

**CARACTERÍSTICAS ECONÓMICAS DEL ARBITRAJE COMERCIAL
INTERNACIONAL COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE
CONFLICTOS, EN EL MARCO DEL TLC COLOMBIA Y ESTADOS UNIDOS**

SILVANA ANDREA SALEH MORA

EUSTORGIO ALGOCER BALLESTAS

**UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA DE BOLÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS ECONOMICAS Y ADMINISTRATIVAS
PROGRAMA DE FINANZAS Y NEGOCIOS INTERNACIONALES
CARTAGENA**

2007

**CARACTERÍSTICAS ECONÓMICAS DEL ARBITRAJE COMERCIAL
INTERNACIONAL COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE
CONFLICTOS, EN EL MARCO DEL TLC COLOMBIA Y ESTADOS UNIDOS**

SILVANA ANDREA SALEH MORA

EUSTORGIO ALGOCER BALLESTAS

**Proyecto presentado como requisito para optar por el Título de Profesional en finanzas y
negocios internacionales**

**Director:
Doctor. HENRY VALLE BENEDETTI
Abogado Consultor**

**UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA DE BOLÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS ECONOMICAS Y ADMINISTRATIVAS
PROGRAMA DE FINANZAS Y NEGOCIOS INTERNACIONALES
CARTAGENA
2007**

Cartagena 27 de Abril de 2007.

**DOCTORA:
ALBA ZULAY CARDENAS
DIRECTORA DE PROGRAMA
FINANZAS Y NEGOCIOS INTERNACIONALES
UNIVERSIDAD TECNOLOGICA DE BOLIVAR
Ciudad.**

Respetada Doctora:

Adjunto a la presente entregamos la investigación, CARACTERÍSTICAS ECONÓMICAS DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS, EN EL MARCO DEL TLC COLOMBIA Y ESTADOS UNIDOS, con el fin que este sea evaluado y aprobado, como tesis la cual es uno de los requisitos de grado exigidos por la universidad.

Atentamente,

SILVANA SALEH MORA

EUSTORGIO ALGOCER BALLESTAS

Cartagena 27 de Abril de 2007.

**DOCTORA:
ALBA ZULAY CARDENAS
DIRECTORA DE PROGRAMA
FINANZAS Y NEGOCIOS INTERNACIONALES
UNIVERSIDAD TECNOLOGICA DE BOLIVAR
Ciudad.**

Respetada Doctora:

Por medio de la presente, envío a usted, como director de tesis el documento, CARACTERÍSTICAS ECONÓMICAS DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS, EN EL MARCO DEL TLC COLOMBIA Y ESTADOS UNIDOS, realizado por los estudiantes del programa de Finanzas y Negocios Internacionales, Silvana Saleh Mora y Eustorgio Algocer Ballestas.

Esta investigación sería un valioso insumo que la academia podría entregar y que permitiría a las personas dedicadas al comercio internacional entender mejor el impacto económico del arbitraje.

Atentamente,

Doctor. HENRY VALLE BENEDETTI

Cartagena D.T.C.H, Abril 01 de 2007

**Señores
BIBLIOTECA GENERAL
UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA DE BOLIVAR
Ciudad**

Estimados Señores:

Autorizamos a los usuarios interesados, consultar y reproducir (parcial o temporalmente) el contenido del trabajo titulado: “CARACTERÍSTICAS ECONOMICAS DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL COMO METODO ALTERNATIVO DE SOLUCION DE CONFLICTOS, EN EL MARCO DEL TLC COLOMBIA Y ESTADOS UNIDOS”, presentado por los estudiantes Silvana Andrea Saleh Mora y Eustorgio Alcocer Ballestas, como requisito para optar el título de “Profesional en Finanzas y Negocios Internacionales” en el año 2008, siempre que mediante la correspondiente cita bibliográfica se les de el crédito al trabajo y a sus autores.

**SILVANA ANDREA SALEH MORA
C.C. 57.298.939 de Santa Marta**

**EUSTORGIO ALCOCER BALLESTAS
C.C. 73.214.596 de Cartagena**

Dedicatoria

*Para el conjunto de mi inspiración, Papá Augusto, Mamá Illa, Tío Héctor y Hermanos,
y la luz que guía nuestras vidas, Dios...*

S. Saleh

AGRADECIMIENTOS

Los autores del presente trabajo queremos agradecer:

A Henry Valle Benedetti Director de Tesis, por haber apoyado nuestros intereses y por haber comprendido y dado solución a las dificultades que se presentaron en el camino.

A Raúl Acosta Coordinador de Tesis, por sus consejos y orientaciones teóricas y metodológicas, colaboración determinante en la edificación de nuestro trabajo.

A todas las personas que leyeron nuestro trabajo, para desde sus respectivas áreas de desempeño, darle el visto bueno al mismo y aportar sus enriquecedoras ideas que dieron al trabajo un toque interdisciplinario.

A nuestras respectivas familias y amigos que con su valiosa ayuda moral estimularon nuestra motivación para alcanzar la meta de la culminación de este trabajo.

CARACTERÍSTICAS ECONÓMICAS DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS, EN EL MARCO DEL TLC COLOMBIA Y ESTADOS UNIDOS

AUTORES:

**SILVANA ANDREA SALEH MORA
EUSTORGIO ALGOCER BALLESTAS**

OBJETIVO GENERAL

Analizar, desde el punto de vista económico, la figura del arbitraje comercial internacional, como método alternativo de solución de conflictos, en el marco del TLC Colombia y Estados Unidos.

METODOLOGÍA

Presentaremos un análisis descriptivo y cualitativo de la utilización del arbitraje comercial internacional en Colombia, como método alternativo de solución de conflictos, desde una perspectiva económica.

Se utilizarán datos cuantitativos aplicando el método del Análisis Documental extendido en documentos obtenidos mediante entidades tales como CEPAL, SIECA, FMI, BID, BCIE, OMC entre otros. Se utilizarán otros medios tales como periódicos locales e internacionales, revistas, publicaciones, libros, etc. que estén relacionados con los temas a tratar.

RESULTADOS

Logramos determinar que las cláusulas de arbitraje comercial internacional, se presentan en casi el 90% de los contratos firmados por empresas de distintos países, esto nos muestra un claro indicativo de la efectividad de la figura, ya que los comerciantes que son quienes la utilizan la han implantado en casi la totalidad de sus acuerdos, para generar seguridad en la transacción comercial.

Deducimos también que con la entrada en vigencia del TLC, las empresas Colombianas deberán recibir una extensa asesoría con respecto al arbitraje, ya que para estas sería muy traumático el llevar un proceso judicial en los Estados Unidos, siendo el arbitraje la mejor figura para evitar esto.

CONCLUSIONES

La solución más económica y eficiente para saldar las controversias comerciales internacionales es el Arbitraje, ya que sus costos y tiempos de resolución de procesos son mucho menores a los de la justicia ordinaria.

El principal elemento para la utilización del arbitraje comercial como método de solución de controversias comerciales, es el elemento de la confidencialidad, ya que para la mayoría de las empresas que trabajan en el mercado mundial mantener sus secretos es un activo extremadamente importante.

DIRECTOR DE TESIS

Doctor HENRY VALLE BENEDETTI

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	
0. ANTEPROYECTO	
0.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	2
0.1.1 DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA	2
0.1.2 PREGUNTA PROBLEMA	3
0.2 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	3
0.2.1 OBJETIVO GENERAL	3
0.2.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS	4
0.3 JUSTIFICACIÓN	7
0.4 MARCO DE REFERENCIA	7
0.4.1 MARCO TEÓRICO	9
0.4.2 MARCO CONCEPTUAL	18
0.5 METODOLOGÍA PROPUESTA	18
0.5.1 TIPO DE METODOLOGÍA	19
0.5.2 IMPACTO ESPERADO	19
0.5.3 INSTRUMENTOS DE INFORMACIÓN	20

1. DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL	20
1.1 CONCEPTO	20
1.2 PRINCIPALES NORMAS ARBITRALES EN COLOMBIA	20
1.3 TIPOS DE ARBITRAJE	21
1.3.1 Según el tipo de decisión	21
1.3.2 De acuerdo con la forma de funcionamiento	22
1.3.3 Según el ámbito territorial	22
1.4 PRINCIPALES NORMAS APLICABLES AL ARBITRAJE INTERNACIONAL	23
1.4.1 Normas internacionales vigentes en Colombia	23
1.5 GENERALIDADES DEL PROCESO ARBITRAL INTERNACIONAL	27
1.5.1 Etapas	27
1.6 PRINCIPALES CENTROS ARBITRALES	29
1.6.1 Comisión Interamericana De Arbitraje Comercial (CIAC)	29
1.6.2 Corte Internacional De Arbitraje De La Cámara De Comercio De Paris (CCI)	34
1.6.3 Asociación Americana De Arbitraje (AAA)	39
1.7 PRINCIPIOS RECTORES DEL PROCESO ARBITRAL	41
1.7.1 Notificaciones	41
1.7.2 Audiencias	41
1.7.3 Ley sustancial aplicable	42
1.7.4 Árbitros	42
1.7.5 Precio del servicio	42

1.8 ANÁLISIS DEL ARBITRAJE EN EL TLC QUE SE NEGOCIÓ ENTRE COLOMBIA Y ESTADOS UNIDOS	42
2. EL ESTUDIO DEL DERECHO DESDE LAW AND ECONOMICS	59
2.1 JUSTIFICACIÓN ECONÓMICA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y DEL ARBITRAJE.	59
2.2 PUNTO DE PARTIDA PARA UN ANÁLISIS ECONÓMICO DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL	61
2.3 LA CIENCIA ECONÓMICA	62
2.3.1 Los individuos se enfrentan a disyuntivas	64
2.3.2 El costo de una cosa es aquello a lo que se renuncia para conseguirla	64
2.3.3 Las personas racionales piensan en términos marginales	65
2.3.4 Los individuos responden a incentivos	66
2.4 EL FUNCIONAMIENTO DE LOS MERCADOS	67
2.4.1 La competencia perfecta	70
2.5 FALLAS DEL MERCADO	73
2.5.1 Formas de superar las externalidades	75
2.6 TRANSACCIONES Y COMPORTAMIENTO ESTRATÉGICO DE LOS INDIVIDUOS	76
2.6.1 Una breve mención a la Teoría de Juegos	78
2.7 LOS CRITERIOS DE EFICIENCIA	79
2.8 FALENCIAS DEL MERCADO ARBITRAL	80
2.8.1 Restricciones al libre ingreso.	81

2.8.2 Protección a la competencia en el mercado del arbitraje comercial internacional.	83
2.8.3 Régimen de honorarios y tarifas de los árbitros.	85
2.9 VENTAJAS COMPARATIVAS DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL FRENTE A LA JUSTICIA ORDINARIA	87
2.9.1 Neutralidad y Flexibilidad	89
2.9.2 Reconocimiento Internacional	90
2.9.3 Inapelabilidad	91
2.9.4 Idoneidad de los Arbitros	92
2.9.5 Confidencialidad	94
2.9.6 Rapidez y Economía	94
3. BENEFICIOS DEL ARBITRAJE, EXAMINADO EL SER DE LA FIGURA CON EL DEBER SER DE LA CONCEPCIÓN ECONÓMICO-LEGAL	96
3.1 INCENTIVOS PARA PACTAR ARBITRAJE	96
3.2 ELECCIÓN DE LA SEDE Y NEUTRALIDAD	96
3.3 LA CONFIDENCIALIDAD	98
3.4 ELECCIÓN DE ÁRBITROS	99
3.5 ELECCIÓN DEL LA LEY APLICABLE	99
3.5.1 La ley procesal aplicable	100
3.5.2 La ley sustancial aplicable	100
3.5.3 La Lex Mercatoria.	101
3.6 HACIA UNA COMPETENCIA PERFECTA	105

3.7 LOS BENEFICIOS COMPARATIVOS DEL ARBITRAJE DENTRO DEL TLC	105
3.8 LIMITACIÓN A LAS MATERIAS OBJETO DE ARBITRAJE	108
CONCLUSIONES	111
BIBLIOGRAFÍA	113

LISTA DE FIGURAS

	Pág.
Figura 1	36
Figura 2	68
Figura 3	72
Figura 4	73
Figura 5	86

INTRODUCCIÓN

El arbitraje surge como alternativa real para prevenir y solucionar definitivamente y de forma idónea los conflictos que se susciten en las transacciones de comercio internacional, aunque hay varios tipos de arbitraje, como el ad hoc, el de derecho, el de equidad, el institucional, el más utilizado es este último.

En el mundo altamente globalizado, en el que la arrolladora realidad muestra que los intercambios económicos tienden a aumentar en cantidad y en sofisticación, invita a las empresas a sentirse cada vez más impulsadas a la conquista de nuevos mercados.

En este contexto, las partes que participan en la concertación de transacciones internacionales, precisan ser advertidas por quienes las asesoran que ante eventuales desavenencias podrán ser forzadas a litigar ante una jurisdicción o bajo una ley que no les resulte familiar, en un idioma extranjero, con procedimientos llevados a cabo lejos del centro de sus actividades y conducidos por abogados de otros foros. Sin embargo, ellas también deben saber que esta incertidumbre circunstancial puede disiparse si los contratantes toman la temprana previsión de acordar la modalidad en que resolverán las disputas.

De modo que, los hombres de negocios, bajo ciertas circunstancias y debidamente asesorados, sabrán inclinarse por la modalidad que les ofrezca mayor confortabilidad y seguridad.

El Arbitraje Comercial Internacional, puede variar un poco de país a país pero en las Convenciones de Nueva York 1958 y Panamá 1975, se unificaron ciertos puntos para que en un país no fuera legal algo que en otro es ilegal. Y para esto me permito citar nuevamente al autor: “La decisión salomónica de someterse al juez de un país distinto a la nacionalidad de las partes en litigio, no soslayará ni los problemas jurídicos de carácter competente o de ejecución de sentencias ni los de naturaleza técnica para que sean unánimemente aceptados por las propias partes”

El arbitraje debe volverse una cultura, aunque existe desde la Antigua Grecia, no se utiliza lo suficiente este tipo de solución de controversias. Lo que hace atractivo, para nuestro punto de vista, es que este es un método rápido, ya que el arbitro debe comprometerse a iniciar y terminar el proceso de manera imparcial, esto hace que sea más confiable, también existe la confidencialidad así que no hay problemas que alguien haga público el proceso.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

Ulpiano, define la justicia como aquella “virtud constante y perpetua de dar a cada uno lo suyo”, pero el jurista romano se quedo corto en esta definición al no haber añadido el elemento de temporalidad, pues la verdadera justicia es la que se ejerce oportunamente.

El Estado por excelencia es a quien le corresponde ejercer esa virtud, y no es un secreto para nadie que en Latinoamérica, y especialmente en Colombia, el aparato judicial estatal no imparte justicia al compás de las necesidades de la población. De acuerdo con un estudio realizado en el año 2001¹, algo mas del 61% de la población colombiana, no tiene ninguna o poca confianza en el sistema judicial. La tasa de descontento es aun mayor en otros países como Argentina o México.

El arbitraje comercial internacional como método alternativo al aparato judicial para la solución de conflictos derivados de una relación jurídica, se convierte en un mecanismo que lleva a situaciones eficientes para quienes recurren a el. La figura per se genera eficiencia, pues de una forma expedita y especializada logra impartir a cada uno lo suyo en su tiempo.

Analizar la figura anteriormente descrita, desde el punto de vista económico lleva a descubrir esa eficiencia, así como los incentivos con que cuentan los particulares para acudir a ella. Se explicara la figura tal cual funciona y como debería funcionar, es decir libre de barreras que impiden su correcto funcionamiento.

Por estar la racionalidad económica presente en la figura arbitral, se darán dentro de nuestro trabajo algunas herramientas propias de la teoría económica, lo cual se justifica en la medida

¹ Latinobarometro 2001, disponible en: www.comunidadandina.org/politica/inversiones_CAF.ppt

que es posible abordar el estudio de las instituciones jurídicas desde el punto de vista económico, por lo cual tratare la justificación de *Law and Economics* como movimiento, interrelacionándolo con la suscripción e implementación de los Tratados de Libre Comercio que Colombia ha firmado.

1.2. PREGUNTA PROBLEMA

¿Cuales son las características económicas del arbitraje comercial como método alternativo de solución de conflictos, en el marco del TLC firmado por Colombia y Estados Unidos?

2. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

2.1 OBJETIVO GENERAL

Analizar, desde el punto de vista económico, la figura del arbitraje comercial internacional, como método alternativo de solución de conflictos, en el marco del TLC firmado por Colombia y Estados Unidos.

2.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

- Determinar en que consiste el arbitraje comercial internacional y cual es su aplicación dentro del TLC suscrito por Colombia y Estados Unidos.
- Realizar un análisis económico del arbitraje comercial internacional, mediante el estudio de su eficacia y los incentivos con que cuentan los particulares para acudir a esta figura.
- Determinado el anterior objetivo examinar cuales son los beneficios comparativos del Arbitraje, examinado el ser de la figura con el deber ser de la concepción económico-legal.

3. JUSTIFICACIÓN

El mundo por el que transitamos, tan vertiginoso como apasionante, tan interdependiente como altamente globalizado, en el que la arrolladora realidad muestra que los intercambios económicos tienden a aumentar en cantidad y en sofisticación, invita a las empresas a sentirse cada vez más impulsadas a la conquista de nuevos mercados. Por cierto que no se trata de una inclinación novedosa, ya que desde los albores de la historia, las personas físicas y jurídicas, estimuladas por el espíritu abierto a la aventura del género humano, comprendieron la necesidad de anudar por encima de las fronteras estatales las relaciones jurídicas internacionales que dieran nacimiento al Derecho Internacional Privado. Estas mismas razones, son las que, simétricamente causan la mayor litigiosidad.

Los mercados globales exigen hoy en día seguridad jurídica, no sólo para los inversionistas sino también para los Estados anfitriones. Se requieren equivalentes hechos efectivos transnacionalmente, de las conocidas garantías del derecho privado civil que el Estado ofrece a los inversores y a los socios comerciales en el marco de la nación, pero también de las seguridades del derecho público para proteger los derechos de la comunidad y la nación.

Es claro para nosotros que el arbitraje comercial internacional, como mecanismo alternativo de la solución de conflictos, en Latinoamérica es un mecanismo de reciente aplicación, ya que los estados por medio de su ordenamiento jurídico conciben a la administración de justicia como el único medio para la solución de conflictos entre particulares, este simple pensamiento generaba desconcierto a la inversión extranjera, ya que no veían una pronta solución a las controversias propias originadas de la relación comercial, generando desconfianza en los mercados latinoamericanos.

Sin embargo desde hace algún tiempo todos los países latinoamericanos, incluida Colombia, han implementado ingentes esfuerzos para la implementación de un movimiento legislativo que ha dado como resultado la expedición por parte de los legislativos de normas de arbitraje

internacional², sin embargo este esfuerzo no ha sido suficiente ya que en Colombia y mas específicamente en nuestra ciudad Cartagena, no podemos hablar con completa familiaridad y con el necesario conocimiento de este mecanismo de solución de conflictos de ámbito internacional, por eso consideramos importante esta investigación ya marcara pautas sobre la adopción de nuevas normas que cumplan cabalmente con los principios de la ley modelo arbitraje internacional³, ayudando a la creación de una verdadera cultura arbitral, tan importante para nuestra ciudad, por ser uno de los principales puertos marítimos de nuestro país, además de la inminente implementación de el TLC con Estados Unidos y Chile, además de los ya firmados.

En este contexto, las partes que participan en la concertación de transacciones internacionales, precisan ser advertidas por quienes las asesoramos que ante eventuales desavenencias podrán ser forzadas a litigar ante una jurisdicción o bajo una ley que no les resulte familiar, en un idioma extranjero, con procedimientos llevados a cabo lejos del centro de sus actividades y conducidos por abogados de otros foros. Sin embargo, ellas también deben saber que esta incertidumbre circunstancial puede disiparse si los contratantes toman la temprana previsión de acordar la modalidad en que resolverán las disputas.

Esta posibilidad que se les presenta a las partes desde el inicio mismo de la concertación, si bien no el único, es el momento más propicio, el de plena armonía, el de expectativas recíprocas, el de mayor disposición al diálogo, el que mejor satisface la apertura de los canales de comunicación para la negociación.

Resulta casi de toda obviedad destacar que la situación suele cambiar, tornándose más áspera, cuando se produjo el estallido de la controversia. Aparecida la desafortunada dificultad de la desavenencia, los contratantes pueden pensar en recurrir para buscar la solución a sus problemas, ante un tribunal internacional encargado de dirimir la disputa o ante los tribunales ordinarios pertenecientes al Estado de uno de ellos.

² LEY 315 DE 1996, septiembre 12 , Diario Oficial No. 42.878, de 16 de septiembre de 1996 . Por la cual se regula el arbitraje internacional y se dictan otras disposiciones.

³ Convención de New York de 1958, adoptada por Colombia mediante ley 30 de 1990. Convención Interamericana de Panamá de 1975, adoptada por Colombia mediante ley 44 de 1986.

Ante la existencia de un abanico de posibilidades que se le presenta a las partes para superar sus diferencias, los profesionales que participan en los negocios internacionales suelen encontrarse en condiciones de realizar una oportuna elección. Afortunadamente, en esta área de los negocios internacionales, quienes en ella participan, en la mayor parte de los casos se encuentran en condiciones de saber que la decisión a tomar, puede provocar la comodidad para una pero, la incomodidad para la otra de las partes.

De modo que, los hombres de negocios, bajo ciertas circunstancias y debidamente asesorados, sabrán inclinarse por la modalidad que les ofrezca mayor confortabilidad y seguridad. Todo lo dicho parece indicar la efectiva conveniencia para los operadores del comercio internacional en acordar el método de resolución de las diferencias que sea más ajustado a sus necesidades, que como si tratara de un traje a medida les permita lograr una buena solución. Precisamente, el ejercicio de la autonomía de la voluntad puede conducirlos a elegir una vía alternativa, de eficacia probada, con méritos reconocidos, de tradicional prestigio y en franca expansión en el ámbito de los negocios internacionales, como es el arbitraje comercial internacional, esta vía redunda además en un beneficio económico, el cual le puede dar mayor o menor valor agregado a una ciudad como la nuestra, para que en ella se posesionen nuevas empresas, que ya sabiendo y determinando la idoneidad de los profesionales, egresados de las facultades Cartageneras, en la aplicación e implementación de este mecanismo de solución de controversias además de poder determinar de manera exacta y representativa la economía de la implementación de este mecanismo, es en si mismo una ventaja.

Por lo anterior determinamos con una gran importancia la realización de esta investigación ya que permitirá la creación de una herramienta para el estudio económico de un mecanismo de solución de controversias, que abre una ventana a nuestra universidad hacia el comercio exterior.

4. MARCO DE REFERENCIA

4.1. MARCO TEÓRICO

La historia del arbitraje⁴ muestra que desde un principio se previó la posibilidad de que el árbitro decidiera apartándose de las reglas normalmente aplicables. Esta idea ya aparece en la retórica de Aristóteles cuando él mismo hace referencia a la equidad: “Es equidad perdonar los errores humanos, y mirar al legislador y no a la ley, al espíritu y no a la letra, a la intención y no a la acción, al todo y no a la parte, al carácter del actor a largo plazo y no en el momento presente, recordar lo bueno antes que lo malo, y el bien que uno ha recibido en lugar del bien que se ha dado, soportar ser herido, desear resolver una cuestión por palabras en lugar de acciones, y por último preferir arbitramento a juicio, porque el árbitro mira lo que es equitativo y el juez sólo lo que dice la ley, y por ello el primer arbitrador fue nombrado para que la equidad pueda florecer”.

Se señala también por la doctrina que en el derecho romano se distinguía entre el *arbitrer* y el *iudex*. El *iudex* era designado por el pretor de una lista de ciudadanos que cumplían los requisitos para ser *iudex* y debían sujetarse a lo dispuesto por el pretor. Por el contrario, el *arbitrer* no necesariamente estaba llamado a decidir una *litis* sino a precisar una relación entre las partes, que le pedían una determinación *vir bonus*. El *arbitrer* estaba entonces sujeto a lo que las partes en el negocio que daba lugar al arbitraje hubieran previsto.

En el derecho intermedio (siglo XIII) los comentaristas distinguieron entre *arbitrer* y *arbitrator*. El *arbitrer* era aquel a quien las partes confiaban la decisión de un litigio siguiendo las reglas procesales. Por consiguiente, él debía decidir en derecho. El *arbitrator* era a quien se había confiado decidir *ex bono et aequo*, es decir, en equidad y no tenía que seguir el derecho ni el procedimiento ordinario.

⁴ El arbitraje ya era conocido entre los asirios, es decir, en el tercer milenio antes de nuestra era. Se encuentran referencias al arbitraje en el Antiguo Testamento, en la India, en la antigua Irlanda y en Grecia. TOMAS CLAY, *L'arbitre*, Dalloz, 2001, pág. 4 y sigs.

Una de las grandes diferencias entre las dos formas de arbitraje era, entre otras cosas, la apelabilidad de la decisión en el caso del arbitrer.

En las Siete partidas aparece también la diferencia a la que se ha hecho referencia, pues en ellas se señala: “Árbitros en latín quiere decir en romance, como jueces avenidores, que son escogidos, e puestos de las partes, para librar la contienda que es entre ellos. E estos son de dos maneras. La una es, cuando los hombres ponen sus pleitos e sus contiendas en mano de ellos, que los oigan e los libren según derecho... La otra manera de jueces de avenencia es, a la que llaman en latín Arbitradores que quieren decir como alvedriadores o comunales amigos, que son escogidos por avenencia de ambas las partes para avenir o librar las contiendas que ovieren entre sí, en cualquier manera que ello tuvieren a bien”.

El arbitraje en negocios mercantiles tiene una más amplia aplicación que en el derecho común, porque la vida del comercio, para su adecuado desenvolvimiento, requiere de una justicia especial, que resguarde la circulación de la riqueza y tenga, en la equidad, el fundamento para allanar las dificultades, mediante soluciones rápidas y prácticas que no agudicen la conflictividad de la disputa, ni irroguen una extrema o severa judicialización de la contienda.

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL, correspondiendo respectivamente a las siglas en idiomas castellano e inglés), viene trabajando en el desarrollo de una serie de instrumentos normativos, cumpliendo con el fin encomendado desde su creación en el año 1966, que es propender por la armonización de las normas de derecho mercantil internacional.

Al mismo tiempo, el particularismo del comercio requiere del conocimiento de los tratos, usos, prácticas y costumbres mercantiles, que revisten el carácter de fuentes del derecho y máximas de interpretación, como consecuencia de las exigencias que la realidad económica sanciona como ineludible imperativo para su regulación, por lo que sus dificultades han de ser resueltas por tribunales especiales.

Viene así, de la época del pretor en Roma, que aplicaba el *ius gentium* y posteriormente, del denominado derecho estatutario de las corporaciones de comerciantes, como el de las ciudades italianas de Génova, Venecia, Nápoles, del que conocían los cónsules y que luego, con las codificaciones del siglo XIX, quedó en manos de los primeros jueces de comercio.

Posteriormente, ha pasado a quedar radicado en los árbitros, siendo cada vez más difundida la actividad del arbitraje institucional que, a diferencia del arbitraje *Ad hoc*, regula su actuación a través de las asociaciones que han ido creando sus propios centros de arbitrajes, con nóminas de miembros que se seleccionan para su integración y que la propia entidad resguarda, para darle su respaldo administrativo y velar por su control ético, como son: La Cámara de Comercio Internacional (C.C.I.) con sede en París y la Comisión Interamericana de Arbitraje Internacional (C.I.A.T.), con sede en Washington y otros países, las que sirvieron de inspiración a la creación del Centro de Arbitrajes y Mediaciones de la Cámara de Comercio de Bogotá y otras entidades que se han difundido en nuestro medio.

Hay numerosas convenciones internacionales que regulan el arbitraje y que han sancionado los países para hacer aplicable su funcionamiento en el ámbito general del Derecho Comparado, cuyo es el caso de UNCITRAL, institución que tiene aprobada una convención que regula el arbitraje y que Colombia ratificó. Es la ley modelo de arbitraje comercial internacional, sancionada con fecha 21 de junio de 1985 por la ONU.

4.2. MARCO CONCEPTUAL

Para poder desarrollar los antecedentes de esta investigación debemos dividir en tres ítems nuestro problema; el primero debe ser el encargado de procesar toda la información relativa a los Tratados de Libre Comercio, el segundo tratará lo relacionado con el tema del Arbitraje Comercial Internacional y por último el relativo a la doctrina económica que utilizaremos para realizar el análisis económico del arbitraje.

4.2.1 Los T.L.C. Con respecto al primero podemos ver que el antecedente más remoto lo podemos encontrar con la apertura que se dio a la economía a partir de la conclusión de la II

Guerra Mundial, que arrojó como uno de sus primeros resultados el “Acuerdo General Sobre Aranceles Aduaneros y Comercio” (GATT) de 1947⁵, herramienta tendiente a tratar de reducir de manera sustancial los aranceles aduaneros, las barreras comerciales y el trato discriminatorio en materia de comercio internacional⁶.

Este acuerdo, al igual que otra serie de esfuerzos realizados por la comunidad internacional, originó años más tarde y dentro de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales⁷, el Acuerdo de Marrakech, por el cual se establece la Organización Mundial de Comercio, que incluye el Acuerdo General Sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 o GATT de 1994, basado en el texto Original denominado GATT de 1947, junto con sus enmiendas posteriores decididas por la parte contratante del GATT.

Por otra parte el nacimiento de la Organización Mundial de Comercio⁸, presenta un marco jurídico de carácter multilateral, sólido para el desarrollo del comercio internacional, que incluye un mecanismo de solución de diferencias eficaz y fiable, al igual que acuerdos más amplios de apertura de los mercados en el sector de las mercancías, reducción de aranceles y

⁵ Previo a la existencia del GATT y sobre la base del multilateralismo en las relaciones comerciales, se celebraron reuniones o conferencias buscando la liberación comercial y el incremento del comercio. Unas de estas, fueron las Conferencias de La Habana, que arrojaron como resultado “La carta de la Habana” que, además de reglas para liberalizar el comercio, establecía aspectos sobre libre competencia, política de desarrollo, mercado de trabajo, etc., y con la que se pretendía se diera lugar a la creación de una institución con la tutela de la ONU, denominada Organización Internacional del Comercio (OIC), entidad de complemento a los organismos resultantes de la Conferencia de Bretton Woods de 1944, es decir el FMI y el BIRF. Ante la negativa principalmente de EE UU y otros países desarrollados a ratificarla, se dio paso a un acuerdo provisional denominado GATT, que contenía básicamente la “Sección” de la Carta de La Habana, que más interesaba a EE UU y otras nociones desarrolladas.

