

# LEY APLICABLE AL FONDO DEL LITIGIO Y AL PROCEDIMIENTO EN EL ARBITRAMIENTO INTERNACIONAL

*Adriana Zapata de Arbeláez*

## INTRODUCCIÓN: EL CONCEPTO DE ARBITRAMIENTO INTERNACIONAL

**E**L TÍTULO DE ESTA ponencia es indicativo de que nos encontramos frente a una situación pertinente al campo del derecho internacional privado, como quiera que la necesidad de determinar la legislación aplicable surge únicamente si lo que enfrentamos es una relación de carácter internacional. En consecuencia, cuestión previa al desarrollo de nuestro tema es la definición de cuándo un arbitramento es internacional.

Siempre que el sistema normativo del derecho internacional privado se interesa por una situación con relevancia jurídica, debe confrontar el dilema de establecer si tal situación pertenece a la esfera de las relaciones domésticas o locales o si, por el contrario, escapa del anterior dominio para ingresar al suyo. La necesidad de acudir a este procedimiento es también evidente en materia de arbitrajes: así, si el conjunto de reglas aplicables al arbitramento doméstico difiere del que se aplica al arbitramento internacional, deben definirse criterios precisos para que la distinción entre uno y otro arbitramento fluya con claridad.

En Colombia este proceso debe observarse con especial interés, ya que encontramos un buen número de leyes y decretos que regulan la materia de los arbitramientos domésticos (Ley 23 de 1991 y los Decretos 2279 de 1989 y 2651 de 1991) y la Ley 315 de 1996, que regula al arbitramento internacional, al lado de otros instrumentos internacionales de los cuales Colombia hace parte.

Es claro que si un país participa de un instrumento internacional en el cual se aborda la cuestión de la internacionalidad, entonces, por lo que respecta a las relaciones gobernadas por el instrumento, el interrogante quedará resuelto.

Sin embargo, es posible que un Estado carezca de tales instrumentos internacionales o simplemente que los instrumentos no cobijen todas las situaciones, *verbi gratia*, por ser un instrumento con un número muy limitado de ratificaciones. En este caso, es necesario hacer un llamado a la doctrina y a los principios del derecho internacional, los que, a falta de normas internas precisas, nos aportarán sus criterios sobre la internacionalidad de una relación. Es internacional el arbitramento, de acuerdo con dicha doctrina y principios, cuando éste presenta puntos de contacto relevantes con la legislación de más de un Estado. Este tradicional criterio jurídico suele ser reemplazado a veces, y enriquecido otras, con criterios de tipo económico y mercantil: así, es internacional el arbitramento que produce un intercambio de riqueza entre fronteras o aquel que afecta los intereses del comercio internacional.

Algunos ordenamientos internos no dan pistas sobre cómo llegar a esta calificación, y de allí la necesidad de acudir a los criterios anteriores. Pero no es esta la situación del derecho colombiano, como quiera que a partir de la expedición de la Ley 315 se introdujeron criterios que permiten establecer cuándo el arbitraje es internacional<sup>1</sup>.

Las hipótesis de internacionalidad retenidas por nuestra legislación, fueron prácticamente calçadas de la Ley Modelo de la ONU, criticada por la doctrina, pues adopta criterios demasiado lábiles sobre el particular: es internacional, según uno de sus criterios, el arbitramento que las partes determinen que tiene tal carácter, adicionado al hecho de que ellas hayan dispuesto que la sede del tribunal sea un Estado diferente del lugar donde tienen establecidos sus domicilios (art. 1.3.b.i).

Resulta lamentable que también nuestra legislación haya incluido este criterio sobre internacionalidad del arbitraje (art. 1º num. 3 Ley 315 de 1996), y más aún que la Corte Constitucional, en su fallo C-374/97 del 23 de julio de 1997, no haya encontrado inconveniente a que la norma subsistiera, condicionada al hecho de que una de las partes sea extranjera. Pero conviene recordar que el derecho internacional privado ha descartado la diferente nacionalidad de las partes como criterio determinante de la internacionalidad de una relación, cuando quiera que los demás elementos del contrato se encuentren “monolocalizados”, es decir, cuando, por ejemplo, la celebración del contrato, su ejecución y el pago de las obligaciones, tengan lugar sobre el mismo territorio. En últimas, lo que se critica a esta hipótesis y, en consecuencia, a la decisión de la Corte, es el hecho de que a través de su admisión se haya permitido la internacionalización artificial de una relación típicamente doméstica.

Quizá sea éste uno de esos fallos que valen más por el salvamento que por la decisión misma. La providencia recibió el salvamento de voto del magistrado Eduardo Cifuentes, para quien «... la decisión resulta internamente contradictoria y sus motivos insuficientes para entender la condición que se impone para aceptar un límite a la fuerza de irradiación de las disposiciones constitucionales. Parece que la mayoría súbitamente hubiese perdido la conciencia de lo que estaba en juego...»<sup>2</sup>.

