



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

ALCANCES Y LÍMITES DE LOS SUPUESTOS DEL ARTÍCULO 41
DE LA LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN Y SU APLICACIÓN A NUEVOS
CASOS DE ARBITRAJE INTERNACIONAL

Trabajo de Titulación presentado en conformidad a los requisitos
establecidos para optar por el título de
Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República

Profesor Guía
Dr. Jorge Hugo Carvajal Gaibor

Autor
Ney Andrés Dolberg Medina

Año
2015

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante, orientando sus conocimientos para un adecuado desarrollo del tema escogido, y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.”

Jorge Hugo Carvajal Gaibor

Doctor en Derecho

C.C.: 020147315-4

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes”.

Ney Andrés Dolberg Medina

C.C.: 171275751-5

AGRADECIMIENTO

Al Dr. Jorge H. Carvajal G., como tutor y director a largo de la tesis, quien contribuyó de manera importante para la consecución de la misma.

DEDICATORIA

A mi familia y a mi novia Karen por su incondicional apoyo y perseverancia en la consecución de la misma.

RESUMEN

La internacionalidad de un arbitraje se determina en función de los criterios o supuestos que una norma dicta, sea de orden nacional o propiamente de orden internacional. En los países en vía de desarrollo, es importante e indispensable contar con una legislación que a más de brindar seguridad jurídica a las personas en general y a los comerciantes e inversionistas en específico, cuente con una serie de criterios o supuestos para determinar un arbitraje como internacional.

El artículo 41 de la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador establece tres supuestos que han sido tomados de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, por sus siglas CNUDMI, los cuales luego de ser analizados en el presente trabajo de titulación resultan insuficientes; no solo por excluir otros supuestos utilizados en legislaciones de países vecinas para fijar un arbitraje como internacional, sino, por no situar al Ecuador como un país atractivo de arbitrajes internacionales.

El presente trabajo pretende analizar y tratar ésta problemática que tiene por objetivo situar al Ecuador como sede atractiva de arbitrajes internacionales.

ABSTRACT

The internationality of an arbitration is measured by the assumptions or criteria given by the law, wherever it is national or international. In countries undeveloped, is important and indispensable to have rules that besides of providing legal security to the citizens in general and, traders and investors in specific, must provide a series of assumptions and criteria to set an arbitration as international.

The article 41 of the “Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador” gives three criteria that has been taken from the UNCITRAL Model Law, which after being analyzed in the present investigation are insufficient. Not only for excluding other assumptions used in legislations of neighbor countries to define an arbitration as an international one, nevertheless, for not setting Ecuador as a country headquarter of international arbitration.

The present work analyses and treats this problematic that has as objective to establish Ecuador as an important headquarter of international arbitrations.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
1. ARBITRAJE INTERNACIONAL.....	3
1.1 Definición de arbitraje internacional	3
1.2 Historia del Arbitraje	8
1.3 Arbitraje comercial internacional	11
1.4 Arbitraje internacional en inversiones	16
1.5 Importancia y fines del arbitraje internacional.....	21
2. ARBITRAJE INTERNACIONAL EN EL DERECHO COMPARADO.....	26
2.1 Arbitraje Internacional en Brasil.....	26
2.2 Arbitraje Internacional en Colombia	32
2.3 Arbitraje Internacional en Chile	38
2.4 Arbitraje Internacional en Perú	42
2.5 Arbitraje Internacional en Ecuador	47
3. ARBITRAJE INTERNACIONAL EN ECUADOR Y EL ARTÍCULO 41 DE LA LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN	52
3.1 Constitucionalidad del arbitraje en el Ecuador	52
3.2 Internacionalidad del arbitraje y Ley Modelo de la CNUDMI	58
3.3 Primer supuesto del artículo 41: que las partes al momento de la celebración del convenio arbitral, tengan sus domicilios en estados diferentes	63
3.4 Segundo supuesto del artículo 41: el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar en el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del Estado en que, por lo menos una de las partes, tiene su domicilio.....	66
3.5 Tercer supuesto del artículo 41: cuando el objeto del litigio se refiera a una operación de comercio internacional que sea susceptible de transacción y	

que no afecte o lesione los intereses nacionales o de la colectividad.....	68
3.6 Primer supuesto a considerar: La sede del Tribunal arbitral fijada por las partes	71
3.7 Segundo supuesto a considerar: El lugar de ejecución del laudo.....	74
3.8 Tercer supuesto a considerar: Involucre intereses de dos o más Estados	77
3.9 Insuficiencia de los supuestos del artículo 41 de la Ley de Arbitraje y Mediación.....	78
4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	80
REFERENCIAS.....	82
ANEXOS.....	88

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1: Primer supuesto del artículo 41 de la LAM.....	63
Tabla 2: Segundo supuesto del artículo 41 de la LAM.....	66
Tabla 3: Tercer supuesto del artículo 41 de la LAM.....	68

INTRODUCCIÓN

El arbitraje, es uno de los mecanismos de solución de controversias más utilizados a nivel mundial. La celeridad y la certeza en la obtención de un resultado o solución al conflicto, hace de éste método la opción preferida para la mayoría de personas, especialmente, para los comerciantes y los inversionistas. El arbitraje se presenta como una herramienta útil a disposición de cualquier persona o institución para hacer justicia, sin contar con las formalidades y ritualismos lentos que presenta la justicia ordinaria.

El objetivo fundamental de esta tesis es analizar cada uno de los supuestos determinados en el artículo 41 de la Ley de Arbitraje y Mediación. Dichos criterios, taxativamente establecidos por la ley, determinan cuándo un arbitraje es considerado internacional. El propósito del análisis es entonces, concluir si los supuestos establecidos en el artículo 41 de la Ley de Arbitraje y Mediación son suficientes o limitados para constituir al Ecuador como sede de arbitrajes internacionales.

El presente trabajo de titulación está dividido en tres capítulos enfocados en determinar la internacionalidad de un arbitraje. En el primer capítulo se realiza una introducción al arbitraje internacional, ofrece definiciones de autores, nacionales y extranjeros, los más reconocidos en la materia. Accede a una definición y referencia de los dos tipos de arbitrajes internacionales, el arbitraje comercial internacional y el arbitraje internacional en inversiones. Se concluye el capítulo primero con la importancia y los fines del arbitraje internacional.

En el capítulo segundo se realiza un análisis de la Ley de Arbitraje y Mediación en el Ecuador a través del derecho comparado. Se ha escogido la normativa vecina de Colombia y Perú, así como la normativa en la región sudamericana de los países con mayor fortaleza y crecimiento, como la de Brasil, Colombia, Chile y Perú. Se analiza cada una de las normas sobre arbitraje internacional,

presentando sus ventajas y sus desventajas a través de un análisis histórico y evolutivo de su legislación internacional.

En el tercer capítulo, se realiza un análisis contextual de la situación del arbitraje internacional en el Ecuador. Se comienza con una investigación sobre la constitucionalidad del arbitraje en el Ecuador, los criterios internacionalmente aceptados y usados para poder determinar un arbitraje como internacional, para comprender cada uno de los supuestos establecidos por el artículo 41 de la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador. Además se los compara con los criterios otorgados por las legislaciones analizadas en el segundo capítulo. Finalmente, en el mismo capítulo, se analizan tres supuestos más para determinar la internacionalidad de un arbitraje y así demostrar las fortalezas y/o debilidades de ley ecuatoriana para situar al país como sede atractiva de arbitrajes internacionales.

1. CAPÍTULO I. ARBITRAJE INTERNACIONAL

1.1 DEFINICIÓN DE ARBITRAJE INTERNACIONAL

Antes de abordar el tema del arbitraje internacional, considero importante dedicar un par de líneas para resaltar las diferencias entre un arbitraje interno y un arbitraje internacional.

“El arbitraje interno está concebido para regular los conflictos sobrevenidos como consecuencia de relaciones jurídico-privadas en las que todos sus elementos se vinculan a un ordenamiento nacional” (Merino & Chillón, 2006, p. 821). Mientras que el arbitraje internacional, “contempla conflictos sobrevenidos como consecuencia de relaciones jurídico-privadas afectadas por elementos que no se vinculan en su totalidad a un único derecho nacional” (Merino & Chillón, 2006, p. 821). Los elementos que determinan la internacionalidad del arbitraje, materia de los próximos capítulos del presente trabajo de investigación pero que vale mencionar para tener una noción de la definición de arbitraje, tienen que ver con la nacionalidad, el domicilio o residencia de las partes, el derecho aplicable al fondo o al procedimiento, el lugar de la sede arbitral, la materia mercantil internacional, la nacionalidad de los árbitros o de las mercancías o el lugar de conclusión o ejecución del contrato (Merino & Chillón, 2006, p. 821).

Para definir cuando un arbitraje es internacional, se debe conocer los criterios para determinar la internacionalidad de un arbitraje, y para ello, se comenzará definiendo el término “internacional”. El Diccionario de la Real Academia Española, lo define, como aquello “perteneiente o relativo a dos o más naciones”. El catedrático Xavier Andrade (2005, p. 134), identifica dos tendencias que enmarcan al arbitraje como internacional. La primera de ellas, guarda relación con las *partes* de la disputa, es decir, cuando el lugar de domicilio, residencia o asiento de sus negocios se encuentra en Estados diferentes. Y la segunda de ellas, guarda relación con la *naturaleza* de la

disputa al comprometer intereses de comercio internacional, diferente al arbitraje internacional en inversiones.

Hierro y Conejero (2012, pp. 68-69) afirman que el criterio que se use para calificar un arbitraje como internacional se vuelve determinante al momento de aplicar las normas del procedimiento arbitral. La regulación del arbitraje se divide en dos sistemas: un *monista* y un *dualista*. El *sistema monista*, enmarca en una única y misma regulación legal al arbitraje comercial, tanto nacional como internacional; mientras que el *sistema dualista*, separa y distingue el arbitraje nacional del internacional. En consecuencia, la diferenciación entre el arbitraje nacional y el arbitraje internacional es muy importante establecerlo por estar regidos por distintas normas, el nacional por las normas del derecho interno de cada país y el internacional, principalmente, por los instrumentos internacionales de derecho privado (Andrade, 2005, p. 134).