⁶ GATT de 1947 preámbulo.

⁷ Desde que comenzó a funcionar el GATT las Partes inicialmente contratantes y las que luego lo adhirieron, han venido celebrando varias negociaciones comerciales de carácter multilateral con el objeto primordial de reducir los aranceles aduaneros y demás barreras al comercio, además de establecer un marco jurídico contractual con normas de conducta para los intercambios comerciales de los países Partes. Estas negociaciones se cumplen mediante reuniones que han recibido el nombre de “ruedas” o “rondas”, en las que se le fue dando continuidad al inicialmente acuerdo provisional o transitorio nominado como “Acuerdo general sobre aranceles y comercio”, conocido por su sigla en inglés “GATT” (General Agreement on Tariffs and Trade), suscrito el 31 de octubre de 1947. Las negociaciones avanzaron hasta que en la Ronda Uruguay se estructuró la Organización Mundial del Comercio, con el Acuerdo de Marrakech de abril 15 de 1994.

⁸ La OMC fue creada el 1 de enero de 1995, sustituyendo al GATT, en la ciudad de Ginebra, Suiza, donde aún mantiene su sede. Está compuesta por 149 países (diciembre, 2005) y su máxima autoridad es la Conferencia Ministerial, que se reúne al menos una vez cada dos años. Las operaciones cotidianas de la organización están a cargo del Consejo General, del Órgano de Solución de Diferencias y del Órgano de Examen de las Políticas Internacionales.

compromisos arancelarios y el establecimiento de un marco de disciplinas para el comercio de servicios y la protección de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, al igual que el refuerzo de disposiciones multilaterales sobre el comercio de productos agropecuarios, textiles y prendas de vestir , estos últimos de la mayor importancia para las más de las economías del orbe.

La OMC es un marco obligatorio al cual deben acudir todos los países o territorios aduaneros miembros, con miras a cumplir sus disposiciones pues, por su carácter de multilateral el acuerdo sobre la OMC obliga a todos los Miembros y se debe aceptar como un todo, lo que significa que:

- Los países miembros aceptan el acuerdo que establece la Organización Mundial de Comercio
- Los países miembros aceptan todos los acuerdos específicos que conforman la OMC y que se conocen como sus “anexos”, encontrándose dentro de los mismos: Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancía, Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, Acuerdo sobre los Aspectos de Propiedad Intelectual Relacionadas con el Comercio, Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias, Mecanismo de Examen de las Políticas Comerciales, Acuerdos Comerciales Plurilaterales.

Por su parte, los “Tratados de Libre Comercio” o “TLC”, responden a una nominación que puede entenderse en el mismo sentido genérico de los Acuerdos Comerciales Preferenciales y entre los cuales se conocen áreas de preferencia arancelarias, zonas de libre comercio y las uniones aduaneras, etc. O, también, como un Tratado que supone un proceso de integración intermedia como lo son las Zonas de libre comercio, en las que el TLC será el tratado o acuerdo para la conformación de las mencionadas zonas.

En un primer acercamiento a una noción específica de TLC, se encuentra que este término no es usado dentro del argot común de la Organización Mundial de Comercio, que dentro de su glosario de términos no hace mención al respecto.

Verificando otros glosarios como los que en su página Web ofrece la Asociación Latinoamericana de Integración ALADI⁹, tampoco se hace referencia específica a este término. Se habla sí, de acuerdos comerciales y de acuerdos multilaterales pero no se hace mención a los tratados de libre comercio como una “institución” especial.

Cotejando con otros glosarios de comercio exterior, llama la atención no encontrar esta nominación, por lo que debemos suponer, por la experiencia o el uso común del término TLC en Colombia, que se trata de un acuerdo entre países o territorios aduaneros que tiene como finalidad establecer un marco que facilite el intercambio de bienes y servicios originarios de los países signatarios del acuerdo, entre otras cosas. Esta noción nos acercaría a la noción de ACP que se maneja dentro de la jerga¹⁰ de la OMC, referencia que se antoja importante sobre todo porque acuerdos como el TLC entre Colombia y Estados Unidos propenden por “desarrollar sus respectivos derechos y obligaciones derivados del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial de Comercio, así como los tratados de los cuales ambos formen parte;”¹¹.

Dentro de Colombia el término Tratado de Libre Comercio o TLC se comenzó a manejar regularmente en razón de la firma del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN o NAFTA) y se volvió común con la noticia del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos y Chile y el que ahora se suscribe entre Estados Unidos y Colombia. Así, dentro de este contexto, se podría decir que TLC designa un acuerdo internacional en virtud del cual se establecen preferencias en materia de libertad de comercio, pero adicionalmente los TLC antes referidos sobrepasan el ámbito de la liberación de mercados, para acoger otra serie

⁹ ALADI Glosarios: i) glosario básico de la ALADI; ii) Glosarios de términos aduaneros y de comercio exterior.

¹⁰ El vocablo jerga se utiliza bajo la acepción de “lenguaje especial y familiar que usan entre sí los individuos de ciertas profesiones y oficios como los toreros, los estudiantes, etc.” Ver Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española Vigésima Segunda Edición, Madrid, 2001. P.1318

¹¹ Ver texto TLC Perú-Colombia-Estados Unidos. Preámbulo.

de temas en los cuales las Partes del tratado se encuentran interesadas, tales como la contratación pública, la inversión, los servicios transfronterizos, las telecomunicaciones, el comercio electrónico, el régimen de propiedad intelectual, el régimen laboral o aplicación de este tipo de legislación, el medio ambiente, la transparencia en las negociaciones, la solución de controversias que se originen no solo por aspectos comerciales sino por todos los demás reglados, e incluso temas impositivos que sobrepasan los asuntos fiscales propios de los ACP, que usualmente no van más allá de pactar las cláusulas de trato nacional y de NMF para las mercancías que se exportan por uno de los Miembros del tratado y se importan al territorio de otro país Miembro, que sean originarias del país de exportación.

Así las cosas, bien se podría compartir a ciertos doctrinantes del tema en cuanto indican que estos tratados, que se conocen en el medio como “tratados de última generación”¹² regulan no solo aspectos de apertura de mercado sino todos los demás ya señalados. Visto desde otra óptica, este tipo de acuerdos, se salen del marco de la OMC (y en el caso nuestro de la CAN), para regular materias que las partes contratantes aceptan, porque evidentemente son de interés de por lo menos una de ellas.

4.2.2 El Arbitraje Por otra parte y siguiendo nuestra segunda línea dentro de los antecedentes y justificación, comenzaremos a examinar el Arbitraje Comercial Internacional. El Arbitraje puede definirse como un proceso¹³ al que se someten las partes de una relación jurídica que han entrado en un conflicto derivado de esa relación, y que para resolverlo, emplean a un tercero neutral de carácter privado con poder de decisión, cuya autoridad es sustantiva y los asuntos procesales pueden ser definidos por las partes o por la ley.

¹² Sobre los TLC de “última generación” se hace mención en los escritos denominados i) “Impactos Tributarios y Aduaneros Del TLC Colombia-Estados Unidos: Consideraciones Jurídicas”, elaborado por los doctores Julio Roberto Piza Rodríguez, Andrea Malagón Medina, Olga Lucía González y Nidia Barreto Cruz de la Universidad Externado de Colombia; y, ii) “La Aplicación en México de Aranceles Preferenciales bajo el Tratado de Libre Comercio de América del Norte”, elaborado por los doctores Adriana Ibarra Fernández, Edmundo Elías Fernández y Jaime González-Béndixsen. Los dos escritos se encuentran en ICDT, Revista 55 “Aspectos Tributarios de los Tratados de Libre Comercio e Integración Económica”, Bogotá 2005.

¹³ Existe una discusión en torno a la naturaleza del arbitraje, pues hay quienes consideran que el arbitraje es eminentemente contractual y para otros, su naturaleza es procesal, al respecto puede consultarse GIL, J., Nuevo Régimen de Arbitramento, Manual Practico, Cámara de Comercio de Bogotá, 2002. Págs. 71 – 73.

El arbitraje surge como alternativa real para prevenir y solucionar definitivamente y de forma idónea los conflictos que se susciten en las transacciones de comercio internacional, aunque hay varios tipos de arbitraje, como el ad hoc, el de derecho, el de equidad, el institucional, el más utilizado es este último.

La autonomía de la voluntad de las partes, para mí, es un punto muy bueno para el usuario, ya que uno puede escoger al arbitro que más se apege a la litis, ya que un juez no es tan experto en ciertas materias como lo pueden ser los árbitros, a parte éstos reúnen cualidades como la neutralidad, independencia, iniciativa, flexibilidad, imparcialidad, resolución, creatividad y ponderación. Pero el verdadero éxito de un arbitraje, consiste en escoger a uno o tres árbitros verdaderamente expertos en la materia.

“El arbitraje es voluntario por su origen pero obligatorio por su resultado”, ya que el resultado es mucho más imparcial y sobre todo mucho más rápido. Aunque también hay ciertos riesgos, de naturaleza, como, jurídica, técnica, económica, comercial, política, financiera y varias que se clasifican como extraordinarias. El Arbitraje Comercial Internacional, puede variar un poco de país a país pero en las Convenciones de Nueva York 1958 y Panamá 1975, se unificaron ciertos puntos para que en un país no fuera legal algo que en otro es ilegal. Y para esto me permito citar al autor José Luis Roca: “La decisión salomónica de someterse al juez de un país distinto a la nacionalidad de las partes en litigio, no soslayará ni los problemas jurídicos de carácter competente o de ejecución de sentencias ni los de naturaleza técnica para que sean unánimemente aceptados por las propias partes”¹⁴

Lo que hace atractivo, en mi punto de vista, el arbitraje, es la posibilidad de la escogencia de el arbitro, es rápido, es de buena voluntad, además este no es fácil de corromper ya que en primera existe la excusa y la recusa, y para seguir el arbitro debe comprometerse a iniciar y terminar el proceso de manera imparcial, esto hace que sea más confiable, también existe la confidencialidad así que no hay problemas que alguien haga pública la litis. El laudo, o la

¹⁴ ROCA Aymar, José Luis. El Arbitraje en la contratación Internacional. Pag. 84-85

sentencia arbitral, puede anularse, claro que por razones importantes y no sólo por que una de las partes se vea afectada.

El arbitraje será internacional cuando se encuentre enmarcado dentro de los criterios que cada legislación haya acogido para tal fin. A manera de ejemplo, existen legislaciones que entienden que se trata de arbitraje internacional, cuando el arbitraje tenga por objeto una controversia derivada de relaciones de comercio internacional (criterio económico - material); ó cuando las partes ó los árbitros sean de nacionalidades diferentes ó cuando el domicilio o residencia de las partes se encuentren en Estados distintos (criterio jurídico - formal); ó cuando así se derive de factores directamente relacionados con la controversia, tales como el lugar de celebración del contrato, lugar de ejecución del contrato, nacionalidad o ubicación de la institución arbitral, lugar en que se llevará a cabo el arbitraje, lugar en donde se hará efectivo el laudo, la ley seleccionada como ley sustantiva, ó la ley seleccionada como ley de procedimiento, entre otros.

El artículo 166 de la ley 446 de 1998 faculto al gobierno nacional para agrupar la diseminada legislación sobre conciliación, amigable composición y arbitraje¹⁵. Gracias a estas facultades extraordinarias (Art. 150 numeral 10 Constitución Política), el 7 de septiembre se expide el decreto 1818, el cual pese a adolecer de errores en su compilación, representa un gran avance hacia la sistematización y organización del sistema de solución de conflictos. Se compilaron algunas normas derogadas e invalidas, lo que llevo a que el Consejo de Estado anulara varios artículos del mencionado decreto. Sin embargo esta norma sigue siendo considerada como el estatuto arbitral y sobre ella se fundamenta el proceso actual nacional.

El estatuto contempla además en el capítulo IV lo referente a arbitraje internacional, incorporando de esta manera la ley 315 de 1996.

En estas normas quedo plasmada la libertad de los actores para someter sus diferencias a arbitraje, así como la posibilidad que tienen para determinar el procedimiento arbitral,

¹⁵ A través de las siguientes normas se regulaba el tema de manera desordenada: Leyes 23 de 1991, 446 de 1998, 143 de 1994, 33 de 1990, 267 de 1996. Decretos 2279 de 1989 y 165 de 1991.

llevando a que sea la autonomía de la voluntad un elemento fundamental para que el arbitraje sea posible. Esa libertad se encuentra fundamentada en la disponibilidad que tiene los individuos sobre algunos de sus derechos, lo cual lleva a que se mantenga antes y durante el procedimiento una continúa relación contractual. Los actores gestan el procedimiento gracias a un contrato celebrado entre ellos llamado pacto arbitral, y una vez iniciado el procedimiento y durante su transcurso, se mantiene una relación contractual entre los actores y árbitros: “así entre las partes y los árbitros surge una relación contractual en la cual estos se comprometen a dictar un laudo dentro de un plazo determinado a cambio de un honorario que aquellas se obligan a pagar”¹⁶

4.2.3 Estudio del Derecho desde “Law and Economics” Por último pero no por ello menos importante dentro de este marco conceptual realizaremos una disertación acerca de la interrelación entre derecho y economía, pues la realidad nos evidencia una relación estrecha entre ambas disciplinas. Esa interrelación no se puede ver circunscrita únicamente al estudio y práctica de un cuerpo normativo que afecta realidades económicas, tales como impuestos o libre competencia.

El punto preciso de esta interrelación que nos interesa para la realización de esta investigación es el análisis de las instituciones jurídicas vistas desde la racionalidad económica, ya que los individuos sujetos de derechos son los mismos que actúan en nuestro mercado y por lo tanto se comportan racionalmente igual, sin distinguir cuando se enfrentan a realidades jurídicas o económicas.

Este fue precisamente el objeto del estudio de Law and Economics, un movimiento intelectual que adquirió fuerza en los Estados Unidos, principalmente en los años setenta del siglo pasado. Hasta ese entonces el interés de la economía en lo jurídico radicaba únicamente en las regulaciones que afectaban directamente a los mercados, es decir se estudiaban temas jurídicos vinculados explícitamente con la economía. El gran avance de este movimiento, fue el abordaje del estudio de campos jurídicos donde no existía esa íntima relación entre regulación

¹⁶ MANTILLA – SERRANO, F., El principio de autonomía y su aplicación al procedimiento arbitral.P. 31

legal y economía. Y fue principalmente con los estudios de Guido Calabresi¹⁷ y Ronald H. Coase¹⁸, que tomo fuerza esta nueva forma de conocimiento, que al final ha resultado tan validad que a los expedientes de Law and Economics, se les ha otorgado en tres ocasiones el premio Nóbel de Economía¹⁹.

Hablar de Law And Economics es hablar de Análisis Económico Del Derecho, por lo que es correcto equiparar ambos conceptos y utilizarlos indistintamente²⁰, la circunstancia de que su desarrollo provenga de países de tradición legal anglosajona, no le resta aplicabilidad al análisis económico del derecho en países como el nuestro. Es mas en el mundo entero ya han transcurrido mas de cuarenta años en los cuales se ha estudiado con rigurosidad esta disciplina, la cual ha su vez a recibido cuestionamientos y criticas que han servido para esbozar sus alcances y limites. Por esto para mi es importante precisar que la mayor utilidad que presenta esta doctrina dentro de la investigación es que la lógica de las instituciones legales es la economía empero su fin no es la eficiencia económica²¹, es decir que el fin ultimo del derecho es la justicia, pero si el ordenamiento jurídico es analizado siguiendo los criterios de eficiencia se esta frente a una ordenamiento y unas instituciones que no solo llevan a la justicia, sino al bienestar del mayor numero de sujetos, lo cual es un fin económico.

Analizar el arbitraje desde un punto de vista económico lleva a explorar una figura, mediante la cual los individuos buscan una optima solución para sus conflictos presentes o futuros que se derivan de sus relaciones jurídicas, y que esta compuesta por un conjunto de elementos donde la lógica económica es evidente.

¹⁷ El artículo de Calabresi fue sobre TORTS (acto injusto cometido por una persona a otra, por la violación de un deber legal y que causa daño, posibilitando a iniciar una acción para obtener indemnización de daños y perjuicios) MERRIAM-WEBSTER'S DICTIONARY OF LAW, 1996.

¹⁸ El trabajo de Coase titulado "El Problema del Costo Social". Publicado por el Journal of Law and Economics, en la edición de octubre de 1960.

¹⁹ En 1986 a James Buchanan "por su desarrollo de las bases contractuales y constitucionales para la teoría del proceso económico y político de toma de decisiones", en 1991 a Ronald H. Coase "por su descubrimiento y clarificación del significado que tiene los costes de transacción y los derechos de propiedad en la estructura y funcionamiento institucional de la economía" y en 1992 a Gary Becker "por la aplicación de los análisis microeconómicos de la conducta humana."

²⁰ GUTIERREZ, H. El Análisis Económico del Derecho. En: Revista Universitas No. 100, Pontificia Universidad Javeriana.

²¹ Ibidem, supra nota 5.

5. METODOLOGÍA PROPUESTA

5.1. TIPO DE METODOLOGÍA

Las fuentes de esta investigación son eminentemente primarias, pero también haremos uso de las fuentes secundarias que encontremos elaboradas (estadísticas, informes de gestión, etc.) Dado el planteamiento de nuestra indagación, de carácter exploratorio.

Presentaremos un análisis descriptivo y cualitativo de la utilización del arbitraje comercial internacional en Colombia, como método alternativo de solución de conflictos, desde una perspectiva económica.

Para ello, se realizará una revisión bibliográfica exhaustiva de todos los acuerdos en el ámbito regional en la materia, así como fuentes de consulta de segunda mano. Se realizarán visitas de campo a las instituciones como la Cámara de Comercio, donde se han presentado algunos laudos arbitrales.

Utilizaré también el método inductivo ya que a través del estudio de fenómenos como son los acuerdos comerciales, los procesos de integración regional, podré observar dichos fenómenos y hacerme preguntas, tomar notas, intentar explicar lo sucedido para que una vez estudiados y expresados los resultados obtenidos se puedan prever los errores cometidos anteriormente.

Utilizaré datos cuantitativos aplicando un **Análisis Documental aplicado a** documentos obtenidos mediante entidades tales como CEPAL, SIECA, FMI, BID, BCIE, OMC entre otros. Se utilizarán otros medios tales como periódicos locales e internacionales, revistas, publicaciones, libros, etc. que estén relacionados con los temas a tratar.

Toda la información recopilada ya sea, la ley, obras de autores, entrevistas o documentos, serán analizadas mediante el método sistemático ya que como nos lo explica Kelsen: “el derecho no es, como a veces se cree, una norma. Es un conjunto de normas que tienen el tipo de unidad a que nos referimos cuando hablamos de un sistema. Es imposible captar la

naturaleza del derecho si limitamos nuestra atención a una norma aislada”, mas si en este caso queremos además plantear un componente económico.

5.2. IMPACTO ESPERADO

Directo: Una plataforma, que servirá como un cúmulo de conocimientos para la preparación y elaboración de posteriores proyectos de investigación.

Indirecto. Dentro de la línea de investigación, un estudio de esta naturaleza permitirá ilustrar el camino hacia el diseño de investigaciones jurídico-económicas que permitan determinar la eficacia normativa en el comercio internacional.

5.3 INSTRUMENTOS DE INFORMACIÓN

- Publicación revista U
- Las conclusiones obtenidas de esta investigación serán divulgadas en un medio escrito de circulación regional.

1. DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

1.1 CONCEPTO

El *arbitraje* puede definirse como un proceso²² al que se someten las partes de una relación jurídica que han entrado en un conflicto derivado de esa relación, y que para resolverlo, emplean a un tercero neutral de carácter privado con poder de decisión, cuya autoridad es sustantiva y los asuntos procesales pueden ser definidos por las partes o por la ley²³.

El arbitraje es internacional, cuando ese mecanismo alternativo al judicial, ha sido pactado por las partes, encontrándose presente al menos un elemento extranjero, y que busca la resolución definitiva de la controversia a manos de uno o varios árbitros, por intermedio de una sentencia que ellos profieren, y que se denomina *laudo*²⁴.

1.2 PRINCIPALES NORMAS ARBITRALES EN COLOMBIA

El artículo 166 de la ley 446 de 1998 facultó al Gobierno nacional para agrupar la diseminada legislación que sobre conciliación, amigable composición y arbitraje²⁵ existía. Gracias a esas facultades extraordinarias (Art. 150 numeral 10 Constitución Política), el 7 de Septiembre de 1998 se expide el decreto 1818, el cual representa un gran avance hacia la sistematización y organización del sistema alternativo de solución de conflictos.

²² Existe una discusión en torno a la naturaleza del arbitraje, pues hay quienes consideran que el arbitraje es eminentemente contractual y para otros, su naturaleza es procesal, al respecto puede consultarse GIL, J., Nuevo Régimen de Arbitramento, Manual Práctico, Cámara de Comercio de Bogotá, 2002. Págs. 71 – 73. A nuestro juicio el arbitraje tiene una naturaleza contractual desde su inicio mediante la celebración del pacto arbitral, y los efectos del contrato se manifiestan a lo largo del arbitramento. La discusión se zanja en la frase: “*La misión del árbitro es contractual en su origen y jurisdiccional por su función*” JARROSON, C., citado por: MANTILLA – SERRANO, F., El principio de autonomía y su aplicación al procedimiento arbitral, en: Juris Consulta. no 5. CCB, CAC. Bogotá D.C. 2002.

²³ *Cfr.* STONE-MOLLOY, M., RUBENSTEIN, W., Principios de Resolución Alternativa de Conflictos: Resúmenes Reexpuestos y Comentados, Conservation Clinic, University of Florida, Levin College of Law, 2000.

²⁴ *Cfr.* BOTERO, A. M. Arbitramento Internacional. Cámara de Comercio de Bogotá. Bogotá D.C. 2002.

²⁵ A través de las siguientes normas se regulaba el tema de manera desordenada: La leyes 23/91, 446/98, 143/94, 315/96, 39/90, 267/96 decreto 2279 de 1989 2651/91, códigos procesal laboral y sustantivo del trabajo.

El estatuto contempla además en el Capítulo IV lo referente a arbitraje internacional, incorporando de esta manera la Ley 315 de 1996.

1.3 TIPOS DE ARBITRAJE

Se pueden distinguir diversos tipos de arbitraje de acuerdo, básicamente, a tres grupos de clasificación: según el tipo de decisión, de acuerdo con la forma de funcionamiento, y según el ámbito territorial. Esto no significa que los tipos se excluyan entre sí, pues es común por ejemplo, estar frente a un arbitraje en derecho que a su vez es institucional e internacional.

1.3.1 Según el tipo de decisión. La ley colombiana reconoce este grupo de clasificación y dispone al respecto: “el arbitraje puede ser en derecho, en equidad o técnico”²⁶. Es un error decir que el arbitraje es en derecho, equidad o técnico, pues en realidad el proceso es el mismo, lo que difiere es el tipo de decisión.

En derecho. Es aquella decisión del tribunal de arbitramento que está fundamentada teniendo en cuenta las normas sustantivas vigentes y las reglas propias del derecho probatorio²⁷. De acuerdo con el estatuto arbitral “*el arbitraje en derecho es aquel en el cual los árbitros fundamentan su decisión en el derecho positivo vigente.*” Lo anterior incluye el sometimiento del arbitraje a las normas sustanciales y procesales vigentes.

En Colombia el arbitraje será siempre en derecho salvo estipulación expresa en contrario, razón por la que en nuestro país sólo los abogados titulados pueden resolver este tipo de controversias. El fallo en equidad y técnico debe por tanto ser acordado expresamente.

En conciencia o equidad. El decreto 1818/98 prescribe que “*el arbitraje en equidad es aquel en que los árbitros deciden según el sentido común y la equidad.*”

²⁶ Decreto 1818 de 1998, Artículo 115, inciso 2°

²⁷GIL, J. Nuevo Régimen de Arbitramento. Manual Práctico. Cámara de Comercio de Bogotá. 2002.

Técnico. Son decisiones tomadas por profesionales o artistas pertenecientes a diferentes sectores del conocimiento, cuando el objeto del litigio es esencialmente técnico, científico o artístico. Un ejemplo de la utilidad de este arbitraje, es cuando se pretende verificar si el tipo de material usado en la construcción de una vía, fue el técnicamente adecuado para cumplir con su cometido, y de la respuesta dada, depende en un cien por ciento el grado de responsabilidad de los contratantes; en este caso el meollo del asunto no sería jurídico, pues la consecuencia legal es clara, lo difícil es resolver el problema científico.

1.3.2 De acuerdo con la forma de funcionamiento. Sobre ésta clasificación, el Artículo 116 del Decreto 1818 de 1998 dispone: “*El arbitraje podrá ser independiente, institucional o legal*”. Veamos cada uno de estos tipos arbitrales.

Independiente (ad hoc). El estatuto arbitral prescribe “*el arbitraje independiente es aquel en que las partes acuerdan autónomamente las reglas de procedimiento aplicables en la solución de su conflicto*”.

Institucional. Es aquél en el que las partes se someten a las reglas de procedimiento establecidas por un centro de arbitraje. El arbitraje institucionalizado, también llamado administrado, tiene como mayor beneficio el de ofrecer un reglamento, cuya incorporación resulta automática. Cada institución puede crear sus procedimientos, sin embargo en Colombia las distinciones entre los principales centros se han limitado a algunos aspectos tangenciales y mínimos, como el referente a tarifas.

Legal. Es el arbitraje que funciona de acuerdo con las normas vigentes, las cuales serán aplicables en los casos en que las partes no dispusieran un procedimiento especial (arbitraje independiente) o no sometieron el procedimiento a las normas de un centro de arbitraje (arbitraje institucional). Por eso, el arbitraje legal es considerado residual y opera cuando las partes no se han sometido a las otras dos formas de arbitraje vistas con anterioridad.

1.3.3 Según el ámbito territorial. Nacional o doméstico “*Arbitraje nacional o doméstico: es el interno. En ese caso, es el arbitraje realizado en Colombia respecto a controversias que no*

*tienen ningún elemento extranjero. Se aplica la ley del foro, es decir, la del Estado colombiano, tanto en el fondo como en el procedimiento*²⁸”

Internacional. De acuerdo con lo explicado en el punto 1.1, el arbitraje internacional cuenta con uno o varios elementos extranjeros, lo cual lo distingue de los otros tipos arbitrales. En el arbitraje internacional no hay vinculación alguna con la ley nacional, y los criterios que lo determinan los consagra la Ley 315 de 1996.

Extranjero. Se considera extranjero, el arbitraje tramitado fuera del territorio nacional sin importar si existe un vínculo con la ley nacional. Responde entonces, éste tipo arbitral a un criterio eminentemente geográfico dependiendo del lugar donde fue llevado el procedimiento arbitral. La distinción entre el arbitraje extranjero y el internacional radica en que el primero *“sólo atiende al lugar del arbitraje, que debe haber sido fuera del territorio nacional; en cambio en el arbitraje internacional hay otros factores de conexión unidos al pacto expreso de las partes*²⁹”.

1.4 PRINCIPALES NORMAS APLICABLES AL ARBITRAJE INTERNACIONAL

1.4.1 Normas internacionales vigentes en Colombia. Cuando de arbitraje internacional se trata, es ineludible hablar de las convenciones de Nueva York de 1958 e interamericana de Panamá de 1975. La primera fue adoptada por Colombia mediante la ley 39 de 1990 y la segunda por la ley 44 de 1986, ostentando estas la categoría de tratados internacionales y por consiguiente con una jerarquía superior a la ley e inmodificable unilateralmente por los Estados obligados³⁰.

²⁸ BOTERO SANCLEMENTE, Ana María y CORREA HENAO, Néstor Raúl. Arbitramento Internacional. Bogotá D.C. Ed. Cámara de Comercio de Bogotá. Diciembre de 2002. P. 19.

²⁹ MONROY, M., citado por BOTERO A. M. Arbitramento Internacional. op. cit.

³⁰ La convención de Viena sobre los tratados, fue aprobada mediante la ley 32 de 1985, en la cual se establece la supremacía de los tratados internacionales sobre el derecho interno. La Corte Constitucional a través de las sentencias C-275 y C-567 de 1993 se declara inhibida para conocer sobre la constitucionalidad de las leyes anteriores a la Constitución de 1991 que aprobaron tratados internacionales, pues reconoce que un Estado no puede unilateralmente desconocerlos, por el principio de pacta sum servanda el cual se considera como el pilar de derecho internacional público y de la paz mundial. Si un tratado internacional llegara a contradecirse con la Constitución colombiana, ese tratado deberá ser denunciado.

“La Convención de Nueva York de 1958, (...) continúa siendo considerada como la piedra angular del edificio del arbitraje internacional moderno. También ha sido calificada como un ejemplo de exitosa producción jurídica en el campo del derecho internacional privado, como una Carta Universal para la unificación de leyes nacionales, e inclusive ha habido quien la ha llamado “el mas efectivo instrumento de derecho internacional en la historia del derecho comercial (Lord Mustill)”.

“La misma se halla abierta a la adhesión de todos los miembros de las Naciones Unidas, habiendo sido ratificada por más de 100 Estados, inclusive algunos creados recientemente por sucesión como Bielorrusia, Bosnia Herzegovina, Croacia, Estonia, Georgia y Eslovenia. Su interpretación y aplicación se halla avalada por mas de 375 resoluciones judiciales de 25 diferentes países³¹.”

La convención de Panamá creada por la OEA (Organización de Estados Americanos) en 1975, creo una norma sobre arbitraje comercial internacional para los Estados miembros³² y ha sido ratificada aproximadamente por la mitad de estos países, entre ellos el nuestro.

“La metodología y estructura de la Convención de Nueva York y de Panamá son muy similares, y difieren solamente en aspectos puntuales.

En términos generales, imponen a tribunales locales la obligación de:

- 1. Reconocer la validez de acuerdos arbitrales, sujeto a excepciones específicas;*
- 2. Remitir a las partes al arbitraje cuando hayan celebrado un acuerdo arbitral válido y,*
- 3. Reconocer y ejecutar una sentencia arbitral extranjera, sujeto a excepciones específicas, a través de procedimientos no apreciablemente más gravosos que los aplicables a laudos nacionales; Es importante destacar que la Convención de Panamá introduce una importante innovación, no existente en la de Nueva York. Prescribe que cuando las partes no han*

³¹ BREUER, Luís A. La Convención de Nueva York de 1958 y la Convención de Panamá de 1975. <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/paraguay/artlbpy.html>.