Para el magistrado Cifuentes, el arbitramento internacional queda justificado «... siempre que el respectivo conflicto se enmarque en el ordenamiento mercantil, se relacione con bienes transables y tenga carácter internacional», lo cual no resulta en la hipótesis prevista en el numeral 3 del artículo 1º de la Ley 315 de 1996<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> De acuerdo con el artículo 1º de la Ley 315 de 1996, es internacional el arbitraje cuando las partes lo hubieren pactado en concurrencia con alguno de estos eventos: 1. el domicilio diferente de las partes al momento de la celebración del pacto; 2. el lugar en que deba cumplirse la parte sustancial de la obligación vinculada con el objeto del litigio difiere del lugar del domicilio principal de las partes; 3. la sede del arbitraje difiere del lugar del domicilio principal de las partes, siempre que así se hubiera pactado; 4. el asunto objeto del pacto

arbitral vincula los intereses de más de un Estado, y las partes así lo han convenido, y, finalmente, 5. la controversia afecta directa e inequívocamente los intereses del comercio internacional.

<sup>2</sup> Salvamento de voto del magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz a la sentencia C-347 de 1997, en la demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 3 del artículo 1º, y el artículo 4º (parcial) de la Ley 315 de 1996, “Por la cual se regula el arbitraje internacional y se dictan otras disposiciones”.

En resumen, la legislación colombiana cuenta con los elementos para definir cuándo un arbitramento es internacional, a través de la adopción de los criterios incorporados en el artículo 1º de la Ley 315 de 1996.

Con esta claridad, no exenta de críticas, como quedó expuesto atrás, es posible pasar a desarrollar nuestro tema: qué legislación debe aplicarse a un arbitramento internacional en sus diferentes etapas: al acuerdo de voluntades (I parte), al fondo del litigio (II parte) y al procedimiento arbitral (III parte).

## I. LEY APLICABLE AL ACUERDO DE VOLUNTADES

EN ESTA PARTE procuraremos establecer cuál es la ley que se aplica para definir la validez del acuerdo de voluntades, visto desde la perspectiva del pacto en sí (A) y de la materia que puede ser objeto de arbitramento (B). Para algunos autores ello equivale a establecer una validez subjetiva, en el primer caso, y una objetiva, en el segundo.

### A. LEY APLICABLE AL PACTO ARBITRAL

LA VALIDEZ DEL PACTO arbitral está referida tanto a la capacidad de las partes para acudir a un arbitramento internacional, como al contrato que supone.

En cuanto a lo primero, interesa saber si el sujeto, de acuerdo con las leyes que determinan su capacidad, tiene aptitud para celebrar acuerdos compromisorios. Este interrogante surge tanto en relación con personas de derecho público como con personas de derecho privado, particularmente las personas naturales: así, ¿puede un ente estatal acordar someter sus diferencias a un arbitramento internacional? y, en relación con las personas naturales, ¿cómo establecer si dicha persona es o no capaz?

En lo relativo a las personas de derecho público, baste decir que el derecho internacional privado reconoce a los Estados la aptitud para comprometer, sin perjuicio de la obligada referencia a las normas internas de cada Estado en la materia.

En cuanto a la capacidad de la persona natural, aunque el derecho internacional privado reconoce distintas soluciones, por regla general prima el estatuto de la ley nacional. En consecuencia, cuando se trate de establecer si una persona es capaz de celebrar un acuerdo arbitral, tal capacidad se establecerá por referencia a su ley nacional.

Algunos sistemas de derecho internacional, como el francés, han desarrollado lo que se conoce como el *principio de autonomía de la cláusula compromisoria*. De acuerdo con este principio, una cláusula compromisoria es válida en sí misma, es decir, sin consideración a lo que sobre ella puedan disponer los ordenamientos estatales. Obvia consecuencia de este principio es la conclusión de que, independientemente de si el contrato en el cual se ha incluido la cláusula es o puede ser declarado nulo, tal nulidad no entraña la del pacto arbitral. En otras palabras, la suerte del pacto arbitral no depende entonces de la suerte del contrato principal al cual está referido.

Este principio de *autonomía de la cláusula compromisoria* es igualmente recogido por instrumentos internacionales tales como la Ley Modelo de la ONU, cuyo artículo 16 dispone:

<sup>3</sup> *Ibid.*

«El tribunal arbitral puede estatuir sobre su propia competencia, comprendida allí toda excepción relativa a la existencia o a la validez de la cláusula arbitral. Para estos propósitos, una cláusula compromisoria que haga parte de un contrato es considerada como una convención diferente de las demás cláusulas del contrato».

A continuación se hará una presentación de los principales instrumentos internacionales que se refieren a estos temas y las soluciones que aporta tanto el derecho internacional privado como el derecho colombiano.

### *1. Soluciones dadas por instrumentos internacionales*

Algunos instrumentos internacionales definen la cuestión, así:

a. Convención de New York de 1958: la cuestión se resuelve indirectamente, al momento de establecer, como causal de rechazo del laudo arbitral, el hecho de que el pacto no sea válido. En los términos del artículo V.1.a se rechaza el reconocimiento y la ejecución de un laudo, si el pacto arbitral «... no es válido en virtud de la ley a la cual las partes lo han subordinado o, a falta de una indicación al respecto, en virtud de la ley del país en el cual la sentencia será proferida».

Así, la ley aplicable es la ley escogida por las partes, y a falta de dicha escogencia, la ley del país donde se proferirá la decisión.

Si lo que se valora es la capacidad para contratar, se aplicará la ley personal del contratante (art. V.1.a).

b. Ley Modelo de la ONU: Inspirada en la Convención Europea de Ginebra de 1961, en ella no se establecen soluciones de manera tan clara como lo hace la Convención de New York. No existe, en efecto, ninguna disposición que resuelva directamente la cuestión de la legislación aplicable al pacto arbitral en forma directa.

