momento de la celebración del pacto arbitral, tengan su domicilio en estados diferentes.

2º Que el lugar de cumplimiento de aquella parte sustancial de las obligaciones directamente vinculada con el objeto del litigio se encuentre situada fuera del Estado en el cual las partes tienen su domicilio principal.

3º Cuando el lugar del arbitraje se encuentra fuera del Estado en que las partes tienen sus domicilios, siempre que se hubiere pactado tal eventualidad en el pacto arbitral.

4º Cuando el asunto objeto del pacto arbitral, vincule claramente los intereses de más de un Estado y las partes así lo hayan convenido expresamente.

5º Cuando la controversia sometida a decisión arbitral afecte directa e inequívocamente los intereses del comercio internacional.

PARAGRAFO.- En el evento de que aun existiendo pacto arbitral alguna de las partes decida demandar su pretensión ante la justicia ordinaria, la parte demandada podrá proponer la excepción de falta de jurisdicción con sólo acreditar la existencia del pacto arbitral.

ART. 2º.- Normatividad aplicable al arbitraje internacional. El arbitraje internacional se registrará en todas sus partes de acuerdo con las normas de la presente ley, en particular por las disposiciones de los tratados, convenciones, protocolo y demás actos de derecho internacional suscritos y ratificados por Colombia, los cuales priman sobre las reglas que sobre el particular se establecen en el Código de Procedimiento Civil. En todo caso, las partes son libres de determinar la norma sustancial aplicable conforme a la cual los árbitros habrán de resolver el litigio. También podrán directamente o mediante referencia a un reglamento de arbitraje, determinar todo lo concerniente al procedimiento arbitral incluyendo la convocatoria, la constitución, la tramitación, el idioma, la designación y nacionalidad de los árbitros, así como la sede del Tribunal, la cual podrá estar en Colombia o en un país extranjero.

ART. 3º.- Laudo arbitral extranjero. Concepto. Es extranjero todo laudo arbitral que se profiera por un tribunal cuya sede se encuentra fuera del territorio nacional.

ART. 4º.- El último inciso del artículo 70 de la Ley 80 de 1993 (1) quedará así:

“En los contratos con personas extranjeras, como también en aquellos con persona nacional, y en los que se prevea financiamiento a largo plazo y sistemas de pago del mismo mediante la explotación del objeto construido u operación de bienes para la celebración de un servicio público, podrá pactarse que las diferencias surgidas del contrato sean sometidas a la decisión de un tribunal arbitral internacional”.

ART. 5º.- Vigencia. La presente ley rige a partir de su publicación y deroga todas las normas que le sean contrarias.

7. SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

Ante la Corte Constitucional se demandó el numeral tercero del artículo primero y el artículo cuarto de la Ley 315 de 1996. Sostuvo el actor que las normas acusadas violan la Constitución Nacional por desconocer los artículos 4, 6 y 95 de la Carta Fundamental, que establecen el deber que tienen las personas nacionales y extranjeras de acatar la Constitución y las leyes. El numeral tercero del artículo primero y el último inciso del artículo 4 de la ley demandada, permite a las personas vinculadas por una relación contractual, sin que exista elemento alguno que permita deducir si la relación es de carácter internacional, que en el caso de que se produzca una controversia se susstraigan del deber de cumplir con la Constitución y las Leyes colombianas.

Igualmente afirma el demandante, que el artículo 4 es inconstitucional, porque la contratación, en donde el Estado es parte, debe sujetarse al prin-

cipio de legalidad. No puede existir un contrato del Estado con un nacional en que no pueda aplicársele el Estatuto Colombiano General de la Contratación, por el solo hecho de haberse pactado una cláusula compromisoria preceptuando que el arbitraje es internacional.

El Procurador General de la Nación en concepto del 3 de Marzo de 1997 pidió se declararan exequibles las normas demandadas.

Con ponencia del magistrado Jorge Arango Mejía, la Corte Constitucional en sentencia C347/97, resolvió así la demanda ciudadana de inconstitucionalidad:

De la interpretación del numeral 3º del artículo 1º:

“El actor ha interpretado el numeral 3º demandado, de una sola manera, las partes tienen su domicilio en Colombia, y en la controversia no existe, o no puede existir un solo elemento extranjero. La Corte no comparte esta interpretación por las siguientes razones.