³² La Organización de Estados Americanos (OEA) está conformada por 35 países que se relacionan a continuación: Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Grenada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, St Kitts y Nevis, Surinam, trinidad Tobago, Uruguay y Venezuela.

establecido expresamente normas de procedimiento arbitral, se aplican las reglas de la "Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial".

Esta Comisión ha adoptado reglas casi idénticas a las de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional (UNCITRAL/CNUDMI), que han sido redactadas, negociadas y consensuadas por juristas representantes de numerosos países miembros de las Naciones Unidas³³.”

En lo referente a nuestro tema, las dos convenciones buscan básicamente hacer ejecutables los laudos arbitrales emitidos por tribunales internacionales o extranjeros, de manera sencilla y expedita, reduciendo al máximo las causales de inejecutabilidad de laudos o sentencias internacionales, limitándose estos eventos, casi exclusivamente a la violación de normas de orden público y normas que impidan, de acuerdo con el derecho interno, someter a arbitramento la cuestión materia de fallo.

Convención de Panamá. Sus prescripciones más relevantes son las siguientes:

- Objeto de la convención. A diferencia de la convención de Nueva York, la de Panamá se restringe exclusivamente al arbitraje surgido de conflictos de carácter mercantil, razón por la cual resulta imprescindible referirnos a ella en este trabajo.
- Requisito ad substantiam actus. El acuerdo deberá constar por escrito firmado por las partes. Resulta evidente, con base en la legislación vigente (ley 527 de 1999), que los mensaje de datos³⁴ son entre otros, medios idóneos para realizar el acuerdo por escrito³⁵, siempre que estos contengan una firma, ya sea manuscrita o digital.

³³ Fr. BREUER, Luís A.

³⁴ Ley 527 de 1999 “ARTICULO 2o. DEFINICIONES. Para los efectos de la presente ley se entenderá por: a) Mensaje de datos. La información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax;”

³⁵ Ley 527 de 1999, “ARTICULO 5o. RECONOCIMIENTO JURIDICO DE LOS MENSAJES DE DATOS. No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a todo tipo de información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos. ARTICULO 6o. ESCRITO. Cuando cualquier norma requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si la información que éste contiene es accesible para su posterior consulta. Lo dispuesto en este artículo se aplicará tanto si el requisito establecido en cualquier norma constituye una obligación, como si las normas prevén consecuencias en el caso de que la información no conste por escrito.”

- Procedimiento. De acuerdo con el artículo 3° de la convención, las normas de procedimiento serán susceptibles de acuerdo entre las partes y a falta de este se aplicarán las normas de la CIAC (Comisión Interamericana de Arbitral Comercial), las cuales contemplan un trámite que se debe seguir de manera imperativa, salvo cuando este viole normas de orden público del país donde se debe ejecutar dicho laudo o salvo que las partes pacten ciertas normas en contra y esas estipulaciones sean aceptadas por la CIAC.
- Las sentencias o laudos arbitrales extranjeros se ejecutarán en los países que ratifiquen esta convención de acuerdo a las normas procesales de cada país. Existe una obligación de ejecutar las sentencias o laudos extranjeros emitidos en los Estados suscriptores, pero cada país es libre de establecer sus propias normas de procedimiento, que en el caso colombiano es el exequátur, procedimiento analizado en este trabajo y con el cual discrepamos por razones económicas y jurídicas.

Convención de Nueva York de 1958. “*La convención de 1958 busca regular en primer lugar, la forma como se reconocen y se ejecutan los laudos arbitrales en una nación diferente de aquella en la cual fueron emitidos; en segundo lugar, la forma como se reconocen y ejecutan los laudos arbitrales cuando en el lugar donde se debe hacer tal reconocimiento o tal ejecución, no son considerados una decisión de carácter nacional*³⁶.”

Formalismos del acuerdo. Consagra la obligatoriedad de que el acuerdo conste por escrito, frente a lo cual consideramos por las mismas razones expuestas en el punto anterior, que este escrito puede estar contenido en mensaje de datos.

Ejecución del laudo. Define que la ejecución de la sentencia o laudo arbitral se deberá realizar conforme a los procedimientos del Estado en el que se deba ejecutar. La convención prescribe además en su artículo 3° “(...)Para el reconocimiento o la ejecución de las sentencias arbitrales a que se aplica la presente Convención, no se impondrán condiciones apreciablemente mas

³⁶ Cfr. GÓNZALEZ S, Eidelman J y GARCÍA N, Mauricio A. Arbitramento Comercial Internacional. Bogotá D.C; Pontificia Universidad Javeriana – Trabajo de grado, 2000. P. 117.

rigurosas, ni honorarios o costas mas elevados, que los aplicables al reconocimiento o a la ejecución de las sentencias arbitrales nacionales.”

Teleológicamente la convención está orientada a eliminar o reducir al máximo los requisitos para ejecutar³⁷ una sentencia o laudo extranjero en los países suscriptores, razón por la cual en el artículo 5° limita las causas por las cuales los países pueden negar el reconocimiento de estas decisiones judiciales y además dice que los requisitos para ejecutar la sentencia arbitral extranjera no pueden ser mucho más rigurosos que los que se exigen para los laudos nacionales, sin embargo gracias a la vaguedad de la expresión es muy difícil delimitar el significado de “apreciablemente más rigurosas”. Lo que resulta evidente al menos para nosotros, es que en Colombia los requisitos de exequátur necesarios para ejecutar un laudo internacional, le imponen a este tipo de decisiones ostensiblemente más trámites que los impuestos para la ejecución de laudos nacionales, lo que en teoría violaría la convención.

1.5 GENERALIDADES DEL PROCESO ARBITRAL INTERNACIONAL

1.5.1 Etapas. Existen comunes denominadores aplicables indistintamente para todos los tribunales internacionales. Con mayor o menor regulación, en el arbitraje internacional de manera similar al nacional, el proceso se podría dividir a grandes rasgos en estas cuatro etapas y regir por estos principios:

- a. La introductoria: la demanda, su contestación y la respectiva reconvencción, si a ello hubiera lugar. En la gran mayoría de los casos esta es realizada directamente por lo árbitros.
- b. La probatoria.
- c. La alegatoria: Aquí se dan los alegatos de conclusión.
- d. La decisoria: a la decisión de los árbitro internacionales se le puede decir indistintamente laudo o sentencia internacional y su carácter es definitivo pues contra ella sólo proceden recursos por violaciones graves a los principio del debido proceso o por delito. El

³⁷ La ejecución de los laudos extranjeros es analizada profundamente en el punto referente al tema.

debido proceso es un derecho humano³⁸ y fundamental dentro de la Constitución colombiana, lo que lo hace pertenecer al ius cogens y a bloque de constitucionalidad. El discurso de los derechos humanos tiene gran preponderancia dentro del contexto universal actual y al hacer parte del ius cogens no permite que ningún tratado, ley, pacto o norma lo deroguen o modifiquen, lo que conlleva a que el debido proceso como parte de la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano sea inmodificable y guíe no sólo la legislación nacional sino la internacional. El derecho de contradicción, el derecho de defensa, a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en contra, a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho y a una decisión neutral, hacen parte del debido proceso y por ello los tribunales y legislaciones tienen que respetarlo, de ahí que en todos exista verbigracia una etapa probatoria.

Por supuesto que los demás derechos humanos como la igualdad también deberán seguirse. De acuerdo con la carta suprema y la corte guardiana de la misma, los derechos humanos y el derecho internacional humanitario tiene la misma fuerza vinculante de la Constitución, en

³⁸ LEY NÚMERO 74 DE 1968 “Por la cual se aprueban los “Pactos internacionales de derechos económicos, sociales y culturales, de derechos civiles y políticos, así como el protocolo facultativo de este último, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en votación unánime, en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966”. ARTÍCULO 14: Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;
- b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;
- c) A ser juzgada sin dilaciones indebidas;
- d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección, a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;
- e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;
- f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;
- g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable;

virtud de la teoría del bloque de constitucionalidad³⁹ y no pueden ser derogados por esta de manera unilateral, tampoco se puede convocar un referendo para modificar un tratado internacional⁴⁰, es decir que ni aún el soberano, el cual es el pueblo, puede modificarlos.

Algunos requisitos de forma también son comunes a cualquier tipo de arbitraje. De acuerdo con las convenciones de Panamá y Nueva York, con el reglamento de la comisión interamericana de arbitraje comercial (CIAC), el estatuto arbitral colombiano y la ley modelo de la UNCITRAL, el pacto arbitral siempre debe constar por escrito. Esto busca dar seguridad jurídica al arbitraje, lo que económicamente es eficiente pues elimina los costos de tiempo y dinero que se derivarían de una discusión probatoria en la que se debatiera la existencia de un pacto arbitral celebrado de manera verbal.

También es común encontrar la exigencia en virtud de la cual la demanda se debe referir por lo menos a los hechos, las pretensiones y pruebas que se pretenden hacer valer en el juicio.

Finalmente y lo que resulta lamentable desde el punto de vista económico, es que cualquier arbitraje institucional basa sus honorarios y tarifas administrativas en tablas pre-fijadas y reguladas, produciendo todo tipo de fallas en el mercado, aspecto que es analizado con detalle en este trabajo.

1.6 PRINCIPALES CENTROS ARBITRALES

1.6.1 Comisión Interamericana De Arbitraje Comercial (CIAC). La convención de Panamá en su artículo 2° prescribe que el nombramiento de árbitros se hará de la manera que pacten las partes y su designación se puede hacer directamente o delegar en un tercero, sea este persona natural o jurídica (centro arbitral). Con base en esta norma se crea la Comisión

³⁹ Constitución política, artículo 93: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el congreso, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los Estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

⁴⁰ Constitución política, artículo 170.

Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC) para un funcionamiento permanente y esta se divide en comités nacionales⁴¹.

El reglamento de procedimiento de esta comisión prescribe que la sede principal de esta comisión es en Washington D.C (USA) y su objeto primordial será establecer y mantener un sistema iberoamericano de métodos alternativos de resolución de conflictos de carácter comercial mediante el arbitraje y la conciliación, o cualquier otro que resultara propio para tal fin, y fomentar el conocimiento y difusión del sistema dentro de los países que forman la CIAC. El artículo 4° de los estatutos de la CIAC prescribe las normas referentes a las facultades de la CIAC: “Facultades y Deberes para el debido cumplimiento de sus objetivos, la CIAC podrá :

Establecer secciones nacionales en los diferentes países, brindándoles el apoyo necesario para su establecimiento y cumplimiento de los objetivos de la CIAC.

Elaborar y expedir las reglas y regulaciones necesarias para poder llevar a cabo conciliaciones y arbitrajes internacionales, así como cualquier otra clase de métodos alternativos para resolución de conflictos que estuvieran dentro del marco de labores de la misma.

Elaborar, de acuerdo con los reglamentos, listas de árbitros, conciliadores, amigables componedores y demás que le correspondieren.

Recomendar a los Estados la adopción y/o ratificación de los tratados o convenciones que regulen aspectos relacionados con los métodos alternativos de resolución de conflictos, así como la modificación y/o modernización de la legislación nacional sobre dichos métodos, así como prestar asistencia a los países miembros en éstos aspectos, en caso de ser requerida para el efecto.

⁴¹ Cfr. GÓNZALEZ S, Eidelman J y GARCÍA N, Mauricio A. P. 68.

Organizar y/o promover la organización de programas de promoción, difusión y o divulgación de los métodos alternativos de resolución de conflictos, Organizar y desarrollar, en cooperación con las Secciones Nacionales o con miembros asociados, programas de capacitación en métodos alternativos de resolución de conflictos.

Establecer, mantener y fortalecer relaciones con instituciones u organizaciones que cumplan con el mismo o similar objeto al de la CIAC.

Actuar como órganos administrador en arbitrajes, conciliaciones o amigables composiciones de naturaleza comercial internacional: designar árbitros, conciliadores o amigables componedores en ésta clases de diferencias o hacer las veces de conciliadores, mediador o amigables componedor, cuando las partes así lo hayan pactado o lo convengan con posterioridad al surgimiento de las diferencias.

Adoptar otra medida o proponer toda clase de reforma que se considere conveniente para mejorar el sistema existente en cuanto a métodos alternativos de resolución de conflictos⁴².”

Los procedimientos ante la CIAC, a diferencia de legislaciones como la colombiana donde los procedimientos son extensísimos debido que tratan de abarcar todas las posibles circunstancias que pudieran presentarse, creando con ello un exceso de regulación y formalismos que le restan celeridad al proceso. El reglamento de la CIAC influenciado claramente por el pensamiento jurídico estadounidense, se limita a regular aspectos tangenciales del proceso, con miras a garantizar algunos de los derechos humanos con los que cuentan las partes de un pleito.

⁴² Estatutos de la CIAC. Se encuentran en: “ <http://www.ciac-ciac.org/estatutos.html>”

Los árbitros cuentan con un amplísimo rango de libertad para manejar el proceso⁴³, limitados sólo por unos mínimos obligatorios. Los derechos de defensa, imparcialidad del juez, presentación de pruebas y contradicción de las mismas, notificación de las decisiones procesales, así como los principios de igualdad de las partes y economía procesal, son algunos de los postulados que se deben respetar en cada una de las etapas, procesos o trámites que cree el tribunal, ya sea de oficio o a petición de parte; las normas que regulan imperativamente algunos aspectos puntuales del proceso, están elaboradas con miras a proteger los derechos y principios mencionados o a evitar dilataciones del proceso por discusiones bizantinas, tales como el lugar de arbitramento. El proceso se puede desarrollar de forma escrita u oral mediante audiencias, dependiendo de la decisión de los árbitros.

- Ley procesal. Las partes se tendrán que someter íntegramente al reglamento de la CIAC como norma de procedimiento, salvo cuando dicho reglamento vulnere normas de orden público del estado donde se ejecutará el laudo o que la CIAC autorice a las partes para pactar en contra del reglamento.
- Ley sustancial. “El tribunal arbitral aplicará la ley que las partes hayan indicado como aplicable al fondo del litigio. Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables⁴⁴”.
- Demanda. La demanda y su contestación deberán ser por escrito y contener algunos datos mínimos para determinar el objeto del litigio y las partes. La demanda deberá referirse a los hechos, pretensiones y datos de las partes, correlativamente la contestación se referirá a los

⁴³ Reglamento de la CIAC, artículo 12: “Artículo 12

1. Con sujeción a lo dispuesto en el presente reglamento, el tribunal arbitral podrá dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado, siempre que se trate a las partes con igualdad y que, en cada etapa del procedimiento, se dé a cada una de las partes plena oportunidad de hacer valer sus derechos.

2. A petición de cualquiera de las partes y en cualquier etapa del procedimiento, el tribunal arbitral celebrará audiencias para la presentación de pruebas por testigos, incluyendo peritos, o para alegatos orales. A falta de tal petición el tribunal arbitral decidirá si han de celebrarse audiencias o si las actuaciones se sustanciarán sobre la base de documentos y demás pruebas.

3. Todos los documentos o informaciones que una parte suministre al tribunal arbitral los deberá comunicar simultáneamente a la otra parte.”

⁴⁴ Reglamento de procedimientos de la CIAC, artículo 30.

puntos mencionados de la demanda, teniéndose que anexar la pruebas que se encuentren en su poder y que vaya a usar. El término para contestar la demanda es creado por el tribunal.

- Designación de los árbitros. Salvo estipulación en contrario el tribunal estará conformado por tres árbitros. Cada parte elegirá un árbitro y el tercero será nombrado por los dos árbitros designados y de existir desacuerdo la CIAC hará las nominaciones. Esto le da gran agilidad al proceso, sin vulnerar el principio de voluntad de las partes, ya que es claro que ella estaba encaminada a crear un tribunal y el hecho de que no hubiera existido igual consenso a la hora de nombrar a los árbitros, no implica que quieran renunciar al tribunal. Desafortunadamente en Colombia luego la sentencia C- 1038 de 2002, en caso de desacuerdo habría que acudir al juez civil de circuito, dilatándose el proceso de una manera preocupante.

- Recusaciones. Se consagra la forma de recusar a los árbitros buscando evitar cualquier circunstancia que pudiera comprometer la imparcialidad del tribunal. No existen causales taxativas, ya que genéricamente se dice “un árbitro podrá ser recusado si existen circunstancias de tal naturaleza que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia⁴⁵.”

De la recusación se corre traslado a la otra parte y si esta o el árbitro la aceptan se procede a removerlo, lo anterior debido a la naturaleza contractual del arbitraje, ya que las cosas se deshacen como se hacen, lo que implica que así como el árbitro fue nombrado por la voluntad de las partes, estas mismas lo pueden destituir. Si no se llega a un acuerdo entre las partes sobre la causal de recusación, la CIAC decidirá y ella podrá reemplazarlo.

- Notificaciones. Toda prueba, decisión, alegato o petición se debe notificar siempre a las partes, mediante el medio acordado o por cualquier vía idónea que garantice la entrega al destinatario. Para defenderse y ser oído es imprescindible conocer las manifestaciones de la otra parte, lo que implica que cualquier actuación surtida ante el tribunal debe ser notificada para garantizar el derecho de defensa.

⁴⁵ Reglamento de Procedimientos de la CIAC, artículo 7°.

- Lugar. El reglamento de la CIAC en su artículo 13 buscando salvaguardar la naturaleza contractual del arbitraje, define que el lugar será el acordado por las partes y supletivamente establecido por los árbitros, sin perjuicio de que estos se puedan reunir en otro sitio siempre que se notifique de ello a las partes. Es oportuna esta consagración supletiva, pues de no preverse lo referente al lugar, el proceso correría el riesgo de dilatarse en torno a dicha discusión.

1.6.2 Corte Internacional De Arbitraje De La Cámara De Comercio De Paris (CCI). Este es uno de los centros de arbitraje internacional más renombrados e importantes del mundo mercantil. Fue creado en 1923 y está adscrito a la cámara de comercio internacional de París fundada en 1919, que al igual que la mayoría de cámaras de comercio del mundo, presta servicios como centro de arbitraje. Consideramos que el éxito de este centro de arbitraje radica en su flexibilidad, ya que permite pactar casi todo lo referente a ley procesal, sustancial y árbitros, limitándose únicamente a prescribir algunas reglas sobre el funcionamiento del arbitraje como institución y algunos aspectos concernientes a las etapas del proceso.

A continuación algunas estadísticas que nos ilustran sobre las dimensiones del centro internacional, prescindiendo así de tantos eufemismos para describir la institución.

En 1994 se administraron 801 asuntos de más de un millón de dólares (aproximadamente el 50%) “cuyo monto global ascendía los 22'000 millones de dólares el trámite.”⁴⁶

En 1994 los asuntos se repartieron así:

- Financiamientos y servicios bancarios 11,7%
- Construcción 17,9%
- Propiedad industrial 15,9%
- Comercio exterior 51,4%

En el año 2003:

⁴⁶ BOURQUE, J., Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, El Arbitraje Comercial Internacional, Suplemento Especial. Boletín de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, Paris, 1995. P. 12.

- 580 peticiones de arbitraje fueron hechas, involucrando a 1584 partes.
- Por lo menos el 11% de las partes fueron Estados o entidades públicas.
- Las partes involucradas provinieron de 123 países.
- El lugar del arbitraje se llevó a cabo en 47 países diferentes.
- Los árbitros provinieron de 69 Estados.
- El 55,3% de los asuntos versó sobre cuantías iguales o superiores a un millón de dólares.

Se han ventilado más 10.000 litigios ante la CCI, en los más de 80 años que lleva funcionando.

Las anteriores estadísticas resultan relevantes para mostrarle al lector la magnitud e importancias de este centro para el comerciante internacional. Consideramos necesario destacar, que pese a las dimensiones de este coloso, 1584 partes involucradas resulta ínfimo frente al tamaño del comercio universal, especialmente en un mundo enmarcado dentro de la globalización. Lo que nos resulta realmente impresionante de este centro, es el monto de los litigios que ante él se ventilan, pues el 55.3% de los pleitos son de más de un millón de dólares, donde tan sólo en 1994 ascendieron a más de 22'000 millones de dólares. El interrogante que emerge después de este análisis, es ¿Por qué sólo los pleitos cuantiosos se ventilan ante este centro? Nosotros creemos mediante un análisis económico de la institución, que debido a la falta de manejo con criterio de mercado, de manera similar a lo que ocurre en Colombia, sus costos son excesivamente elevados para pequeñas disputas. Haremos una descripción de la parte orgánica del centro, para mostrar cómo los precios de la oferta de árbitros son fijados mediante tarifas y en general, la manera cómo funciona la institución.

Estructura de la cámara internacional de París.

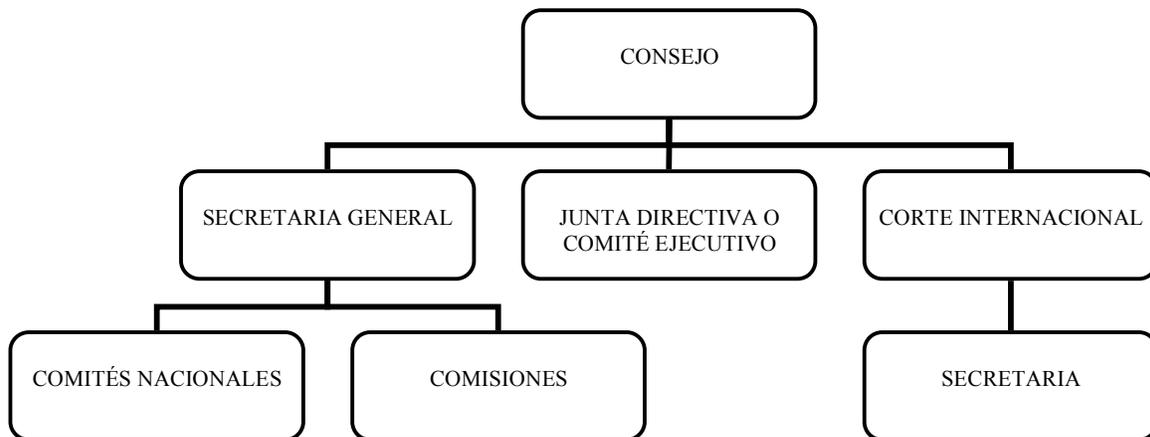


Figura 1. Estructura de la Cámara Internacional de Paris

1. El consejo⁴⁷: es el máximo órgano de la cámara de comercio internacional de París, el equivalente a la asamblea dentro de una sociedad y en él están representados todos los comités nacionales.

2. La secretaría general: es el centro y lidera a los comités nacionales, es el intercomunicador entre estos y el consejo.

A. Comités nacionales: representan a la cámara de comercio internacional en sus respectivos países. Estos comités le dan un verdadero alcance internacional a la cámara, pues a través de ellos la cámara ejerce todas sus funciones a nivel mundial, inclusive en regiones subdesarrolladas como América Latina⁴⁸. Verbigracia en Colombia el comité se encuentra en cabeza de la cámara de comercio de Bogotá, el cual representa y hace parte de la CCI.

B. Comisiones: está compuesta por grupos empresariales y comerciantes expertos, que ad honorem se reúnen para crear normas y reglamentos sobre los diferentes campos relacionados con las funciones de la CCI.

En aspectos como arbitraje, anticorrupción, técnicas bancarias y seguros, dictan normas y políticas que luego serán sugeridas por la CCI.

⁴⁷ En el reglamento de la CCI se refieren al consejo con la letra S.

⁴⁸ En estos países América existen comités de la CCI: Argentina, Ecuador, Brasil, El Salvador, Canadá, México, Caribe, Perú, Chile, Panamá, Colombia, Estados Unidos, Costa Rica, Uruguay, Cuba, Venezuela.

3. Junta directiva o Comité ejecutivo (executive board): esta encabezada por un presidente (chairman) y un vicepresidente (vice-chairman), el cual lidera las decisiones de los miembros de la junta, los cuales son ejecutores de las mismas.

La junta la conforman de 15 a 30 miembros, elegidos por el concejo para periodos de tres años. Es el equivalente a la junta directiva de una sociedad, deben ejecutar todas las políticas de la CCI a través de los diferentes órganos encargados para ello, convirtiéndose así en unos verdaderos directores de orquesta.

4. Corte Internacional de Arbitraje: es un órgano independiente aunque adscrito a la CCI y elegido por el concejo de la misma. Está compuesta por un presidente, vicepresidente y miembros (apéndice I, artículo II, estatuto de la corte internacional de arbitraje). Su presidente es elegido por el concejo de la CCI con base en recomendaciones del comité ejecutivo y sus miembros son elegidos por el consejo, de listas enviadas por los comités nacionales. El artículo 7° ibídem dice

“Toda propuesta de la corte para modificar el reglamento debe presentarse a la comisión de arbitraje internacional antes de ser enviada al comité ejecutivo y al consejo de la CCI para su aprobación.” Cualquier decisión a que hubiere lugar será tomada por la corte, previa presentación en secretaría, tal como ocurre con las recusaciones.

La Secretaría General: sigue de cerca cada proceso, procurando el cumplimiento cabal del reglamento de la Corte. Las solicitudes de arbitraje y la demanda se presentan ante la secretaría, así como la copia de todos los memoriales, documentos o anexos que se exhiban al tribunal o/y a las partes.

El reglamento al cual se debe sujetar el arbitraje está compuesto por 35 artículos y por tres apéndices creados directamente por la corte, el primero de los cuales contiene los estatutos de la corte, el segundo el reglamento interno de la corte (el art. 1 #2 dice que la corte establece su propio reglamento interno) y el tercero toda una regulación sobre tarifas y honorarios de los árbitros, cosa que analizaremos en la tercera parte de este trabajo.

A grandes rasgos el libro editado por la Cámara de Comercio de Bogotá resume las funciones del reglamento de la siguiente manera:

“Es muy importante precisar que la corte, no obstante su nombre, carece de poder jurisdiccional y no profiere laudos, sino que ella organiza, administra y supervisa los arbitrajes sometidos a las reglas de la CCI. Es el respectivo tribunal internacional de arbitramento, constituido bajo su égida, el que detenta los poderes jurisdiccionales.

Las principales funciones de la corte son:

Primera: verificar, en forma previa a la constitución del tribunal arbitral, la existencia prima facie de un convenio de arbitraje entre las partes para someterse al reglamento de la CCI. Pero serán los árbitros quienes en su momento decidan acerca de su competencia.

Segunda: supervisa y, si fuere necesario, decide sobre la composición del tribunal arbitral. Si las partes no se ponen de acuerdo sobre la constitución del tribunal o no nombran un árbitro, la corte dirime el asunto, inspirada siempre en la neutralidad. También conoce la corte de las recusaciones contra los árbitros y tiene facultad para removerlos.

Tercera: la corte fija el lugar del arbitraje, a falta de acuerdo entre las partes⁴⁹.

Cuarta: la corte supervisa el procedimiento y los términos del tribunal y asiste a los árbitros y a las partes en la interpretación del reglamento.

Quinta: la corte establece los gastos del arbitraje y los honorarios de los árbitros⁵⁰.”

Lo anterior sin perjuicio de las funciones asignadas a la secretaría de la corte internacional de arbitraje, descritas con anterioridad.

⁴⁹ Nota al pie fuera de texto original. Es importante anotar la eficiencia de este sistema en cuanto prescribe que de no ponerse de acuerdo las partes en la designación de los árbitros, decidirá el centro de arbitraje. A contrario sensu de lo que sucede en Colombia, después de la sentencia C- 1038 de 2002, ya que bajo esta hipótesis se debe acudir a la justicia ordinaria, restándole gran eficiencia y celeridad al arbitraje, tal como se ya se analizó.

⁵⁰ BOTERO, A. M., CORREA, N. R., Op. Cit. Pág. 134

1.6.3 Asociación Americana De Arbitraje (AAA). La CIAC⁵¹ fue creada en 1933, como una ONG, buscando crear un sistema de arbitraje y conciliación para las Américas, afiliando centros en varios países. La Cámara de Comercio de Bogotá se encuentra inscrita en la CIAC (es la seccional de la CIAC en Colombia), al igual que la American Association of Arbitration (AAA)⁵². La AAA es independiente y descentralizada, con sede en Nueva York y es la seccional o asociada de la CIAC en Estados Unidos.

La AAA reviste gran trascendencia para este trabajo gracias a su importancia económica, ubicación geo-política y estructura jurídica. La ley tipo creada por la UNCITRAL (comisión de las naciones unidas para el derecho mercantil internacional), fue adoptada por la AAA para resolver los litigios internacionales, lo que implica un gran avance por las innumerables ventajas que en nuestro concepto conlleva esta ley, cosa a la que nos referiremos en la tercera parte de este trabajo. Lo anterior es sin perjuicio de los códigos éticos creados para quienes administran justicia y demás procedimientos que pudieran llegar a aplicar este centro para disputas locales.

La relevancia económica de este centro es gigantesca, característica típica de las situaciones Estadounidenses y de su inconmensurable comercio, situación que ante la AAA hace que la CCI parezca minúscula. La AAA es el centro de arbitraje mas grande de Norte América y atiende un promedio de 80.000 casos por año, tan sólo de conflictos nacionales, cuenta con aproximadamente 18.000 expertos imparciales y 38 oficinas en los Estados Unidos.

Mediante un pacto arbitral escrito, las partes podrán someter sus diferencias ante la AAA, bajo la condición imperativa de que se adhieran íntegramente al reglamento de dicho centro, salvo cuando este vulnere normas de orden público en los países donde se debería ejecutar la sentencia.

⁵¹ Estas siglas significan “Comisión interamericana de arbitraje comercial”. “La CIAC estará integrada por: Las Secciones Nacionales y/o Asociadas son los Centros de Arbitraje y de resolución de controversias en cada uno de los países que la conforman, quienes serán los órganos ejecutores de los planes y programas en coordinación con la Dirección General de la CIAC para el desarrollo de sus objetivos.”Cita tomada de la página web oficial de la CIAC: <http://www.ciac-ciac.org>.

⁵² En español traduce Asociación Americana de Arbitraje (AAA).