Aparece, sin embargo, en el artículo 28 una disposición que podría resolver de manera indirecta la cuestión. Según dicho artículo:

«... el tribunal arbitral resuelve el diferendo de acuerdo con las reglas de derecho escogidas por las partes como aplicables al fondo del litigio».

Si esta solución indirecta nos es permitida, diremos que, de acuerdo con la Ley Modelo, la ley aplicable es la escogida por las partes, y a falta de tal escogencia, la del país donde se profiera la decisión.

Si lo que se valora es la capacidad para contratar, aplicará la ley personal del contratante.

Si no se sabe dónde se decidirá, aplicará la ley competente según las reglas de conflicto del tribunal.

c. Convención Interamericana de Panamá de 1975: esta Convención, aprobada en nuestro país mediante la Ley 44 de 1986, establece en su artículo 1º:

«Es válido el acuerdo de las partes en virtud del cual se obligan a someter a decisión arbitral las diferencias que pudiesen surgir o que hayan surgido entre ellas con relación a un negocio de carácter mercantil...».

En adición, encontramos que el artículo 5º establece como causal de denegación del laudo:

«... dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiere indicado a este respecto, en virtud de la ley del Estado en que se haya dictado la sentencia...».

Este conjunto de disposiciones nos lleva a concluir que, de acuerdo con el Convenio, la validez del pacto queda sometida al principio de autonomía. Sólo la falta de ejercicio de esta facultad posibilita al juez del exequatur denegar la ejecución del laudo, no con base en su legislación (*lex fori*), sino con base en la legislación del lugar donde el laudo se profirió.

Ahora bien, si lo que se valora es la capacidad de las partes, el artículo 5.1.a establece como ley aplicable la ley nacional de las partes.

d. Reglamento Uncitral: el reglamento de la Uncitral no se refiere expresamente al tema. En su artículo 33 aborda lo relativo a la legislación aplicable al fondo del litigio, pero su redacción, limitada a este aspecto del arbitraje, no parece autorizar una aplicación extensiva del mismo a la materia de la validez del pacto.

e. Reglamento CCI: por su lado, el Reglamento CCI avanza en una solución novedosa, en relación con el principio de autonomía de la cláusula compromisoria a la que ya aludíamos.

Dispone este Reglamento en su artículo 8.4:

«Salvo estipulación en contra, la pretendida nulidad o inexistencia alegada del contrato, no entraña la incompetencia del árbitro si él estima válida la convención de arbitraje. El permanecerá competente, aún en el caso de inexistencia o nulidad del contrato, para determinar los derechos respectivos de las partes y decidir sobre sus demandas y conclusiones».

La disposición resulta interesante por múltiples razones. En primer término, por consagrar expresamente la autonomía de la cláusula, en relación con el contrato donde se incluye. En segundo lugar, es claro que el árbitro en su proceso de validación de la cláusula no está obligado a proceder según el método conflictualista; pues el juicio que hace no se fundamenta en la aplicación de una legislación designada por una regla de conflicto. Más aún, pareciera que esta validación pudiera efectuarse prescindiendo de referencias legislativas concretas.

## 2. Soluciones de tipo conflictual

a. Soluciones dadas por el derecho internacional privado: para el derecho internacional privado la determinación de la ley aplicable a la validez del pacto arbitral es cuestión que depende de la manera como se califique la institución. Así, si se hace prevalecer su carácter procedimental, la ley que gobierna el procedimiento debería ser la misma que gobierne al pacto arbitral. Si, en cambio, se destaca su carácter contractual, en tanto que fuente de obligaciones, tendría que ser la ley que gobierna el contrato la llamada a regir la cláusula compromisoria.

De lo anterior resulta aquello que en el derecho internacional privado se conoce como un *conflicto de calificación*, cuya solución dependerá de lo definido por el sistema de derecho internacional privado aplicable. Sin embargo, debe recordarse que los árbitros internacionales, a diferencia de los árbitros internos, no se encuentran sometidos a un sistema de derecho internacional privado de un Estado en particular, situación ésta que dificulta enormemente la solución al problema que se plantea y que nos lleva a proponer, como alternativa, la aplicación de un principio de derecho internacional privado en la materia.

En todo caso, es el principio de autonomía de la voluntad el que determina en primer término la legislación aplicable, tanto si la institución se clasifica como de carácter procedimental como de contractual. Así, las partes pueden llegar a establecer cuál es la legislación que debe aplicarse a la validez de su convención de arbitramento, y a falta de ella, corresponderá a los árbitros determinar la ley aplicable a través del proceso de localización del convenio, que normalmente coincidirá con la ley del contrato en que la cláusula se encuentra incluida.

## 2. Solución en derecho internacional privado colombiano

De acuerdo con el artículo 2º de la Ley 315 de 1996:

«El arbitraje internacional se rige en todas sus partes por las disposiciones de la presente ley, en particular por las disposiciones de los Tratados, Convenios, Protocolos 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 la nacionalidad de los árbitros, así como la sede del Tribunal, la cual podrá estar en Colombia o en un país extranjero».

Este artículo establece una escala de normatividad aplicable a los arbitramentos internacionales que interesan al país. Al margen de las soluciones adoptadas en materia de ley aplicable al fondo de litigio y al procedimiento arbitral, las cuales se analizarán más adelante (II y III parte), no resulta evidente que dicho artículo aporte una solución concreta o directa en cuanto a la ley que se aplica para determinar la validez del pacto arbitral en sí.