Si bien ambos arbitrajes (nacional e internacional) se rigen por diferentes normas, parten de una misma definición, con principios y caracteres similares compartiendo en la historia de la humanidad un origen único que lo desarrollaremos en el siguiente sub capítulo.

El arbitraje internacional surge de la necesidad de solventar las controversias derivadas de las relaciones económicas internacionales, reflejados en los contratos internacionales que llevan incorporada la *cláusula compromisoria* o *cláusula arbitral* (Merino & Chillón, 2006, p. 822). Dicha cláusula, es definida por Roque Caivano (2011, p. 26) como “un contrato de derecho privado, inserto habitualmente como cláusula en un contrato principal, del mismo género que el compromiso, por el cual las partes contratantes se obligan a someter las cuestiones litigiosas que puedan surgir en el futuro en relación con el contrato principal al fallo de árbitros”.

La arbitrabilidad de una disputa es imprescindible al momento de determinar aquellas materias que pueden ser resueltas mediante arbitraje, por ejemplo,

aquellas que comprometan el orden público solo pueden ser resueltas mediante justicia estatal. La multiplicidad de leyes en el arbitraje internacional dificulta la determinación de si una disputa es o no arbitrable. “Es importante afirmar que en el arbitraje internacional el Derecho internacional prevalece sobre el Derecho nacional y muy difícilmente se admite que un Estado invoque reglas de su legislación interna que afecten a la validez del compromiso arbitral o del contrato”.

Por tanto, es rol de los árbitros admitir la arbitrabilidad o no de la disputa y de seguir con el proceso, para que posteriormente sea el juez quien admita no solo la arbitrabilidad de la cláusula, sino la ejecución del laudo (Jijón, 2006).

Alrededor del mundo, se han suscrito varios instrumentos jurídicos internacionales y nacionales para regular el desenvolvimiento del sistema arbitral en el campo de las negociaciones internacionales. Dichas convenciones multilaterales o tratados internacionales sobre arbitraje que han sido suscritas por los Estados, son parte del ordenamiento arbitral internacional de cada país (Salcedo, 2001, p. 166).

Elina Mereminskaya (2005, p. 4), sostiene que el arbitraje internacional no se incorpora al sistema de administración de justicia del Estado, por el contrario, los árbitros internacionales reciben su mandato gracias a la convención de las partes y por ello no representan a país alguno.

“El arbitraje internacional es distinto al doméstico, concebido éste como uno de los métodos de administración de justicia, en cuanto a su naturaleza, sus principios rectores y su relación con el derecho nacional (Mereminskaya, 2005, p. 4)”.

Para Rodrigo Jijón (2006, pp. 171-175), dentro de la doctrina de la no arbitrabilidad, es decir, de aquellas disputas que deben resolverse por medio de la justicia estatal son, entre otras, “asuntos en los cuales hay intereses

públicos, objeto del contrato ilícito, temas tributarios, reclamos que provienen de delitos y cuasidelitos, leyes de competencia o contra el monopolio, patentes y marcas, y bancarrota”. Si bien dichas materias deben ventilarse en cortes o tribunales estatales, está en discusión de si pueden ser arbitrables o no.

El arbitraje es una institución del derecho de justicia privada que tiene como fuente la convención, es decir, la voluntad de las partes de someter sus controversias a decisión de particulares ajenos al poder judicial, excluyendo la intervención de los tribunales estatales (Caivano, 2011, p. 21). De acuerdo, al Diccionario de la Lengua Española, *arbitraje* es la “acción o facultad de arbitrar”; y *arbitrar* es, “dicho de un tercero, resolver de manera pacífica un conflicto entre partes”.

El artículo 2 de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (2006, art. 2), por sus siglas CNUDMI (en adelante “CNUDMI”) sobre Arbitraje Comercial Internacional, define al arbitraje como, “cualquier arbitraje con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente la que haya de ejercitarlo”.

Para Xavier Andrade (2005, p. 131),

“... el arbitraje es un medio alternativo de solución de conflictos, mediante el cual una o más personas, llamadas árbitros o tribunal arbitral, resuelven definitivamente un conflicto planteado por otras que se han comprometido previamente a aceptar su decisión. En el ámbito internacional, el arbitraje constituye el medio de resolver disputas comerciales más aceptado por la comunidad de negocios. Se estima que un 90% de los contratos internacionales contienen cláusula arbitral”.

El arbitraje es un medio alternativo de solución de controversias, y de acuerdo a Jesús María Sanguino (2011, p. 1), el arbitraje cuenta con un proceso y jurisdicción propia. “El proceso es una secuencia o serie de actos que se

desenvuelven progresivamente, con el objeto de resolver, mediante un juicio de autoridad, el conflicto sometido a la decisión (Pacheco, 1993, p. 258)". El proceso en el arbitraje es indispensable para acabar el conflicto y la decisión que de allí surja se torna inimpugnable para no revivir la controversia (Sanguino, 2011, p. 1).

Para Ernesto Salcedo (2001, p. 37), el arbitraje es "un método alternativo idóneo de solución de conflictos intersubjetivos, nacido de las voluntades de las partes que deciden excluir sus controversias del proceso judicial, para obtener una decisión definitiva, inapelable, obligatoria y con características de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada que permitan su pronta ejecución".

David García (2015, p. 1.), define al arbitraje internacional como "una actividad jurisdiccional que, encomendada a uno o varios individuos (árbitros), que no son necesariamente funcionarios judiciales, que tienen por objeto resolver un conflicto de intereses de índole internacional".

La definición adoptada y analizada por Jesús María Sanguino (2011, pp. 1-3) es interesante, en virtud de que no considera al arbitraje como un "medio alternativo" de solución de conflictos, lo define como un "proceso jurisdiccional especial, encomendado transitoriamente a particulares, al que se llega por acuerdo previo de las partes o en el momento en que surja la controversia, quienes decidirán si la solución se hace en derecho o en equidad". El autor colombiano asegura que es una jurisdicción especial puesto que el arbitraje no le corresponde a los jueces ordinarios, sino es una jurisdicción de creación constitucional según la Constitución colombiana. Además, parte del presupuesto otorgado por María Moliner que entiende por "alternativo" a la "necesidad en que se encuentra alguien de elegir entre dos acciones incompatibles entre sí e igualmente malas y desagradables", reafirmando la orientación de tipo sociológico que los procesalistas le dan al proceso y enmarcan al arbitraje como un medio de solución de conflictos, siendo un proceso jurisdiccional que tiene como fin acabar con la controversia. En el

caso ecuatoriano es diferente, el artículo 190 de la Constitución de la República (2008, art. 190) concibe al arbitraje como un medio alternativo de solución de conflictos. En el arbitraje, contrato y jurisdicción son términos que “se funden armoniosamente, sin que excluya o prevalezca el uno sobre el otro”; y de igual manera, convenio y proceso son momentos claves y críticos en el arbitraje, tal como la sentencia arbitral que constituye un título obligatorio para las partes (Merino & Chillón, 2006, p. 819).

Estas definiciones sobre arbitraje ayudan a conceptualizar y delimitar el arbitraje internacional como una institución del derecho. Por tanto, cerraremos el presente sub capítulo con una definición de arbitraje internacional otorgada por José Merino y José Chillón en su Tratado de Derecho Arbitral (2006, pp. 822-823), que comprende y define claramente a ésta institución: “el Derecho del Arbitraje Internacional es el conjunto de normas establecidas como consecuencia de la caracterización internacional del arbitraje en función de los diversos elementos que en él concurren y del objeto sobre el que versa”.

1.2 HISTORIA DEL ARBITRAJE

“Dijo Aristóteles: las partes pueden preferir un arbitraje a un juicio, pues el árbitro busca la equidad mientras que el juez considera la ley” (Salvador, 2006, p. 183).

El arbitraje siempre ha existido y nos remontaremos a su origen en Grecia y Roma. En Grecia, “Demóstemes en Atenas, de acuerdo con el historiador Solón, muchos años antes de Cristo, ya expidió leyes sobre arbitraje en las que concedía al laudo un carácter definitivo, es decir, no apelable. Los historiadores Tucídides y Plutarco afirman que se sometían al arbitraje de una ciudad neutral, aquellos asuntos de importancia que surgían entre las ciudades-estados” (Salcedo, 2006, p. 23).

El arbitraje en Roma, tiene una base consensual, el gobernante no estaba encargado de administrar justicia, quienes resolvían las controversias entre cristianos eran los mismos obispos, que años más tarde fueron expresamente reconocidos por Constantino (Sánchez, 2005, pp. 7-8). El aporte más importante del Derecho Romano, fue el haber designado la función de administrar justicia a una persona diferente al gobernante (Salcedo, 2006, p. 23).

El arbitraje en la Edad Media es de carácter consensual, el jurista Ernesto Salcedo (2001, p. 25) afirma que, en palabras de Aylwin Azócar, “los burgueses, artesanos y comerciantes buscan justicia en sus gremios y corporaciones, en los grandes señores o en el rey o sus delegados. Los señores se la hacen por sí mismos o someten sus litigios a otros de ellos y al rey en calidad de árbitros. A medida que los poderes reales se robustecen, el arbitraje debe ser sometido al propio rey o a practicarse con su autorización, y aun a ser sustituido por la justicia pública. En los siglos XIII y XIV subsiste conjuntamente con las jurisdicciones estatales, ya en pleno desarrollo, como una práctica enteramente privada, pero de uso muy frecuente”.

En la Edad Moderna, en el año de 1560, en Francia, existía el Edicto de Francisco II, confirmado por la ordenanza de Moulins, que imponía el arbitraje forzoso en las diferencias que surgían entre los mercaderes. Dichas diferencias eran resueltas sumariamente por tres o más personas elegidas por las partes, y si no las escogían, el juez era quien las nombraba. En 1806, surgieron las Juntas de Conciliación, llamadas Colegios de Árbitros, formadas por hombres de gran rectitud que aconsejaban a las partes para resolver su conflicto. En el año de 1892, la Ley de fecha 27 de diciembre del mismo año, contempla un proceso de conciliación y arbitraje voluntario para resolver los conflictos colectivos de trabajo (Salcedo, 2006, p. 26).