El tribunal de arbitramento ostenta la facultad para decidir sobre su propia competencia, pudiendo decidir sobre este aspecto bien al iniciar el proceso o bien en el laudo. Lo anterior explica la razón por la cual el tribunal puede decidir sobre la ineficacia en sentido genérico del pacto arbitral (validez, existencia u oponibilidad) y su alcance, sin perjuicio de que en virtud de la autonomía de la cláusula arbitral, las ineficacias de que pueda adolecer el contrato no afecten la misma.

En concordancia con la naturaleza contractual del arbitraje, las partes pueden acordar libremente el sitio donde este habrá de desarrollarse, sin embargo en ausencia de estipulaciones al respecto los árbitros decidirán el tema teniendo en cuenta las características particulares de cada caso.

De cualquier manera el tribunal puede sesionar o practicar pruebas fuera del lugar acordado, siempre y cuando se comunique esta circunstancia a las partes por escrito y estas no se opongan. Por ejemplo sería totalmente factible acordar que el tribunal se desarrollará en la Cámara de Comercio de Bogotá la cual está adscrita a la AAA y bajo el reglamento de esta última.

El idioma será el usado en la redacción del pacto arbitral, salvo pacto en contrario o decisión del tribunal atendiendo circunstancias específicas del caso.

Inicio del arbitraje. Formalmente, el arbitramento se considera iniciado en el momento en que la administradora recibe la notificación. Hecha la notificación a la administradora, esta debe establecer comunicación o contacto con las partes y reconocer que se ha iniciado el arbitramento”⁵³.

⁵³ GÓNZALEZ S, Eidelman J y GARCÍA N, Mauricio A. Arbitramento Comercial Internacional. Bogotá D.C; Pontificia Universidad Javeriana – Trabajo de grado, 2000. P. 190 y 191.

1.7 PRINCIPIOS RECTORES DEL PROCESO ARBITRAL

No existe un trámite o proceso imperativo que deba ser seguido, simplemente hay una serie de principios rectores que se deben respetar. Antes de iniciar el trámite arbitral, el tribunal puede reunirse en audiencias para decidir las etapas o proceso que se seguirá con el objeto de dilucidar el caso, es decir que cada proceso se ajusta las necesidades propias de las partes, guiado siempre por el principio de la economía procesal, sin perder de vista que en todas y cada una de las etapas que se acuerden, se debe respetar el debido proceso, es decir el derecho a la defensa, contradicción, presentación de pruebas y contradicción de las mismas y dignidad humana. El tribunal es el director absoluto del proceso y su rango de discrecionalidad es inmenso.

1.7.1 Notificaciones. Son personales y escritas, pero a diferencia de las Colombianas no se deben mandar por correo certificado o pagar todo tipo de aranceles judiciales, ya que cualquier medio como Internet, fax o correo entre otras, son aptos para notificar, siempre que haya certeza de la dirección del último domicilio, residencia o trabajo o del correo electrónico, postal u otro de la persona a quién va dirigida dicha comunicación. La teoría de la recepción es la acogida para estas notificaciones, es decir que esta se entiende realizada una vez la persona la ha recibido y no una vez se ha enviado. Cuando las decisiones son tomadas en audiencia se prescinde de dicha comunicación, pues se entiende hecha por lo que nosotros llamaríamos estrado.

1.7.2 Audiencias. Son orales y están guiadas por el principio de confidencialidad, que guía todo el proceso arbitral. En principio son privadas a diferencia de los juicios ante la jurisdicción que se caracterizan por ser públicos.

Los árbitros y partes tienen la obligación de guardar secreto sobre los temas ventilados ante el tribunal. Esto es considerado como una de las grandes ventajas del arbitraje internacional, pues existen pleitos en los que las partes por razones económicas o personales prefieren mantener reserva.

1.7.3 Ley sustancial aplicable. Será la que las partes acuerden y en ausencia de pacto será la ley que determine el tribunal conforme a las circunstancias propias del proceso o del contrato materia de litigio. Las condenas e indemnizaciones dependerán del la ley escogida.

1.7.4 Árbitros. En Estados Unidos es muy usado que cada parte elija un arbitro y los elegidos nombran a un tercero, pacto que es totalmente viable a la luz del reglamento de la AAA. Si las partes no se ponen de acuerdo en la forma como deben designar a los árbitros, este o estos serán nombrados por el centro. Al igual que cualquier juez los árbitros deben ser imparciales, razón por la cual son susceptibles de recusación o impedimentos cuando quiera que su imparcialidad se pueda ver vulnerada o cuestionada. La recusación se presenta ante la AAA y de esta se le da traslado a las partes para alegar.

1.7.5 Precio del servicio. Este arbitraje institucional no se escapa de las tarifas pre-fijadas, existen unas tarifas que se deben pagar a la AAA o quien la represente por usar sus servicios y respaldo, estas cuotas no incluyen honorarios de los árbitros⁵⁴. Los honorarios de los árbitros están en tablas.

1.8 ANÁLISIS DEL ARBITRAJE EN EL TLC QUE SE NEGOCIÓ ENTRE COLOMBIA Y ESTADOS UNIDOS

El capítulo 10 del tratado de libre comercio (TLC) celebrado entre Colombia y Estados Unidos contiene tres secciones que se ocupan respectivamente de las inversiones, de la resolución de controversias inversionista-Estado y de las definiciones aplicables al referido capítulo. El propósito de un apartado como este es el de promover un ambiente favorable para tal fin y para las futuras acciones de cada uno de los países contratantes, mediante el otorgamiento a unos y otras de una serie de estándares mínimos de protección⁵⁵.

⁵⁴ Cfr. Ibidem. P. 205.

⁵⁵ Estos estándares de protección se pueden otorgar también por otros medios, como por ejemplo a través de los tratados multilaterales de inversión o de los tratados bilaterales de inversión (TBI) o de leyes de inversión promulgadas por cada Estado en particular

El Estado, en ejercicio de la soberanía, buscará no solamente ejercer los controles necesarios a la inversión extranjera, sino que, además, tomará las medidas que demande el interés público, aunque las mismas afecten al inversionista o a la inversión.

Adicionalmente, están los inversionistas, quienes buscan un rendimiento y para quienes resulta ventajosa una intervención mínima del Estado y por ende el menor control posible sobre la inversión.

A continuación transcribiremos el contenido de este capítulo sección B por considerarlos de especial importancia en la explicación de las sutiles diferencias que imprime el TLC, al tema del arbitraje comercial internacional:

Sección B: Solución de Controversias Inversionista-Estado

Artículo 10.15: Consultas y Negociación

En caso de una controversia relativa a una inversión, el demandante y el demandado deben primero tratar de solucionar la controversia mediante consultas y negociación, lo que puede incluir el empleo de procedimientos de carácter no obligatorio con la participación de terceras partes.

El propósito de un apartado como este es el de promover un ambiente favorable para tal fin y para las futuras acciones de cada uno de los países contratantes, mediante el otorgamiento a unos y otras de una serie de estándares mínimos de protección⁵⁶.

Artículo 10.16: Sometimiento de una Reclamación a Arbitraje

1. En caso de que una parte contendiente considere que no puede resolverse una controversia relativa a una inversión mediante consultas y negociación:

⁵⁶ Estos estándares de protección se pueden otorgar también por otros medios, como por ejemplo a través de los tratados multilaterales de inversión o de los tratados bilaterales de inversión (TBI) o de leyes de inversión promulgadas por cada Estado en particular

(a) el demandante, por cuenta propia, puede someter a arbitraje una reclamación en la que se alegue

(I) que el demandado ha violado

(A) una obligación de conformidad con la Sección A,

(B) una autorización de inversión, o

(C) un acuerdo de inversión; y

(II) que el demandante ha sufrido pérdidas o daños en virtud de dicha violación o como resultado de ésta; y

(b) el demandante, en representación de una empresa del demandado que sea una persona jurídica propiedad del demandante o que esté bajo su control directo o indirecto, puede, de conformidad con esta Sección, someter a arbitraje una reclamación en la que alegue

(I) que el demandado ha violado

(A) una obligación de conformidad con la Sección A,

(B) una autorización de inversión, o

(C) un acuerdo de inversión; y

(ii) que la empresa ha sufrido pérdidas o daños en virtud de dicha violación o como resultado de ésta, a condición de que el demandante pueda someter una reclamación bajo el subpárrafo (a)(I)(C) o (b)(I)(C) por la violación de un acuerdo de inversión solamente si la materia de la reclamación y los daños reclamados se relacionan directamente con la inversión cubierta que fue establecida o adquirida, o se pretendió establecer o adquirir, con base en el acuerdo de inversión relevante.

2. Por lo menos 90 días antes de que se someta una reclamación a arbitraje de conformidad con esta Sección, el demandante entregará al demandado una notificación escrita de su intención de someter la reclamación a arbitraje (“notificación de intención”). En la notificación se especificará:

(a) el nombre y la dirección del demandante y, en el caso de que la reclamación se someta en representación de una empresa, el nombre, dirección y lugar de constitución de la empresa;

(b) por cada reclamación, la disposición de este Acuerdo, la autorización de inversión o el acuerdo de inversión presuntamente violado y cualquier otra disposición aplicable;

(c) las cuestiones de hecho y de derecho en que se funda cada reclamación; y

(d) la reparación que se solicita y el monto aproximado de los daños reclamados.

3. Siempre que hayan transcurrido seis meses desde que tuvieron lugar los hechos que motivan la reclamación, el demandante puede someter la reclamación a la que se refiere el párrafo 1:

(a) de conformidad con el Convenio del CIADI y las Reglas de Procedimiento para Procedimientos Arbitrales del CIADI, siempre que tanto el demandado como la Parte del demandante sean partes del Convenio del CIADI;

(b) de conformidad con las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, siempre que el demandado o la Parte del demandante, sean parte del Convenio del CIADI;

(c) de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI; o

(d) si el demandante y el demandado lo acuerdan, ante cualquier otra institución de arbitraje o bajo cualesquiera otras reglas de arbitraje.

4. Una reclamación se considerará sometida a arbitraje conforme a esta Sección, cuando la notificación o la solicitud de arbitraje (“notificación de arbitraje”) del demandante:

(a) a que se refiere el párrafo 1 del Artículo 36 del Convenio del CIADI sea recibida por el Secretario General;

(b) a que se refiere el Artículo 2 del Anexo C de las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI sea recibida por el Secretario General;

(c) a que se refiere el Artículo 3 de las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI, conjuntamente con el escrito de demanda a que se refiere el Artículo 18 de las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI, sea recibida por el demandado; o

(d) a que se refiera cualquier otra institución de arbitraje o bajo cualesquiera reglas de arbitraje seleccionadas bajo el párrafo 3(d) sea recibida por el demandado.

Una reclamación presentada por el demandante por primera vez después de que tal notificación de arbitraje haya sido sometida, se considerará sometida a arbitraje bajo esta Sección en la fecha de su recepción bajo las reglas de arbitraje aplicables.

5. Las reglas de arbitraje aplicables de conformidad con el párrafo 3, y que estén vigentes en la fecha del reclamo o reclamos que hayan sido sometidos a arbitraje conforme a esta Sección, regirán el arbitraje salvo en la medida en que sea modificado por este Acuerdo.

6. El demandante entregará junto con la notificación de arbitraje:

(a) el nombre del árbitro designado por el demandante; o (b) el consentimiento escrito del demandante para que el Secretario General nombre tal árbitro.

Este artículo nace del hecho, que no es un secreto que los inversionistas consideran que las cortes estatales carecen de la independencia para resolver estos conflictos, en cuanto a que son instrumentos del Estado, parte del sistema del país receptor de la inversión. En ese sentido, el TLC en el anterior artículo las opciones de arbitraje. El inversionista tendrá la libertad de escoger entre el procedimiento arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Ciadi), su mecanismo complementario, las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) o cualquier otra institución según previo acuerdo de las partes.

Artículo 10.17: Consentimiento de Cada Una de las Partes al Arbitraje

1. Cada Parte consiente en someter una reclamación al arbitraje, con arreglo a esta Sección y de conformidad con este Acuerdo.

2. El consentimiento a que se refiere el párrafo 1 y el sometimiento de la reclamación a arbitraje con arreglo a esta Sección cumplirá con los requisitos señalados en:

(a) el Capítulo II del Convenio del CIADI (Jurisdicción del Centro) y las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, que exigen el consentimiento por escrito de las partes de la controversia;

(b) el Artículo II de la Convención de Nueva York, que exige un “acuerdo por escrito”; y

(c) el Artículo I de la Convención Interamericana, que requiere un “acuerdo”.

Artículo 10.18: Condiciones y Limitaciones al Consentimiento de las Partes

1. Ninguna reclamación puede someterse a arbitraje conforme a esta Sección, si han transcurrido más de tres años a partir de la fecha en que el demandante tuvo o debió haber tenido conocimiento de la violación alegada conforme a lo establecido en el Artículo 10.16.1 y conocimiento de que el demandante (por las reclamaciones entabladas en virtud del Artículo 10.16.1(a)) o la empresa (por las reclamaciones entabladas en virtud del Artículo 10.16.1(b)) sufrió pérdidas o daños.

2. Ninguna reclamación puede someterse a arbitraje conforme a esta Sección a menos que:

(a) el demandante consienta por escrito someterse al arbitraje, de conformidad con los procedimientos previstos en este Acuerdo; y

(b) la notificación de arbitraje esté acompañada,

(i) de la renuncia por escrito del demandante a las reclamaciones sometidas a arbitraje en virtud del Artículo 10.16.1(a); y

(ii) de las renunciaciones por escrito del demandante y de la empresa a las reclamaciones sometidas a arbitraje en virtud del Artículo 10.16.1

(b). de cualquier derecho a iniciar o continuar ante cualquier tribunal judicial o administrativo conforme a la ley de cualquier Parte, u otros procedimientos de solución de controversias, cualquier actuación respecto de cualquier medida que se alegue haber constituido una violación a las que se refiere el Artículo 10.16.

3. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 2(b), el demandante (por reclamaciones iniciadas bajo el Artículo 10.16.1(a)) y el demandante o la empresa (por reclamaciones iniciadas bajo el Artículo 10.16.1(b)) pueden iniciar o continuar una medida cautelar, que no involucre el pago de daños monetarios, ante un tribunal judicial o administrativo del demandado, siempre que tal medida se interponga con el único propósito de preservar los derechos e intereses del demandante o de la empresa mientras continúe la tramitación del arbitraje.

4. (a) Ninguna reclamación puede ser sometida a arbitraje:

(I) por una violación de una autorización de inversión, según el Artículo 10.16.1(a)(i)(B) o el Artículo 10.16.1(b)(i)(B); o

(II) por una violación de un acuerdo de inversión, según el Artículo 10.16.1(a)(i)(C) o el Artículo 10.16.1(b)(i)

(C). si el demandante (por reclamaciones iniciadas bajo el Artículo 10.16.1(a)) o el demandante o la empresa (por reclamaciones iniciadas bajo el Artículo 10.16.1(b)) ha sometido previamente la misma violación alegada ante un tribunal administrativo o corte del demandado, o ante cualquier otro procedimiento de solución de controversias vinculante.

(b) Para mayor certeza, si el demandante elige someter una reclamación del tipo descrito en el subpárrafo (a), ante una corte judicial o tribunal administrativo del demandado o ante cualquier otro procedimiento de solución de controversias vinculante, el demandante no puede, a partir de ese momento, someter la reclamación a arbitraje conforme a la Sección B.

En el marco del TLC, se ofrece una serie de herramientas que pueden llevar a los países a alcanzar consensos en el menor tiempo posible. Si esos mecanismos no funcionan, los países

pueden acudir a instancias internacionales, como el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Sobre Inversiones (Ciadi) para resolver la disputa.

Artículo 10.19: Selección de los Árbitros

1. A menos que las partes contendientes convengan otra cosa, el tribunal estará integrado por tres árbitros, un árbitro designado por cada una de las partes contendientes y el tercero, que será el árbitro que presida, será designado por acuerdo de las partes contendientes.

2. El Secretario General designará a los árbitros en los procedimientos de arbitraje, de conformidad con esta Sección.

9 En una medida cautelar como alguna de las descritas en el párrafo 3 (incluyendo las medidas que buscan preservar evidencia y propiedad mientras esté pendiente la tramitación de la reclamación sometida a arbitraje), un tribunal judicial o administrativo de la Parte demandada en una controversia sometida a arbitraje de conformidad con la Sección B, aplicará la legislación de dicha Parte, incluyendo sus reglas sobre conflicto de leyes, así como las normas de Derecho Internacional que puedan ser aplicables.

3. Si un tribunal no se ha constituido en un plazo de 75 días contados a partir de la fecha en que la reclamación fue sometida a arbitraje de conformidad con esta Sección, el Secretario General, a petición de una parte contendiente, designará, a su discreción, al árbitro o árbitros que aún no hayan sido designados.

4. Para los propósitos del Artículo 39 del Convenio del CIADI y del Artículo 7 de la Parte C de las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, y sin perjuicio de objetar a un árbitro por motivos que no sean de nacionalidad:

(a) el demandado acepta la designación de cada uno de los miembros del tribunal establecido de conformidad con el Convenio del CIADI o con las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI;

(b) el demandante a que se refiere el Artículo 10.16.1(a) puede someter a arbitraje una reclamación conforme a esta Sección, o continuar una reclamación de conformidad con el Convenio del CIADI o a las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, únicamente a condición de que el demandante manifieste su consentimiento por escrito sobre la designación de cada uno de los miembros del tribunal; y

(c) un demandante a que se refiere el Artículo 10.16.1(b) puede someter una reclamación a arbitraje conforme a esta Sección, o continuar una reclamación de conformidad con el Convenio del CIADI o las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, únicamente a condición de que el demandante y la empresa manifiesten su consentimiento por escrito sobre la designación de cada uno de los miembros del tribunal.

El anterior artículo de hecho, busca que el juez nacional -quien es parte del Estado receptor de la inversión- no intervenga, pues se está ante un procedimiento de carácter internacional, cuyas bases se fundan en las disposiciones de un tratado.

No cabe duda que el arbitraje de inversión es, ante todo, un esfuerzo por equilibrar los intereses de todas las partes vinculadas. Se busca, en la medida de lo posible, un arbitraje sin foro, que dé neutralidad y seguridad a los agentes, donde la sede no juegue un papel fundamental y en el que haya la menor intervención posible por parte de los jueces nacionales.

Se pretende, igualmente, sostener una supremacía del derecho internacional público sobre la ley nacional. El arbitraje surge entonces como un mecanismo de solución de controversias, una vez se presenta un ilícito internacional. Lo anterior significa que actos perfectamente válidos en el ordenamiento jurídico interno pueden comprometer la responsabilidad internacional de los Estados.

Artículo 10.20: Realización del Arbitraje

- 1. Las partes contendientes pueden convenir en la sede legal donde haya de celebrarse cualquier arbitraje conforme a las reglas arbitrales aplicables de acuerdo con el Artículo 10.16.3. A falta de acuerdo entre las partes contendientes, el tribunal determinará dicho lugar de conformidad con las reglas arbitrales aplicables, siempre que el lugar se encuentre en el territorio de un Estado que sea parte de la Convención de Nueva York.*
- 2. Una Parte no contendiente puede presentar comunicaciones orales o escritas ante el tribunal respecto a la interpretación de este Acuerdo.*
- 3. El tribunal estará facultado para aceptar y considerar comunicaciones amicus curiae que provengan de una persona o entidad que no sea una parte contendiente. Cada comunicación*

deberá identificar su titular y cualquier persona u organización que ha proveído o proveerá cualquier asistencia financiera o de otro tipo en la preparación de la comunicación.

4. Sin perjuicio de la facultad del tribunal para conocer otras objeciones como cuestiones preliminares, tales como una objeción de que la controversia no se encuentra dentro de la competencia del tribunal, un tribunal conocerá y decidirá como una cuestión preliminar cualquier objeción del demandado de que, como cuestión de derecho, la reclamación sometida no es una reclamación respecto de la cual se pueda dictar un laudo favorable para el demandante de acuerdo con el Artículo 10.26.10

(a) Dicha objeción se presentará al tribunal tan pronto como sea posible después de la constitución del tribunal, y en ningún caso más tarde de la fecha que el tribunal fije para que el demandado presente su contestación de la demanda (o en el caso de una modificación de la notificación de arbitraje, la fecha que el tribunal fije para que el demandado presente su respuesta a la modificación).

(b) En el momento en que se reciba una objeción conforme a este párrafo, el tribunal suspenderá cualquier actuación sobre el fondo del litigio, establecerá un cronograma para la consideración de la objeción que será compatible con cualquier cronograma que se haya establecido para la consideración de cualquier otra cuestión preliminar y emitirá una decisión o laudo sobre la objeción, exponiendo los fundamentos de éstos.

(c) Al decidir acerca de una objeción de conformidad con este párrafo, el tribunal asumirá como ciertos los alegatos de hecho presentados por el demandante con el objeto de respaldar cualquier reclamación que aparezca en la notificación de arbitraje (o cualquier modificación de ésta) y, en controversias presentadas de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI, el escrito de demanda a que se refiere el Artículo 18 de las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI. El tribunal puede considerar también cualquier otro hecho pertinente que no esté bajo disputa.

(d) El demandado no renuncia a formular ninguna objeción con respecto a la competencia o a cualquier argumento de fondo, simplemente porque haya formulado o no una objeción conforme a este párrafo, o haga uso del procedimiento expedito establecido en el párrafo 5.

5. En el caso de que el demandado así lo solicite, dentro de los 45 días siguientes a la constitución del tribunal, el tribunal decidirá, de una manera expedita, acerca de una objeción de conformidad con el párrafo 4 y cualquier otra objeción en el sentido de que la

controversia no se encuentra dentro de la competencia del tribunal. El tribunal suspenderá cualquier actuación sobre el fondo del litigio y emitirá una decisión o laudo sobre dicha objeción, exponiendo el fundamento de éstos, a más tardar 150 días después de la fecha de la solicitud. Sin embargo, si una parte contendiente solicita una audiencia, el tribunal puede tomar 30 días adicionales para emitir la decisión o laudo. Independientemente de si se ha solicitado una audiencia, el tribunal puede, demostrando un motivo extraordinario, retardar la emisión de su decisión o laudo por un breve plazo adicional, el cual no puede exceder de 30 días.

6. Cuando el tribunal decida acerca de la objeción de un demandado de conformidad con los párrafos 4 ó 5, puede, si se justifica, conceder a la parte contendiente vencedora costas y honorarios de abogado razonables en que se haya incurrido al presentar la objeción u oponerse a ésta. Al determinar si dicho laudo se justifica, el tribunal considerará si la reclamación del demandante o la objeción del demandado eran frívolas, y concederá a las partes contendientes oportunidad razonable para presentar sus comentarios.

7. El demandado no opondrá como defensa, contrademanda o derecho compensatorio o por cualquier otro motivo que el demandante ha recibido o recibirá indemnización u otra compensación por la totalidad o una parte de los daños alegados de conformidad con un seguro o contrato de garantía.

8. El tribunal puede ordenar una medida provisional de protección para preservar los derechos de una parte contendiente, o con el objeto de garantizar el pleno ejercicio de la competencia del tribunal, incluida una orden para preservar las pruebas que se encuentren en poder o bajo el control de una parte contendiente o para proteger la competencia del tribunal. El tribunal no puede ordenar el embargo o impedir la aplicación de una medida que se considere una violación mencionada en el Artículo 10.16. Para efectos de este párrafo, una orden incluye una recomendación.

9. (a) En cualquier arbitraje realizado de conformidad con esta Sección, a solicitud de cualquiera de las partes contendientes, el tribunal, antes de dictar una decisión o laudo sobre responsabilidad, comunicará su propuesta de decisión o laudo a las partes contendientes y las Partes no contendientes. Dentro del plazo de 60 días después de comunicada dicha propuesta de decisión o laudo, las partes contendientes pueden presentar comentarios escritos al tribunal en relación con cualquier aspecto de su propuesta de decisión o laudo. El tribunal

considerará dichos comentarios y dictará su decisión o laudo a más tardar a los 45 días siguientes de haberse vencido el plazo de 60 días para presentar comentarios.

(b) El subpárrafo (a) no se aplicará a cualquier arbitraje conducido de conformidad con esta Sección en el cual una apelación esté disponible en virtud del párrafo 10 o el Anexo 10-D.

10. Si entre las Partes entrara en vigor un tratado multilateral separado en el que se estableciere un órgano de apelación con el propósito de revisar los laudos dictados por tribunales constituidos conforme a acuerdos internacionales de comercio o inversión para conocer controversias de inversión, las Partes procurarán alcanzar un acuerdo que haga que tal órgano de apelación revise los laudos dictados de conformidad con el Artículo 10.26 en los arbitrajes que se hubieren iniciado después de que el acuerdo multilateral entre en vigor entre las Partes.

El arbitraje de inversionistas-Estado también estará disponible para reclamos por incumplimiento de los acuerdos de inversión–concesiones y acuerdos similares entre inversionistas y el gobierno de Colombia, que se relacionen con recursos naturales, infraestructura o servicios públicos y que fueron concluidos antes o después de la entrada en vigor del acuerdo. Es claro que este articulado consagra implícitamente aspectos para la realización del arbitraje, como estándares de protección de la inversión:

- Trato nacional.
- Trato de Nación más Favorecida (NMF).
- Nivel mínimo de trato.
- Tratamiento en caso de contienda.
- La prohibición de expropiación sin indemnización.
- La libre transferencia de fondos.
- La prohibición de requisitos de desempeño.

En esa medida, es necesario que las autoridades estatales colombianas conozcan el contenido propio de cada estándar y su desarrollo en el derecho internacional, para evitar violaciones al TLC.

Artículo 10.21: Transparencia de las Actuaciones Arbitrales

1. Con sujeción a los párrafos 2 y 4, el demandado, después de recibir los siguientes documentos, los entregará con prontitud a las Partes no contendientes y los pondrá a disposición del público:

(a) la notificación de intención;

(b) la notificación de arbitraje;

(c) los alegatos, escritos de demanda y notas explicativas presentados al tribunal por una parte contendiente y cualquier comunicación escrita presentada de conformidad con el Artículo 10.20.2 y 10.20.3 y el Artículo 10.25;

(d) las actas o transcripciones de las audiencias del tribunal, cuando estén disponibles; y

(e) las órdenes, laudos y decisiones del tribunal.

2. El tribunal realizará audiencias abiertas al público y determinará, en consulta con las partes contendientes, los arreglos logísticos pertinentes. Sin embargo, cualquier parte contendiente que pretenda usar en una audiencia información catalogada como información protegida deberá informarlo así al tribunal. El tribunal realizará los arreglos pertinentes para proteger la información de su divulgación.

3. Nada de lo dispuesto en esta Sección exige al demandado que ponga a disposición información protegida o que proporcione o permita el acceso a información que pudiese retener de conformidad con el Artículo 22.2 (Seguridad Esencial) o Artículo 22.4 (Divulgación de Información).

4. Cualquier información protegida que sea sometida al tribunal deberá ser protegida de divulgación de acuerdo con los siguientes procedimientos:

(a) sujeto al subpárrafo (d), ni las partes contendientes ni el tribunal revelarán a ninguna Parte no contendiente o al público ninguna información protegida cuando la parte contendiente que proporciona la información la designe claramente de esa manera de acuerdo con el subpárrafo (b);

(b) cualquier parte contendiente que reclame que determinada información constituye información protegida, lo designará claramente al momento de ser presentada al tribunal;

(c) una parte contendiente deberá, en el mismo momento que presenta un documento que contiene información alegada como información protegida, presentar una versión redactada

del documento que no contenga la información. Sólo la versión redactada será proporcionada a las Partes no contendientes y será pública de acuerdo al párrafo 1; y

(d) el tribunal decidirá acerca de cualquier objeción en relación con la designación de información alegada como información protegida. Si el tribunal determina que dicha información no fue designada apropiadamente, la parte contendiente que presentó la información puede:

(i) retirar todo o parte de la presentación que contiene tal información, o

(ii) convenir en volver a presentar documentos completos y redactados con designaciones corregidas de acuerdo con la determinación del tribunal y con el subpárrafo

(c). En todo caso, la otra parte contendiente deberá, cuando sea necesario, volver a presentar documentos completos y redactados, los cuales omitan la información retirada de conformidad con el

(i) por la parte contendiente que presentó primero la información o redesignar la información de forma compatible con la designación realizada de conformidad con el

(ii) de la parte contendiente que presentó primero la información.

5. Nada de lo dispuesto en esta Sección requiere al demandado negarle acceso al público a información que, de acuerdo a su legislación, debe ser divulgada.

El objetivo de este artículo es claro, ya que busca dotar de la mayor transparencia e imparcialidad al mecanismo arbitral, dándoles a los inversionistas un mayor atractivo para la implementación de este método, además de llamar a la calma ante la posibilidad de la presencia de futuras contingencias a las cuales se pueda ver sometido el inversor en el país extranjero ya sea Colombia o Estados Unidos.

Artículo 10.22: Derecho Aplicable

1. Sujeto al párrafo 3, cuando una reclamación se presenta de conformidad con el Artículo 10.16.1(a)(i)(A) o con el Artículo 10.16.1(b)(i)(A), el tribunal decidirá las cuestiones en controversia de conformidad con este Acuerdo y con las normas aplicables del Derecho Internacional.

2. Sujeto al párrafo 3 y las otras condiciones de esta Sección, cuando una reclamación se presenta de conformidad con el Artículo 10.16.1(a)(i)(B) o (C) o con el Artículo 10.16.1(b)(i)(B) o (C), el tribunal deberá aplicar:

(a) las normas legales especificadas en el acuerdo de inversión o en la autorización de inversión pertinentes, o de la manera como las partes contendientes puedan haber acordado;

o

(b) si las normas legales no han sido especificadas o acordadas de otra manera:

(i) la legislación del demandado, incluidas sus normas sobre los conflictos de leyes¹¹; y

(ii) las normas del Derecho Internacional, según sean aplicables.

3. Una decisión de la Comisión en la que se declare la interpretación de una disposición de este Acuerdo, conforme al Artículo 20.1.3 (Comisión de Libre Comercio), será obligatoria para un tribunal y toda decisión o laudo emitido por un tribunal deberá ser compatible con esa decisión.

Este punto se hace aún más complejo si se tienen en cuenta dos elementos adicionales:

- La posición de los particulares en el ámbito del derecho internacional público: hay que considerar que el inversionista es ordinariamente un particular, una persona de derecho privado y no tiene las potestades que un sujeto de derecho internacional público.
- El conflicto que deriva de la participación de diversos actores en el ámbito de la inversión extranjera: es posible identificar como actores al Estado receptor de la inversión, el inversionista, los organismos multilaterales y las organizaciones no gubernamentales (ONG).