En ese sentido, y como quiera que el artículo señala que se aplican los tratados y convenios suscritos y ratificados por Colombia, la solución podría ser la que acogen dichos instrumentos, siempre que la relación caiga en el campo de aplicación del respectivo convenio.

Siendo Colombia parte del Convenio de New York y del Interamericano de Panamá, es pertinente recordar que de acuerdo con el primero, el artículo V.1.a tan sólo resuelve la cuestión de manera indirecta al establecer como causal de rechazo del laudo el hecho de que el pacto arbitral no sea válido según la ley a que las partes lo sometieron o, a falta de tal indicación, según la ley donde el laudo fue proferido. Tal sería la solución si el arbitramento cae en el campo del convenio de New York.

En cuanto al Convenio Interamericano, recordaremos que su texto resuelve la cuestión en el ámbito de causales de denegación del exequatur, aplicando la ley designada por las partes y, a falta de ésta, la del lugar donde el laudo fue proferido.

Cuando la situación no está gobernada por alguno de los convenios anteriores, corresponde establecer la validez del pacto arbitral de acuerdo con el derecho internacional privado, el cual nos aporta las siguientes soluciones:

A falta de designación de las partes, las leyes de conflicto locales aplicables a la materia contractual indicarían, en cuanto a la forma del pacto arbitral, que éste está gobernado por el principio *locus regit actum*, según el artículo 21 del

Código Civil colombiano; en cuanto al fondo, aplica el principio de localización del artículo 20 *ibid.*, salvo lo relativo a la capacidad para contratar, que de acuerdo con el artículo 19 *ibid.*, se rige por la ley nacional.

## B. LEY APLICABLE A LA MATERIA OBJETO DEL LITIGIO

Se trata aquí de saber conforme a qué legislación se establece el tipo de litigio que puede ser objeto de arbitramento (arbitrabilidad objetiva).

Sabemos que el acuerdo de voluntades para someter al arbitramento el litigio es el elemento esencial de la cláusula compromisoria; de allí que, siendo la materia litigiosa una de sus condiciones de validez y eficacia, pareciera que la ley que establece la validez del convenio sea la llamada a regir la validez en cuanto a la materia objeto del arbitramento.

Para aquellos sistemas que aceptan el llamado *principio de autonomía de la cláusula compromisoria*, encontramos que otra expresión del mismo principio estaría en la circunstancia de que la cláusula es válida aunque la materia sobre la cual versa la instancia no sea susceptible de este procedimiento, de acuerdo con alguna legislación con vocación de ser aplicada: «... on déciderait que l'indisponibilité du droit litigieux ne doit pas entraîner la nullité de la convention d'arbitrage, car soumettre un litige relatif a ce droit au jugement d'un arbitre n'équivaut pas a en disposer»<sup>4</sup>.

### 1. Soluciones dadas por instrumentos internacionales

Algunos convenios definen la cuestión:

a. Convención de New York de 1958: de acuerdo con los artículos II.1 y V.2, corresponde a la “ley del foro” determinar la validez del pacto arbitral desde la perspectiva de la materia sobre la cual versa.

En realidad, debe admitirse que el primero de los artículos no resuelve directamente la cuestión. Veamos:

«Cada uno de los Estados contratantes reconoce la convención escrita por la cual las partes se obligan a someter a arbitramento todos los diferendos o algunos de los diferendos que podrían presentarse entre ellas en una relación de derecho determinada, contractual o no contractual, que verse sobre una cuestión susceptible de ser resuelta por vía de arbitramento».

El artículo transcrito omite indicar según cuál legislación debe establecerse si la materia puede ser objeto de arbitramento.

Sin embargo, el artículo V.2 dispone que el reconocimiento y la ejecución de las sentencias puede rechazarse si la autoridad del foro constata que el objeto del diferendo no es susceptible de ser resuelto por la vía del arbitramento. Para los intérpretes de la Convención, resulta de evidencia que si es la ley del foro la que

<sup>4</sup> BERTHOLD GOLDMAN. *Arbitrage commercial international. Jurisclasseur Droit International*, fascículo 586-3. 11. Por lo que hace al derecho francés, es posible constatar una evolución favorable en esta materia, al pasar de prohibir el arbitraje cuando la

solución supone la aplicación de una regla de orden público, al punto de aceptar como válida la cláusula compromisoria aunque el contrato sobre el cual versa esté sometido a una reglamentación de orden público.

se aplica al momento del exequatur, la misma regla debe aplicar al momento de establecer la validez del pacto arbitral<sup>5</sup>.

b. Ley Modelo de la ONU: el tema es abordado por los artículos 34 y 36.b.i, conforme a los cuales, en primer término, es posible la anulación de la sentencia arbitral si el tribunal, ante quien se demanda, establece que el objeto del diferendo no es susceptible de ser resultado por arbitramento, de conformidad con la legislación del Estado sede del tribunal. En segundo lugar, cuando determina que el reconocimiento del fallo y su ejecución pueden ser negados por los mismos motivos.

c. Convención Interamericana de Panamá de 1975: el Convenio aborda indirectamente el tema en dos de sus artículos.