Es claro que aun teniendo todas las partes en conflicto el mismo domicilio, y estando este en Colombia, puede existir un elemento extranjero. Basta pensar en la posibilidad de que en el conflicto sea parte una persona extranjera que tenga su domicilio en Colombia. Todo se reduce a no perder de vista la diferencia entre los conceptos de nacionalidad y domicilio”.

Y concluye la Corte:

“Por consiguiente, se declarará la exequibilidad de la disposición acusada, siempre y cuando ella se aplique cuando al menos una de la parte sea extranjera” (subrayas fuera de texto).

Respecto de la parte demandada del artículo 4, la Corte le concedió la razón al actor y declaró inconstitucional la expresión “COMO TAMBIEN EN AQUELLOS CON PERSONA NACIONAL”.

Las críticas a la decisión mayoritaria de la Corte Constitucional, al declarar exequible el numeral 3º del artículo 1º de la Ley 315 de 1996, agregando que el arbitraje puede ser internacional, cuando uno de los contratantes sea extranjero, aunque ambas partes tengan su domicilio en Colombia, se encuentran suficientemente sustentadas en el salvamento de voto del magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, por tanto cualquier comentario a tan sólidas críticas resultaría inadecuado e improcedente.

Con un elemental ejemplo quiero reafirmar lo absurdo de la decisión de la Honorable Corte Constitucional.

Un empresario de nacionalidad libanesa con domicilio en Cali celebra con un comerciante colombiano domiciliado en Medellín un contrato mercantil de distribución de textiles. Según la Corte Constitucional en este contrato

existe un elemento internacional y por lo tanto se puede pactar un acuerdo arbitral para que todas las diferencias se resuelvan en Beirut, República del Líbano, en idioma libanés.

Si el contrato es celebrado y ejecutado en Colombia, por dos empresarios que tienen su domicilio en Colombia, las partes contratantes no se pueden sustraer a la aplicación de la ley colombiana, pues ello implicaría una renuncia al principio de territorialidad, un desconocimiento a la soberanía al estado colombiano y una violación flagrante de los artículos 4 y 6 de la Carta Fundamental que establecen como principio constitucional, que todas las personas residentes en Colombia, nacionales o extranjeras, están obligadas a acatar la Constitución y las leyes.

La decisión de la Corte Constitucional absurda e imposible de remediar, no autoriza sino a adherirse a lo expresado por el magistrado Cifuentes en la parte final de su salvamento de voto:

“No sobra indicar que resulta, por lo menos, extraño que la Corte hubiera diseñado para efectos de realizar un fallo condicionado, la novedosa tesis de que es internacional el contrato celebrado entre dos personas de distinta nacionalidad, sin embargo, no hubiera advertido que la segunda norma demandada podría ser exigible si se aplicaba a contratos ejecutados en un lugar distinto de aquel, en el cual las partes tienen su domicilio. Tesis esta última menos novedosa que la primera y, por ello, de más fácil aceptación del derecho que, suponemos, es el que justifica la decisión condicionada.

Lamentablemente ante la magnitud del daño producido, la única esperanza que queda para restablecer la igualdad quebrantada, es que el Congreso de la República en el futuro derogue el numeral 3º del artículo 1º demandado. De otra manera, la Corte se verá constreñida a resolver las inconsistencias generadas, a través de decisiones de tutela, sin que ello, necesariamente garantice un restablecimiento pronto y seguro de la igualdad”.

8. CONVENIOS Y TRATADOS INTERNACIONALES TRABAJOS DE UNCITRAL

El arbitraje mercantil internacional, como lo señala su misma naturaleza, sus normas que lo regulan han sido recogidas en convenios, tratados internacionales o en modelo de leyes uniformes o reglamento de arbitraje.

Tanto en Europa, Asia como en América se han firmado convenios internacionales sobre algunos aspectos del arbitraje.

Una de las disposiciones internacionales de mayor importancia en el campo del arbitraje lo constituye la Convención de la ONU de 1958, firmada en

New York, respecto del reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros. Es conveniente resaltar la labor que ha venido desarrollando la UNCITRAL o CNUDMI, Comisión dependiente de las Naciones Unidas.

En 1976, la asamblea general de la ONU, acordó recomendar al REGLAMENTO DE ARBITRAJE, aprobado por la comisión en reunión del Comité Plenario de 23 de abril de 1976.

El reglamento no tiene la característica de convenio internacional, es un modelo de reglamentación que puede ser utilizado o no por los países miembros.

El Reglamento constituye un modelo de Código de arbitraje, breve, de solo 41 artículos que contienen todas las materias atinentes al desarrollo del procedimiento.