Esto demanda un conocimiento extenso de distintas normas de derecho de numerosos países a fin de poder dictaminar el laudo que más se acorde a las especificaciones del “*contrato arbitral*” firmado por las partes.

De la misma forma, se encuentran los organismos multilaterales, que si bien no intervienen directamente en las eventuales controversias, juegan un papel fundamental, a través de la expedición de reglas relativas a la inversión extranjera⁵⁷.

Por último, las ONG, quienes han comenzado a intervenir en el arbitraje de inversión bajo la figura del *amicus curiae*, planteando posiciones que entran en conflicto con las tesis que tradicionalmente han sostenido los inversionistas privados.

Artículo 10.23: Interpretación de los Anexos

11 La “legislación del demandado” significa la legislación que un tribunal judicial doméstico o un tribunal que tenga la jurisdicción apropiada aplicaría en el mismo caso.

Estos estándares deben llevar la existencia de medios para hacerlos efectivos. Se dirá entonces que las cortes de los países signatarios del correspondiente tratado de protección a la inversión están en capacidad de hacer efectivos los derechos otorgados por el tratado al inversionista extranjero.

En este capítulo vimos las normas relativas al arbitraje contenidas en el TLC, firmado por Colombia y Estados Unidos, pero debemos recordar que a pesar de encontrarse ya suscrito este puede sufrir modificaciones importantes ya que tanto en Colombia como en Estados Unidos, para que un tratado comercial internacional tenga validez debe primero ser ratificado por el congreso para luego ser sancionado por el presidente. Además el borrador de texto está sujeto a autenticación de las Partes de las versiones en español y en inglés y a revisión legal para exactitud, claridad y consistencia.

Cabe tener en cuenta que uno de los tantos temas que se debaten en el marco del llamado derecho internacional de las inversiones es el relativo a la definición de lo que debe entenderse por “inversión”. En ese sentido, el TLC incluye una definición amplia y una lista de todas las actividades o cosas que pueden calificarse como tal. Hay que tener en cuenta que a través de

⁵⁷ Se puede mencionar, a título de ejemplo, el Banco Mundial (BM) y el Fondo Monetario Internacional (FMI), la Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones (Miga), la banca multilateral, la Comisión de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (Unctad) y la Organización Mundial del Comercio (OMC).

notas aclaratorias se explica y se restringe la forma en que debe leerse la definición o la categoría de inversión correspondiente. El anterior articulado contiene tres secciones que se ocupan respectivamente de las inversiones, de la resolución de controversias inversionista-Estado y de las definiciones aplicables al referido capítulo.

Colombia va a tener que enfrentar un cambio fundamental en los estándares y conceptos de inversión y arbitraje. En ese sentido, el país se encuentra a tiempo para tomar acción, pero la pregunta no es solamente es si está preparado, sino para qué debe prepararse.

Si hay que prepararse para cumplir el TLC, ¿qué sería lo procedente? O ¿hay que hacerlo para defenderse de las demandas que lleguen? Hay experiencias ya acumuladas en otros países y se ha recorrido un camino valioso, pero lo más importante es que aún hay tiempo para actuar.

Las protecciones a los inversionistas en el “Capítulo de inversiones” se respaldan con un mecanismo internacional de arbitraje transparente, vinculante, bajo el cual se podrán hacer reclamos contra un gobierno, por el presunto incumplimiento del capítulo. La presentación ante los tribunales de arbitramento inversionista-Estado serán públicos. Los tribunales también serán autorizados para aceptar presentaciones amigables, que provengan de partes que no estén en disputa⁵⁸.

De acuerdo a Francisco Orrego Vicuña, presidente del Tribunal Administrativo del Banco Mundial y miembro del panel de conciliación y arbitraje del CIADI (o ICSID en inglés), el desarrollo de sistemas alternativos de resolución de disputas es una necesidad del mundo globalizado.

En la mesa de inversión se negocian las condiciones y garantías que cada uno de los países miembros del acuerdo brinda los inversionistas del país socio dentro del TLC. El tema de la inversión es uno de los prioritarios en las relaciones económicas entre naciones en un mundo globalizado. Las plantas de producción están cambiando su ubicación entre países en un sector

⁵⁸ ZULETA JARAMILLO, Eduardo. Texto tomado de: http://www.legis.com.co/nuevo/Bancoconocimiento/h/hogan8/Hogan8_2.htm

tras otro, desplazándose hacia donde encuentran condiciones que favorecen la generación de ventajas competitivas. Buscan lograr estas ventajas a través de menores costos, acceso a mano de obra más barata y más calificada, beneficios tributarios, facilidades logísticas, etc. Sin embargo, como condición previa para que poder aprovechar las ventajas, se requiere que los países ofrezcan un marco que garantice al inversionista seguridad jurídica para su inversión.

Muchos países han utilizado medidas que imponen obligaciones al inversionista extranjero, a través de mecanismos como limitar la posibilidad de sacar utilidades del país sede, o crear la obligación de utilizar un porcentaje mínimo de insumos locales para poder operar.

2. EL ESTUDIO DEL DERECHO DESDE LAW AND ECONOMICS

2.1 JUSTIFICACIÓN ECONÓMICA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y DEL ARBITRAJE.

Uno de los miembros de la Junta Directiva del Banco de la República de Colombia, Salomón Kalmanovitz, es quizá uno de los principales representantes de una escuela que hace parte de Law and Economics denominada *neoinstitucionalismo*⁵⁹.

Kalmanovitz no ha ahorrado esfuerzos para explicar que el neoinstitucionalismo tiene como objeto de estudio las diferentes reglas de juego que guían el comportamiento de los individuos, las cuales determinan su desempeño económico⁶⁰. De ahí que el estudio del ordenamiento y de la estructura estatal, hacen que se comprenda el nivel de desarrollo de un país. Por ejemplo, se ha determinado que los estados que alcanzaron primero su desarrollo capitalista tuvieron como punto común la democracia donde se establece la división de poderes y se elimina el despotismo⁶¹, tal como lo pretendían los gestores e ideólogos de la Revolución Francesa.

El neoinstitucionalismo ha estudiado esa voluntad de los individuos de concertar (como es el caso del pacto social), a lo que sus exponentes denominan con el nombre de cooperativismo. Se ha afirmado que no es clara esa voluntad de los individuos de cooperar, pues en la denominada teoría de juegos los individuos sólo cooperan en determinadas circunstancias por lo que es preciso identificar los diferentes incentivos que existirían para que haya esa cooperación.

⁵⁹ Sobre la perspectiva neoinstitucionalista dentro de Law and Economics, puede consultarse: ROEMER, A. Introducción al Análisis Económico del Derecho, ITAM, SMGE, FCE. México. 1994.

⁶⁰ Cfr. KALMANOVITZ, S., El neoinstitucionalismo como escuela. Banco de la República. Bogotá D.C. 2003. disponible en: http://www.banrep.gov.co/junta/publicaciones/salomon/El_%20neoinstitucionalismo_com_escuela.pdf, P. 1.

⁶¹ Cfr. Ibid. P. 11.

Así, para los economistas y en especial para quienes representan el neoinstitucionalismo, las normas de derecho son consideradas instituciones. Una economía capitalista funciona gracias a la existencia de esas instituciones. Si las reglas de juego están claras, es decir si las instituciones están bien definidas y son estables, éstas tienen la propiedad de reducir los costos derivados de la información asimétrica y costos de transacción, pues los individuos conocen *a priori* el funcionamiento de la institución y la forma como se encuentran establecidos los derechos de propiedad⁶². Además sientan las reglas formales e informales de comportamiento de los agentes, facilitan y garantizan los contratos, y generan la atmósfera que conduce o no al desarrollo⁶³.

Resultaría enormemente infructuoso hacer una disertación acerca de la interrelación entre derecho y economía, pues la realidad evidencia la existencia de un vínculo estrecho entre ambas disciplinas.

Ese fue precisamente el objeto de estudio de Law and Economics, un movimiento intelectual que adquirió fuerza en los Estados Unidos, principalmente desde los años sesenta del siglo XX. Hasta ese entonces el interés de la economía por lo jurídico se centraba en las regulaciones que afectaban directamente los mercados, es decir, se estudiaban los temas jurídicos vinculados explícitamente con la economía y la influencia de la regulación en ella. El gran avance dado desde los sesenta, es el abordaje al estudio de campos jurídicos donde no existía esa íntima relación entre regulación legal y economía.

Fue principalmente con los estudios de Guido Calabresi⁶⁴ y Ronald H. Coase⁶⁵ que tomó fuerza esta nueva forma de conocimiento de lo jurídico, que resultó tan válida y próspera que

⁶² Cabe recordar que por derechos de propiedad debe entenderse, bajo el concepto de la teoría económica, la libertad de elegir o capacidad de adoptar una decisión referente a un bien o servicio. Así las transacciones económicas son transferencias de derechos de propiedad.

⁶³ *Cfr.* KALMANOVITZ, S., Las instituciones, la ley y el desarrollo económico en Colombia, Instituto Internacional de Gobernabilidad, disponible en: <http://www.iigov.org/papers/tema4/paper0039.htm>

⁶⁴ El artículo de Calabresi fue sobre torts (acto injusto cometido por una persona a otra, por la violación de un deber legal y que causa un daño, posibilitando a iniciar una acción para obtener indemnización de daños y perjuicios, *Cfr.* Merriam-Webster's Dictionary of Law, 1996) donde se analizaron las obligaciones extracontractuales desde el punto de vista económico. El objetivo de ese estudio era el de evaluar qué régimen de responsabilidad resultaba más eficiente en distintas situaciones, por lo que debe tenerse en cuenta tanto los costos

hizo que en tres ocasiones se otorgara el premio Nóbel de Economía a algún exponente de Law and Economics⁶⁶.

Hablar de Law and Economics es hablar de Análisis Económico del Derecho, por lo que resulta correcto equiparar ambos conceptos y utilizarlos indistintamente⁶⁷.

2.2 PUNTO DE PARTIDA PARA UN ANÁLISIS ECONÓMICO DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

Para un análisis económico del arbitraje comercial internacional, al menos son tres temas los que se derivan de esa forma de decidir humano. El primero de ellos trata sobre el comportamiento estratégico de los individuos en aras de alcanzar la maximización de sus propios beneficios.

Un segundo tema trata sobre los diferentes grados de aversión al riesgo que tienen los individuos, y una necesidad diferente de aseguramiento⁶⁸. Este tema es evidente en una relación de comercio internacional, pues cada parte considerará más posible que su contraparte cumpla, dependiendo de factores tales como su nacionalidad, la protección al comercio y a los inversionistas en su país, su desarrollo tecnológico o su cultura empresarial, y por que no decirlo desde ya: la promoción que se hace en ese país a la figura arbitral mediante la eliminación de barreras que no permiten su uso libre. Además, dentro del tema arbitral, la

que causan los daños en los accidentes, como los costos que se producen tomando las precauciones necesarias para evitarlos.

⁶⁵ El trabajo de Coase titulado “El Problema del Costo Social” es catalogado como un gran aporte tanto a la ciencia económica como a la jurídica. Publicado en 1960 en el Journal of Law and Economics en la edición de Octubre. En él se esbozó lo que hoy en día se entiende como el “teorema de Coase” del cual nos dedicaremos a su explicación más adelante.

⁶⁶ En 1986 a James Buchanan “por su desarrollo de las bases contractuales y constitucionales para la teoría del proceso económico y político de toma de decisiones”, en 1991 a Ronald H. Coase “por su descubrimiento y clarificación del significado que tienen los costes de transacción y los derechos de propiedad en la estructura y funcionamiento institucional de la economía” y en 1992 a Gary Becker “por la aplicación de los análisis microeconómicos a la conducta humana”.

⁶⁷ Cfr. GUTIERREZ, H. El Análisis Económico del Derecho. En: Revista Universitas No. 100, Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá D.C, 2000.

⁶⁸ Cfr. COOTER, R. ULEN, T. Derecho y Economía. FCE. México. 1997, P. 67

aversión al riesgo puede aumentar o disminuir, dependiendo de la posibilidad real de hacer cumplir el laudo arbitral en un país determinado.

El tercer tema a tener en cuenta, hace referencia a los problemas de información, pues es comprobable que dentro de todo tipo de transacciones incluyendo claro está, las relaciones comerciales internacionales, una de las partes tiene mayores conocimientos respecto a la otra. Esto lleva a que se presente un fenómeno que los economistas llaman *selección adversa*⁶⁹. Tal fenómeno se presenta cuando un individuo se equivoca en el momento de esa transacción y selecciona mal un producto o a su misma contraparte.

Estos tres temas siempre se encuentran presentes en la toma de decisiones y en la forma como se comportan los individuos. Si se mira el Arbitraje Comercial Internacional en un contexto dentro del cual los individuos, por el hecho de elegir esa forma de solución de conflictos, evitan comportamientos no previstos por su contraparte que lleven a maximizar sus utilidades en detrimento de las de aquella, o reduzcan sus niveles de aversión al riesgo lo cual conduce a un incremento en el tráfico mercantil, o logren bajar los costos que conlleva una selección adversa ante una información asimétrica, estaremos frente al estudio de una figura jurídica que por su naturaleza trae enormes ventajas para quienes recurren a ella.

2.3 LA CIENCIA ECONÓMICA

La economía se ha definido como la forma por la cual la sociedad asigna los recursos escasos, para la satisfacción de las infinitas necesidades con que cuentan los individuos. Si hubiera recursos ilimitados o en una cantidad tan inconmensurable que fueran accesibles a todos, el precio carecería de sentido alguno. Por ejemplo el aire que respiramos está presente en la atmósfera en tal cantidad y con tan fácil acceso, que no tiene precio, empero de llegar a ocurrir una catástrofe tal –como de hecho paulatinamente está aconteciendo- que el aire se vuelva irrespirable, se convertiría este en un bien escaso y por consiguiente adquiriría un precio como

⁶⁹ “Selección adversa. Cuando los compradores y los vendedores tienen una información asimétrica sobre las transacciones de mercado, los intercambios realmente realizados pueden estar sesgados a favor del agente que posee más información” NICHOLSON, W. Teoría Microeconómica, Principios básicos y aplicaciones. Mc. Graw Hill. Madrid. 1998. P. 578.

medio para racionalizar y distribuir su uso, pues bajo estas circunstancias de llegarse a regalar los cilindros de aire, estos serían acaparado por unas pocas manos, dejando al resto de la población confinada a respirar aire contaminado. Como se ve una forma de racionalizar el uso de los recursos escasos es mediante el sistema de precios, pues si estos no existieran cada persona mediante la fuerza física trataría de abarcarlo todo y los oferentes no tendrían incentivos para producir, es decir para crear bienes y servicios que satisfagan las necesidades de todos y desarrollaran tecnología e industria. Todos los bienes o servicios escasos tienen y deben tener un costo, obviamente entre mayor cantidad de bienes o servicios haya, su precio tenderá a ser menor y viceversa.

De lo anterior, es preciso centrarse en al menos tres conceptos fundamentales: asignación, escasez y necesidades. Del primer concepto hay que decir que los recursos con los que cuenta una sociedad no son asignados por un único ente como lo sería el Estado, sino que en un sistema capitalista como el nuestro, el mercado es el producto de la interacción de una pluralidad de agentes económicos que trabajan, compran, ahorran, invierten, toman decisiones tendientes a maximizar sus beneficios, y mediante una interrelación entre oferta y demanda los recursos son asignados.

Esas decisiones son tomadas a partir del concepto de escasez de los recursos, pues tal circunstancia hace que no sea posible proveer a los individuos del máximo nivel de vida al que aspiran. Esa distancia entre lo que aspiran los individuos y lo que realmente es posible proveerlos, está determinada por esa escasez.

Ahora bien, la forma como toman las decisiones los individuos determinará la proximidad a la satisfacción de sus necesidades. La literatura económica tradicional, ha identificado al menos cuatro principios presentes en los agentes económicos a la hora de tomar decisiones, estos son: los individuos se enfrentan a disyuntivas, el costo de una cosa es aquello a lo que se renuncia para conseguirla, las personas racionales piensan en términos marginales, y los individuos responden a los incentivos⁷⁰. Veamos cada uno de esos principios.

⁷⁰ Cfr. MANKIW, N, Principios de Economía. Mc. Graw Hill. Madrid. 1998. P. 4

2.3.1 Los individuos se enfrentan a disyuntivas. Este principio se fundamenta en la idea de que para obtener algo es necesario renunciar a otra cosa. Se puede considerar el caso de un comerciante colombiano que necesita vender un producto a un comprador norteamericano, donde éste impone una condición para la firma del contrato: la incorporación de la ley americana como rectora del acto jurídico. Esto implica una renuncia de la legislación del nacional colombiano a cambio de la realización del negocio. La existencia de este principio no puede significar por sí sólo la forma como toma decisiones un individuo, pues el comerciante colombiano no debería adoptar una legislación extranjera simplemente para lograr celebrar un contrato, sin saber a ciencia cierta cuál es el límite de su responsabilidad ante una legislación que desconoce. Los costos para el comerciante colombiano pueden aumentar a causa del desconocimiento legal y eventualmente podría darse el caso de resultar mejor, no haber firmado nunca el contrato, pues la legislación foránea podría imponerle mayores cargas y obligaciones respecto a la ley colombiana. Es entonces que el nacional colombiano está frente a una disyuntiva: adoptar una legislación foránea, o desistir de la celebración de un contrato que puede representarle enormes oportunidades de crecimiento. Su decisión no puede ser otra que la valoración costo – beneficio que haga de cada posibilidad de acción.

Se deben identificar las diferentes disyuntivas que existen en cualquier ámbito para comprender la variedad de opciones y posibilidades que están presentes, y así lograr tomar una decisión acertada.

2.3.2 El costo de una cosa es aquello a lo que se renuncia para conseguirla. Este principio guarda estrecha relación con el anteriormente expuesto, ya que los individuos tienen que tomar una decisión ante la presencia de disyuntivas, debiéndolo hacer comparando los costos y beneficios que traen las diferentes posibilidades de acción. El gran inconveniente radica en que tanto los costos como los beneficios no resultan muchas veces tan evidentes, y de ahí la importancia de hacer análisis razonados.

Muchas veces obtener lo que se desea significa renunciar a algo que también se deseaba. Tal renuncia genera en muchas ocasiones costos. A esa situación la han denominado los economistas *costo de oportunidad*, que simplemente es la asunción de un costo generado por la privación de una cosa para obtener otra, que se considera traerá mayor beneficio.

En el ejemplo planteado con anterioridad, la mejor situación para el comerciante colombiano es la celebración del negocio regido por la ley de su país, aunque ya se sabe que no puede obtener ambas cosas de manera simultánea. Si valora y decide hacer el negocio, la renuncia de la legislación nacional implicará asumir el costo del proceso de conocimiento y asesoría sobre la ley foránea. Ese costo de oportunidad es el que debe estar dispuesto a asumir, con el fin de obtener otra cosa que se considera más beneficiosa.

2.3.3 Las personas racionales piensan en términos marginales. Una vez tomada la decisión, los individuos a menudo se enfrentan a una situación en la que es preciso hacer ajustes a su plan de acción para lograr sus objetivos.

Por eso las mejores decisiones que pueden tomarse, son aquellas que proyectan esas contingencias, las cuales reciben el nombre de *cambios marginales*.

Qué importancia tan significativa adquiere éste principio en los eventos de contratación. El contrato debe ser diseñado pensando en las eventualidades que pueden surgir durante su negociación, celebración y ejecución, y en las posibilidades reales de hacer cambios marginales ante un cambio de circunstancias. Pensemos por ejemplo en la previsión de recurrir al arbitraje ante un incumplimiento contractual. La circunstancia del incumplimiento debió haber sido prevista como posible por las partes durante el momento de la celebración, y por eso, ese “cambio marginal” debe circunscribir una forma eficiente que permita superar esa nueva circunstancia.

Así si mediante el arbitraje, se consigue de una forma expedita hacer cumplir al incumplido, lo racional es pactar este mecanismo de solución de conflictos ante un cambio marginal, como sería el incumplimiento durante la ejecución del contrato.

Pero ¿cómo determinar si recurrir al arbitraje era lo racional ante la posibilidad de cambio de circunstancias durante la ejecución del contrato? La respuesta tiene como fundamento el sopesar si la ganancia que se obtiene acudiendo al arbitraje es mayor que el costo que

representa el incumplimiento de la contraparte contractual. Esa ganancia recibe el nombre de *beneficio marginal*.

Es así que de éste principio resulta el siguiente axioma: “*Una persona toma una decisión racional si y sólo si el beneficio marginal es superior al costo marginal.*”⁷¹

2.3.4 Los individuos responden a incentivos. La Real Academia de la Lengua Española en su diccionario, define el término *incentivo* como aquello que mueve a hacer algo. No tiene en cuenta la Real Academia que pueden existir incentivos de orden negativo que llevan a la abstención de ejecutar determinada conducta (piénsese por ejemplo en la cláusula penal en los contratos respecto al efecto que causa en el no incumplimiento).

Por lo expuesto atrás, es claro que los individuos toman decisiones motivados para obtener un beneficio esperado, y la acción que toman para lograr ese objetivo puede verse afectada por incentivos que le reportan al agente algún beneficio adicional. Así, para el comprador norteamericano del ejemplo insistentemente propuesto, aparte de querer obtener las mercancías colombianas (beneficio esperado) le resulta aún mejor que el contrato se rija por la ley norteamericana (incentivo que le reporta un beneficio adicional).

Los incentivos pueden ser implantados por cualquier agente en un mercado, incluso por el Estado, y puede modificar los costos y beneficios de las acciones individuales. Si para un comerciante el arbitraje mercantil internacional representa seguridad para su negocio por garantizar unas reglas de juego y cumplimiento, con la consiguiente certidumbre que esto genera, entonces en este caso, se puede considerar el arbitraje como un incentivo que tiene el comerciante para celebrar su negocio.

⁷¹ Ibid., p. 7

2.4 EL FUNCIONAMIENTO DE LOS MERCADOS

En una sociedad capitalista como la nuestra, el mercado domina la actividad económica. De hecho sin mercado el capitalismo no existiría⁷². *“Recursos escasos. Necesidades ilimitadas. Esos son los temas de la economía. Debido a las necesidades ilimitadas, los recursos escasos deben administrarse con eficiencia. El sistema económico Norteamericano trata de hacerlo en dos formas. Una es el pleno empleo de todos los recursos disponibles: el tema de la macroeconomía. La otra es el uso eficiente de los recursos utilizados (...) Las economías capitalistas dependen del sistema de mercado para asignar recursos. Así se empieza examinando los precios individuales y el sistema de mercado, específicamente el funcionamiento del mercado y su eficiencia en la utilización de recursos dentro del sistema capitalista”⁷³.*”

La definición más simple de mercado es la de un grupo de compradores de un bien o de un servicio que existen en un espacio determinado. Una definición más elaborada es la de *“toda institución o mecanismo que reúne a los compradores (demandantes) y vendedores (proveedores) de un bien o servicio particular”⁷⁴.*

Compradores (demandantes) y vendedores (oferentes) se reúnen porque los primeros ofrecen un bien o servicio, mientras que los segundos necesitan adquirirlo. De ahí que los conceptos de *oferta* y *demanda* sean esenciales para la comprensión del funcionamiento de un mercado, pues se entiende que son fuerzas que determinan la forma como las sociedades libres asignan los recursos escasos.

Hablar de oferta y demanda es referirse entonces, a la conducta desplegada por los individuos cuando interactúan en el mercado. La *demanda* libre es la cantidad de un bien que los compradores quieren y pueden comprar, mientras que *oferta* libre es la cantidad que los vendedores quieren y pueden vender. Tal como se muestra en las gráfica (2) la demanda se

⁷² Cfr. CLEMENT., N. Economía, Enfoque América Latina. Mc. Graw Hill. Bogotá. 1984. P. 97

⁷³ McCONNELL, Campbell. R., BRUE, Stanley. L. Economía. Mc. Graw Hill. Bogotá D.C. 1997. P. 423.

⁷⁴ Cfr. Ibidem. Glosario. P. 19

representa con una curva que surge de la relación entre el precio de un bien o servicio y la cantidad demandada de éste. Por su parte, la curva de la oferta, es la representación gráfica de la relación entre el precio de un bien o servicio y la cantidad ofrecida de él. El precio es inversamente proporcional a la cantidad demandada, es decir que a mayor precio, menor demanda del producto, mientras la oferta es directamente proporcional, lo que implica que a mayor precio, más oferta. El precio de un bien o servicio está determinado, en un mercado perfecto por la oferta y la demanda y no por el nivel de necesidades que se satisfagan con ellos, de ahí que surja la famosa paradoja del valor, presentada por Adam Smith, donde se preguntaba por qué un vaso de agua que es esencial para la vida es barato, mientras que un diamante innecesario para satisfacer necesidades básicas revisten un gran valor, *“hoy podemos responder correctamente esta pregunta de la forma siguiente: las curvas de oferta y demanda de agua se cortan en un precio muy bajo, mientras que las de los diamantes son tales que el precio de equilibrio es alto”*⁷⁵.



Figura 2. Relacion de Oferta y Demanda de un Bien o Servicio

Para situar el tema que estamos tratando, con el objeto de estudio de este trabajo, resulta pertinente observar lo siguiente: el arbitraje internacional es un mercado de un servicio, donde existen oferentes y demandantes de él. Como en cualquier mercado, en el arbitraje hay unos agentes económicos es decir oferentes y demandantes de un servicio. Cuando el arbitraje es institucional⁷⁶, los oferentes son los centros arbitrales y cuando es independiente o ad hoc son

⁷⁵ SAMUELSON, P. A, NORDHAUS, W.D. Economía. Décimo tercera edición. MC Graw Hill. 1990. P. 528.

⁷⁶ Se entiende por arbitraje institucional aquél que se presenta cuando las partes de una relación jurídica, se encuentran en disputa, y para resolverla, recurren a un centro de arbitraje establecido y se someten a las reglas de procedimiento establecidas por éste.

los árbitros, los demandantes son las partes del pacto arbitral, quienes concurren al mercado representados por sus abogados y finalmente el servicio sobre el cual versa el mercado, es por supuesto la solución de la disputa mediante un número singular o plural de terceros neutrales.

Ahora bien, hay factores que determinan tanto la oferta como la demanda, pero hay dos de ellos que se hacen presentes en ambos conceptos, estos son: el *precio* y las *expectativas*.

Examinemos con un ejemplo al precio como factor. Si las tarifas de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio internacional (CCI) subieran, los comerciantes acudirían por ejemplo a otro centro de arbitraje como la American Arbitration Association (AAA), o simplemente dejarían de recurrir al arbitraje en caso de disputa. Esa relación entre el precio y la cantidad demandada es llamada por los economistas la *ley de la demanda*, que exige que todos los demás factores deberán permanecer constantes⁷⁷ excepto claro está, el precio. Pensemos ahora que las tarifas de los centros de arbitraje son altas (como de hecho lo son), al aumentarse hará que cada día aparezcan nuevos abogados inscritos en las listas de árbitros y que se conformen nuevos centros de arbitraje, tal situación no es otra cosa que la *ley de la oferta*, por la cual la cantidad de un bien ofrecido aumentará cuando el precio suba, manteniéndose las demás circunstancias constantes. El ejemplo propuesto parte del supuesto que los servicios de la CCI y de la AAA son *bienes sustitutos* uno del otro, es decir, ambos satisfacen a los consumidores de manera similar, una misma necesidad.

Las expectativas al igual que el precio son un factor que afecta tanto oferta como demanda. Lo que los agentes económicos esperan en el futuro, influye tanto en la demanda como en la oferta actual de un bien o un servicio. Por ejemplo, si un grupo de abogados jóvenes considera que el uso del arbitraje internacional será una figura de amplia utilización, pero además esperan que les reportare una buena remuneración en el futuro, decidirán formarse para ello ampliando así la oferta de árbitros. Por otro lado si quienes demandan el servicio del arbitraje, los comerciantes, creen que ésta es una herramienta que permite bajar los niveles de riesgo

⁷⁷ Otros factores determinantes son los gustos, las expectativas, y el nivel de renta, por ejemplo.

derivados de la posibilidad de un incumplimiento contractual, entonces decidirán recurrir en mayor medida a su utilización aumentando así la demanda.

2.4.1 La competencia perfecta. De acuerdo con McCONNELL y BRUE un mercado perfecto (libre de fallas y distorsiones) muestra estas cuatro características:

- Libertad de ingreso y salida. Esto implica que cada oferente puede entrar al mercado a ofrecer sus productos, en condiciones iguales a los demás proveedores de bienes o servicios análogos, esto es sin barreras económicas, jurídicas, contables, financieras u otra que obstaculice la entrada. Así mismo cuando el oferente lo desee, puede retirarse del mercado, bajo las mismas condiciones que los demás competidores.
- Tomador de precios. “(...) *el productor competitivo individual es un tomador de precios; la empresa competitiva no puede alterar el precio de mercado; sólo puede ajustarse a éste*⁷⁸.” Cuando existen muchos proveedores de bienes o servicios en un mercado, los nuevos oferentes que ingresan a él, deben ajustar su precio a los del mercado para poder competir. Luego de sacar los costos marginales de producción (precio que cuesta producir una unidad de producto), los oferentes tratarán de vender a los precios más bajos que puedan para competir, esto debido a que el consumidor movido por sus decisiones racionales, escogerá entre dos productos de igual calidad, el que le ofrezca menor costo. El productor siempre estará buscando mejorar su tecnología y métodos, para aminorar sus costos de producción, lo que incentiva el desarrollo científico y el mejoramiento de la calidad de vida de las personas, pues podrán adquirir más productos, a menores precios y satisfacer más necesidades a medida que avanza la tecnología. Por ejemplo supongamos que hay 10'000 parqueaderos en la ciudad que se ofrecen como depositarios de automóviles, por un precio que oscila entre 2000 y 3000 pesos hora, si llegara a entrar un oferente que cobrara 5000 pesos, nadie o muchísimas menos personas demandaría sus servicios.
- Amplio número de vendedores. Cuando hay gran número de oferentes compitiendo entre ellos, cada uno tratará de mejorar su calidad, innovar, reducir costos de

⁷⁸ Cfr. Ibidem. P. 484 y 485.

producción y bajar precios, pues los consumidores demandarán los mejores bienes o servicios al menor precio. Lo opuesto tiende a ocurrir cuando hay monopolios u oligopolios. De acuerdo con SAMUELSON, P. A y NORDHAUS W.D, cuando hay pocos oferentes y los que hay son capaces de influir en el precio (no son tomadores), hay competencia imperfecta, que puede ser regulada por el Estado mediante impuestos o fijación de tarifas.