En virtud del artículo 1º, valida el acuerdo de arbitraje de las partes en cuanto se trate de negocios de carácter mercantil, con lo cual restringe el campo material del litigio a los casos de carácter comercial. Con todo, no dispone conforme a qué legislación debe apreciarse tal validez.

De otro lado, en su artículo 5º se establece como causal de denegación del laudo en el Estado en que se pide su ejecución el hecho de que la diferencia objeto de sentencia no sea susceptible de arreglo por esta vía.

d. Reglamento de la Uncitral: este reglamento no resuelve la cuestión.

## 2. Solución de tipo conflictual

a. Soluciones del derecho internacional privado: el derecho internacional privado aporta como solución al tema aquella según la cual la ley que gobierna el pacto de arbitraje debe ser la que determine cuáles litigios son susceptibles de ser resueltos por esta vía. Sin embargo, los árbitros deberán tener en consideración tanto las leyes del lugar en donde el laudo pueda ser objeto de recursos de anulación, como las del lugar donde la sentencia pueda ser ejecutada, atendiendo a que suele incluirse dentro de las causales de anulación y de rechazo de ejecución el hecho de que el diferendo no sea susceptible de ser resuelto por la vía arbitral.

b. Solución en derecho internacional privado colombiano: la Ley 105 de 1996 no resuelve directamente la cuestión, por lo cual nuestras conclusiones sobre este aspecto se orientan en el mismo sentido que las anotadas a propósito de la ley aplicable al pacto arbitral, más aún si se considera que la materia del arbitramento es presupuesto de validez del mismo.

Frente a lo dicho, deben incorporarse como soluciones posibles las indicadas en los Convenios de New York y de Panamá, y a falta de competencia de los convenios en el caso concreto debemos considerar nuestro sistema de derecho internacional privado.

En primer término señalaremos que nuestro Código de Procedimiento Civil no obliga expresamente a tener en cuenta la ley colombiana para los efectos de

<sup>5</sup> JACQUES BEGUIN. *L'arbitrage commercial international*, Montreal, Université McGill, Edit. Yvon Blais, 1987, pp. 122 ss.

establecer si la materia objeto de la sentencia es susceptible de ser sometida a arbitramento. No obstante, podría considerarse que el tema pertenece al dominio del orden público, y por ende las materias que califican como tales no son susceptibles de tramitarse por el procedimiento arbitral.

Sin pretender agotar el tema, recordemos que según nuestra legislación pueden ser objeto de arbitramento aquellas cuestiones susceptibles de transacción, que surjan entre personas capaces de transigir<sup>6</sup>, es decir «... aquellas materias que sólo miren el interés individual del renunciante»<sup>7</sup>. *A contrario sensu*, escapan al arbitramento aquellas materias sobre las cuales versan «... leyes en cuya observancia estén interesados el orden y las buenas costumbres»<sup>8</sup>.

En su sentencia C-347 de 1997 la Corte Constitucional, retomando otra decisión suya<sup>9</sup>, concluye que, de acuerdo con las normas que se acaban de citar, «... están, pues, excluidas del arbitramento cuestiones tales como las relativas al estado civil, o las que tengan que ver con los derechos de los incapaces, o derechos sobre los cuales la ley prohíba a su titular disponer».

De acuerdo con lo anterior, la *lex fori* será considerada al momento de determinar la validez del acuerdo de voluntades, en relación con la materia sobre la cual versa.

Esta conclusión, sin embargo, no aporta solución a los árbitros en cuanto a su necesidad de establecer bajo qué sistema se debe analizar la validez del pacto, en relación con la materia objeto del mismo.

En este sentido, una solución consiste en establecer que la ley que determina la validez de la cláusula compromisoria sea la llamada a regir la validez, en cuanto a la materia objeto del arbitramento; por lo cual, se debe proceder a localizar el acuerdo arbitral y, conforme a este procedimiento, los árbitros identificarán la ley aplicable a la definición de las materias que pueden ser objeto de arbitraje, sin perjuicio de que resulte aconsejable tener en cuenta las disposiciones del lugar de la sede del tribunal para no comprometer la efectividad del laudo ante posibles recursos de anulación, como también las disposiciones del lugar donde la decisión será ejecutada.

## II. LEY APLICABLE AL FONDO DEL LITIGIO

EL HECHO ESTÁ REFERIDO a la actuación de los árbitros que fallan en derecho y que deben determinar según qué sistema normativo van a resolver el fondo del litigio.

Conviene puntualizar que en materia de arbitrajes internacionales la doctrina reconoce que el árbitro carece de foro específico, razón por la cual en la designación de la ley aplicable no se tiene por qué preferir un sistema de reglas de conflicto de leyes de un país por encima de otro.

Existe a este propósito prácticamente un consenso en el ámbito internacional sobre la libertad que asiste a las partes, antes que a los árbitros, para determinar el derecho aplicable al fondo del litigio. El estudio de los distintos instrumentos internacionales, así como las soluciones del derecho internacional privado, nos permitirán corroborar esta conclusión.

Otra constante que observaremos es la posibilidad de aplicar al fondo del litigio un sistema de normas distinto al legislativo.

<sup>6</sup> Art. 1º Dcto. 2279/89.

<sup>7</sup> Art. 15 C. C.

<sup>8</sup> Art. 16 C. C.

<sup>9</sup> Sentencia C-294/95.