La *lex mercatoria* se ha instaurado como un verdadero orden jurídico enriquecido a partir de la segunda guerra mundial, como una regla vinculante

de la conducta humana y como fuente creadora de derecho. Actualmente, la *lex mercatoria* ha tenido importantes cambios y avances en materia de arbitraje comercial, con el fin de reconstruir un *Ius Gentium* o una *lex mercatoria* libres de corrientes nacionales o derecho interno de cada país (Matute, 2002, p. 1).

En el Ecuador, el arbitraje se lo expone por primera vez en el año de 1887, como un medio para resolver el problema limítrofe con el Perú. El entonces Ministro Plenipotenciario del Perú en Quito, expresó al Ministro de Relaciones Exteriores del Ecuador, el arreglo de límites entre Perú y Ecuador por decisión arbitral ante el Rey de España, de manera definitiva e inapelable (Salcedo, 2006, p. 29).

En el año de 1942, Ecuador suscribió el Protocolo de Río de Janeiro en el que se determinó la línea divisoria entre Perú y Ecuador. Se constituyeron las Comisiones Delimitadoras y confirieron poderes al Capitán de Navío Braz Díaz de Aguiar, en calidad de árbitro, para que dirima los desacuerdos que pudieran suscitarse en dicha demarcación. Existió un desacuerdo que motivó a la apelación de ambos países, y el mencionado Capitán expidió un laudo definitivo en el año de 1945 que solucionó el conflicto. Perú apeló dicho laudo y en el año de 1947, el Capitán de Aguiar emitió un segundo fallo atentando contra los intereses del Ecuador. El problema terminó en el 1998, con la intervención de los árbitros de los países garantes del Protocolo de Río de Janeiro de 1942, obligándose, Perú y Ecuador, a respetar el fallo definitivo (Salcedo, 2006, pp. 29-31).

En el año de 1960, se expidió el Código de Procedimiento Civil en el que se incorporó el "Juicio por Arbitraje". En el año de 1997, se derogó y sustituyó dicho procedimiento especial por la Ley de Arbitraje y Mediación por contener disposiciones poco prácticas y formalistas, tanto para la cláusula compromisoria como para el procedimiento en sí (Salcedo, 2006, p. 31).

La nueva Ley de Arbitraje y Mediación de 1997, derogó y sustituyó la Ley de Arbitraje Comercial de 1963, que contenía normas ágiles y adecuadas para sustanciar las controversias ante los tribunales de arbitraje designados por las Cámaras de Comercio (Salcedo, 2006, p. 31).

Es importante recalcar, que el sistema arbitral se ha presentado como una institución alterna en contra de las deficiencias e ineficacias de la administración de Justicia del Estado, para sustituir al Poder Judicial en campos y actividades donde el sistema formal y estatal no es suficiente (Salcedo, 2006, p. 27).

Visto el desarrollo del arbitraje en la historia de la humanidad y al ser comprendido como una técnica que permite la resolución de controversias entre las partes, mediante la formación de un pacto para someterse al enjuiciamiento de un tribunal privado constituido por árbitros que, a través de un proceso, dirimen definitivamente la controversia dictando un fallo obligatorio (Merino & Chillón, 2006, p. 819), continuaremos con analizar al arbitraje comercial internacional y arbitraje internacional en inversiones.

1.3 ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

Para comprender el arbitraje comercial internacional se debe entender el comercio internacional. Las desavenencias ocurridas en su desarrollo y aplicación, son solucionadas a través del arbitraje. El comercio internacional “es el intercambio de mercancías y productos entre proveedores y consumidores de dos o más mercados nacionales o países distintos”, regulados por el derecho mercantil en dos niveles: el nacional y el internacional, cuya finalidad es normar a los productos y servicios (Barragán, 2003, pp. 1-13).

Las relaciones comerciales han adquirido una nueva forma de llevar las negociaciones mercantiles y la forma de solucionar sus diferencias. Han

surgido nuevas formas de contratación internacional entre los diferentes actores de la sociedad tales como el *franchising*, *joint venture*, *leasing*, entre otros (Sánchez, 2005, p. 24).

La globalización de la sociedad, plasmada en el comercio transfronterizo, no solo ha desarrollado al arbitraje internacional comercial, sino que ha sido armonizado para las legislaciones de los países actores del comercio (Mereminskaya, 2005, p. 1). La globalización de los sectores económicos ha generado un acercamiento en el mundo de los negocios mercantiles a través de figuras como la compra, venta, alquiler de bienes y servicios y/o transferencia de tecnología (Sanguino, 2011, p. 5).

Para Eliana Mereminskaya (2005, p. 2), la mundialización del arbitraje, especialmente el comercial, responde a dos grandes fenómenos. En primer lugar, a la actuación del Tribunal Irán – Estados Unidos de Norteamérica. Desde la década de los años 80, se acentuó la tendencia estadounidense de optar y afianzar la solución de diferencias por medio del arbitraje. Y en segundo lugar, con la finalización de la guerra fría en 1991 y con la caída del muro de Berlín, el capitalismo fue el modo de producción que se adoptó alrededor del mundo, la mayoría de los países competían arduamente por atraer las inversiones extranjeras, los cuales a través del arbitraje solucionaban sus diferencias. Como consecuencia de este fenómeno de “mundialización del arbitraje”, Mereminskaya sostiene que las legislaciones latinoamericanas, asiáticas y ex soviéticas introdujeron el arbitraje comercial internacional dentro de su marco jurídico por ser un medio neutro y eficaz para solucionar las disputas comerciales.

Claudia Matute (2015, p. 1) sostiene que el arbitraje comercial internacional tiene auge debido a dos razones. La primera de ellas, gracias a la intensificación de los intercambios comerciales a nivel mundial. La segunda razón, se debe al rechazo de las jurisdicciones estatales por parte de los

operadores económicos debido a las varias ventajas que el litigio arbitral ofrece.

A medida que los países latinoamericanos -región a ser tratada y analizada en el presente trabajo de investigación- incrementaron y fortalecieron sus vínculos comerciales con los países desarrollados, se reconoció gradualmente al arbitraje internacional como un mecanismo flexible, rápido y confiable para la resolución de controversias comerciales. Dicho cambio o reconocimiento del arbitraje internacional se llevó a cabo con la ratificación de tratados universales y regionales de arbitraje internacional y con la adopción de nuevas leyes o la modificación de las ya existentes (Hierro & Conejero, 2012, p. 59).

Como consecuencia de aquello, han surgido varios principios en materia de arbitraje internacional con el fin de unificar o armonizar los usos y normativas del comercio internacional. Los principios del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, por sus siglas UNIDROIT, son el resultado de dicha unificación o armonización y que cuentan con el respaldo de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (Matute, 2015, p. 1).

El arbitraje comercial internacional tiene dos grandes escuelas o criterios jurídicos dentro de las cuales puede ser delimitado (Hierro & Conejero, 2012, p. 69). Por un lado, está aquel propuesto por la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (en adelante, Ley Modelo), en la que se establece un elemento de extraneidad en la relación jurídica o en el litigio del mismo, respecto al domicilio de las partes, el lugar de arbitraje, lugar de ejecución del contrato, entre otras. Por otro lado, está el criterio otorgado por el modelo francés, del Código de Procedimiento de Francia, en el que se establece que el arbitraje es internacional cuando se pone en juego los intereses del comercio internacional (Andrade, 2009, p. 135). La mayoría de leyes relativas al arbitraje comercial internacional se han basado en la Ley Modelo, es decir, apuntan al criterio económico de “derechos patrimoniales”,

mientras que las legislaciones que adoptaron el sistema francés, apuntan al criterio de “materias de libre disposición” (Hierro & Conejero, 2012, pp. 66-74).

El Ecuador, retomando los criterios y la posición tomada por Hierro y Conejero, está en un tercer grupo que recoge a ambos, un *sistema híbrido*, que utiliza un criterio jurídico (Ley Modelo) y un criterio económico (sistema francés); cualquier materia o cuestión siempre y cuando no afecte el orden público (Hierro & Conejero, 2012, p. 70).

Actualmente, existen varias instituciones a nivel mundial que desarrollan y sustancian los procedimientos de arbitraje internacional, por ejemplo, la Corte de Arbitraje Internacional bajo el auspicio de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), la Corte Internacional de Arbitraje de Londres (LCIA), la Asociación Americana de Arbitraje (AAA) y la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC) (García, 2015, p. 1).

El arbitraje comercial internacional, está regulado por convenios, tratados internacionales o en modelo de leyes uniformes o reglamento de arbitraje. Se ha acentuado y ha sido regulado a través de la suscripción y ratificación de convenios internacionales (Sanguino, 2011, p. 9). La Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros de 1958, en adelante Convención de New York; y la Convención Interamericana sobre Arbitraje Internacional de 1975, en adelante Convención de Panamá, permitieron a los países latinoamericanos, como el Ecuador, a reconocer los acuerdos o convenios arbitrales y a reconocer y ejecutar los laudos arbitrales (Hierro & Conejero, 2012, pp. 60-61).

La Asamblea General de la ONU expidió y recomendó utilizar el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, mediante Resolución 31/98 del 15 de diciembre de 1976, que en definitiva resultó ser un modelo de reglamentación de 41 artículos que señala el desarrollo del procedimiento arbitral. Los países miembros

pueden usarla o no usarla, no constituye un convenio internacional (Sanguino, 2011, p. 9).

La Ley Modelo, expedida en el año de 1985, fue una gran herramienta legal a seguir para la armonización y perfeccionamiento de las leyes nacionales en materia de arbitraje comercial internacional. Entre su principales características, se encuentra la de haber regulado todas las etapas del proceso arbitral y el consenso mundial de optar por los principios de arbitraje internacional (Sanguino, 2011, p. 9); es por eso, que Hierro y Conejero (2011, p. 69) sostienen que es una de las fuentes del arbitraje comercial internacional. La Ley Modelo no regula temas tales como la litispendencia, cosa juzgada, límites objetivos y subjetivos del proceso, aquellos temas le corresponden al derecho interno de cada país, ya que la Ley Modelo, al igual que la Convención de New York y el Reglamento de Arbitraje, establecieron un nuevo marco jurídico unificado para la solución justa y eficaz de controversias nacidas de las relaciones comerciales internacionales (ONU, Sesión Plenaria No. 112). En resumen, la Convención de New York, es el marco jurídico para la ejecución de laudos arbitrales en el extranjero, es el instrumento más extenso y efectivo con más de 120 países adheridos y suscritos (Andrade, 2005, p. 142).