- Productos estandarizados. En las economías de escala todos producen lo mismo y los consumidores tienden a ver los productos de diferentes empresas como sustitutos entre sí. En el ejemplo anterior, los servicios producidos por todos los parqueaderos, satisfacen la misma necesidad de espacio y seguridad. Aspectos tales como el good will o buen nombre comercial juegan un papel importante acá, pues hacen que las personas se informen o adquieran datos sobre un producto determinado y lo consuman, pues si bien los consumidores tienden a comprar lo mejor y más barato, el hecho de ser informados de un producto en particular y no de los otros, hace que lo demanden o prefieran.

Un mercado de *competencia perfecta* es entonces, aquél donde existe una pluralidad de oferentes y demandantes de un bien o servicio, y ninguno de ellos con su comportamiento puede afectar el mercado, o donde no existen factores externos que no permiten conservar el equilibrio y por ende afectar el nivel de precios. Que en un mercado no existan interferencias en el precio, permite lograr una eficiente asignación de los recursos por parte de las fuerzas del mercado (oferta y demanda). Aquí se descubre una propiedad del precio por la cual éstos logran asignar los recursos en una economía.

El equilibrio representado en la gráfica (3) por el precio 2 y la cantidad 7, guarda una estrecha relación con el precio, pues el hecho de que la cantidad de bienes y servicios que los compradores quieren y pueden comprar, sea igual a la que los vendedores quieren y pueden venderles, significa que los compradores han adquirido todo lo que quisieron comprar y los vendedores han vendido todo lo que quisieron vender, por lo tanto cada cual estuvo satisfecho con el nivel del precio.

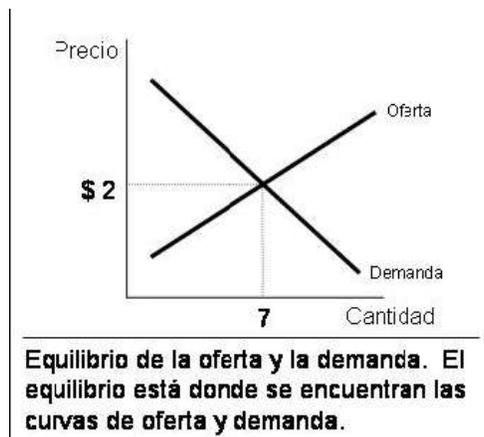


Figura 3. Equilibrio de Oferta y Demanda

Esta situación ideal de competencia perfecta, puede ser alterada por distorsiones como las que se conocen en el universo jurídico como competencia desleal, o las prácticas comerciales restrictivas, o también mediante imposiciones de precios por parte de un tercero, como es el caso de los gobiernos cuando regulan un mercado específico como el de la gasolina, o cuando el nivel de impuestos se convierte en un factor determinante para la composición del precio. En esos casos la oferta y la demanda no han triunfado para la asignación eficiente de los recursos, existiendo así exceso en la oferta o en la demanda. La siguiente gráfica (4) ilustra lo que ocurre cuando el precio es fijado por un tercero de manera artificial y no por el mercado. El punto de equilibrio en un mercado perfecto está dado por el precio 2 y cantidad 7, de llegar un tercero como el Estado e imponer un precio en 1.5 (gráfica derecha) las personas querrán demandar 11 unidades y los oferentes a un precio tan bajo sólo producirán 4, produciéndose una escasez, es decir una insatisfacción de necesidades y una asignación ineficiente de recursos, pues al precio en el mercado las personas hubieran adquirido 7 unidades, los oferentes producido más y la satisfacción de las necesidades cubiertas por ese bien o servicio se incrementarían, al igual que las utilidades de los productores. En la gráfica izquierda en contraposición a lo anterior, lo que se produciría sería una sobreoferta lo que llevaría a un desperdicio.

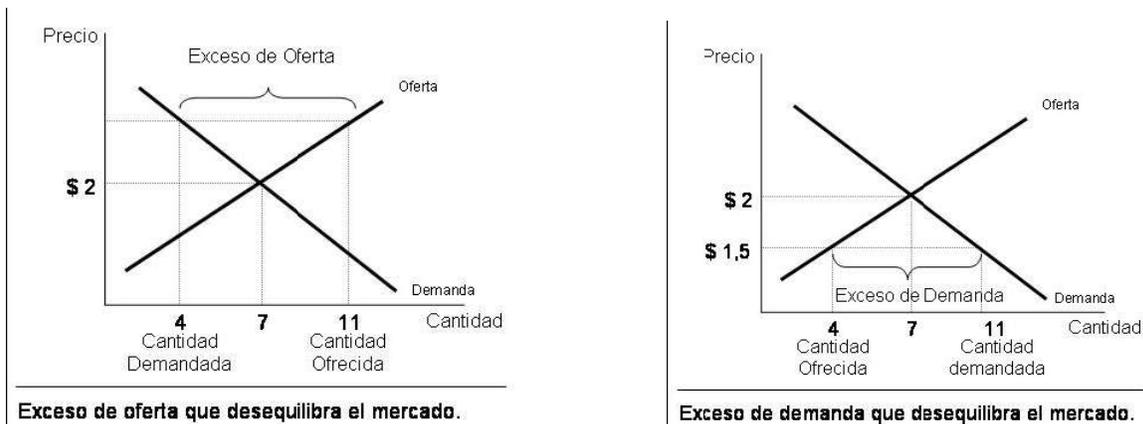


Figura 4. Desequilibrios de la oferta y/o demanda de un bien o servicio

2.5 FALLAS DEL MERCADO

Es ampliamente conocida la teoría de Adam Smith sobre la mano invisible que asigna eficientemente los recursos en un mercado, como consecuencia de la interacción entre oferta y demanda. Empero lo anterior es un hecho que no existe tal mano invisible y no se logra esa eficiencia las más de las veces debido a la situación denominada por los economistas como *fallas del mercado*⁷⁹. Por eso, campos de estudio jurídico como la Teoría del Estado, muestra como fue la evolución estatal interviniendo en mayor o menor medida los mercados y libertades en general, tratando de corregir esas fallas, y tratando de lograr esa anhelada situación de competencia perfecta.

Hay diferentes fuentes de esas fallas del mercado. Entre las relevantes encontramos: *las externalidades*, *el poder de mercado* y *las asimetrías en la información*. Se explicará en términos generales cada una de ellas a continuación.

Como compradores y vendedores buscan cada uno su propio beneficio, y naturalmente siempre tienden a maximizarlo, uno de esos agentes económicos puede desplegar una conducta orientada a obtener beneficios o maximizarlos, y fruto de ello, puede afectar al otro o

⁷⁹ “Fallo del mercado. Imperfección de un sistema de precios que impide que se asignen eficientemente los recursos. Ejemplos importantes son las externalidades y la competencia imperfecta.” SAMUELSON, P. A, NORDHAUS, W.D. Economía. Décimo tercera edición; Ed: MC Graw Hill, 1990. Pg 1138.

a un tercero. Esa afectación puede ser beneficiosa o perjudicial. Cuando se perjudica a ese otro, se crea en él un costo externo denominado por la doctrina económica *externalidad*⁸⁰. Las leyes y las políticas por lo general pretenden eliminar esas externalidades, tratando de poner fin a la conducta del agente económico, quien al buscar su propio bienestar afectó a otros con su conducta. Pensemos el caso de un colombiano que adquiere de una compañía norteamericana un lote de computadores el cual ella fabrica. Al poco tiempo de adquirido, los socios de la productora de computadores deciden que es más rentable producir solamente impresoras, cosa que no tardan en hacer.

Un efecto nefasto para el comprador colombiano resulta de la transformación de la fábrica, pues en un momento dado necesitó repuestos de esos computadores que ahora no se producen, por lo que se vio avocado a reemplazarlos con nuevos computadores de marca distinta. En este caso la maximización del empresario americano produjo un costo externo.

Para explicar ahora otra de las fallas del mercado, situémonos en un ejemplo: el caso del mercado del arbitraje internacional. Resulta que un centro de arbitraje se ha dado cuenta que existe un buen número de contratos que contienen la cláusula arbitral, la cual determina que ante una eventual disputa se recurrirá a ese centro arbitral para buscar la solución del conflicto.

Un día el centro adopta la política de cobrar gastos de administración concomitantemente con la presentación de la petición formal para la conformación del tribunal arbitral. Para aumentar sus ingresos, decide rechazar el mayor número de solicitudes alegando causales irrelevantes con el fin de que el demandante pierda esa suma consignada y tenga que presentar la petición nuevamente. Una actitud de éste tipo es lo que se denomina *abuso del poder de mercado*⁸¹, que se define como la capacidad de un agente económico de influir considerablemente en el

⁸⁰ Externalidades: Actividades que afectan a otros para mejor o para peor, sin que estos paguen por ellas o sean compensados. (...)” Cfr. SAMUELSON, P. A, NORDHAUS, W.D. P. 1137

⁸¹ La figura del abuso del poder de mercado tiene su origen en una situación de mercado indeseable, que ha tratado de ser evitada por el derecho, como es el caso de la proscripción al “abuso de la posición dominante en el mercado” establecida en el Artículo 333 de la Constitución Política. Todas las prácticas que atentan contra la libre competencia económica buscan ser evitadas por el Estado, a través de lo que se conoce como el Régimen General de la Libre Competencia, al respecto ver: Cfr. MIRANDA, A., El Régimen General de la Libre Competencia. En: CEDEC III, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá D.C. 1999.

bienestar de su contraparte en el mercado, haciéndola incurrir en costos adicionales en beneficio propio. En un sentido más amplio, poder de mercado es la capacidad de un agente económico para influir considerablemente en los precios de mercado.

Las *asimetrías en la información* son otra de las fuentes de fallas del mercado. En las diferentes transacciones comerciales a las que a diario se enfrentan los individuos pueden existir casos en los que alguna de las partes esté mejor informada que la otra. Puede ocurrir que la asimetría sea tan severa que impida que se lleve a cabo la transacción⁸². Por ejemplo si un individuo de una relación comercial necesita con su contraparte pactar la cláusula arbitral para resolver un conflicto e ignora los precios y calidad de los diferentes centros de arbitraje, es posible que no escoja el que se ajuste en mayor medida a las necesidades que la relación demanda, recurriendo así a un servicio caro, o a uno de menor precio pero que en la lista de árbitros inscritos no se ofrecen nombres que representen calidad y experiencia.

Ocurre a menudo que una de las partes de un contrato comercial de carácter internacional, el cual incorpora una cláusula compromisoria, sabe más que su contraparte acerca de la forma de recurrir a un tribunal de arbitraje internacional y a las reglas de un centro arbitral determinado. Esto le traerá a la parte informada, la especial ventaja de saber con mayor exactitud sobre los efectos del incumplimiento y la forma como pueden exigir los derechos derivados del contrato.

2.5.1 Formas de superar las externalidades. Hay diferentes tipos de soluciones que permiten resolver las externalidades. La distinción entre las formas de solución está dada por la naturaleza de los sujetos de quienes procede la solución.

Así si la solución proviene de las partes envueltas en la externalidad, la solución será privada. Si proviene del Estado será pública.

⁸² Cfr. COOTER, R., ULEN, T., Derecho y Economía. Op. Cit. P. 65

El teorema desarrollado por Ronald H. Coase, premio Nóbel de economía y representante de Law and Economics, plantea una solución privada a las externalidades. El teorema será tratado en la Tercera Parte de éste trabajo.

Por su parte, los impuestos, las subvenciones, las licencias, y en general las diferentes formas de intervención del Estado en la economía, son formas públicas que pueden conducir a poner fin o a evitar externalidades.

2.6 TRANSACCIONES Y COMPORTAMIENTO ESTRATÉGICO DE LOS INDIVIDUOS

Es difícil maximizar beneficios sin estar interactuando con otro. Por eso la maximización se presenta como producto de las *transacciones* que realizan los individuos dentro de un mercado.

Es importante precisar que existe terminología económica que aunque nominalmente sea igual a la jurídica, su significación es diferente. Dentro de éste trabajo será posible identificar cuándo nos referimos a la significación económica y cuándo a la jurídica, previamente la siguiente explicación.

Los economistas entienden por *transacción* la transferencia de un *derecho de propiedad*⁸³. Si bien el derecho de propiedad (traducción de la expresión inglesa *property rights*) es en términos jurídicos, equivalente al derecho de dominio por el cual el titular puede usar, gozar y disponer de una cosa; en economía el término es aún más amplio⁸⁴. El derecho de propiedad es para algunos economistas, el conjunto de reglas y órdenes que los individuos deben seguir (como las impuestas por el orden jurídico o por las sentencias judiciales), que disponen cómo deben estar los recursos asignados, y quiénes tienen derecho sobre ellos⁸⁵. Esas reglas y órdenes, les precisan a los individuos un comportamiento, que “*influye en la asignación y*

⁸³ Cfr. MARTINEZ, J.C. Los Fallos del Mercado. En: La Economía de Mercado, virtudes e inconvenientes, disponible en: <http://www.eumed.net/cursecon/9/index.htm>

⁸⁴ Ibid

⁸⁵ Cfr. COOTER, R., ULEN, T. Derecho y Economía. Op. Cit. P. 100.

*utilización de los bienes económicos (recursos) en formas específicas y predecibles. Efectivamente, las asignaciones de los derechos de propiedad especifican las normas de comportamiento respecto a objetos que cada persona debe observar en su interacción con otras personas o, en su defecto, cargar con los costos de su incumplimiento*⁸⁶.

La actividad económica para su funcionamiento, requiere que los derechos de propiedad estén definidos, pues sólo así puede lograrse que todo individuo prevea razonablemente lo que puede esperar de esas relaciones⁸⁷. Cuando se realizan transacciones, se vuelven a definir de una manera diferente los derechos de propiedad, respecto a como estaban establecidos inicialmente. Otra forma de volver a definir derechos de propiedad, es cuando el Estado realiza por ejemplo, una reforma agraria o una tributaria, o la que hacen los jueces o los árbitros a través de sus fallos, ordenando compensaciones, indemnizaciones o restituciones.

Una situación de eficiencia es aquella en la que los derechos de propiedad están bien definidos⁸⁸, y por ello los encargados de esa definición deben propender a ese óptimo estado de cosas. Así, un árbitro al dictar un laudo debe lograr que la asignación que hace en el laudo, alcance bienestar entre los individuos de acuerdo con los criterios de eficiencia que se explicarán adelante.

La forma como los árbitros definan éstos derechos hará que la figura arbitral tenga credibilidad o no, pues el arbitraje debe verse como una forma de reasignar los derechos de propiedad, pues las partes en un conflicto se han dado cuenta que no es correcta la asignación actual y voluntariamente aceptan que un tercero haga una correcta reasignación.

Es entonces que la libertad de elegir o capacidad de adoptar una decisión referente a una cosa, está dada por el derecho de propiedad que se tiene sobre ella. La posibilidad de someter un conflicto a arbitraje, está dada por el derecho de propiedad que tienen los individuos para disponer sobre el asunto objeto de arbitramento.

⁸⁶ ROEMER, A., Introducción al Análisis Económico del Derecho, Op. Cit. P. 48.

⁸⁷ *Cfr.* Ibid. P. 50.

⁸⁸ Ibid.

Como las transacciones que a diario realizan los comerciantes, son transferencia de derechos de propiedad, éstas llevan implícito un riesgo, por lo que son necesarios mecanismos de protección que lleven a bajar la posibilidad de ocurrencia de ese riesgo, que principalmente está asociado con el incumplimiento de la contraparte en la transacción. Un contrato en economía será más o menos perfecto, en la medida que prevea todas las posibles contingencias y riesgos derivados de la transacción⁸⁹. En un caso óptimo, todo lo relevante en una transacción es acordado antes de realizarla. Todas las contingencias y circunstancias indeseables de la relación serían previstas antes de la suscripción del acto. Allí no habría incertidumbre, ni necesidad de renegociar las condiciones y se estaría dentro de un cuadro ideal. Ahora bien es difícil alcanzar ese cuadro ideal porque los individuos a veces no actúan como se creería que iban a actuar, y despliegan comportamientos estratégicos encaminados a obtener más beneficios.

Tal fenómeno ha sido analizado desde lo que se ha denominado *teoría de juegos*.

2.6.1 Una breve mención a la Teoría de Juegos. Esta teoría basada en el comportamiento de los individuos cuando están en una actividad de juego, como el fútbol o el póker, es útil en economía para entender que los individuos cuando están en una transacción se enfrentan a situaciones de conflicto y cooperación, similares a las que se presentan en los juegos⁹⁰. De ahí se han desarrollado modelos económicos que han llevado a la formulación de teorías económicas.

Lo que nos interesa de la teoría de juegos es sobre todo dos cosas: que los individuos pueden mostrarse cooperativos para sacar el máximo beneficio en una transacción mediante el diálogo y los acuerdos (juego de transferencia de utilidad o cooperativos) y que en contraste, los individuos pueden mostrarse no cooperativos, haciendo que los beneficios de uno de ellos implica la pérdida de su contraparte.

⁸⁹ Cfr. MARTINEZ, J.C. Los Fallos del Mercado. En: La Economía de Mercado, virtudes e inconvenientes, Op. Cit.

⁹⁰ Ibid.

Esta breve mención a la teoría de juegos será útil para explicar algunos problemas relacionados con el proceso que lleva a las partes a ponerse de acuerdo en cuanto a acudir a arbitraje ante el surgimiento de un conflicto.

2.7 LOS CRITERIOS DE EFICIENCIA

Mucho es utilizado en economía el término eficiencia, pues la imperiosa necesidad de aprovechar de la mejor forma los recursos escasos, lleva a los agentes a actuar de un modo eficiente. Ese actuar eficiente resulta difícil de explicar, a menos que se establezcan criterios que conduzcan a identificar cuándo se está presente realmente frente a una situación eficiente.

Por eso *“los diversos sentidos en que es utilizado (el término eficiencia) se refieren en el fondo a los criterios con los cuales se valoran los resultados de la acción o conducta económica. Por ello es explicable que la discusión no se haya centrado tanto en una definición del concepto como en los distintos criterios para establecer si una nueva asignación de recursos puede ser entendida como económicamente eficiente o no”*⁹¹.

Es recurrente la literatura de Law and Economics al hablar de eficiencia, en utilizar los criterios de *superioridad* y *óptimo de Pareto* y de *Kaldor – Hicks*. Veamos en que consiste cada uno de ellos. La eficiencia en sentido de Pareto puede explicarse ilustrativamente de la siguiente manera:

“Un estado de cosas **P**, es superior en términos de Pareto a otro estado **Q**, si y sólo si al moverse de **P** a **Q** no deja a ningún individuo peor que antes y hace que por lo menos una persona mejore (a juzgar por la concepción que cada individuo tiene de su propio bienestar). En otras palabras, **P** es superior en términos de Pareto a **Q** si nadie prefiere **Q** a **P**, y si por lo menos una persona prefiere **P** a **Q**.”⁹²

⁹¹ GUTIERREZ, H., El Análisis Económico del Derecho. En: Revista Universitas No. 100. Op. Cit., P. 24

⁹² ROEMER, A. Introducción al Análisis Económico del Derecho. Op. Cit. P. 27

El problema del modelo Paretiano está en que muchas decisiones que se toman en la realidad están dirigidas a la producción de ganadores y de perdedores, lo cual dificulta la aplicación de éste criterio. Es decir hay que considerar casos en los que se debe lograr la eficiencia, a sabiendas que la nueva situación esperada puede llevar consigo perdedores.

Con el criterio de eficiencia de Kaldor – Hicks se logra hacer frente al problema anteriormente expuesto. Este se explica así:

“un estado de cosas **P** es eficiente en términos de Kaldor – Hicks a otro estado **Q**, si después de moverse de **Q** a **P** los ganadores pueden compensar a los perdedores”⁹³

Esto significa que la eficiencia puede lograrse de tal forma que el bienestar producido por el ganador es tan alto, que alcanza a compensar la pérdida del no beneficiado con esa nueva situación.

Cuando nos referimos a *eficiencia* entonces, nos estamos refiriendo a uno de esos dos nuevos estados de cosas propuestos en cualquiera de los criterios expuestos.

Podemos aplicar los criterios de eficiencia suponiendo dos estados de cosas: uno donde no existe arbitraje o aunque exista, el uso de la figura está limitado por la existencia de ciertas barreras. El otro estado de cosas es en el que la figura existe sin restricciones. Comparar ambos estados de cosas aplicando los criterios expuestos, llevan a determinar cual estado es más eficiente.

2.8 FALENCIAS DEL MERCADO ARBITRAL

En contraposición a las que denominamos como desventajas del arbitraje, acá nos referiremos a las fallas en el funcionamiento del mercado arbitral. El tema referente a las consecuencias

⁹³ Cfr. Ibid. P. 27

económicas del proceso arbitral, la relación entre partes, abogados y árbitros, así como los costos en la elaboración del pacto, son aspectos que no concierne directamente al funcionamiento del mercado en cuanto a su oferta y demanda, sino al comportamiento de sus agentes o terceros individualmente considerados.

2.8.1 Restricciones al libre ingreso. En Colombia sólo las personas jurídicas sin ánimo de lucro, autorizadas por el ministerio del interior y de justicia pueden crear centros de arbitraje, lo que implica a primera vista una limitación a la libre competencia constitucional (art. 333). De permitírsele a todas las empresas la entrada al mercado arbitral, no por ello se estaría excluyendo a las personas jurídicas sin ánimo de lucro, es decir que si dentro de un mercado de competencia, las personas sin ánimo de lucro fueran unos oferentes adicionales y estos llegaran a ser competitivos, los agentes económicos (demandantes) podrían de todas maneras recurrir a ellos; pero carece de sentido alguno dentro de nuestro contexto económico (el capitalismo), limitar la entrada al mercado a nuevos competidores. La limitación de entrada, hace que el mercado arbitral tenga una estructura monopolística o en el mejor de los casos oligopólica⁹⁴ (pocos oferentes) y sus precios no correspondan a los niveles de oferta y demanda, lo que genera todo tipo de fallas en el mercado. El arbitraje institucional está casi exclusivamente limitado a las cámaras de comercio⁹⁵, pues los escasos oferentes adicionales no son promocionados, pues al no poder lucrarse no es de su interés generar más consumo o promover un servicio, lo que genera información asimétrica o desinformación para los demandantes, que se ven privados de conocer otras opciones de oferta arbitral; lo anterior es bajo una óptica positiva, en ciudades como Bogotá donde por lo menos hay diferentes oferentes, caso en el cual podríamos eventualmente hablar de oligopolios. En las diferentes regiones del país la situación es más crítica aún, ya que la gran mayoría de veces no hay siquiera cámaras de comercio en la diferentes cabeceras municipales, de los mas de 1000

⁹⁴ MCCONNELL, Campbell y BRUE, Stanley. L. Economía, décimo tercera edición. Ed. MC Graw Hill, 1997. P. 21 del glosario. "Oligopolio: Mercado en el cual unas pocas empresas venden un producto estandarizado o diferenciado, de difícil entrada, en donde la empresa tiene un control limitado sobre el precio del producto debido a la interdependencia mutua y es típico que haya competencia no basada en precios."

⁹⁵ Existen otros centros de arbitraje sin ánimo de lucro creados por ley, que pese a que atienden una cantidad irrisoria de casos, vale la pena mencionar. Los artículos 229 y 230 de la ley 222 de 1995 prescriben que cualquier superintendencia podrá actuar como conciliadora en conflictos societarios y así mismo expresa que la superintendencia de sociedades podrá crear un centro de arbitraje para resolver los conflictos que surjan entre socios o entre estos y la sociedad.

municipios que conforman el territorio nacional. Las razones anteriores han llevado a que la justicia arbitral haya sido considerada en Colombia, como una justicia elitista que no genera una verdadera solución para la descongestión judicial que tanto necesita el país.

La situación ocurrida con el arbitraje independiente o ad hoc no es más alentadora desde el punto de vista económico, pues la información es asimétrica y la posición de los árbitros es la equivalente a la que ostentaría un monopolio. Las partes escogen a los árbitros antes de conocer el precio que estos cobrarán por sus servicios, lo que convierte a esta decisión en irracional en términos económicos.

Los seres humanos por naturaleza tomamos decisiones racionales, siendo estas las que maximicen los beneficios y minimicen las pérdidas, lo que implica que antes de tomar una opción económica, los agentes del mercado deben contar con la información suficiente (diferentes precios, calidades, etc.) para alcanzar este tipo de decisiones, logrando satisfacer sus necesidades de la manera más eficientemente posible. En el arbitraje ad hoc las partes toman la elección de escoger a determinados árbitros, presumiendo tan sólo el nivel de calidad de sus servicios, pero ignorando una información de absoluta trascendencia a la hora de tomar decisiones racionales, la cual es el precio. El nivel de externalidades y costos de transacción propios de cualquier litigio se incrementa de manera vertiginosa, pues el árbitro puede llegar a cobrar cualquier cantidad de dinero, convirtiéndose esto en un inmenso riesgo. Cuando las partes están inmersas en un conflicto, hasta un grado tal que acuden a un tercero para lograr solucionar sus divergencias con todas las graves consecuencias que esto implica (costos, tiempo, rompimiento de relaciones comerciales, etc.), existen muy pocas probabilidades reales de que las partes se pongan de acuerdo para designar otro u otros árbitros diferentes a los ya escogidos, motivados por unos honorarios altos.

Cuando las partes se obligan o amarran a escoger unos determinados árbitros, independientemente de los honorarios estos vayan a devengar, los árbitros escogidos, bajo estas circunstancias, ocuparían una posición dominante respecto de las partes, de la que

podrían aprovecharse observando un comportamiento oportunístico⁹⁶. Debido a que las partes directa o indirectamente hicieron ya la designación de los árbitros, quedan limitados a una única opción de servicio u obligados a acudir a un único oferente, lo que hace que los árbitros independientemente del precio que impongan a sus servicios o de la diligencia que empleen en prestarlo bien, serán de todas maneras los que terminarán juzgando el litigio, pues no se presenta otra posibilidad.

En síntesis lo que produce la falta de competencia explicada es: falta de servicios arbitrales sustitutos que puedan satisfacer necesidad igual, el consumidor con diferentes preferencias carece de opción diferente que acudir a las cámaras de comercio y la decisión de acudir a un tribunal independiente es irracional, se viola el principio constitucional de la libre competencia y la deontología normativa de las leyes sobre el tema, el mercado perfecto se afecta en tres de sus cuatro pilares (amplio número de vendedores, libertad de ingreso y productos estandarizados) y finalmente se produce un comportamiento oportunístico de quién ostenta posición dominante, en el caso de los árbitros independientes⁹⁷.

2.8.2 Protección a la competencia en el mercado del arbitraje comercial internacional. La restricción para el libre ingreso, conduce a que el mercado arbitral colombiano padezca de falta de competencia entre los diferentes centros arbitrales, lo que va en manifiesta contravía de la tendencia universal actual.

El Arbitraje Comercial Internacional es considerado como un mercado altamente competido, pues existe una pluralidad de agentes que participan en él y que se ubican en uno de dos grupos: los que ofrecen el servicio arbitral, y los que necesitan de él.

Así, los Estados compiten para convertirse en sedes de los más importantes tribunales arbitrales, ya que eso les representa una retribución económica.

⁹⁶ En el capítulo II se trató el tema de comportamiento oportunístico de la parte fuerte con posición dominante, sin embargo esta misma forma de comportarse puede ser adoptada por los oferentes, en este caso los árbitros ad hoc.

⁹⁷ El comportamiento oportunístico fue explicado anteriormente en lo referente a una de las partes, sin embargo acá esta conducta en el arbitraje independiente, se puede presentar en los árbitros.

Piénsese por ejemplo, en lo atractivo que resulta un país, para los inversionistas, donde se promociona el uso del arbitraje. Igualmente los centros de arbitraje compiten entre sí para que más comerciantes los elijan, y los profesionales que desean ser escogidos como árbitros compiten entre ellos para estar dentro de las listas de árbitros, como factores de producción necesarios para producir servicios.

Igualmente las oficinas de servicios de asesoría legal, compiten para ganar clientes que necesitan su representación en los procedimientos arbitrales.

Es obvio que este grado de competencia no se presenta dentro del servicio de justicia que presta el Estado. Así, los jueces al recibir todos igual salario no necesitan competir entre ellos. Tampoco les interesa competir para obtener más procesos, pues no importa la cuantía ni el número de expedientes que reciban, pues tal situación no está ligada con ningún beneficio económico adicional al salario. Por otra parte, las más de las veces los profesionales del derecho más especializados no les interesa ser jueces, pues el salario no resulta proporcional a su grado de especialización.

El mercado arbitral internacional es un mercado en continua expansión. Cada día son más los centros arbitrales que ofrecen sus servicios para acaparar clientela.

Si antes el protagonismo del arbitraje radicaba en un pequeño elenco de profesores universitarios europeos, hoy tiene un origen y procedencia muy variados. Si muchos de los árbitros calificados como profesionales del arbitraje dieron sus primeros pasos entre las paredes del palacio parisino de la Cámara de Comercio Internacional, han florecido otras muchas plataformas de empresarios y árbitros, de forma que hoy no puede hablarse de una paternidad única de las ideas motrices del arbitraje.”⁹⁸

Resulta paradójico en Colombia que por una parte la ley permita el arbitraje independiente donde las partes por cuenta propia pueden crear, sin restricción alguna, tribunales e idear

⁹⁸ CREMADES, B., Arbitraje y desarrollo económico mundial en: Revista Iberoamericana de Arbitraje, Chabaneix y Asociados, disponible en: <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/congresopanama/b-11.html>

inclusive procedimientos autónomos, pero simultáneamente se prohíbe a los centros arbitrales con ánimo de lucro y sin autorización crear centros, pese a que estos llevarían inmerso un ánimo de permanencia institucional seria. En esta contradicción se le olvidó al legislador aplicar el viejo aforismo romano, en virtud del cual “el que puede lo más puede lo menos”, pues pese a que cualquier particular puede crear un tribunal ad hoc cuando quiera, no es posible hacer lo mismo de una manera permanente e institucional, donde las personas sólo concurrirían a solicitar los servicios cuando voluntariamente así lo quisieran.