En efecto, las distintas soluciones propuestas contemplan para las partes o para el árbitro diversas posibilidades: la aplicación de una legislación estatal en particular, a cuya elección llega sobre la base de distintas consideraciones: porque tal legislación resulta más avanzada que otras, o porque corresponde a una familia de derecho que guarda armonía con las partes en litigio o con la naturaleza del asunto; en fin, porque es vista como una legislación “neutral”, en relación con las partes en conflicto.

De acuerdo con algunos de los sistemas que comentaremos, resulta mandatorio para los árbitros referirse a los usos del comercio internacional en la materia, sea que éstos resulten de los precedentes arbitrales, o de las guías contractuales como las publicadas por la Uncitral, de las leyes modelo o tipo de la ONU, de los papeles y documentos de los organismos internacionales especializados en el comercio internacional o interesados en la unificación del derecho comercial internacional, como es el caso de la CCI y de Unidroit.

## A. SOLUCIONES DADAS POR INSTRUMENTOS DE CARÁCTER INTERNACIONAL

### 1. *La Convención de New York de 1958*

La Convención de New York toca sólo de manera tangencial la cuestión. En su artículo V.1.a establece como causal de no reconocimiento del laudo el hecho de que el pacto arbitral no sea válido en virtud de la ley designada por las partes, y a falta de tal indicación, según la ley del país donde se profirió la decisión.

Como puede verse, la solución, antes que estar referida al fondo del litigio, habla de la validez de la cláusula arbitral, en función de la ley de autonomía.

### 2. *La Ley Modelo de la ONU*

El artículo 28 de la Ley Modelo de la ONU establece el principio de libertad de las partes, en cuanto a la elección de la legislación aplicable al fondo del litigio, y a falta de dicha indicación son los árbitros los llamados a escoger una regla de conflicto para que sea ésta la que designe la ley aplicable.

Este sistema supone acudir al método conflictualista de buscar una regla de conflicto para llegar a la designación de la ley aplicable al litigio. Sin embargo, de acuerdo con las tendencias más modernas (como la seguida por la legislación francesa), este método ha sido eliminado, permitiéndole al árbitro la designación directa de la ley aplicable, sin tener que pasar por la elección de una regla de conflicto que “juzgue apropiada”, entre otras razones, porque es posible que precisamente juzgue apropiado aplicar una regla de conflicto que señale la legislación que él considera más conveniente para el caso.

### 3. *El Reglamento de la Uncitral*

Este Reglamento regula el tema en su artículo 33, de acuerdo con el cual, las partes son libres de escoger la ley aplicable al fondo del litigio, y a falta de esta designación corresponde al árbitro elegir la regla de conflicto que él considere.

Precisa el reglamento que el árbitro tendrá en cuenta tanto las estipulaciones del contrato como los usos del comercio internacional, lo que posibilita la aplicación de sistemas no legislativos.

#### 4. Convención Interamericana de Panamá

Del mismo modo que la Convención de New York, la Convención Interamericana de Panamá de 1975 no resuelve la cuestión de la legislación aplicable al fondo del litigio.

#### 5. El Reglamento de la CCI

Este Reglamento regula el tema en su artículo 13, números 3 y 5, conforme a los cuales las partes son libres de determinar el derecho que los árbitros aplicarán al fondo del litigio. El empleo del término derecho aplicable y no el de legislación aplicable debe indicarnos que para el Reglamento es concebible que los árbitros acudan a un sistema normativo no legislado, como sería el caso de la aplicación de los principios de derecho internacional privado en la materia, la *lex mercatoria*, o el llamado *soft law* de los anglosajones.

Si por algún motivo las partes se abstienen de designar el derecho aplicable, el árbitro aplicará la ley que designe la regla de conflicto que él juzgue apropiado emplear.

La posibilidad de aplicar un sistema normativo no legislado queda corroborada por el numeral 5 del artículo 13 al establecer que "... en todos los casos el árbitro tendrá en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos del comercio".

### B. SOLUCIONES DE TIPO CONFLICTUAL

#### 1. Soluciones del derecho internacional privado

Para el derecho internacional privado resulta incontestable que esta materia se encuentra gobernada por el principio de la *ley de autonomía*, el cual permite a las partes proceder a la libre elección de las reglas conforme a las cuales su diferencia será resuelta por los árbitros, tal y como ocurre en materia contractual. Esta libertad permitirá a los árbitros la elección de un sistema de normas no estatal (por ejemplo, aplicar los principios del derecho internacional en materia contractual), o hacer una combinación de reglas y/o sistemas legislados.

Pero siempre que se piense en la *ley de autonomía*, debe igualmente considerarse la posibilidad de que las partes no hagan uso de la libertad de elección. En esos casos, el derecho internacional privado radica en cabeza de los árbitros tal facultad.

Originalmente el derecho internacional privado se inclinó por la solución según la cual el árbitro internacional debe aplicar las reglas de conflicto del país sede del arbitramento. Esta solución fue criticada en razón de que en ocasiones los árbitros deben tomar determinaciones, aunque la sede no esté establecida, además del hecho de que el lugar de la sede del arbitramento no constituye un lazo relevante con el fondo del litigio; de hecho, las sedes arbitrales suelen ser definidas de forma fortuita, sin consideración al fondo del litigio.