Finalmente, el 14 de junio de 1996, la CNUDMI, preparó el “Proyecto de Notas sobre la Organización del Proceso Arbitral”, cuya finalidad fue ayudar a los profesionales del arbitraje respecto de cuestiones en las que puede ser útil aportar decisiones en torno a la organización de un proceso arbitral. Si bien no es vinculante para los árbitros y para las partes, es una guía práctica para cuando no existan normas claras del procedimiento arbitral o de su organización (Sanguino, 2011, pp. 9-10).

El arbitraje comercial internacional, se ha instaurado como un sistema y medio eficaz para resolver las controversias en el campo de los negocios internacionales. Ofrece una amplia gama de métodos para dirimir las

controversias que se han establecido con la aprobación y ratificación de varios instrumentos internacionales (Feldstein, s.f., pp. 7-8).

1.4 ARBITRAJE INTERNACIONAL EN INVERSIONES

Para el jurista Omar García-Bolívar (2012, p. 1), el Derecho Internacional de Inversiones consiste en un “conjunto de reglas que protegen a la inversión y al inversionista extranjero frente a las acciones de los Estados receptores de la inversión”. Dicho derecho, está regido, en primer lugar, por los Tratados Bilaterales de Inversiones, conocidos por sus siglas TBIs o Bits (en inglés); y en segundo lugar, por los tratados multilaterales que abordan el tema inversión.

En términos generales, el arbitraje internacional en inversiones soluciona las diferencias en alguna parte de la operación que implicó la transferencia de bienes tangibles o intangibles de un país a otro, cuyo objetivo era usarlos en el país receptor para producir riqueza con el control total o parcial del dueño de dichos bienes (Morales, 2007, p. 48).

Existen dos sujetos dentro de la relación del arbitraje internacional de inversiones, el *inversionista* y el *Estado*. Para el *inversionista*, el derecho internacional de inversiones extranjeras, es un mecanismo de protección contra ciertas acciones del Estado, con la posibilidad de demandarlo ante instancias internacionales. La inversión resulta una forma de maximizar las ganancias. Para el *Estado*, el derecho internacional de inversiones extranjeras, es un mecanismo de protección de inversiones, que atrae capital para fomentar el desarrollo económico del país, es decir, financia su desarrollo (García-Bolívar, 2012, p. 1).

Según Dunker Morales (2007, p. 48), el objetivo principal del inversionista extranjero es ampliar sus operaciones e incrementar el volumen de sus ganancias, siempre y cuando se proteja su inversión con el auspicio de su país de origen, que visto en párrafos anteriores, se da a través de los instrumentos

jurídicos internacionales. Para los países de economías frágiles, la búsqueda y recibimiento de inversiones extranjeras, eventualmente, podrían mejorar sus economías y las condiciones de vida de sus ciudadanos.

En 1959, se suscribió el primer tratado de protección de inversiones extranjeras entre Alemania y Pakistán, creando un sistema de protección al inversionista y a la inversión extranjera. Hasta entonces, el arbitraje internacional de inversiones era manejado bajo las reglas del Derecho Internacional Público, siendo fuente de numerosas disputas. El inversionista ante una diferencias tenía dos opciones: la primera, demandar al Estado en tribunales locales; y la segunda, solicitar al Estado de su nacionalidad protección diplomática; sin embargo ninguna resultó suficiente y efectiva (García, 2015, p. 2). Para Jorge Stahl (1999, p. 175), el inversionista encontraba varias dificultades, políticas principalmente, para materializar la protección diplomática.

Consecuentemente, el Estado receptor de la inversión ante una diferencia, argumentaba y se defendía con instrumentos jurídicos tales como la Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados, postulada por las Naciones Unidas o la Doctrina Calvo. El inversionista, por su parte, relucía instrumentos tales como la Responsabilidad de los Estados por Lesiones a los Extranjeros, fórmulas de compensación total o valor de mercado en casos de expropiaciones. Actualmente, existen más de 2800 tratados de inversiones, de los cuales la mayoría son suscritos entre países desarrollados y países en desarrollo o en vías de desarrollo y un número muy reducido entre países desarrollados (García-Bolívar, 2012, p. 2).

Existen dos tipos de inversión extranjera: la pública (*oficial*), por medio de instituciones públicas; y la privada (*no oficial*), por medio de empresas privadas. La privada, a su vez, se divide en dos grupos principales: la una, la inversión extranjera directa, conocida por sus siglas IED; y la otra, la inversión de cartera. La más recurrida es IED. Los tratados internacionales tienden a ampliar el

alcance de la definición de inversiones para asegurar un gama más amplia de inversiones en general (Morales, pp. 48-49).

Los tratados bilaterales de inversión son los instrumentos por medio de los cuales se regula a la inversión extranjera. En la década de 1950, Estados Unidos diseñó e impulsó los Tratados Bilaterales de Amistad, Comercio y Navegación, los cuales resultaron ser poco atractivos para los países en desarrollo o en vías de desarrollo. Los países europeos, por otro lado, realizaron negociaciones que culminaron con la suscripción y ratificación de varios tratados bilaterales de inversión tal y como se expuso en líneas anteriores (Morales, 2007, p. 49).

En la década de 1980 y 1990, los Estados Unidos iniciaron con el Programa de Ejecución de Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) logrando suscripciones y ratificaciones masivas alrededor del mundo. Un tratado bilateral de inversión persigue tres objetivos. El primero, otorgar la protección adecuada a los inversionistas en los países receptores de la inversión. El segundo, la implementación y ejecución de políticas de mercado que brinden un trato justo y equitativo al inversionista. Y el tercero, incrementar el número de normas de derecho internacional en la materia de inversión. En la actualidad, existen más (Morales, 2007, p. 49).

En el año de 1966, se suscribió el Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio del CIADI o conocida como Convención de Washington), en el seno del Banco Mundial, cuyo objetivo fue brindar seguridad a los inversores extranjeros y así mitigar los condicionamientos que surgían del riesgo político, en otras palabras, se buscó crear el marco de un Tratado Internacional con 146 Estados signatarios, incluyendo al Ecuador. El convenio contiene una serie de reglas especializadas en conciliación y arbitraje (Stahli, 1999, pp. 173-176). Además, ésta convención creó el Centro Internacional de Arreglos de Disputas de Inversiones, por sus siglas CIADI, para dirimir las disputas legales de

inversiones que ocurran entre el inversionista extranjero y el Estado anfitrión (García, 2012, p. 3).

Para Morales (2007, pp. 49-50), los TBIs no solo norman los aspectos procesales sobre la inversión extranjera, establecen al arbitraje como un foro internacional neutral de solución de diferencias. Las controversias relativas a inversiones son muy diferentes a las controversias comerciales. En primer lugar, el monto de la controversia, en la mayoría de los casos, supone de montos superiores a los montos derivados de controversias comerciales. En segundo lugar, las controversias relativas a inversiones contienen connotaciones políticas, pues el laudo final podría involucrar la economía del Estado receptor y afectar sus inversiones.

En los últimos años, América Latina ha recibido un gran número de inversión extranjera con el fin de promover el desarrollo económico en un mundo globalizado (Marchán, 2006, p. 193). Para Dunker Morales (2007, p. 49), éste desarrollo respondió a los lineamientos y fenómeno de la globalización. Los inversionistas, ante la inestabilidad política y económica en la región causada por la globalización, que no brinda la seguridad jurídica suficiente para la resolución de controversias, requieren de un agente externo dirimente para hacer efectivo el retorno de sus capitales invertidos (Marchán, 2006, pp. 193-194).

A partir de la década de 1980, la mayoría de los TBIs señalaban al CIADI como el centro de solución de diferencias. Para los Estados no contratantes, se desarrolló un “Mecanismo Complementario” al CIADI en 1978, muy diferente a la Convención de 1965. Omar García-Bolívar (2012, p. 4) señala que el mecanismo complementario del CIADI, opera cuando uno de los dos estados (anfitrión o país del inversionista extranjero) no es parte de la Convención de 1965 (más no los dos), sin embargo ha prestado su consentimiento arbitral. Ambas partes pueden acceder a la jurisdicción del CIADI para dirimir la disputa que debe basarse estrictamente en materia de inversiones.

Existen algunos TBIs que dan la posibilidad de someter la diferencia bajo las normas procesales de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) (Morales, 2007, pp. 49-50).

Para acudir a la jurisdicción del CIADI, se deben cumplir ciertos requisitos que se estipulan en su Convenio. De acuerdo al Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio del CIADI, existen 6 puntos sensibles respecto a la jurisdicción del Centro (Informe Directivos Ejecutivos, pp. 43-45). En primer lugar, el consentimiento de las partes debe darse por escrito y no puede ser revocado unilateralmente. En segundo lugar, la naturaleza de la diferencia debe surgir directamente de una inversión. En tercer lugar, las partes de la diferencia deben ser, por un lado, un Estado contratante (o una subdivisión política u organismo público de un Estado contratante), y por otro lado, un nacional de otro Estado contratante (inversionista). En cuarto lugar, respecto a las notificaciones por parte de los Estados contratantes, en el sentido de que éstos deben notificar anticipadamente al Centro las clases de diferencias que aceptarían someter o no a la jurisdicción del Centro. En quinto lugar, el arbitraje como procedimiento exclusivo siempre y cuando los Estados contratantes no hayan reservado el derecho de acudir a otras vías o hayan exigido el agotamiento de otras vías legales o judiciales. Finalmente en sexto lugar, las reclamaciones provenientes por parte del Estado del inversionista, el inversionista no puede quedar en posición de pedir a su Estado que respalde su caso ni se puede permitir que su Estado lo haga, por tal motivo, se prohibió en el artículo 27 del Convenio del CIADI, otorgar protección diplomática o iniciar una reclamación internacional, a no ser que exista incumplimiento en el acato del laudo.