2.8.3 Régimen de honorarios y tarifas de los árbitros. Al momento de acudir al mercado arbitral, los honorarios se constituyen en un aspecto relevante para la toma de decisiones de los consumidores (partes), razón por la cual se explicará la forma cómo estos funcionan. Del nivel de costos dependerá en gran medida que las partes se sometan a arbitraje, pues esto tiene que ver con la racionalidad de sus decisiones, con los costos de transacción y con la limitación de su nivel de ingresos.

Tal como ya fue explicado, algunos consideran a la justicia ordinaria como un servicio sustituto del arbitraje, sin embargo como ya lo analizamos, es tal el grado de ineficiencia de esta justicia y las pocas necesidades que satisface, que nosotros no la consideramos siquiera como tal.

Es evidente que la manera como se determina el precio del servicio de arbitramento comercial, no es a través un mercado perfecto de libre juego de oferta y demanda, sino mediante unas tarifas prefijadas, típicas de las economías planificadas, generando con ello todo tipo de desequilibrios económicos en el mercado arbitral.

De acuerdo con la ley colombiana⁹⁹, los reglamentos de la CCI, la AAA o la CIAC, los centros de arbitraje deberán incluir dentro de sus estatutos, la forma para fijar honorarios y tarifas administrativas. El precio de los bienes y servicios debería ser determinado por el mercado (oferta y demanda) y su fijación a priori constituye un despropósito, conllevando consigo

⁹⁹ El artículo 125 del decreto 1818 de 1998 impone la necesidad de que los centros arbitrales tengan en su reglamento las tarifas administrativas y honorarios de obligatoria aplicación para el arbitraje institucional.

exceso de demanda (escasez) o sobreoferta (desperdicio), es decir ineficiencia económica en la asignación de recursos.

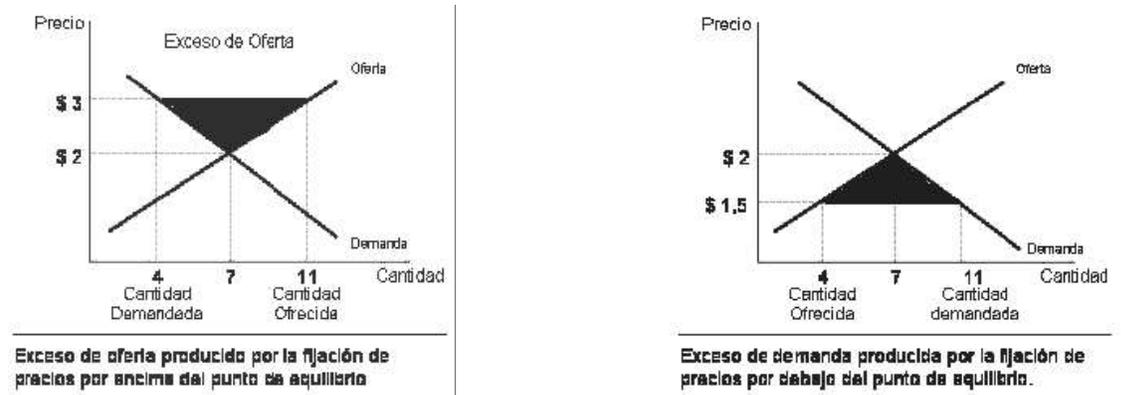


Figura 5. Escasez y Sobreoferta de un bien o servicio

Lo anterior sucede cuando los precios son fijados. Figura de la izquierda: el punto de equilibrio (punto ideal de intersección entre oferta y demanda) está dado por la cantidad 7 y el precio 2, lo que significa que los consumidores están dispuestos a demandar lo mismo que los proveedores están dispuestos a ofrecer, ocurriendo lo mismo que en un mercado perfecto, generándose total eficiencia, pues el desperdicio es nulo y la satisfacción de necesidades máxima. Cuando aparece una tarifa impuesta por un tercero, llámese particular o Estado (representada por la línea horizontal que une Oferta y Demanda), los oferentes van a querer producir 11 cantidades a ese precio (querrán vender más), pero los consumidores solo estarán dispuestos a demandar 4 Q (querrán comprar menos), lo que significa que habrá un desperdicio de 7 Q (cantidades). En este ejemplo el precio tres, fue establecido por encima del equilibrio, generándose una sobreoferta de bienes o servicios en siete unidades adicionales e insatisfacción de necesidades para varias personas, ya que sólo los dispuestos y capaces de pagar el precio mayor, podrán acceder al servicio o al bien.

La gráfica derecha muestra lo opuesto, es decir escasez y el punto de equilibrio permanece incólume en relación con la gráfica izquierda. Cuando se impone una tarifa por debajo del punto de equilibrio, los oferentes solo estarían dispuestos a producir cuatro (4) Q, mientras que

los consumidores querrán demandar 11 Q por el precio de 1.5, creándose de esta manera una escasez.

Esto sucede cuando el precio de un bien o servicio no es determinado por el libre juego de la oferta y la demanda, lo anterior agravado en el caso del arbitraje, pues además de haber tarifas impuestas, hay oligopolios o monopolios y falta de información para que los agentes económicos puedan tomar la decisión que más les conviene. Estas gravísimas fallas terminan en altos costos.

De adoptarse el arbitraje como un mercado (libre juego de la oferta y la demanda), este podría masificarse y convertirse en uno de los grandes descongestionadores de la administración de justicia en Colombia e incrementar su calidad.

En síntesis la planificación económica explicada, no consulta el nivel de ingresos de los consumidores y evita que el costo del arbitraje sea fijado por la libre competencia, evitando que los centros arbitrales sean unos simples tomadores de precios como debería ocurrir.

2.9 VENTAJAS COMPARATIVAS DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL FRENTE A LA JUSTICIA ORDINARIA

Antes de analizar las ventajas del arbitraje internacional, primero debemos conocer los criterios para determinar cuándo un arbitraje es internacional. La diferenciación entre arbitraje nacional e internacional es muy importante, ya que se rigen por normas distintas; mientras el primero se rige por la legislación interna de un Estado, el segundo esta regulado principalmente por instrumentos internacionales de derecho privado.

El arbitraje internacional, como lo explicamos en el primer capítulo de esta investigación, cuenta con uno o varios elementos extranjeros, lo cual lo distingue de los otros tipos arbitrales. En el arbitraje internacional *no hay vinculación alguna con la ley nacional*, y los criterios que lo determinan los consagra la Ley 315 de 1996.

Teniendo en cuenta lo anterior y viendo que los comerciantes no conocen barreras de nacionalidad y no se someten a un determinado ordenamiento jurídico, sino por el contrario quieren que esa forma de proceder obedezca a la internacionalización de las relaciones comerciales y quieren que el sistema de conflictos y el sistema de litigios supere también las barreras de nacionalidad. Estas muchas veces son un impedimento para la solución de estos conflictos y es entonces cuando aparecen las graves desventajas de acudir a la justicia ordinaria.

Los efectos negativos de acudir a los tribunales en los casos de comercio internacional comienzan por el procedimiento utilizado dentro de estos, que necesariamente tiene que ser lento, ya que el juez es un funcionario, es una persona que no decide en cuanto a sí mismo, sino que va imponer una sentencia a nombre de un estado, en nombre de la soberanía que respalda su actuación, por esto el juez debe tomar las medidas necesarias y convenientes para que se garanticen unos plazos y unas formalidades, que resultan engorrosas e interminables en el caso colombiano originando un claro detrimento patrimonial para el empresario de otro país que no puede atender dicho negocio durante un largo periodo de tiempo.

Uno de los casos más plausibles de la ineficacia se da cuando un juez necesita obtener pruebas o citar unos testigos, obtener unos peritos, que están al margen de las fronteras colombianas, ya que para hacerlo debe pedir la colaboración del otro Estado. Lo cual dilata extraordinariamente los procedimientos, ya que estas relaciones solo se pueden manejar entre cancillerías.

Hoy en día una gran cantidad de Estados intervienen en el comercio internacional y se someten a las reglas del arbitraje internacional, ya que es lógico que las partes interesadas no querrán que se convierta en un debate político, lo que es un debate comercial, ya que la publicidad torna en un verdadero y auténtico debate político un mero conflicto comercial.

La popularidad del arbitraje internacional se debe principalmente a las ventajas que éste brinda por sobre la justicia ordinaria. Entre ellas, las más reconocidas son la neutralidad y flexibilidad del proceso, reconocimiento internacional de los laudos, inapelabilidad de las decisiones

arbitrales, idoneidad de los árbitros, confidencialidad del proceso, rapidez y economía y ahorro de recursos para el Estado. A continuación analizamos cada una de ellas.

2.9.1 Neutralidad y Flexibilidad. Cuando se suscita una controversia comercial entre partes de distintos países, éstas tiene el legítimo anhelo de que su caso se resuelva de forma neutral, en igualdad de condiciones y con las mismas oportunidades procesales. Empero, la justicia ordinaria rara vez satisface estas expectativas. Si una disputa internacional es sometida a la decisión de las cortes de un determinado país, difícilmente podemos hablar de igualdad entre la parte foránea y la local. Mientras la primera se ve obligada a litigar en un entorno legal desconocido, bajo un sistema judicial ajeno y, en ocasiones, en otro idioma, la segunda tiene la ventaja de poseer el conocimiento y experiencia en el sistema judicial de su propio país. Además de este temor, los inversores extranjeros desconfían de la neutralidad de las cortes locales. Se cree, y a veces con mucha razón,¹⁰⁰ que los jueces se inclinan a fallar a favor de la parte local, especialmente si es el Estado o una de sus instituciones¹⁰¹.

Por estas razones, los actores del comercio internacional han optado casi unánimemente por resolver sus controversias a través del arbitraje. La flexibilidad de este medio alternativo de solución de conflictos permite a las partes estructurar un proceso de acuerdo a sus necesidades y circunstancias específicas de la disputa, con el fin de alcanzar la neutralidad deseada. Las partes son libres de escoger el lugar del arbitraje, la jurisdicción del tribunal, las reglas sustantivas y adjetivas aplicables y el idioma del proceso, según mejor les convenga; eliminando de esta manera las ventajas que una parte podría tener sobre la otra. La

¹⁰⁰ Sobre los inconvenientes que han encontrado los inversores extranjeros con cortes del país del adversario, ver por ejemplo Louise Barrington, "Hubco v. WAPDA: Pakistan Top Court Rejects Modern Arbitration", *American Review of International Arbitration*, 11 (2000), p. 385.

¹⁰¹ "[L]a razón principal por la cual encontramos cláusulas arbitrales en contratos internacionales es la determinación de compañías y entidades estatales que simplemente no están dispuestas a litigar en la 'justicia propia' del adversario" [traducción del autor]: Martin Hunter, "International Commercial Dispute Resolution: The Challenge of the Twenty-first Century", *Arbitration International*, 16 (2000), p. 382. Se estima que en al menos 30% de los arbitrajes internacionales una de las partes es el Estado o una empresa pública o controlada por el Estado. Ver W. Laurence Craig, "Some Trends and Developments in the Laws and Practice of International Commercial Arbitration", *Texas International Law Journal*, 30:1 (1995), p. 8. En el arbitraje de la CCI, por ejemplo, cerca del 10% de los casos recibidos en el año 2002 involucran a un Estado o entidad estatal. Datos proporcionados por la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio el 21 de julio del 2003.

negociación y estipulación del convenio arbitral deben realizarse con sumo cuidado para conseguir este objetivo.

2.9.2 Reconocimiento Internacional. El reconocimiento internacional de laudos arbitrales es otra importante ventaja del arbitraje. Los laudos emitidos por tribunales arbitrales son, por regla general, más fáciles de ejecutar que las sentencias dictadas por órganos jurisdiccionales. Se puede identificar al menos dos problemas fundamentales en la ejecución de estas últimas:

En primer lugar, el trámite es complicado y poco expedito. Los tribunales estatales son generalmente celosos de su jurisdicción y por ello la ejecución de sentencias es constantemente denegada por falta de jurisdicción del tribunal extranjero¹⁰². Pese a que existen convenciones internacionales sobre la materia, el procedimiento sigue siendo dificultoso¹⁰³. Por ejemplo, de conformidad con el Código Sánchez de Bustamante y la Convención de Montevideo de 1979, la parte interesada en la ejecución de una sentencia en un determinado país, debe obtener primero un pronunciamiento del juez del país de origen que certifique la ejecutoriedad y estado de cosa juzgada de la causa¹⁰⁴. Es decir, el interesado debe obtener dos exequátur, uno de las cortes del país donde se dictó la sentencia y otro del juez del país donde se la pretende ejecutar, previo el cumplimiento de varios requisitos establecidos en las convenciones y legislación interna de los países involucrados¹⁰⁵.

El arbitraje, por su parte, cuenta con el marco jurídico apropiado para la ejecución de laudos arbitrales en el extranjero. La Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y

¹⁰² Roque Caivano, *supra* nota 19, p. 316.

¹⁰³ Las convenciones sobre ejecución de sentencias judiciales extranjeras firmadas y ratificadas por Colombia son la Convención de Derecho Internacional Privado de la Habana de 1928 (Código Sánchez de Bustamante) y la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de Montevideo de 1979.

¹⁰⁴ Artículos 2 y 3 de la Convención de Montevideo de 1979. Nótese que a pesar de que estas dos Convenciones también son aplicables al arbitraje, existen convenciones como la de Nueva York de 1958 y Panamá de 1975 que han eliminado el requisito del doble exequátur para ejecutar laudos arbitrales.

¹⁰⁵ Ver condiciones para ejecutar sentencias e en la Convención de Montevideo de 1979. En países no signatarios de estas convenciones, los requisitos constan normalmente en la legislación interna. Por ejemplo, en los Estados Unidos la parte interesada debe probar lo siguiente: a) que el tribunal que dictó la sentencia realizó un juicio justo y completo; b) que se administró justicia de manera imparcial; c) que no existió fraude o favoritismos; y, d) que la sentencia extranjera no violó las normas de orden público. Ver sentencias dictadas en *Shen v. Leo A. Daly Co.*, 222 F.3d 472, 476 (8th Cir. 2000) y *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113 (1895).

Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros de 1958 (Convención de Nueva York) es el instrumento más representativo sobre la materia, tanto por su extensión como por su efectividad. Con más de 120 países suscriptores en el mundo entero, entre ellos el Ecuador, la Convención de Nueva York ha demostrado ser uno de los mayores logros del derecho internacional privado.

A breves rasgos, esta Convención establece la presunción de validez y veracidad de todo convenio y laudo arbitrales y obliga a las cortes de los países firmantes a reconocerlos y aplicarlos, salvo la concurrencia de las limitadas y exhaustivas circunstancias del artículo V de dicha Convención.

La carga de la prueba recae completamente sobre la parte que se opone al reconocimiento o ejecución del laudo y por lo tanto, de existir alguna de las causales para denegar el exequátur, le corresponde únicamente a ella demostrarla. La parte interesada en la ejecución de un laudo se limita a presentar al juez competente el original o copia certificada del convenio y laudo arbitrales. El juez al recibir la petición, debe verificar de oficio si la causa es arbitrable y si no contraviene el orden público internacional de su país, y de no ser éste el caso, no tiene más opción que ordenar el exequátur. Este es precisamente uno de los principales aportes de la Convención de Nueva York: establecer que la carga de la prueba recaiga sobre la parte oponente, de tal suerte que la parte interesada en la ejecución del laudo no requiera demostrar la ejecutabilidad del laudo ni obtener el exequátur del juez del país donde se lo dictó.

2.9.3 Inapelabilidad. A diferencia de lo que sucede en la justicia ordinaria donde las sentencias judiciales pueden ser recurridas e impugnadas por medios ordinarios y extraordinarios, en el arbitraje las decisiones son inapelables. El arbitraje por naturaleza es de única instancia, las decisiones adoptadas por los árbitros son definitivas, irrevocables y obligatorias para las partes.

En el ámbito internacional, la mayoría de legislaciones modernas han acogido el principio de inapelabilidad de fallos arbitrales que, en suma, dicta que un juez no puede volver a juzgar la materia ya decidida por un tribunal arbitral. Una corte no puede entrar a reconsiderar el fondo

de la causa juzgada por los árbitros ni siquiera cuando se presume que éstos hayan cometido errores in judicando.

Lo anterior no quiere decir, sin embargo, que no existan mecanismos para controlar la conducta de los árbitros y sus decisiones. Un laudo puede ser impugnado ante el juez competente del lugar donde se lo emitió, así como en el país donde se lo pretende ejecutar o en el país bajo cuyas leyes se realizó el arbitraje, bajo las causales establecidas en las leyes internas y convenciones internacionales aplicables. Dichos motivos de nulidad generalmente tienen relación con la regularidad procesal del arbitraje y el acatamiento a las reglas de orden público, más no se refieren a la parte sustantiva del laudo.

Como regla general, los tratados internacionales determinan las causales para denegar la ejecución de laudos arbitrales en un país distinto al país donde se lo emitió, mientras que las leyes internas de un país establecen las causales para anular los laudos dictados en su territorio. Cabe mencionar que de conformidad con las Convenciones de Nueva York y Panamá, un laudo que ha sido anulado por las cortes del país de origen no puede ser ejecutado en otro lugar. Por lo tanto, si un laudo dictado en Colombia es anulado por sus cortes, éste no podrá ser ejecutado en otro país.

Como mencionamos anteriormente, corresponde a las leyes internas de un determinado país controlar la correcta expedición de laudos en su territorio y regular las acciones de nulidad que se presenten contra ellos.

2.9.4 Idoneidad de los Árbitros. Otra ventaja notoria del arbitraje es la libertad que tienen las partes de escoger a los "jueces" que resolverán su controversia, en contraste con lo que ocurre en la justicia ordinaria donde éstos son designados por el mismo aparato jurisdiccional. Los árbitros son generalmente elegidos en consideración a su conocimiento y experiencia en la materia de la disputa, de tal manera que un tribunal arbitral pueda conformarse por las personas que las partes consideren más idóneas para una determinada controversia.

Quien decide el problema en la justicia ordinaria es un juez de carrera que a lo largo de los años no ha podido especializarse en materias concretas por que día a día tiene que resolver pretensiones sobre temas variados.

Las transacciones internacionales actuales pueden ser muy complejas, pues se basan en contratos muy técnicos, se instrumentan junto a múltiples mecanismos financieros y surten efectos en varios estados y bajo distintos sistemas jurídicos. En el ámbito internacional existe el consenso de que los árbitros son más competentes que los jueces para resolver disputas internacionales, debido a que éstos últimos normalmente carecen de los conocimientos técnicos y la experiencia en negocios necesarios para fallar justa y acertadamente en una controversia de este tipo.

La idoneidad de los árbitros beneficia a las partes de varias maneras. En primer lugar, un buen árbitro es capaz de identificar las pretensiones de las partes y los puntos importantes del litigio, de suerte que se evite retrasos innecesarios en asuntos de poca relevancia. Esto se traduce en ahorro de tiempo y dinero para las partes. En segundo lugar, un árbitro puede resolver conflictos de manera ingeniosa y de conformidad con las prácticas vigentes del comercio internacional. En tercer lugar, la experiencia y conocimiento de un buen árbitro reducen el riesgo de que existan decisiones arbitrarias, injustas o equivocadas, más aún si el tribunal arbitral se conforma por tres árbitros. Además, cuando se opta por un arbitraje administrado o institucional, las partes tienen el respaldo de importantes centros de arbitraje que cuentan con listas de selectos árbitros con experiencia en toda área de negocios. (FN) Alternativamente, otros centros de arbitraje como el de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) ubicada en París, conducen un control sui-generis sobre los laudos expedidos bajo su auspicio. Los laudos de la CCI, antes de ser finalmente expedidos y notificados a las partes, deben ser previamente aprobados por la Corte de Arbitraje Internacional de dicha Cámara, la misma que realiza un exhaustivo examen sobre su fondo y forma. Por último, se ha demostrado que la selección voluntaria de los árbitros coadyuva a la ejecución del laudo, pues la confianza que las partes tienen en ellos, aumenta automáticamente la posibilidad de que el laudo sea cumplido y por lo tanto disminuye la probabilidad de que sea impugnado ante las cortes.

2.9.5 Confidencialidad. La información y resultados de los procesos llevados ante la justicia ordinaria son de dominio público, salvo contadas excepciones. Los procesos arbitrales, por el contrario, son generalmente confidenciales.

Al ser el procedimiento judicial respaldado por el Estado el juez debe convocar a todas las personas interesadas, por que así lo exige la seguridad jurídica, lo cual conlleva graves daños para las partes, ya que es imposible una discusión jurídica de un contrato, sobre secretos industriales, transferencias de tecnología, propiedad industrial, etc., esto a la larga causaría un gran perjuicio a las partes que tiene gran interés en mantener la confidencialidad del procedimiento.

La confidencialidad del arbitraje permite que las partes de un proceso mantengan sus diferencias en secreto y salvaguarden su imagen, con la seguridad de que sus secretos industriales, información confidencial, registros corporativos, planes de inversión y demás información importante para su negocio no serán difundidos o descubiertos a sus competidores y terceros. Adicionalmente, la confidencialidad es también beneficiosa para la pronta resolución de los conflictos, pues se ha comprobado que las partes llegan más fácilmente a un entendimiento cuando no existe ingerencia de factores externos.

Los arbitrajes internacionales por regla general son confidenciales, ya sea por mandato de la *lex arbitri*, por estipulación expresa de las partes o en virtud de las reglas de arbitraje seleccionadas. Si bien es cierto que el nivel de confidencialidad de un arbitraje puede verse limitado por la ley adjetiva aplicable, la mayoría de legislaciones del mundo sustentan dicha reserva.

2.9.6 Rapidez y Economía. Si comparamos una vez más al arbitraje con la justicia ordinaria, nos daremos cuenta con facilidad que el primero es un método de resolver conflictos más ágil y menos costoso que el segundo.

El procedimiento judicial siendo lento además es caro; tomando en cuenta la cantidad de de profesionales especializados que intervienen en estos procedimientos y sus consiguientes honorarios.

En primer lugar, como mencionamos anteriormente, el arbitraje es de instancia única. Los laudos arbitrales son definitivos, irrevocables e inapelables, lo cual permite a las partes contar con decisión rápida y definitiva sobre sus disputas. Consecuentemente, las partes evitan pagar honorarios a sus abogados por los años que podría durar un litigio en las cortes ordinarias. En segundo lugar, la flexibilidad del arbitraje faculta a las partes estructurar el proceso de acuerdo a sus necesidades y circunstancias específicas de la disputa. Las partes pueden elaborar itinerarios para audiencias, diligencias probatorias y demás actos procesales, cuando y donde más les convenga. Además, estas audiencias y actos procesales pueden realizarse mediante modernos sistemas de comunicación, tales como conferencias telefónicas multipartitas y videoconferencias vía microonda o en internet, con el consiguiente ahorro de tiempo y dinero para las partes. Todo esto en contraste con lo que sucede en las cortes, donde las partes están sujetas a la disponibilidad de los jueces, términos procesales fatales y problemas propios de la burocracia jurisdiccional. En tercer lugar, el proceso arbitral normalmente no está precedido por ningún acto procesal. Las partes no pueden acudir a los denominados descubrimientos o intercambios de información -existentes en otras legislaciones- que generalmente toman varios meses y demandan ingentes recursos. En cuarto lugar, las leyes arbitrales generalmente limitan la intervención de las partes y de sus defensores en el proceso arbitral a los asuntos estrictamente pertinentes para la decisión de la causa. Por último, se ha demostrado que la celeridad de los procesos arbitrales contribuye a crear un ambiente propicio para que las partes lleguen más fácilmente a acuerdos; contrario al ambiente que existe en las cortes judiciales donde los embrollos y lentitud de los trámites generan un ambiente desfavorable para la negociación.

3. BENEFICIOS DEL ARBITRAJE, EXAMINADO EL SER DE LA FIGURA CON EL DEBER SER DE LA CONCEPCIÓN ECONÓMICO-LEGAL

3.1 INCENTIVOS PARA PACTAR ARBITRAJE

El arbitraje es considerado como una de las modalidades de resolución de conflictos más adaptada para el desenvolvimiento de los negocios internacionales, pues le permite a las partes, en ejercicio de la autonomía de su voluntad, elegir una amplia gama de posibilidades, tales como el tipo de arbitraje, el procedimiento, el lenguaje, el lugar de sede, e incluso el derecho sustantivo aplicable al conflicto.

Basados en las expectativas que mueven a los individuos a tomar decisiones, el arbitraje como institución recibe a diario muchos adeptos que esperan recibir los beneficios que del arbitraje se predicen, ya sea porque los han experimentado en ocasiones anteriores, o porque han conocido de casos gratamente satisfactorios, o porque simplemente después de un análisis razonado de la institución arbitral consideran que es el mejor mecanismo para resolver sus conflictos. En todo caso esos beneficios propios de la naturaleza de la figura, constituyen incentivos para que a diario más comerciantes se inclinen hacia su uso. A continuación examinaremos los más importantes. Lo anterior sin perjuicio de los incentivos esbozados en el capítulo primero de esta parte.

3.2 ELECCIÓN DE LA SEDE Y NEUTRALIDAD

De la libertad propia de las partes se deriva la posibilidad de pactar lo relativo a la sede del tribunal, y en ausencia de acuerdo sobre éste tema, será la sede que decida el tribunal arbitral, atendiendo las circunstancias propias del caso¹⁰⁶.

¹⁰⁶ La convención de Panamá en su artículo 3° prescribe que a falta de acuerdo expreso entre las partes, el problema se dirimirá por las normas de procedimiento la comisión interamericana de arbitraje comercial, la cual

Este elemento puede estar directamente relacionado con el derecho aplicable, pese a que éste es susceptible de pacto. Si el laudo es extranjero, es decir proferido en país ajeno al de su ejecución, se requerirán los respectivos trámites de nacionalización tales como el exequátur, ahora, si las partes no han pactado las normas procesales aplicables gobernará la ley donde se sitúe el tribunal.

Una encuesta¹⁰⁷ realizada en Estados Unidos a personas involucradas en el ambiente del arbitraje internacional, reveló que el 72% de ellas considera que la neutralidad del foro, es un elemento altamente relevante a la hora de decidir someter un litigio a arbitraje.

La preferencia de la mayoría de encuestados está asociada con la creencia de que los litigios adelantados ante los jueces y tribunales de la contraparte, es una clara desventaja para la protección de sus derechos. Claramente es un asunto de expectativas racionales¹⁰⁸, pues las partes tratan tomar decisiones de acuerdo con la predicción que ellas hacen del futuro según la información con que cuentan. Esa información contiene al menos dos elementos: que los tribunales estatales tienen cierta preferencia para favorecer a sus nacionales y/o que la parte que tiene similar nacionalidad a la que tiene el tribunal estatal, tiene una ventaja por conocer más a fondo la forma de funcionamiento, los abogados y en general toda la información que sirve de base para tomar una decisión correcta, entendida esta como la que mayores posibilidades da para maximizar las utilidades y minimizar los costos.

Además la lectura que se le da a la respuesta de la mayoría, es el alto grado de confianza que ostenta la institución del arbitraje comercial internacional. Esto equilibra las expectativas de quienes se someten a arbitraje haciendo que sea probable la cooperación entre ellas y que sea mínima la posibilidad de utilizar el arbitraje internacional como un juego de suma cero.

en cuanto al lugar, nos remite a las normas de la UNCITRAL, la que en su artículo 16 prescribe la afirmación hecha.

¹⁰⁷ BÜHRING-UHLE, C. Arbitration and Mediation in International Business. citado por: DRAHOZAL, C., Commercial Norms, Commercial Codes, and International Commercial Arbitration, Vanderbilt Journal of Transnational Law. Vol. 33. Nashville. 2000.

¹⁰⁸ Se entiende por *expectativa racional* la “teoría según la cual la gente utiliza óptimamente toda la información que posee, incluida la información sobre la política de gobierno cuando predice el futuro” MANKIOW, N.G., Principios de Economía, op. cit., P. 705.

La elección de la sede está estrechamente vinculada con la neutralidad, y no puede ser considerada como un aspecto irrelevante, pues en el ámbito del arbitraje internacional, a diferencia del interno o nacional, las partes tienen un abanico de posibilidades de foros disponibles para llevar a cabo el procedimiento arbitral.

Las partes tenderán a decidirse por aquellos foros donde se promueve el uso de la figura arbitral mediante la eliminación de barreras que impiden un desarrollo óptimo. Por eso tendrán en cuenta que las normas procesales y los tribunales estatales del lugar del foro interfieren en una mínima medida en el desenvolvimiento del procedimiento arbitral, pero que además garantizan la ejecución de los fallos arbitrales mediante el cumplimiento de convenciones internacionales.

3.3 LA CONFIDENCIALIDAD

La confidencialidad no puede equipararse con el concepto de actuación secreta, sino que debe ser entendida como una posibilidad para que los asuntos tratados durante el transcurso del procedimiento arbitral no sean revelados a la luz pública, donde el expediente está reservado únicamente a las partes y ni estas ni los árbitros pueden divulgar la información ventilada en el litigio.

Esto conlleva varias ventajas para las partes en temas de propiedad intelectual y disminución de externalidades provenientes de otras posibles demandas. La confidencialidad cobra especial importancia, cuando el objeto del arbitramento está relacionado con los temas propios de la propiedad intelectual como la tecnología, pues resultaría enormemente perjudicial para una o ambas partes que los desarrollos elaborados por ellos queden desprotegidos durante el procedimiento arbitral, caso en el que la institución ocasionaría un perjuicio y no propendería por alcanzar el bienestar de los individuos involucrados. En adición a lo anterior, si la parte es condenada en un juicio público, otras personas se pueden ver animadas a demandar por motivos similares.

3.4 ELECCIÓN DE ÁRBITROS

Los árbitros son designados por las partes ya sea directa o indirectamente. La facultad de nombrarlos, al igual que la inmensa mayoría de derechos particulares, es susceptible de ser delegada en un tercero como lo sería una institución, por ejemplo. De existir desacuerdo entre las partes, el centro arbitral podría designar los árbitros, solución que no es posible en Colombia donde habría que acudir al juez civil de circuito.

El régimen de los árbitros, esto es su designación, número, impedimentos, honorarios, calidades, facultades, requisitos, entre otros, son determinados por las respectivas convenciones y reglamentos institucionales de maneras diversas. Una característica presente en todas las regulaciones, es la presencia de tablas tarifarias con base en las cuales se liquidan los costos administrativos (lo que hay que pagarle directamente al centro por usar sus servicios) y los honorarios de los árbitros. Las tablas mencionadas usan criterios tales como el monto de litigio, el tiempo necesario para resolver la cuestión y el número de audiencias entre otros para determinar a priori la cuantía de honorarios y de tarifas administrativas.