La crítica al sistema anterior, aunada a la circunstancia de que el árbitro internacional carece de un foro específico, llevó a pensar como innecesario que el tribunal deba acudir a una regla de conflicto que determine la legislación aplicable al fondo del litigio cuando las partes no han hecho uso de la facultad que les asiste. De allí que se reconozca al árbitro la posibilidad de designar

directamente la ley, sin lugar a la aplicación de una regla de conflicto que estime apropiada para el caso.

## 2. Solución en derecho internacional privado colombiano

El inciso segundo del artículo 2º de la Ley 315 de 1996 dispone:

«... En todo caso, las partes son libres de determinar la norma sustancial aplicable conforme a la cual los árbitros habrán de resolver el litigio».

Esta disposición se alinea dentro de las tendencias mundiales, al reconocer a las partes la libertad de designar directamente las normas sustanciales aplicables al fondo del litigio, pero su redacción permite los siguientes comentarios.

La indicación de libre determinación de la *norma sustancial* debe ser vista en oposición al concepto de *norma de procedimiento*, pero también como sinónima del concepto de *norma de contenido material* y por ello opuesta al concepto de *norma de tipo conflictual*. Esta precisión nos permite concluir que de acuerdo con el sistema de derecho internacional privado colombiano, las partes son libres de escoger el sistema normativo aplicable a su diferendo, sin necesidad de acudir al empleo de una regla de conflicto y diferenciando esta elección de la que podría recaer en cuanto a la norma aplicable al procedimiento.

Conviene igualmente resaltar que nuestra legislación guarda silencio sobre la situación que se plantea cuando las partes omiten la elección, ante lo cual los sistemas estudiados precedentemente son coincidentes en atribuir tal facultad al tribunal. Sin embargo, creemos que este vacío puede ser llenado por los árbitros a través de la aplicación de los principios de derecho internacional privado en la materia y de los reglamentos que en el caso concreto sean aplicables.

## III. LEY APLICABLE AL PROCEDIMIENTO

EN UN ARBITRAJE INTERNACIONAL, las partes o los árbitros pasan por la necesidad de resolver cuál normatividad aplicar al procedimiento arbitral, es decir, al funcionamiento de la instancia.

Este aspecto del arbitraje pareciera estar gobernado por las reglas de procedimiento del lugar donde se desarrolla la instancia arbitral, aunque es posible admitir otros criterios. Baste recordar que en esta decisión el derecho internacional privado reconoce a las partes la libertad de elección por aplicación de la ley de autonomía. Tampoco es extraño que las partes en el arbitramento establezcan que el funcionamiento de la instancia se desarrolle en varios lugares, no obstante lo cual ellas guardan silencio sobre la ley aplicable al procedimiento. Frente a estas hipótesis no resulta tan evidente que el funcionamiento de la instancia deba estar gobernado por las reglas de la sede del tribunal.

En este contexto podemos afirmar que el tema ha sido abordado tanto por los instrumentos internacionales como por las leyes internas de cada Estado, según se verá a continuación.

### A. SOLUCIONES DADAS POR INSTRUMENTOS DE CARÁCTER INTERNACIONAL

LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES que pasamos a explicar son unánimes al establecer, desde su inicio, la libertad de que gozan las partes del contrato para

determinar las leyes de procedimiento que habrán de aplicarse a su arbitramento. Tal solución puede chocar con concepciones territorialistas clásicas para las cuales las leyes de procedimiento son de orden público y en cuanto tales deben ser observadas en el territorio dentro del cual están llamadas a aplicarse. Sin embargo, no debe perderse de vista que en el arbitramento internacional la sede del arbitraje es producto de muchas circunstancias fortuitas, que hacen deseable la aplicación de leyes de procedimiento distintas de aquellas que rigen en el lugar de funcionamiento del tribunal, como por ejemplo, las del lugar donde podría llegar a ejecutarse el laudo, las de la nacionalidad común de los árbitros, o las de un país que merezca confianza en cuanto a su legislación procedimental. En fin, es así como en ocasiones se escoge una sede, simplemente porque se acude a un centro de arbitramento de gran prestigio en la materia del litigio.

Por lo anterior, podemos afirmar que el derecho internacional privado ha considerado que la ley aplicable al procedimiento arbitral no es uno de esos campos vedados al juego de la ley de autonomía y, en consecuencia de ello, se tendrá que el procedimiento arbitral se rige en primer término por la ley que las partes establezcan.

A falta de ejercicio de la ley de autonomía, corresponderá a los árbitros determinar según cuáles reglas de procedimiento deberá funcionar el tribunal. También en esta hipótesis constataremos que los árbitros gozan de gran libertad creando ellos mismos sus propias reglas de procedimiento o eligiendo una ley estatal en particular.

Otra tendencia que resulta del análisis de los instrumentos internacionales es aquella según la cual en esta materia la determinación de las reglas de procedimiento se hace directamente, sin lugar a aplicar una norma de conflicto que lleve a su determinación, lo que permite eliminar el método conflictualista tradicional. Veamos.

### *1. La Ley Modelo de la ONU*

La Ley Modelo de la ONU es uno de aquellos instrumentos que consagran, como se mencionó atrás, el principio de la autonomía de la voluntad en la materia, conforme al cual las partes son libres de establecer el procedimiento que deberá seguir el tribunal de arbitraje, y a falta de tal acuerdo, el tribunal será libre de escoger las reglas (art. 19).

En estos casos, ni las partes ni los árbitros pasan por el proceso de escoger la regla de conflicto que establecerá las normas aplicables al procedimiento.