En síntesis, el arbitraje internacional en inversiones cuenta con principios propios plasmados expresamente en la Convenio del CIADI, doctrina y jurisprudencia, que entre otros, son (García-Bolívar, 2012, pp. 4-5):

1. “El arbitraje de inversiones es respecto a disputas legales de inversiones: materia de inversiones y no comercio;

2. El arbitraje de inversiones ante el CIADI está sujeto a ciertas condiciones: consentimiento de las partes;
3. Hay otros tipos de arbitrajes de inversiones: otros centros arbitrales o arbitrajes ad-hoc, siempre y cuando exista el consentimiento de las partes;
4. El arbitraje de inversión está sujeto a una legislación específica: normas del CIADI, disposiciones del Tratado en cuestión o disposiciones contractuales;
5. El objetivo del CIADI: mecanismo de resolución de disputas entre Estados soberanos e inversionistas extranjeros”.

Para finalizar este subcapítulo, es importante tener presente en materia de inversiones, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. El artículo 31 del tratado citado establece que: “un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”; por tanto, la Convención del CIADI al igual que los TBIs, deben ser interpretados acorde a la Convención de Viena de 1969 (García-Bolívar, 2012, pp. 4-5).

1.5 IMPORTANCIA Y FINES DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL

El arbitraje resuelve de forma definitiva una controversia a través del poder jurisdiccional originado en un contrato. El arbitraje se lo ejerce por medio de particulares llamados árbitros que han sido designados y confiados por las partes de la controversia (Merino y Chillón, 2006, p. 877).

El arbitraje internacional tiene como fin, establecer un sistema mundial uniforme de solución de controversias para desarrollar e impulsar los negocios internacionales (Andrade, 2005, p. 132). Para Jijón (2006, p. 167), los tratados y convenciones crean Cortes Internacionales de Justicia para resolver conflictos, los Estados reconocen la facultad de los particulares para solucionar

sus conflictos internacionales por la vía del arbitraje internacional, siendo fundamental determinar la arbitrabilidad de dichas disputas.

El arbitraje internacional es una herramienta útil para la resolución de conflictos. Sin embargo, las partes deben estar lo suficientemente instruidas con sus instituciones y sus reglas, caso contrario, estarían situándose en una posición de alto riesgo y poco ventajosa (Jijón, 2006). El arbitraje como institución, es un medio rápido, eficaz y de bajo costo que busca resolver las controversias suscitadas en el campo de los negocios internacionales como una alternativa para evitar acudir al engorroso, lento y costoso proceso como es la justicia ordinaria (Salcedo, 2006, p. 165).

La justicia estatal es, en esencia, formalista. El derecho procesal y sus reglas tienden a imponer limitaciones a los comerciantes, como tiempo, solemnidad y terminología. Uno de los principios por los cuales se rige el procedimiento jurisdiccional es la publicidad, principio a través del cual el comerciante se expone ante el riesgo que se desvele o revele secretos comerciales e información sensible que por su naturaleza es confidencial (Salvador, 2006). La confidencialidad del arbitraje, permite a las partes que sus diferencias se mantengan en secreto y su imagen no sea afectada, a más de minimizar el riesgo de exponer sus secretos industriales, información confidencial y demás información sensible (Andrade, 2005, p. 149). Por otro lado, en la justicia ordinaria, existe el riesgo de que el juzgador -el juez-, no cuente ni tenga el conocimiento o experticia suficiente de la actividad comercial, motivo del juicio, pudiendo dañar o menoscabar a las partes y a su finalidad. Por ende, bajo estos aspectos, el arbitraje resulta una aspiración a una justicia mejor administrada (Salvador, 2006).

El arbitraje internacional comercial, es una herramienta para el comerciante, resuelve las controversias según sus usos y costumbres propias, *lex mercatoria*; ajenas a las normas comerciales del Estado o leyes internacionales (Salvador, 2006, p. 184).

El poder judicial de varios países, como el del Ecuador, no está lo suficientemente dotado para dirimir las controversias surgidas de las relaciones económicas internacionales, puesto que superan la eficacia y el conocimiento técnico de los jueces ordinarios. Por el contrario, el arbitraje, regido bajo la voluntad de las partes, otorga flexibilidad y agilidad a las mismas, pudiendo elegir libremente la institución o centro de arbitraje, el procedimiento y las normas aplicables al litigio, así como el logro de los fines del derecho (justicia) con la expedición de un laudo justo y rápido (Salcedo, 2001, p. 166).

Para el jurista Ernesto Salcedo (2001, p. 167), las transacciones internacionales implican el intercambio de bienes, tecnología, servicios y personas. Consecuentemente, el arbitraje internacional es la institución jurídica más adecuada a las necesidades y requerimientos de los negocios internacionales.

En el caso del arbitraje internacional de inversiones, el inversionista, cuyo fin es incrementar sus ganancias, junto con su país de origen, busca establecer un espacio neutral para la solución de diferencias. Siendo en muchos casos, el arbitraje internacional, la herramienta necesaria al considerar que los tribunales domésticos en los países receptores de la inversión, carecen de parcialidad (Morales, 2007, p. 48).

Según el catedrático Xavier Andrade (2005, p. 139), la principal ventaja del arbitraje internacional guarda relación con la neutralidad y la flexibilidad del proceso. El autor asegura que una disputa internacional resuelta por la corte de un determinado país o por alguna corte de los países en conflicto, difícilmente es neutral, brinda igualdad de condiciones y mismas oportunidades procesales, las cuales muchas de las veces se desarrollan en un entorno judicial y legal diferente y en idioma diferente, creando disparidad entre las partes. Mientras que el arbitraje logra alcanzar una cierta flexibilidad en la estructuración del proceso, al poder convenir libremente el lugar del arbitraje, la jurisdicción del tribunal, las reglas sustantivas y adjetivas aplicables y/o el

idioma el proceso, eliminando las ventajas que puedan resultar de una parte frente a la otra. Éste principio de neutralidad lo vemos plasmado en el artículo 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación que a continuación se transcribe:

“...Toda persona natural o jurídica, pública o privada, sin restricción alguna es libre de estipular directamente o mediante referencia a un reglamento de arbitraje todo lo concerniente al procedimiento arbitral, incluyendo la constitución, la tramitación, el idioma, la legislación aplicable, la jurisdicción y la sede del tribunal, la cual podrá estar en el Ecuador o en país extranjero...” (Andrade, 2005, p. 140).

La posibilidad de elegir un foro neutral para la solución de controversias que otorgue un sentimiento de seguridad, confianza y en igualdad de condiciones para las partes en disputa, que eviten molestias, gastos excesivos y pérdidas de tiempo que genera la justicia ordinaria, es el beneficio final del arbitraje internacional (Feldstein, s.f., p. 3).

Claudia Matute (2015, p. 13), en relación con lo manifestado por los autores anteriores, sostiene que el arbitraje comercial internacional se ha establecido como un medio eficaz para resolver litigios, debido a la rapidez, confidencialidad, flexibilidad y amplia gama de métodos para resolver los conflictos. Cuenta con gran aceptación por parte de sus destinatarios y se ha convertido en la forma de solucionar conflicto más recurrido en el comercio internacional. La denomina “*justicia del futuro*”, gracias a su eficacia jurídica, celeridad, economía y sometimiento a reglas procesales menos formalistas que las de la justicia ordinaria.

El reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales ayudan a afianzar al arbitraje como un medio de solución de diferencias. Muchas cortes de países de alrededor del mundo, en especial de los países en vías de desarrollo, se mostraban reacios en reconocer y ejecutar los laudos arbitrales debido a que cuestionaban su jurisdicción y competencia identificando dos problemas en la

ejecución, pudiendo considerarse dos desventajas. En primer lugar, el trámite se tornaba complicado ya que la mayoría de laudos arbitrales son denegados por falta de jurisdicción del tribunal extranjero. El interesado debe obtener dos *exequátor*, la primera, en el país donde se dictó el laudo; y la segunda, en el país donde se pretende ejecutar dicho laudo. En segundo lugar, debido a que la ejecución de sentencias no es global, siendo regional o dentro de un grupo de países, se retardaba la justicia o equidad en la rapidez de los negocios que se requiere. Cabe mencionar, que la carga de la prueba recaía sobre la parte que se opone al reconocimiento y ejecución del laudo (Andrade, 2005, p. 142).

En fin, el arbitraje internacional, para Jesús María Sanguino (2011, p. 14), es el mecanismo procesal más adecuado e idóneo para resolver las controversias que surgidas en los contratos mercantiles internacionales. Es el resultado de una crisis en la justicia civil, por ser poco accesible y donde el derecho a la tutela efectiva es violentado y no cumplido, además de lenta e ineficaz.

Observamos pues que el arbitraje internacional tiene mayores ventajas que la justicia ordinaria, principalmente, en el arbitraje comercial internacional. El fin principal es ser un medio de solución privada a las diferencias surgidas entre los agentes del comercio internacional y nacional (García, 2015, p. 1). Las ventajas principales resumidas por Xavier Andrade (2005, pp. 139-152) son, entre otras: *neutralidad y flexibilidad, inapelabilidad, confidencialidad y rapidez*.

2. CAPÍTULO II. ARBITRAJE INTERNACIONAL EN EL DERECHO COMPARADO

2.1 ARBITRAJE INTERNACIONAL EN BRASIL

Hasta el año de 1996, Brasil era considerado un país que ponía resistencia en aceptar el arbitraje internacional comercial. Contaba con una legislación obsoleta que ponía trabas y resultaba poco atractiva para desarrollar el arbitraje internacional. Entre otros aspectos y dando un ejemplo de la ley anterior a la del año de 1996, si una de las partes no cumplía con la cláusula arbitral, la otra debía asumir los daños y perjuicios a través de una indemnización (Bueno & Almeida, 2006, p. 290).