Mediante Resolución No. 35 de 1952 de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, CNUDMI, aprobada en Diciembre 4 de 1980, dictó igualmente el REGLAMENTO DE CONCILIACIÓN, con 20 artículos, que constituye igualmente un Código breve sobre un aspecto tan importante como la conciliación.

El 21 de junio de 1985, la CNUDMI (UNCITRAL) aprobó la LEY MODELO SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL.

En las notas explicativas, señala la Comisión de la ONU:

“La ley modelo constituye una base sólida y alentadora para la armonización y el perfeccionamiento deseado de las leyes nacionales. Regula todas las etapas del proceso arbitral y refleja un consenso mundial sobre los principios y aspectos más importantes de la práctica del arbitraje internacional. Resulta aceptable para Estados de todas las regiones y para los diferentes ordenamientos jurídicos o sistemas económicos del mundo”.

La ley modelo no considera la litispendencia, cosa juzgada, límites objetivos y subjetivos del proceso, estos caracteres serán considerados por las leyes positivas de los países en donde se desarrolle el arbitraje, sin desdeñar desde luego la compleja y difícil fijación de la litis que sirve para precisar la acertación del laudo y los elementos que van a constituir eventos de cosa juzgada, pues no debe olvidarse que tratándose de la cláusula compromisoria, esta no se agota con el primer uso que se haga de ella.

Finalmente, la CNUDMI, en su 29 periodo de sesiones realizado en Nueva York de 28 de mayo a 14 de junio de 1996, preparó el “Proyecto de Notas sobre la organización del proceso arbitral”, con fundamento en el proyecto presentado en 1993 y el proyecto de notas de 1995. La finalidad de estas notas es como lo dice el texto:

“Ayudar a los profesionales del arbitraje enumerando y describiendo brevemente las cuestiones sobre las que puede ser útil adoptar oportunamente decisiones con miras a la organización de un proceso arbitral”.

Las notas no tienen ningún carácter vinculante para los árbitros y las partes. El Tribunal podrá utilizar como ayuda para la organización del proceso, las notas que en modo alguno podrá modificar el reglamento de arbitraje acogido por las partes.

Estas notas constituyen una guía práctica para el Tribunal cuando no existan normas claras de procedimiento o dudas sobre la aplicación de la organización del procedimiento arbitral.

8.1 CONVENCION DE NUEVA YORK DE 1958 SOBRE EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCION DE LAS SENTENCIAS ARBITRALES EXTRANJERAS

Se trata de un convenio internacional de trascendental importancia en el arbitraje mercantil internacional, fue adoptada por las Naciones Unidas en Junio de 1958 y entró en vigor el 7 de Junio del mismo año.

El artículo VII numeral 2º de la Convención, consagra que el protocolo de Ginebra de 1923, relativo a las cláusulas de arbitraje y la Convención de Ginebra de 1927, respecto de la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros dejarán de surtir efecto para los estados contratantes a partir del momento en que la convención tenga fuerza obligatoria para ellos.

Colombia la ratificó sin reservas y sin notas, por consiguiente la Convención tiene fuerza vinculante para toda la clase de sentencias extranjeras, sean de derecho civil, mercantil, laboral, administrativo, de ahí la importancia sobre el conocimiento que se debe tener sobre dicha Convención.

Mediante la Ley 37 de 1979, Colombia adoptó la Convención al derecho nacional. La vigencia de la Ley duró hasta la declaratoria de inexecutable por la desaparecida Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia proferida el 6 de octubre de 1988. La decisión de la Corte se fundamentó en el hecho de haber sido sancionada por el Ministro Delegatario sin habersele concedido dicha facultad como se establece en el Decreto 1243 de 1979.

La Convención se aplica al reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales dictadas en un Estado diferente a aquel en que se solicita el reconocimiento y ejecución de la sentencia y que tengan origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas.

Los Estados contratantes están obligados a reconocer la autoridad de la sentencia arbitral y permitirán su ejecución de conformidad con las normas

de procedimiento vigentes en el estado donde se solicita su reconocimiento y ejecución.

En Colombia, conforme a las normas procesales y a lo sostenido por la Corte Constitucional, el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales requieren del procedimiento del exequatur.

Para que la sentencia arbitral extranjera pueda ser reconocida y autorizar su ejecución en el Estado contratante junto con la demanda, deberá acompañarse el original debidamente autenticado o una copia en igual forma y el original del acuerdo o copia debidamente autenticada.