### *2. El Reglamento de la Uncitral*

Este reglamento se caracteriza por no hacer distinción entre las reglas aplicables al fondo del litigio y las reglas aplicables al procedimiento arbitral. No obstante, en su artículo 15 establece que el tribunal puede proceder al arbitramento de la manera como juzgue apropiado, siempre que las partes sean tratadas sobre un pie de igualdad y que en cada etapa del procedimiento las partes tengan posibilidad de hacer valer sus derechos y de proponer sus medios de defensa. Concede así gran libertad a los árbitros, dentro de los límites de respeto a los principios generales del proceso.

De acuerdo con esto, el reglamento en sí se aplica en primer término, pero hace reserva de las disposiciones imperativas aplicables al arbitraje. No aclara el

reglamento si se trata de las disposiciones imperativas del lugar donde funciona la instancia arbitral, pero debemos entender que en todo caso ellas deben ser observadas a efectos de eliminar posibles causales de invalidez del laudo.

### 3. *Convención Interamericana de Panamá*

La Convención de Panamá estipula en su artículo 3º:

«A falta de acuerdo expreso entre las partes, el arbitraje se llevará a cabo conforme a las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial».

De acuerdo con esta norma, el Convenio reconoce libertad a las partes para designar la ley procedimental aplicable, sin acudir a ninguna mecánica conflictualista; a falta de dicho acuerdo, los árbitros deben aplicar el reglamento de la Comisión.

### 4. *El Reglamento de la CCI*

Resuelve la cuestión en el artículo 11 proponiendo una escala de soluciones, así:

Se aplican en primer término las reglas de procedimiento del reglamento CCI, lo cual entraña el ejercicio de la ley de autonomía, en la medida en que las partes han resuelto regirse por ese reglamento.

Naturalmente que el reglamento no constituye un código completo de reglas de procedimiento, y por ello prevé que se aplicarán, en segundo término, las leyes de procedimiento escogidas por las partes, y a falta de dicha elección, corresponde a los árbitros fijar sus propias reglas.

Cuando ésto ocurre, es decir, cuando se llega al punto de que corresponda a los árbitros tal determinación, el tribunal goza de la misma libertad: escoger una legislación estatal o crear sus propias reglas, pero respetando en todo caso las normas imperativas aplicables al arbitramento internacional, a fin de evitar que el laudo corra el riesgo de ser invalidado y no poder recibir el exequatur en el país en que se buscara más adelante su ejecución.

## B. SOLUCIONES DE TIPO CONFLICTUAL

### 1. *Soluciones del derecho internacional privado*

El derecho internacional privado aboga por establecer también en estos dominios el principio de la autonomía de la voluntad. Sólo la falta de acuerdo expreso entre las partes, da la posibilidad a los árbitros para entrar a definir las normas procedimentales, particularmente en los casos de arbitrajes no institucionales o *ad hoc*.

En este aspecto, las tendencias se orientan en dos direcciones: dar a los árbitros libertad total de elaborar sus propias reglas, siempre que se respeten los principios de igualdad y contradicción; o bien, permitir a los árbitros escoger directamente la ley de procedimiento que consideren más adecuada según el tipo de litigio.

### 2. *Solución del derecho internacional privado colombiano*

De acuerdo con el artículo 2º de la Ley 315 del 96, se reconoce a las partes libertad de elección de las normas de procedimiento aplicables a su arbitramento, así:

«También podrán (las partes) directamente o mediante referencia a un reglamento de arbitraje, determinar 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».

La disposición transcrita recoge el principio de autonomía, pero con algunas diferencias en relación con los modelos ya vistos: pareciera que las partes no tienen la posibilidad de escoger un sistema legal de procedimiento, ya que el artículo hace referencia a la posibilidad de «... determinar lo concerniente al procedimiento», directamente o por referencia a un reglamento de arbitraje.

De otro lado, el artículo guarda silencio sobre la forma como debe procederse en caso de que las partes no hagan uso de su derecho de elección. En esta hipótesis la referencia es obligada a las soluciones que plantean los convenios internacionales de los cuales hace parte nuestro país.

## CONCLUSIONES

1. TRATÁNDOSE DE arbitramento internacional, resulta necesario dilucidar cuál legislación aplicar al pacto arbitral, al fondo del diferendo y al procedimiento.

2. Para cada uno de estos casos se puede constatar un esfuerzo destacable de la comunidad internacional por buscar soluciones que faciliten el funcionamiento del arbitramento internacional.

3. El derecho internacional privado, en la materia objeto de esta conferencia, se ve orientado por algunos principios, así:

- Libertad para que las partes escojan la legislación.
- A falta de elección, libertad para que los árbitros sean quienes procedan a elegir.
- Progresiva eliminación del método conflictualista, es decir, elección directa, sin identificación de una regla de conflicto.
- Consolidación del principio de autonomía de la cláusula compromisoria.
- Consideración por parte de los árbitros de los usos y prácticas del comercio internacional en la materia, es decir de la *lex mercatoria*.

4. Finalmente, conviene destacar el interés de nuestro país por darse sus propios instrumentos legales para regular el arbitramento internacional. No obstante, convendría que este esfuerzo se acompañara de una rescisión global –o mejor total– de nuestro sistema de derecho internacional privado, el cual implora una merecida reformulación.