3.5 ELECCIÓN DEL LA LEY APLICABLE

Las normas pueden variar de acuerdo con la legislación pactada¹⁰⁹ o con el reglamento al cual se adhieran las partes. La ley colombiana al igual que los tratados que ya se han mencionado¹¹⁰, autorizan para que se pacte la legislación sustancial y procesal aplicable y en ausencia de acuerdo se aplicará la ley del lugar o centro donde se dirima el conflicto.

¹⁰⁹ El artículo 2° de la ley 315 de 1996 autoriza a las partes a pactar lo referente al derecho sustancial y procesal: “ARTÍCULO 2o. **NORMATIVIDAD APLICABLE AL ARBITRAJE INTERNACIONAL.** El arbitraje internacional se regirá 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.”

¹¹⁰ El artículo 5° de la convención de Nueva York prescribe, la posibilidad absoluta de que las partes acuerden las normas sustanciales y procesales aplicables, lo mismo ocurre con la ley 315/96.

De lo anterior resulta posible que las partes escojan una determinada legislación sustancial y otra procesal o varias legislaciones para cada tema, etc. La ley sustancial adoptada no podrá, vulnerar las leyes de orden público colombianas excepto las de procedimiento, las que se pueden pactar siempre y cuando respeten el debido proceso, situación verificable mediante la figura del *exequátur*.

3.5.1 La ley procesal aplicable. De la naturaleza del arbitraje internacional está la posibilidad que tienen las partes de elegir la ley procesal aplicable, la cual en todo caso deberá proteger las garantías básicas derivadas del debido proceso.

La elección también variará según se trate de un arbitraje libre o *ad hoc* o de un arbitraje institucionalizado. En el primer caso, las partes señalarán la ley procesal aplicable o delegarán en los árbitros esa tarea demandándose un nivel de cooperación grande. Por eso cuando el nivel de cooperación sea alto, y no existan dificultades para que las partes lleguen a un acuerdo, debe aprovecharse y establecer las normas de procedimiento con un reglamento elaborado para ser empleado durante el procedimiento arbitral. En el arbitraje institucional las partes pueden adherirse a un determinado reglamento.

3.5.2 La ley sustancial aplicable. El arbitraje comercial internacional les permite a las partes la posibilidad de elegir no sólo la ley procesal aplicable sino también la sustantiva, es decir la ley llamada a determinar las pretensiones de las partes.

Tal facultad derivada del ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, permite a las partes seleccionar las normas rectoras que regulan la transacción (en términos económicos) con la que disponen de sus derechos de propiedad, tarea delicada porque de ahí depende obtener o no un grado bajo de incertidumbre asociado con la seguridad jurídica.

Las partes también cuentan con la posibilidad de dejar que los árbitros decidan con arreglo a qué ley sustantiva resolverán el conflicto. Los árbitros tendrán que decidir qué ley aplicar aunque existe cierta tendencia a aplicar la ley mercatoria.

3.5.3 La Lex Mercatoria. Si bien es cierto que el objeto de este trabajo es analizar la institución arbitral internacional y compararla con la colombiana, bajo un enfoque eminentemente económico, no está de más hacer una pequeña referencia tangencial a las normas, generalmente más usadas para resolver los litigios arbitrales internacionales. Como se explica con detalle en este trabajo, tanto las legislaciones sustancial como procesal¹¹¹ son susceptibles de ser pactadas por las partes, sin embargo es innegable que hay normas a las cuales los comerciantes internacionales suelen recurrir con mayor frecuencia que a otras. No pretendemos ni mucho menos hacer un estudio de las normas sustanciales aplicables, pues todas las legislaciones del globo son susceptibles de utilizarse, sino de las más comúnmente usadas.

Los usos uniformes mercantiles internacionales son los que la doctrina ha denominado como *lex mercatoria* o ley mercantil¹¹². Si bien no existe una norma específica llamada ley mercantil hay ciertos reglamentos y normas a los que usualmente se les ha asociado con dicha ley, debido a su representatividad, función recopiladora, prestancia e influencia en el comercio internacional. Resulta entonces ineludible referirnos a las normas Incoterms y Unidroit, por ser estas recopiladoras y creadoras de derecho comercial, a las cuales los comerciantes internacionales suelen acudir.

Los Incoterms son creados por la Cámara de Comercio Internacional de París y son estándares y definiciones comerciales usualmente utilizadas en los contratos de compra venta internacional. El efecto de ciertas cláusulas comúnmente usadas en los contratos de compra venta internacional, su significado y alcance son determinados detallada y claramente por los Incoterms. La manera de cumplir, desarrollar y determinar ciertas prestaciones, tan trascendentales como el precio en el contrato de compra venta, es contemplada por los Incoterms, que por lo demás otorgan a los contratos una gran seguridad jurídica, pues a priori las partes conocen cada uno de los términos detalladamente y sus implicaciones. Existen trece

¹¹¹ Las convenciones de Nueva York y de Panamá, así como la ley 315 de 1996 autorizan el pacto de las normas procesales, sin embargo los centros arbitrales, tales como la Asociación Americana de Arbitraje, suelen obligar a las partes que se sometan a dicho centro, a acatar y regirse íntegramente por su reglamento, el cual establece un procedimiento.

¹¹² MADRIÑÁN DE LA TORRE, Ramón. E. Principios de derecho comercial. Editorial Temis, Octava edición, Bogotá. año 2000

términos Incoterms, que definen 13 cláusulas o aspectos relevantes pactados en la compraventa, es decir que las prestaciones trascendentales inherentes al mencionado contrato son sintetizados mediante un término, el cual contempla todo lo relacionado con esa prestación. Por ejemplo: “FOB¹¹³ (Free on board, lo cual traduce libre abordó) Buenaventura”. En un contrato que remita a los términos Incoterms 2000, con esta sencilla cláusula en apariencia las partes están acordando detalladamente, importantísimas condiciones relacionadas con el transporte de la mercancía, su responsabilidad, obligaciones, riesgos y costos en este ejemplo. La obligación de entregar la mercancía a cargo del vendedor queda satisfecha una vez este ha puesto la mercadería más allá de la borda del barco, ubicado en el puerto de Buenaventura- Colombia. Este término sólo puede usarse cuando la mercancía es transportada por vías de comunicación acuáticas e implica que el vendedor corre con todos los gastos, riesgos y precios adicionales en el transporte de la mercancía, hasta el momento en que la carga pasa la borda del barco, pues en ese momento el vendedor cumple, es decir se extingue la obligación de entregar y por consiguiente queda liberado de cualquier daño, costo o riesgo que afecte a la mercancía a bordo del barco.

Los términos Incoterms se dividen en 13 capítulos regulando con claridad los principales aspectos del comercio internacional. Para mayor información acerca del alcance exacto, obligaciones y significado de cada uno de los términos, se puede consultar los anexos de este trabajo donde se reproducen y explican los Incoterms con exactitud.

Consideramos económicamente eficiente a los Incoterms, ya que estos dan completa seguridad sobre las prestaciones, requieren pocos costos para su elaboración pues sólo hay que remitirse a ellos y son realizados por expertos lo que les otorga un alto grado de calidad.

El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado¹¹⁴ (Unidroit), como su nombre lo indica busca recoger y agrupar los principios y normas que sobre derecho privado

¹¹³. RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. Contratos Bancarios. Bogotá D.C; Ed. Legis, quinta edición, 2002. Pg. 582. FOB: “En este supuesto el vendedor se obliga a colocar las mercancías libres a bordo de la embarcación, en el puerto de embarque convenido, de manera que a partir de ese momento el riesgo y los costos adicionales corren por cuenta del comprador.

¹¹⁴ Es de origen Francés y su nombre original es: “Institute international pour l’unification du droit prive”

existen. Este instituto ha creado varias convenciones en temas tan variados como compraventa internacional, leasing financiero, factoring, transporte de mercancía, entre otros que hasta el momento no se han incorporado a la legislación nacional mediante ley alguna. Existen unos principios generales para los contratos comerciales internacionales, los cuales las partes que acuden a arbitraje, pueden pactar como las normas sustanciales aplicables al litigio, cosa que suele ocurrir con frecuencia. A los principios Unidroit puede llegarse por varias vías, bien sea por que las partes expresamente pactaron su aplicación, o por que estipularon que sus relaciones contractuales se regirían por principios generales del derecho, *lex mercatoria* o similares. En los últimos tres casos los árbitros tienden a aplicar los principios Unidroit por el carácter compilador, sistemático y serio de las normas contenidas en los principios Unidroit, especialmente cuando se trata una relación contractual procedente de un país regido por el sistema jurídico continental europeo. Lo anterior sin perjuicio de que se usen como principios de interpretación de otras normas.

Estos son algunos de los puntos determinantes de los principios Unidroit, los cuales son genéricos, es decir para todos los contratos en general:

- La autonomía de la voluntad privada.
- La sumisión al orden público.
- El carácter internacional de los principios, lo que implica que se deben interpretar concordantemente con esta naturaleza.
- La buena fe.
- La diligencia de las partes lo cual se traduce en las cargas de lealtad y sagacidad.
- La vinculatoriedad de la costumbre.
- Los usos contractuales previos entre las mismas partes, como mecanismo de interpretación del contrato presente.
- Contempla la obligatoriedad de la oferta, su aceptación y forma de revocarse.
- Niega la aceptación por el simple silencio de las partes (sin voluntad exteriorizada no hay acto jurídico).

- Consagra la posibilidad de condicionar el contrato y su aceptación (condición suspensiva).
- Impone la carga de lealtad, lo que lleva a que la información obtenida con ocasión de la etapa pre-contractual deba ser mantenida en secreto y consecuentemente prohíbe el uso de información privilegiada.
- Las partes pueden autónomamente pactar requisitos de forma del contrato, lo que permite acordar que el contrato sólo pueda existir o producir efectos si está por escrito o por otra forma inventada por las partes.
- Los principios no crean, ni modifican normas sobre capacidad, ilegalidad o inmoralidad.
- Consagra la teoría de la imprevisión, es decir que si el contrato pierde su equivalencia económica un juez lo puede equilibrar. Esta disposición es paternalista pues busca precaver cualquier inequidad, característica típica del sistema de derecho continental europeo, que le resta eficiencia o celeridad al contrato, pues podrían surgir discusiones judiciales para debatir ciertos temas, como el referente a la imprevisión. Esto también aumenta el riesgo potencial de que ocurra un litigio, lo que incrementa el costo del contrato, pues el riesgo inherente a él también sube.
- Prevalencia de la voluntad de las partes en la interpretación.
- En caso de no acordarse el precio, este será el promedio del mercado para ese bien. De no acordarse precio en una compraventa el contrato sería inexistente en Colombia, por faltar uno de los requisitos de la esencia del contrato, a contrario sensu bajo los principios Unidroit, este contrato sería completamente eficaz y el precio sería el del mercado.
- Cuando se ha contratado por un término indefinido, cualquiera de las partes unilateralmente puede darlo por terminado previo aviso prudencial.
- Para que los títulos valores sirvan como pago de la obligación, el derecho incorporado en ellos debe ser efectivamente desembolsado, es decir no basta la simple entrega del título si este no se honra.

- Incorpora la teoría de la recepción de la oferta y de los mensajes, es decir que estos se consideran notificados una vez la persona los ha recibido, lo que se entiende efectuado cuando se ha entregado en el trabajo o habitación de la persona.

3.6 HACIA UNA COMPETENCIA PERFECTA

La perfecta es un estado ideal de mercado, donde existe una pluralidad de oferentes y demandantes de un bien o servicio, que tienen plena libertad de elección y de participación en el mercado. Ese estado de cosas es el más eficiente, pues produce un alto grado de bienestar para todos los participantes del mercado.

El título de ésta sección no podría resultar más afortunado, pues se pretende mostrar que el arbitraje comercial internacional es un mecanismo que por sí solo tiende a ser eficiente, empero existen distorsiones en el mercado arbitral que se deben corregir para acercarse a una competencia perfecta, que produzca eficiencia y bienestar.

Las distorsiones presentes se equiparan con las prácticas restrictivas de la competencia, que rompen con el equilibrio y no permiten que la asignación de los derechos de propiedad sea eficiente. Existen fallas que deben ser eliminadas, y como ocurre en el mercado, extinguir las mismas es tarea que le corresponde al Estado y a los mismos agentes económicos (demandantes y oferentes).

3.7 LOS BENEFICIOS COMPARATIVOS DEL ARBITRAJE DENTRO DEL TLC

El punto de partida de nuestras siguientes consideraciones es que la naturaleza del arbitraje comercial internacional, es eficiente, pues la figura produce bienestar, es por esta razón que aparece plasmada como la mejor fórmula de solución de controversias dentro del TLC.

En términos de Pareto, suponiendo una situación P en la que no existe la figura arbitral, y una Q donde se establece el arbitraje, se obtiene que el paso de P a Q no arroja perdedores y sí muchos agentes beneficiados.

En el estado Q no existen perjudicados, ni aún para los que no opten por este estado, pues el hecho que existan particulares que no encuentren los beneficios propios de la naturaleza del arbitraje, y no se decidan por ésta forma de solución de conflictos, no significa que se estén perdiendo. Una cosa diferente que es importante analizar, es que sí en un caso particular, con la utilización del arbitraje puede perjudicarse o beneficiarse a un tercero, es decir, si se pueden presentar externalidades positivas o negativas. Esta situación será objeto de análisis posterior.

Es entonces que Q no puede empeorar la situación de nadie, pues aún quienes no pueden acceder al arbitraje tienen la posibilidad de acudir a la justicia proveída por el Estado. Por el contrario Q hace que esos individuos que no acuden al arbitraje y que demandan la justicia ordinaria, se vean favorecidos con la descongestión de los despachos judiciales, producida por la reducción en demanda de la justicia estatal, lo cual debe llevar a un incremento de posibilidades para que puedan ser provistos, a través de la jurisdicción pública, de los derechos de propiedad que les corresponden.

Hay quienes incluso hablan de una “presunción de eficiencia del arbitraje¹¹⁵”, basados en diversos argumentos. Yifad Pud realizó su tesis de maestría en el Erasmus Programme of Law and Economics, titulada *An Economic Analysis of Arbitration clauses in consumer contracts*, y elaboró cuatro argumentos por los cuales debe considerarse tal presunción: un argumento de orden contractual, otro derivado de la competencia económica, otro derivado de la ley comercial privada, y el que es fruto de un rol informativo del pacto arbitral. Veamos cada uno de ellos.

Los incentivos que tienen las partes para recurrir al arbitraje comercial internacional¹¹⁶, sólo tienen sentido por la posibilidad que tienen las partes para disponer sobre sus derechos de contenido patrimonial, derivada del principio de autonomía de la voluntad privada. Haciendo uso de esa autonomía y de las posibilidades que ofrece el arbitraje, las partes pueden adoptar

¹¹⁵ PUD, Y., *An Economic Analysis of Arbitration clauses in consumer contracts*, Op. Cit.

¹¹⁶ Valga la pena recordar tales incentivos derivados de la libertad con que cuentan las partes: elección de la sede y neutralidad, confidencialidad, elección de árbitros (especialización, celeridad y reestablecimiento de las relaciones), y elección de la ley aplicable.

la mejor forma de solucionar sus controversias, pues son ellas quienes conocen a fondo los problemas y necesidades derivadas de sus negocios.

Al ser un mecanismo voluntario de solución de conflictos, la regla que puede establecerse es que en las relaciones de comercio internacional, las partes sólo escogen el arbitraje sí y solo sí, este incrementa su propio bienestar¹¹⁷.

Tal regla se puede predicar si se tiene como punto de partida la racionalidad de los individuos y la forma como deben tomarse decisiones: evaluando la existencia de disyuntivas, costos de oportunidad, beneficio marginal, y por supuesto, de incentivos¹¹⁸, los individuos tratarán de escoger la opción más beneficiosa para ellos. Si después de esa decisión racional se opta por el uso del arbitraje, es porque se tiene la certeza que el bienestar aumentará, por lo cual puede presumirse que el arbitraje llevará a un estado de cosas más eficiente.

La preferencia de los individuos por el arbitraje resulta concluyente a través de estadísticas elaboradas sobre el tema. El profesor Bruce L. Benson, exponente de Law and Economics y estudioso del tema arbitral expone lo siguiente: “Aparte del ámbito de Law and Economics, hay una gran literatura sobre métodos alternativos de resolución de conflictos incluyendo al arbitraje, por ejemplo, indicando que aún cuando las disputas no pueden ser resueltas a través de la negociación o mediación, ellas se dirigen fuera de las cortes nacionales y dentro del arbitraje, por o menos para alguna gran categoría de contratos. Lew (1978, pág. 589) examinó detalladamente la evidencia en los contratos comerciales internacionales, y concluye que alrededor del 80 por ciento de esos contratos contenían cláusulas arbitrales, en el momento de ese estudio, y ‘cada vez más y más (comerciantes internacionales)... se dirigían al el arbitraje’. Estudios más recientes confirman esta tendencia: Casella (1992, pág. 1), Berger (1994, pág. 12) y otros reportan que aproximadamente el 90 por ciento de todos los contratos de comercio internacional contienen cláusulas de arbitraje. Similarmente en Estados Unidos, el arbitraje bajo los auspicios de varias organizaciones comerciales, o por árbitros independientes, quizá

¹¹⁷ Cfr. Ibid.

¹¹⁸ Al respecto ver el Capítulo II de la primera parte de éste trabajo.

de la Asociación del Arbitraje Americana (AAA), resuelve al menos tres veces más disputas comerciales que las cortes del derecho consuetudinario (Auerbach, 1983, pág. 113).¹¹⁹”

Los estudios citados encuentran refuerzo además, con el hecho de que modelos de contratos internacionales como el que propone la CCI para la compraventa comercial internacional de productos perecederos¹²⁰, lleva envuelta la cláusula arbitral, a menos claro está, que exista estipulación en contrario. Es entonces que la preferencia de los comerciantes por el arbitraje queda ampliamente evidenciada.

3.8 LIMITACIÓN A LAS MATERIAS OBJETO DE ARBITRAJE

Las convenciones internacionales de Panamá y Nueva York no imponen restricción alguna sobre las materias que pueden ser objeto de arbitraje, sin embargo el TLC de Colombia y Estados Unidos deja abiertas las puertas para que cada Estado, pueda in ejecutar el laudo extranjero aduciendo violación de normas de orden público. Es así como de manera jurídicamente válida pero económicamente ineficiente, el ordenamiento colombiano dispone que el pacto arbitral sólo puede versar sobre materias transigibles, lo cual excluye de plano a las de orden público, imperativas.

Consideramos muy desafortunada esta disposición, por las siguientes razones:

¹¹⁹ BENSON, B., Arbitration en: Boudewijn Bouckaert y Gerrit De Geest editors, Encyclopedia of Law and Economics, Vol. 5, Cheltenham, UK and Brookfield, US, 2000. P. 159 a 160. Traducción hecha por los autores el texto original es el siguiente: “Outside the realm of law and economics there is a large literature on alternative dispute resolution (ADR) including arbitration, for instance, indicating that even when disputes cannot be resolved through negotiation or mediation, they are directed away from national courts and into arbitration, at least for some large categories of contracts. Lew’s (1978, p. 589) detailed examination of the evidence on international commercial contracts concludes that around 80 percent of these contracts had arbitration clauses at the time of his study, for example, and that over time, ‘more and more [international traders] ... turn to arbitration’. More recent studies confirm this trend: Casella (1992, p. 1), Berger (1994, p. 12) and others report that about 90 percent of all international trade contracts contain arbitration clauses. Similarly, within the United States, arbitration under the auspices of various commercial organizations, or by independent arbitrators, perhaps from the American Arbitration Association (AAA), resolve at least three times as many commercial disputes as the common law courts do (Auerbach, 1983, p. 113).”

¹²⁰ Cfr. CCI, Modelo de Contrato de Compraventa Comercial Internacional de Productos Perecederos, Cláusula 15, disponible en: <http://www.jurisint.org/pub/02/sp/doc/src/339.pdf>

- Ni la constitución, ni las convenciones internacionales, ni los reglamentos de los principales centros del mundo, consagran una disposición que limite las materias objeto de arbitraje, lo que nos lleva a concluir que fue una decisión meramente legislativa sin sustento en bienes jurídicos fundamentales.
- Una de las grandes ventajas del arbitramento consiste en la potestad que tienen las partes, de componer el tribunal con personas especializadas y expertas en los asuntos objeto del litigio. Los tribunales son mucho mejor preparados, están incentivados (reciben remuneración por resolver el pleito), generalmente está compuesto por un número plural de personas lo que disminuye las posibilidades de error y le dedican al estudio particular del pleito un tiempo significativamente mayor al que le podría dedicar un juez ordinario. Lo anterior hace que las decisiones arbitrales detenten un grado de calidad muy superior a las de la jurisdicción ordinaria. No es lógico que asuntos de orden público intrasigibles sí puedan ser conocidas por jueces de la rama del poder público y no por árbitros, cuyas decisiones son de una calidad significativamente mayor, aptas para solventar asuntos que envuelven valores jurídicos fundamentales o que conciernen a toda la sociedad.

Eso es precisamente lo que respecto del proceso arbitral se predica, pues en su estructuración inicial se le consideró como una salida excepcional, justificada en parte por la rudimentaria tipificación de su desarrollo, de ahí que se exoneró de su campo toda controversia que no versara sobre derechos susceptibles de transacción y por eso siempre que se va legislar sobre este tipo de proceso se parte del supuesto atinente que sólo puede recaer sobre controversias susceptibles de aquella. (...) Es por eso que debe replantearse la innecesaria limitación de excluir del campo del proceso arbitral las controversias sobre derechos indisponibles y permitir que, si la voluntad de los interesados es esa, puedan acudir a ella en demanda de un laudo, pues está más que demostrado que es la justicia arbitral hoy por hoy, al menos en Colombia, la única forma para lograr una adecuada decisión dentro de razonables límites de tiempo, ante la casi paralización de la justicia ordinaria (...)»¹²¹

¹²¹ Cfr. LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Procedimiento civil, parte especial. Bogotá D.C. Dupre Editores, octava edición 2004. P. 749.

- Los tribunales de arbitramento son comparativamente mucho más rápidos. Es inaceptable que la jurisdicción ordinaria se tome varios años para resolver sobre bienes jurídicos de absoluta trascendencia y relevancia para el individuo y la comunidad, como son los de orden público, por eso estos asuntos deben ser resueltos con celeridad absoluta, cosa que se obtiene mediante el arbitramento.
- Esta disposición sui generis aumenta los costos de transacción en la creación del pacto arbitral, pues cada materia que quiera ser sometida a un tribunal, deberá ser objeto de un riguroso estudio jurídico, para lograr indagar sobre su imperatividad o disponibilidad, sin que se garantice con ello que a futuro no se decretará la anulación del laudo debido a otra apreciación jurídica o que el pacto arbitral se pierda por imposibilidad de discutir los temas ahí estipulados. Lo anterior implica costos en tiempo, dinero y desincentiva el arbitraje, por la inseguridad jurídica que genera la prohibición de conocer sobre asuntos intrasigibles.
- El hecho que algo tan subjetivo como el orden público pueda convertirse en un motivo para la anulación, crea una información asimétrica para los individuos, quienes ignorarán si el tema sujeto a arbitraje va a ser considerado por la justicia ordinaria, como de aquel orden.

4. CONCLUSIONES

Un arbitraje masificado con estándares altos de calidad, traería grandes ventajas micro y macro económicas. Se incentivaría la inversión, se reducirían las externalidades negativas, se disminuirían los abusos de quienes detentan posición dominante actualmente en el mercado arbitral y se incrementaría el cubrimiento del arbitraje.

Luego de realizado el análisis económico para nosotros es claro que en casos de controversias comerciales internacionales la solución mas económica y eficiente es el Arbitraje, ya que sus costos y tiempos de resolución de procesos son mucho menores a los de la justicia ordinaria.

El principal elemento para la utilización del arbitraje comercial como método de solución de controversias comerciales, es el elemento de la confidencialidad, ya que para la mayoría de la empresas que trabajan en el mercado mundial mantener sus secretos es un activo extremadamente importante, un ejemplo de esto seria un conflicto judicial entre la Coca Cola y alguno de sus proveedores para su formula secreta, para dicha empresa seria fatídico e incalculablemente costoso el someter al escrutinio publico la formula de su producto.

Si bien nos fue imposible, por cuestiones logísticas y económicas, lograr hacer una comparación entre el costo de un proceso ordinario y un arbitraje, si logramos demostrar, como aparece plasmado en el anexo, que el arbitraje internacional es la forma mas económica, eficiente y además adecuada para la solución de conflictos comerciales internacionales

A pesar de contener el TLC firmado con Estados Unidos un capitulo especial para la resolución de controversias por medio del método arbitral, es claro que no es nada distinto a lo firmado dentro de la Convención de New York, la cual se encuentra en plena vigencia para el comercio Colombiano, ya que esta materia cuenta con una normativa internacional estándar

que otorga seguridad a los empresarios y países que utilizan este método de solución de conflictos, en este nicho especial.

Con la libertad de competencia y de precios, dispuesta por el TLC, el arbitraje podría masificarse, convirtiéndose en una verdadera alternativa para la descongestión judicial en Colombia. Los efectos económicos de una desregularización serían, pues todos los agentes económicos se beneficiarían, pues se produciría una descongestión en la justicia ordinaria volviéndola más eficiente y permitiendo que quienes acudan a ella, reciban una solución en un menor lapso y quienes asistan al arbitraje recibirían mejor precio y calidad de la que reciben bajo el estado actual de cosas.

Las cláusulas de arbitraje comercial internacional, se presentan en casi el 90% de los contratos firmados por empresas de distintos países, esto nos muestra un claro indicativo de la efectividad de la figura, ya que los comerciantes que son quienes la utilizan la han implantado en casi la totalidad de sus acuerdos, para generar seguridad en la transacción comercial.

Con la entrada en vigencia del TLC, las empresas Colombianas deberán recibir una extensa asesoría con respecto al arbitraje, ya que para estas sería muy traumático el llevar un proceso judicial en los Estados Unidos, siendo el arbitraje la mejor figura para evitar esto.

BIBLIOGRAFÍA

BENSON, B., Arbitration, en: Enciclopedia of Law and Economics, Working Paper No. 7500, Edward Elgar and the University of Ghent Publishers. 1999.

BOTERO, A. M., CORREA, N. R., Arbitramento Internacional. Bogotá D.C; Ed. Cámara de Comercio de Bogotá, 2002.

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL (CNUDMI), Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, Documento de las Naciones Unidas A/40/17, Anexo I, Aprobado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional el 21 de junio de 1985.

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL (CNUDMI), Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, Resolución 31/98, Aprobado por la Asamblea General el 15 de diciembre de 1976.

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL (CNUDMI), Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, Nueva York, Junio 10 de 1958.

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL (CNUDMI), Notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral, Nueva York, 1996

CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAJE DE LA CCI. El Arbitraje Comercial Internacional, suplemento especial. Boletín de la corte internacional de arbitraje de la CCI. Ed. Jean-Francois Bourque, 1995

CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAJE. Reglamentos. Ed. Cámara de Comercio Internacional. Julio de 1998.

COOTER, R., ULEN, T., Derecho y Economía, Fondo de Cultura Económica, México, 1998.

GIL, J., Nuevo Régimen de Arbitramento: Manual Práctico, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá D.C., 2002

GÓNZALEZ, E. J., GARCÍA, M. A., Arbitramento Comercial Internacional. Bogotá D.C; Pontificia Universidad Javeriana – Tesis de grado, 2000.

GUTIERREZ, H., El análisis económico del derecho: perspectivas para el desarrollo del derecho económico, en: Universitas 100, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá D.C., 2000.

HYLTON, K., DRAHOZAL, C., The Economics of Litigation and Arbitration: An Application to Franchise Contracts. Boston University School of Law, Working Paper Series, Law And Economics Working Paper No. 01-03. Boston, MA. 2001.

LÓPEZ, H. F., Procedimiento civil, parte especial. Bogotá D.C. Dupre Editores, octava edición 2004.

MANKIWI, N., Principios de economía, Mc Graw Hill, Madrid, 1998.

MANTILLA – SERRANO, F., El principio de autonomía y su aplicación al procedimiento arbitral, en: Juris Consulta, Número 5, CCB, CAC, Bogotá D.C., 2002.

MOLLOY, M., RUBENSTEIN, W., Principios de Resolución Alternativa de Conflictos: Resumidos Reexpuestos y Comentados, Conservation Clinic, University of Florida, Levin Collage of Law, 2000.

MCCONNELL, C., BRUE, S., Economía, MC Graw Hill, Bogotá, 1997. 197

OSPINA, G, OSPINA, E., Teoría General del Contrato y de los demás actos jurídicos o negocios jurídicos, Temis, 2001.

POSNER, R., El Análisis Económico del Derecho, Fondo de Cultura Económica, México, 1998.

RESTREPO, J. C., Hacienda Pública, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1992.

ROEMER, A., Introducción al análisis económico del derecho. ITAM, SMGE, FCE, México, 1994.

RODRÍGUEZ, S., Contratos Bancarios, Legis, Bogotá D.C, 2002.

SAMUELSON, P. A, NORDHAUS, W.D. Economía. Décimo tercera edición; Ed: MC Graw Hill, 1990.

SANGUINO, J., El Arbitraje Internacional en: Criterio Jurídico Vol. 1, No. 1, Bogotá D.C., 2001

Páginas Web Consultadas:

<http://www.adr.org/>

<http://www.banrep.gov.co>

<http://www.ciac-ciac.org/>

<http://www.coase.org/index.htm>

<http://www.constitution.org>

<http://www.eumed.com>

<http://www.findlaw.com>

<http://www.jurisint.org/pub/03/sp/doc/32.htm>

http://www.iccwbo.org/home/menu_national_committees.asp

http://www.iccwbo.org/court/english/news_archives/2004/statistics_2003.asp

http://www.iccwbo.org/home/intro_icc/how_works.asp

http://www.iccwbo.org/home/national_committees/americas/colombia.asp

<http://www.iccwbo.org/court/english/arbitration/introduction>

<http://www.jurisint.org/pub/03/en/doc/9.htm>

<http://www.kluweronline.com/issn/0929-1261/current>

http://www.minjusticia.gov.co/dir_derecho/jurcc.htm

<http://www.uncitral.org/spanish/texts>