Si la sentencia o el acuerdo hubiesen sido redactados en idioma diferente al oficial al del Estado donde se solicite su reconocimiento y ejecución, deberá la parte presentar una traducción del laudo y el acuerdo correspondiente, elaborada por un traductor oficial.

El artículo 5 de la Convención señala taxativamente los casos en que un Estado puede denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia siempre que sea solicitado por la parte contra la cual se invoca la sentencia y cuando demuestre: a) La invalidez del acuerdo, por incapacidad de una de las partes o por virtud de la ley a que las partes lo han sometido o en virtud de la ley del país donde se haya dictado la sentencia; b) Por falta de notificación de la designación del árbitro, del procedimiento del arbitraje, o no haber podido ejercer, por cualquier causa, el derecho de defensa; c) por contener el laudo decisiones no consagradas en el compromiso o en la cláusula compromisoria o excederse de los términos del compromiso arbitral; d) que la conformación del Tribunal o el procedimiento arbitral no se haya ajustado a lo convenido por las partes o las disposiciones legales del país donde se ha efectuado el arbitraje; e) que el laudo no sea aún obligatorio o haya sido anulado o suspendido por autoridad competente del país donde se dictó la sentencia; f) que la difencia no sea susceptible de arbitraje, conforme la ley del país.

Las demás disposiciones de la Convención hacen relación a los efectos de validez de los acuerdos multilaterales relativos al reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales, fecha de la apertura y cierre, forma de ratificación o adhesión, las reservas y notas y las normas aplicables a los Estados federales y el respeto al principio de reciprocidad internacional.

8.2 CONVENCIÓN INTERAMERICANA DE PANAMÁ DE 1975 SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

Esta Convención, preparada por la Secretaría de la OEA, fue aprobada en la ciudad de Panamá en enero de 1975 y fue aceptada en Colombia por la Ley 44 de 19 de Septiembre de 1986.

Consta de 13 artículos, los seis primeros hacen referencia a las normas sustanciales que deben gobernar el arbitraje comercial internacional.

Reconoce el “acuerdo arbitral”, la cláusula compromisoria o el compromiso, como convenio válido para resolver las diferencias a través del arbitraje de carácter mercantil internacional. Este acuerdo debe constar por escrito o en canje de notas por cualquier medio de comunicación utilizado en el comercio internacional

El nombramiento del árbitro o los árbitros será conforme lo determinen las partes o delegado en un tercero.

En relación con el procedimiento aplicable, señala que a falta de estipulación se regirá por el reglamento de la “CIAC” Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial.

El artículo 4 estatuye que los laudos no impugnados tienen fuerza de sentencia judicial ejecutoriada, su ejecución se podrá solicitar en la misma forma de las sentencias extranjeras.

En cuanto al reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales dictadas en país distinto a donde se va a solicitar la ejecución, aunque la convención de Panamá no determina cuáles requisitos se exigen para esta eventualidad, se debe entender que se complementaría con la Convención Interamericana de Montevideo de 1979, aprobada en Colombia por la Ley 16 de 1981.

Para denegar el reconocimiento de las sentencias arbitrales internacionales, esta Convención Interamericana acoge lo dispuesto en la Convención de New York, cuyas causales hemos comentado precedentemente.

El artículo 6 de la señalada convención preceptúa que se puede pedir la anulación o suspensión del laudo ante la autoridad competente del Estado donde se dictó la sentencia arbitral. Solicitada la anulación, la misma autoridad puede aplazar la decisión de ejecución de la sentencia o exigir garantías a la parte que invoca la ejecución, siempre que la garantía de cumplimiento la pida la parte contra la cual se pretende ejecutar el laudo.

8.3 CONVENCIÓN IBEROAMERICANA SOBRE LA EFICACIA EXTRATERRITORIAL DE LAS SENTENCIAS Y LAUDOS ARBITRALES EXTRANJEROS

Esta Convención de la OEA, fue suscrita en Montevideo, República de Uruguay en 1979 y aprobada en Colombia pr la Ley 16 de 22 de enero de 1981.

Esta Convención se aplica a todas las sentencias o laudos arbitrales, bien sean de naturaleza civil, administrativa, laboral o mercantil, en los Estados

partes, y ratifica la aplicación para laudos arbitrales mercantiles de lo establecido en la Convención Interamericana de Panamá de 1975.