La Ley No. 9.307 de fecha 23 de septiembre de 1996 sobre Arbitraje, está basada en varias legislaciones, principalmente en la Ley Modelo de la CNUDMI y la Ley Española de Arbitraje de 1988. Sin embargo, la ley brasileña de arbitraje es peculiar ya que no hace diferencia entre el arbitraje nacional y el arbitraje internacional, teniendo prácticamente el mismo tratamiento y los mismos procedimientos para ambos arbitrajes. En lo que sí hace énfasis, es el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras (Hierro & Conejero, 2012, p. 184). Hasta 1996, se recurría al sistema de doble exequátor, tanto en la corte del país en donde la decisión fue pronunciada como en la corte brasileña, que debían reconocer dicha decisión a más de verificar que se han cumplido con las disposiciones legales referentes a la materia (Bueno & Almeida, 2006, p. 290).

El artículo 34 de la referida ley (Ley No. 9307, art. 34), define a la sentencia arbitral extranjera como "*aquella que ha sido pronunciada fuera del territorio nacional brasileño*". El reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, se hará conforme a lo establecido en los tratados internacionales con eficacia en el ordenamiento interno, con la homologación del Supremo Tribunal de Federal.

En Brasil siempre ha existido el arbitraje comercial privado. Cuando Brasil era colonia de Portugal, se sabe que las Ordenaciones Portuguesas, vigentes hasta el siglo XIX, disponían varias normas civiles que preveían al arbitraje como un método para la solución de controversias en materia civil a través del nombramiento de árbitros elegidos por las partes. La Constitución brasileña de 1824, reconoce al arbitraje como un método de solución conflictos en materia civil, y a partir de 1831, ya existían leyes que hacían referencia al juicio arbitral (Hierro & Conejero, 2012, p. 179).

Con la apertura de su economía hacia el mundo, Brasil tuvo la necesidad inmediata de construir un estructura de arbitraje para atraer la inversión extranjera (Bueno & Almeida, 2006, p. 291). La institución del arbitraje fue introducida en el Código Civil de 1916, debido al aumento de las relaciones comerciales con el resto del mundo. El arbitraje fue concebido con un sistema extrajudicial de solución de conflictos. El principal problema que presentaba la utilización del arbitraje, es que las leyes no contemplaban la validez y eficacia de la cláusula compromisoria en los contratos, únicamente contemplaban la cláusula arbitral, que a diferencia de la cláusula compromisoria, las partes la firmaban una vez surgida la controversia. Otro problema que surgía en la legislación brasileña, es que los laudos arbitrales nacionales debían ser homologados mediante juicio estatal por razón de competencia y los laudos arbitrales extranjeros debían ser sometidos a doble homologación, en el país extranjero y en el Brasil (Hierro & Conejero, 2012, pp. 179-180).

Hasta aquel entonces, existían dos problemas básicos en Brasil al momento de recurrir al arbitraje como un método alternativo de solución de controversias. Por un lado, la falta de reconocimiento de la cláusula compromisoria en los contratos; y por otro lado, la homologación de los laudos arbitrales por los jueces estatales, tanto nacionales como extranjeros. A esto se suma, la insuficiencia de instrumentos internacionales suscritos y ratificados. Brasil únicamente era signatario del Protocolo de Ginebra de 1923, que si bien reconocía la validez y eficacia de la cláusula compromisoria en los contratos,

su derecho interno no se adecuaba a tales requerimientos. Ante semejantes frustraciones por lograr consolidar el arbitraje como institución y gracias a la tendencia del resto de países latinoamericanos por introducir y modernizar al arbitraje, Brasil a partir de la década de los años 90 impulsó importantes reformas a su Código de Procedimiento Civil. Finalmente, el 23 de septiembre de 1996, se expidió la Ley Brasileña de Arbitraje o Ley No. 9.307 (Hierro & Conejero, 2012, p. 180).

Dicha norma derogó todas las normas anteriores respecto el arbitraje, reconociendo la validez y eficacia de la cláusula compromisoria y eliminando la homologación para los laudos arbitrales nacionales y la doble homologación para los laudos arbitrales extranjeros. En consecuencia, Brasil pasó a ser una jurisdicción abierta al arbitraje (Hierro & Conejero, 2012, pp. 180-181).

Como consecuencia inmediata de la nueva ley, el arbitraje fue reconocido poco a poco por la legislación brasileña (Bueno & Almeida, 2006, p. 291). El Supremo Tribunal Federal de Brasil se pronunció el 12 de diciembre de 2001, respecto el proceso de reconocimiento de una decisión arbitral dictada en España por considerarse inconstitucional, por excluirse al Poder Judicial de conocer una lesión o amenaza al derecho. El tribunal brasileño falló reconociendo la constitucionalidad de la Ley de Arbitraje del país, siempre y cuando cualquier acto que se someta al arbitraje como un método alternativo de solución de controversias, en el cual las partes elijan una tercera persona para que dirima y juzgue su conflicto, no sea percibido como una renuncia a cualquier derecho de acción, tornando como inadmisibles el arbitraje (Hierro & Conejero, 2012, p. 181).

Finalmente, otro hecho que institucionalizó el arbitraje en Brasil, fue la suscripción y ratificación del Convenio de New York en el año 2002. Brasil había suscrito y ratificado en años anteriores instrumentos internacionales regionales, tales como la Convención de Panamá en 1995, el Protocolo de las Peñas en 1996, respecto del reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros

dictados en los países del Mercosur (Mercado Común del Sur), y la Convención de Montevideo (Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de 1979) en 1997, pero fue la Convención de New York, el principal instrumento legal que brindó, a los mismos brasileños y extranjeros, la seguridad jurídica y económica necesaria para realizar inversiones (Hierro & Conejero, 2012, p. 182). Hasta entonces, Brasil adoptaba una postura que favorecía y daba preferencia a las iniciativas regionales (Bueno & Almeida, 2006, p. 291).

Con la suscripción y ratificación del Convenio de New York, Brasil eliminó su preferencia de adoptar solamente tratados o instrumentos internacionales regionales. Asimismo, otorgó una garantía adicional al inversionista extranjero y su compromiso por adecuar las reglas modernas y mundiales respecto al arbitraje internacional (Bueno & Almeida, 2006, p. 297).

Cabe mencionar, que en el año 2003, tras la ratificación de la Convención de New York, Brasil junto con Argentina, Paraguay y Uruguay suscribieron el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial en el Mercosur, que tuvo por objeto regular el arbitraje como un medio alternativo privado de solución de controversias surgidas de los contratos comerciales internacional, que se suscriban entre personas físicas o jurídicas de derecho privado (Acuerdo sobre Arbitraje Comercial en el Mercosur, art. 1). El mencionado acuerdo tuvo lugar como respuesta al proceso de integración de las naciones mencionadas, además del incremento de relaciones jurídico-económicas de las mismas (Dreyzin de Klor, 1999, pp. 74-75).

Para Hierro y Conejero (2012, pp. 182-184), los tres eventos antes descritos, primero, la aceptación de la validez y eficacia de la cláusula compromisorio en los contratos; segundo, la eliminación de la doble homologación para laudos arbitrales extranjeros; y tercero, la ratificación de la Convención de New York, permitieron afianzar el arbitraje como método confiable de solución de conflictos, y como observamos en líneas pasadas, el arbitraje internacional en

sí. Así Brasil no haya adaptado textualmente la Ley Modelo de la CNUDMI a su legislación, la ley brasileña de arbitraje estuvo influenciada de alguna manera por éste última y por la Convención de New York (Bueno & Almeida, 2006, p. 291).

El poder judicial de Brasil, constituido en el Tribunal Supremo Federal, es el organismo encargado de reconocer y ejecutar una sentencia arbitral extranjera y acorde a lo establecido en la Convención de New York, únicamente revisa y analiza los aspectos formales del laudo arbitral, más no los aspectos de fondo. Las únicas denegaciones se dan, entre otras, por la ausencia de prueba de consentimiento al convenio arbitral y por violación al orden público del Brasil. Como consecuencia, Brasil es un país apetecido para llevar a cabo arbitraje internacionales, pues la elección de una ley de origen diferente a la del Brasil, no implica, para el ordenamiento jurídico interno brasileño, que sea una ofensa o violación al mismo (Hierro & Conejero, 2012, pp. 203-204).

Una de las críticas más contundentes al sistema de homologación y ejecución de sentencias arbitrales en Brasil, es que el Código de Proceso Civil exige que las sentencias arbitrales extranjeras deben ser reconocidas por las cortes brasileñas, no obstante que el procedimiento se lo lleve a cabo ante el Tribunal Supremo Federal. Por tanto, la homologación de dicha sentencia arbitral extranjera debe ser reconocida por el Poder Judicial, y en este puntual caso, antes cortes de rango inferior, siendo criticado al no ser una corte de rango superior. No obstante, este proceso resulta ventajoso por la celeridad que se las da al contar con mayor número de funcionarios públicos y al estar menos cargadas de procesos que el Tribunal Supremo Federal (Bueno & Almeida, 2006, p. 300).

Otro aspecto importante de la Ley Brasileña de Arbitraje, es que las entidades del Estado pueden someterse al arbitraje para resolver conflictos, que en palabras de los autores Hierro y Conejero (2012, p. 187), son “actos de gestión”, es decir, actos de carácter económico. Existen dos restricciones para

arbitrajes de las entidades del Estado, por un lado, la sede de arbitraje debe ser en Brasil; y por otro lado, debe ser llevado en lengua portuguesa (Bueno & Almeida, 2006, p. 295).

En el año 2009, Brasil fue el cuarto país a nivel mundial en recurrir al arbitraje en la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, por sus siglas CCI, y en el año 2010, ocupó el quinto lugar. En los mismos años, Brasil ocupó el puesto décimo y undécimo de países en el mundo con mayor cantidad de designaciones como sede de arbitraje. Las principales instituciones de arbitraje a las cuales los brasileños recurren para soluciones sus controversias son: la *London Court of International Arbitration*, por sus siglas *LCIA*, la *American Arbitration Association*, por sus siglas *AAA*, y la *International Centre for Dispute Resolution*, por sus siglas *ICDR*. De acuerdo al estudio realizado por Selma María Ferreira Lemes, en el año 2008, Brasil recibió, por concepto de arbitrajes comerciales, un aproximado de 844 millones de reales brasileños, correspondiente a un aproximado de 271 millones de dólares norteamericanos (xe.com); mientras que el año 2009, fue un aproximado de 2.200 millones de reales brasileños, correspondiente a un aproximado de 707 millones de dólares norteamericanos (xe.com, s.f.) (Hierro & Conejero, 2012, pp. 208-209).