Señala en su artículo 2, los requisitos para solicitar la validez y ejecución de las sentencias o laudos arbitrales: legalización, autenticación de la sentencia original o de la copia, traducción oficial si la sentencia se dictó en idioma distinto al del Estado donde se invoca la eficacia y cumplimiento, la notificación al demandado en forma legal y haberle garantizado el derecho de defensa, constancia de la ejecutoria de la sentencia y que en ningún caso la sentencia contrarie normas de orden público del Estado donde se solicite su cumplimiento.

Admite esta convención que la eficacia del laudo puede ser total o parcial, como lo solicite la parte invocante. Y el artículo 6 establece y reconoce el procedimiento del exequatur del Estado en el cual se pide la eficacia de la sentencia o del laudo.

8.4 CONVENCIÓN DE VIENA DE 1969 SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS

El Estado Colombiano reconoció para el derecho nacional la Convención de Viena mediante la Ley 32 de 29 de enero de 1985.

Esta Convención es importante porque autoriza que de común acuerdo se puede acudir al arbitraje para solucionar controversias surgidas por la nulidad o terminación de un Tratado que se oponga a una norma imperativa de derecho internacional.

9. REGLAMENTOS Y SEDES PARA EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

9.1 CAMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL – CCI

Es un organismo internacional de arbitraje que tiene por misión procurar la solución de los conflictos mercantiles de carácter internacional. Su sede está en París.

La CCI conoce de arbitrajes situados en todas las partes del mundo y de todos los sectores económicos, su contribución para garantizar la seguridad de los negocios internacionales constituye uno de los pilares fundamentales de la prestancia de esta cámara.

En 1988 reformó el reglamento interno de arbitraje, que databa de 1975.

El reglamento de la CCI asegura la imparcialidad de la institución para el manejo de los procedimientos arbitrales sometidos a su consideración.

La Cámara de Comercio Internacional no decide la controversia, es un centro de administración y vigilancia por la correcta aplicación de los principios consignados en el reglamento y de la misma actuación de los árbitros.

La CCI como centro de arbitraje institucional es quizá la sede donde más se controlan los procedimientos, las actuaciones de las partes y la actuación de los árbitros.

El control que ejerce se hace a través de la denominada acta de misión, que debe presentarse a la secretaria de la Corte dentro de los 2 meses siguientes a la constitución del tribunal y el análisis del laudo el cual debe dictar dentro de los 6 meses siguientes al establecimiento de la denominada acta de misión.

El reglamento de la CCI establece en su artículo 1 la posibilidad de llegar a una conciliación mediante la intervención de la Comisión Administrativa de Conciliación que está cerca de la Cámara de Comercio Internacional. Igualmente, en sus artículos 2, 3, 4 y 5 establece los mecanismos de la conciliación.

Para llevar un proceso arbitral a la CCI, se establece el siguiente procedimiento:

Si las partes han convenido que se acogen al reglamento de la CCI, la demanda arbitral se presenta ante la secretaria de la Corte, cuya fecha de presentación constituye la fecha de iniciación del procedimiento arbitral.

Para contestar la demanda el reglamento concede un plazo de 30 días, pudiendo la parte demandada designar el árbitro correspondiente, presentar los medios de defensa y las pruebas que quiera hacer valer.

Admite también el reglamento que el demandado al contestar la demanda, pueda proponer demanda de reconvenición y la parte demandante que pasa a ser demandada tiene 30 días para replicar.

Es importante anotar que los memoriales deben presentarse en tantos ejemplares cuantas partes haya, más un ejemplar para cada árbitro y para el secretario.

Los gastos del arbitraje, a cargo de las partes, serán sufragados por mitad, pero si una no lo hace la otra podrá hacerlo por cuenta de ésta, si no se cancelan los gastos, el arbitraje se entiende fracasado.

Las partes libremente pueden acoger en el compromiso arbitral el derecho a aplicar, el nombramiento de los árbitros y el idioma en que debe resolverse el procedimiento. Si las partes guardan silencio respecto de algunos de estos puntos los árbitros podrán elegir el derecho a aplicar y el idioma que consideren más apropiado al caso. Si las partes no nombran los árbitros la Cámara procederá a designarlos.

El laudo debe pronunciarse dentro de los 6 meses siguientes a partir de la firma del Acta de Misión.

Antes de firmar el laudo parcial o definitivo, el tribunal debe someter el proyecto a la Corte de Arbitraje. Esta puede ordenar modificaciones de forma, respetando la libertad de decisión del árbitro, o llamar su atención sobre puntos que interesen al fondo del litigio.

Dictado el laudo, la secretaría notificará a las partes siempre que éstas hayan pagado la totalidad de los costos del arbitraje.