Otro punto clave para el reconocimiento y aceptación del arbitraje en Brasil, fue la cooperación del Poder Judicial, especialmente, en aquellos casos en que el arbitraje necesita la tutela y el apoyo de un órgano judicial para que se desarrolle regularmente. Por ejemplo, cuando existe el caso en que una cláusula compromisoria está vacía y una de las partes se recusa de continuar con el arbitraje, el Poder Judicial sustituye a dicha parte y fija el contenido y alcance de del compromiso y se continua con el proceso arbitral. En términos generales, el Poder Judicial en Brasil ha sido pro-arbitraje (Bueno & Almeida, 2006, pp. 298-302).

2.2 ARBITRAJE INTERNACIONAL EN COLOMBIA

La ley que regula el arbitraje en general y, puntualmente, el arbitraje internacional en Colombia, es la Ley No. 1563 promulgada con fecha 12 de julio de 2012 (Alcaldía de Bogotá.com). Es una ley que “contempla un régimen arbitral dualista”, por un lado, normas que regulan al arbitraje internacional, que a su vez están basadas en la Ley Modelo de la CNUDMI; y por otro lado, normas que regulan al arbitraje interno, muy diferentes al internacional (Rodríguez, 2012, p. 380).

Anteriormente, existía la Ley No. 315 promulgada con fecha 16 de septiembre de 1996. Dicha norma, de brevísima extensión (cinco artículos), regulaba todo lo relacionado con el pacto arbitral internacional; la normativa aplicable al arbitraje internacional; definía al laudo arbitral extranjero y preveía en los contratos con personas extranjeras, respecto la construcción u operación de bienes de servicio público, sean de financiamiento a largo plazo o sean de sistemas de pago del mismo; e instauraba el arbitraje como un método de solución de controversias bajo la dirección de algún Tribunal Arbitral Internacional (Hierro & Conejero, 2012, pp. 215-216).

La Ley No. 315 de 1996 al ser una normativa sumarásima, dejaba de lado algunos temas específicos relativos al arbitraje internacional que ocasionaban ciertos problemas. No reglamentaba debidamente, por ejemplo, los requisitos formales del pacto arbitral, la ley sustancial aplicable o el procedimiento arbitral en sí. Las partes arbitrales tenían la libertad de determinar las normas para sustanciar la controversia y las normas para realizar el procedimiento arbitral, otorgando la libertad de escoger entre las normas de un reglamento de arbitraje de un centro o las normas de un Estado. Por ende, a falta de norma específica en Colombia respecto el arbitraje, se debía recurrir al Código de Procedimiento Civil (Hierro & Conejero, 2012, p. 216).

La primera ley que data en Colombia y hace referencia al arbitraje, es la Ley No. 105 del año 1890 en la cual se estableció, que las controversias derivadas entre personas capaces de transigir, pueden ser sometidas a arbitrajes, siempre que la permita dicha transacción. Años más tarde, se promulgaron las leyes No. 103 y No. 105, en el año 1923 y 1931, respectivamente, que regulaban a las Cámaras de Comercio, las cuales dentro de sus atribuciones, se les concedía la facultad de ser tribunales de comercio para resolver como amigable componedor o árbitro las diferencias que surjan entre los comerciantes (Sanín, 2012, p. 26).

El Código de Procedimiento Civil de 1970, estipuló y regló los requisitos que debían seguirse para que un laudo arbitral extranjero sea reconocido y ejecutado en territorio colombiano y los requisitos para hacer eficaz el exhorto con pruebas ordenadas por un tribunal extranjero. Sin embargo, surgió la discusión de si dichas disposiciones debían estar contenidas en el Código de Procedimiento Civil o en el Código de Comercio, introduciéndose en ambas normas. Por más de que el Decreto No. 2279 del año 1989 las haya derogado, en 1991 por decreto se volvieron a considerar las disposiciones anteriores y fueron introducidas mediante Decreto No. 2651. Este decreto realizó profundos cambios en materia de arbitraje, fuertemente criticados por la rigidez en torno a los trámites. Existieron un par de reformas con decretos posteriores en donde se facultó al gobierno colombiano recopilar información relativa al arbitraje, a la amigable composición y a la conciliación en equidad, que dieron nacimiento al Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos en 1998 (Sanín, 2012, p. 27).

Hasta entonces, el arbitraje internacional en Colombia estaba regulado por la antes mencionada Ley No. 315 de 1996 y el Decreto No. 1818 de 1998 (Rodríguez, 2012, p. 381). La Ley No. 315 de 1996 no contenía una definición de arbitraje internacional, solamente lo definía con 5 criterios determinantes, a más de que era internacional cuando las partes así lo pactaban. Un aspecto singular de esta ley era, para que un arbitraje fuera internacional, no bastaba

que una de las partes fuera extranjera, sino que el lugar del arbitraje debía encontrarse fuera del Estado en que las partes tenían sus domicilios (Hierro & Conejero, 2012, pp. 216-217).

Finalmente, el 12 de julio de 2012 se promulgó la Ley No. 1563, la cual entró en vigor el 12 de octubre de 2012 (Rodríguez, 2012, p. 381), derogando todas las normas anteriores sobre arbitraje nacional e internacional, consagrándose como un completo Estatuto sobre Arbitraje Nacional e Internacional (Sanín, 2012, p. 27).

Para Anne Marie Mürrle (2012, Portafolio.co), la Ley No. 1563 del 2012, significó un importante avance para Colombia. Por un lado, lo situó como un país desarrollado en la materia de arbitraje, al igual de Perú o Suiza, teniendo como referencia la Ley Modelo de la CNUDMI. Por otro lado, la reciente ley posicionó a Colombia como un país atractivo al arbitraje internacional y que se lo considere como sede importante y atractiva para llevar a cabo arbitrajes internacionales. Es por esto la notoria diferencia que la ley realiza entre el arbitraje interno y el arbitraje internacional, el arbitraje interno asemejado a un proceso judicial, mientras que el arbitraje internacional bajo una estructura netamente arbitral (Rodríguez, 2012, p. 381-417).

Como ya se observó, la Ley No. 1563 del 2012 “por medio del cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones” (Ley No. 1563, p. 1), contiene normas claras y amplias respecto al arbitraje nacional e internacional. La Ley No. 1563 está compuesta por cuatro secciones: la primera sección, sobre arbitraje nacional; la segunda sección, sobre la amigable composición; la tercera sección, sobre el arbitraje internacional; y la cuarta sección, sobre el arbitraje social. Para efectos del presente trabajo investigativo, nos limitaremos a analizar la sección tercera de la ley, sobre arbitraje internacional, que comienza en el artículo 62 y termina en el artículo 116 (Sanín, 2012, p. 28).

El artículo 62 de la Ley No. 1563 comienza definiendo cuando un arbitraje es internacional y brinda taxativamente los siguientes supuestos (Sanín, 2012, p. 49). En primer lugar, el arbitraje es internacional cuando las partes al momento de celebrar el acuerdo arbitral tienen sus domicilios en diferentes estados. En segundo lugar, el arbitraje es internacional cuando el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar en el cual el objeto del litigio tiene una relación más estrecha, está situado fuera del Estado en el cual las partes tienen su domicilio. Y en tercer lugar, cuando la controversia lesione intereses del comercio internacional (Ley No. 1563, art. 62).

La reciente ley colombiana establece que para la interpretación del arbitraje internacional debe tomarse en cuenta su carácter de internacional y la necesidad de promover su uniformidad en la aplicación y la buena fe en todo el proceso. Asimismo, dicha ley contempla y norma el acuerdo de arbitraje, a manera de cláusula compromisoria o acuerdo independiente, debiendo versar por escrito. Define al acuerdo arbitral como “aquel por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas o algunas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no (Ley No. 1563, art. 69)”. Laura Sanín Escobar, concluye en este punto, que la normativa de ley colombiana es muy similar a la Ley Modelo de la CNUDMI, fuente principal de la norma en mención (Sanín, 2012, pp. 49-50).

Un aspecto importante de la referida ley, es dentro del capítulo relativo a la composición del tribunal arbitral, es que los árbitros no necesitan ser abogados y para poder representar a las partes, la nacionalidad no será vista como un obstáculo y tampoco se requiere la habilitación como abogado en el lugar de la sede del arbitraje ni poseer dicha nacionalidad. Además, una vez constituido el tribunal arbitral, en virtud del principio “*kompetenz-kompetenz*”, éste puede decidir sobre su propia competencia (Sanín, 2012, p. 50) (Ley No. 1563, art. 73 y 79).

En el siguiente capítulo, en lo relativo a las medidas cautelares y órdenes preliminares, Laura Sanín (2012, p. 50), resalta la importancia de solicitar una orden preliminar por alguna de las partes, con la finalidad de ordenar a la otra parte que no frustre la finalidad de la medida cautelar solicitada. Adicionalmente, en el capítulo relativo a la sustanciación de las actuaciones arbitrales, la misma autora rescata la posibilidad del tribunal arbitral o de las partes en demandar a las autoridades judiciales la práctica de pruebas.

Un tema peculiar de la Ley No. 1563, es que en el capítulo sobre la impugnación del laudo, acepta a las anulaciones como únicas acciones judiciales contra un laudo arbitral, de acuerdo a las causales previstas en el mismo capítulo y que textualmente se transcriben a continuación:

1. “A solicitud de parte, cuando la parte recurrente pruebe:
 - a. Que para el momento del acuerdo de arbitraje estaba afectada por alguna incapacidad; o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley colombiana; o,
 - b. Que no fue debidamente notificada de la designación de un árbitro o de la iniciación de la actuación arbitral o no pudo, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; o,
 - c. Que el laudo versa sobre una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene disposiciones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje. No obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas; o,
 - d. Que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta sección de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se ajustaron a las normas contenidas en esta sección de la ley.