9.2 COMISION INTERAMERICANA SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL - CIAC

Esta comisión resultó de la gestión de todos los miembros de la Organización de los Estados Americanos OEA.

La comisión Interamericana de arbitraje comercial administra en el continente americano un sistema reglamentario para la solución de las controversias comerciales internacionales, bien sea por medio de la conciliación o por medio del arbitraje. Tiene sistemas seccionales nacionales o representantes en todos los países del continente americano.

La Comisión está dirigida por un Comité Ejecutivo y su patrimonio está conformado por las cuotas que recaude en las causas que lleva y por las contribuciones de las Secciones Nacionales, organizaciones o instituciones internacionales.

Las Secciones Nacionales están formadas por miembros representativos de las comunidades y cada Seccional mantiene una lista de árbitros aglutinados según su experiencia.

La comisión proporciona los servicios administrativos para el desarrollo de los procedimientos arbitrales y sirve de autoridad para nombrar los árbitros cuando las partes no se ponen de acuerdo o le delegan dicha función.

Igualmente la Comisión se dedica a promocionar y hacer labores pedagógicas sobre el conocimiento y el uso del arbitraje mercantil.

9.3 ASOCIACIÓN AMERICANA DE ARBITRAJE

Es una Seccional Nacional para los Estados Unidos de Norteamérica de la Comisión Interamericana de Arbitraje Internacional CIAC. Reconocida internacionalmente como la AAA, ha extendido sus actuaciones a otros países como Suecia, China y las antiguas repúblicas soviéticas.

La AAA se fundó en 1926, su sede es Nueva York, tiene más de 50 oficinas en Norteamérica y el mundo en las cuales administra los procesos arbitrales y realiza una importante labor pedagógica.

El reglamento de la AAA es tomado de la ley uniforme de la UNCITRAL.

Es importante señalar que el reglamento de la AAA consagra la exención de responsabilidad de los administradores y los miembros que conforman el tribunal por acciones u omisiones, siempre que el arbitramento haya sido tramitado por las reglas de la asociación, salvo que la conducta de los árbitros o del administrador haya sido dolosa o intencional que genere daño a las partes.

10. CONCLUSIONES

- ♦ Es indiscutible que el arbitraje internacional es el mecanismo procesal más adecuado e idóneo para resolver las controversias surgidas en razón de los contratos mercantiles internacionales.
- ♦ Las llamadas Nuevas Alternativas, como la conciliación, la mediación y el arbitraje (A.D.R.) ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION – han venido fortaleciéndose en los últimos años, gracias al empeño de los EE.UU. para que los países dependientes establezcan dichos mecanismos de administración de justicia. No debe olvidarse que los A.D.R. son producto de una orientación surgida en la sociología jurídica norteamericana impuesta desde los años 60.
- ♦ Los A.D.R. son consecuencia de la crisis de la justicia civil, una jurisdicción poco accesible, incapaz de prestar una tutela efectiva, lenta e ineficaz. Que algunos críticos consideran irreversible e insoluble y que por lo tanto no vale la pena buscar medios para recuperarla.
- ♦ Pero los métodos alternativos no constituyen la panacea que tanto predicán para solucionar la administración de la justicia civil.
- ♦ Los métodos alternativos constituyen una PRIVATIZACIÓN de las relaciones objeto de la controversia. Esto nos indica que estos medios se utilizan para los derechos disponibles. ¿Pero a quién corresponde calificar la naturaleza de la disponibilidad?
- ♦ Dentro de la lógica NEOLIBERAL que impera en estos países de infortunio, todos los derechos pueden ser disponibles y negociables y todos los derechos pueden ser objeto de compromiso en el ámbito de los acuerdos privados. Los derechos de los débiles pueden ser comprados por los mismos poderes económicos, (EJEMPLO: Los derechos de los trabajadores, el derecho de una vivienda digna, los derechos de libertad).

El arbitraje internacional

- ♦ Falta de garantía para las partes. En muchos casos los Centros de Arbitraje y Conciliación no garantizan la imparcialidad e independencia (LOS ARBITROS NOMBRADOS POR LOS BANCOS, CASO COLOMBIANO).
- ♦ Es una justicia elitista, a la cual acceden únicamente los ricos, los que tienen los medios económicos para pagar los costosos servicios arbitrales y los honorarios de los árbitros.
- ♦ Es una justicia que nunca atenderá la solución de las pequeñas causas, fuente de tanta injusticia social y tantas violencias.