2. De oficio, cuando:

- a. Según la ley colombiana, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje, o,
- b. El laudo sea contrario al orden público internacional de Colombia (Ley No. 1563, art. 108)".

Las causales de impugnación de laudo arbitral extranjero antes detalladas, son diferentes al arbitraje nacional, pues dichos artículos no se aplican al arbitraje nacional. El recurso debe ser interpuesto de manera sustentada y con clara indicación de las causales incurridas dentro del mes siguiente a la notificación del laudo (Sanín, 2012, pp. 50-51).

El último capítulo de la ley colombiana sobre arbitraje internacional, regula el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales. Para ello establece, que la parte interesada en ejecutar un laudo de cualquier país donde haya sido emitido, debe ser ejecutado ante la autoridad judicial competente adjuntando el original o copia de él, debiendo traducir si no se encuentra en español. Además señala, que un laudo arbitral emitido en Colombia y que sea el país sede del arbitraje, será considerado como laudo nacional; por lo que no deberá someterse a reconocimiento y se lo ejecuta de manera directa, a excepción de que se haya renunciado al recurso de anulación y será necesario su reconocimiento (Sanín, 2012, p. 52).

Con la Ley No. 315 del año 1996 (ley anterior), existía un verdadero conflicto al momento de reconocer y ejecutar un laudo arbitral extranjero. Cualquier laudo arbitral proferido en tribunal arbitral internacional debía cumplir con los requisitos exigidos por el Código de Procedimiento Civil colombiano, con el fin de que se respete su ordenamiento jurídico interno y no infrinja las leyes de orden público. Por ende, Colombia omitía lo estipulado en la Convención de New York (Hierro & Conejero, 2012, p. 240).

2.3 ARBITRAJE INTERNACIONAL EN CHILE

El sistema comercial internacional en Chile es importante analizarlo, en palabras de Hierro y Conejero (2012, p. 315), en la última década Chile ha tomado relevancia e interés dada la suscripción de varios tratados de libre comercio con varios países alrededor del mundo. El arbitraje comercial internacional en este país se nutre de dos tipos de normas: la de origen nacional, constituida en la Ley de Arbitraje Comercial Internacional, promulgada en el año 2004; y la de origen internacional, como son los instrumentos internacionales que ha suscrito y ratificado. Existe jurisprudencia por supuesto, y existen casos que aún no han sido resueltos, sin embargo se ha acentuado la tendencia favorable por acudir al arbitraje internacional en la solución de conflictos. Todo esto, con el objetivo de constituir a Chile como sede de arbitrajes internacionales.

La ley que regulaba al arbitraje antes del año 2004, era la Ley Orgánica de Tribunales del año de 1975, la que convirtió al arbitraje como un método exitoso de solución de conflictos al ganarse el reconocimiento y aceptación por el mundo jurídico chileno (Mereminskaya, 2005, p. 97). Ésta ley se limitaba a regular el arbitraje nacional, no obstante era aplicada al arbitraje internacional por considerarse de orden público (Hierro & Conejero, 2012, p. 316).

La Ley de Arbitraje Comercial Internacional, es la Ley No. 19.971 promulgada el 29 de septiembre de 2004, basada en la Ley Modelo de la CNUDMI, contiene los principios y características más recientes del arbitraje internacional moderno que se reducen a tres: *la autonomía de las partes, la flexibilidad procedimental y la limitada intervención de la justicia ordinaria*. Como se expuso en el párrafo anterior, el objeto esencial de la ley, fue el de posicionar a Chile como sede de arbitrajes internacionales, principalmente a nivel latinoamericano, siendo un importante avance normativo para el país chileno el desarrollar este tipo de jurisdicción (Hierro & Conejero, 2012, p. 316).

Es una ley estructurada en un régimen dualista, en donde cada arbitraje, tanto nacional como internacional, cuentan con regulación propia. Los principios y características entregadas por los autores anteriores, sirven para que Mereminskaya (2006, pp. 97-105) argumente que los contratantes gozan de “plena libertad para fijar la sede de su arbitraje”, y que su elección no está dada por algún orden natural de las cosas, sino en función de la asistencia judicial y supervisión restringida que algún ordenamiento les pueda brindar.

Antes de que se promulgara la Ley No. 19.971 en Chile, el país no contaba con una normativa especializada en arbitraje internacional. Si bien los tribunales de justicia ordinaria se mostraron favorables desde el inicio en aceptar el arbitraje, Chile no contó con una ley específica sino hasta el año 2004, fecha de expedición de la Ley No. 19.971. Por otro lado, existe el Código de Procedimiento Civil que regulaba a las sentencias extranjeras respecto del reconocimiento y ejecución de las mismas en territorio chileno, estableciendo una secuencia cronológica: primero, en concordancia con lo establecido por la normativa internacional; segundo, conforme sea la reciprocidad internacional; y tercero, normas de procedimiento. Esta escasa normativa iba siendo interpretada y complementada a través de los pronunciamientos de los tribunales superiores de justicia de Chile, los cuales, una vez más, reconocían e impulsaban el arbitraje internacional (Hierro & Conejero, 2012, pp. 315-316).

Por tanto, el sistema antiguo presentaba dos debilidades fundamentales. La primera de ellas, en la legislación de arbitraje era bastante antigua, presentando una serie de soluciones excesivamente formales que no brindaban la celeridad y rapidez debida para la resolución del conflicto. Y, la segunda de ellas, la jurisprudencia contradictoria que existió por la escasa relación jurídica entre el arbitraje y la justicia ordinaria (Mereminskaya, 2006, p. 104).

Chile ha suscrito y ratificado los principales instrumentos internacionales sobre arbitraje internacional. En 1975, Chile ratificó la Convención de New York. En

1976, Chile ratificó la Convención de Panamá. La Convención de Montevideo de 1979 (Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros), fue firmada por Chile pero no fue ratificada, careciendo de aplicación en su sistema jurídico interno (Hierro & Conejero, 2012, p. 316).

Al no haber existido una normativa especial que enmarque y regule al arbitraje comercial internacional en Chile, la Ley No. 19.971 vigente a partir del año 2004, entregó criterios esenciales para definir y regular al arbitraje comercial internacional. Los primeros seis artículos de la ley contienen las disposiciones generales del mismo y distingue claramente los elementos de su definición (Hierro & Conejero, 2012, pp. 316-317). El arbitraje internacional no es un arbitraje *deslocalizado*, su procedimiento se apoya en conceptos del derecho nacional y es aceptado por la justicia ordinaria (Mereminskaya, 2006, p. 106).

Dicha ley, define al *arbitraje* como “cualquier arbitraje con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente la que haya de ejercitarlo”. Define el término *comercial* en un sentido amplio para que se abarque todas las relaciones de esta índole, contractuales o no. Define el término *internacional* al otorgar tres reglas específicas para considerar un arbitraje como internacional. En primer lugar, cuando las partes al momento de celebración del acuerdo de arbitraje tienen, sus establecimientos en Estados diferentes. En segundo lugar, cuando uno de los lugares, sea el lugar del arbitraje que se ha determinado en el acuerdo arbitral o, sea el lugar de cumplimiento de las obligaciones o el lugar donde el objeto del litigio tiene una relación más estrecha, esté situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos. Y en tercer lugar, cuando las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado (Ley No. 19.971, arts. 1-2). Se debe tener en cuenta que los tribunales de justicia ordinaria tienen facultades claramente limitadas (Hierro & Conejero, 2012, p. 317). En consecuencia, el arbitraje internacional está concebido como una herramienta

de solución de controversias y no como una herramienta para lograr el cumplimiento de derechos subjetivos (Mereminskaya, 2006, p. 105).

La Corte Suprema se ha manifestado respecto a la internacionalidad del arbitraje y estimó que para someterse a la jurisdicción de tribunales arbitrales extranjeros, la controversia debe encontrarse en diversos estados (Hierro & Conejero, 2012, p. 317).

La Ley No. 19.971 opera cuando la sede del tribunal arbitral es en Chile. Sin embargo, la misma ley propone tres excepciones a este mandato. La primera, el tribunal arbitral al que se haya sometido la controversia a través del acuerdo de arbitraje, remitirá a las partes, si alguna de ellas lo solicitare, al arbitraje, a más tardar, en el momento en que se presente el primer escrito sobre el fondo del litigio, siempre y cuando no sea nulo, ineficaz o de ejecución imposible. La segunda, respecto a la adopción de medidas provisionales, las cuales no serán incompatibles cuando el tribunal las disponga ni que las conceda antes o durante sus actuaciones. Y la tercera, respecto al reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales. Pues un laudo arbitral extranjero es considerado como vinculante y ejecutado conforme las disposiciones de la ley de la materia. La excepción opera cuando se deniega el reconocimiento o ejecución de un laudo extranjero (Ley No. 19.971, arts. 8, 9, 35 y 36). Los supuestos anteriores son de aplicación inmediata, incluso para las etapas pendientes de los procesos en curso (Hierro & Conejero, 2012, p. 919).

En Chile existen varios centros de arbitraje. El más prestigioso y reconocido internacionalmente, es el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, conocido por sus siglas CAM Santiago. Éste centro sirve de sede para la resolución de controversias internacionales. Desde el 01 de junio de 2006, la CAM de Santiago dispone de un elaborado Reglamento de Arbitraje Comercial Internacional aplicable a arbitrajes internacionales. Cuenta con una nómina de árbitros y norma las etapas del proceso arbitral, otorgando la libertad a las partes de modificarlo de común acuerdo. Existe otro centro de

arbitraje en Chile, llamado Centro Nacional de Arbitraje (CNA), que tiene por objeto la resolución arbitral de controversias y ofrece el servicio de arbitraje comercial internacional (Hierro & Conejero, 2012, p. 343).

Bajo este orden de ideas y rescatando el apoyo, en materia de orden público, brindado por los tribunales de justicia ordinaria chilena, dentro de los temas taxativos y puntuales que la ley de arbitraje comercial internacional les entrega para intervenir en la jurisdicción voluntaria, favorecen y se apoyan con las prácticas internacionales sobre arbitraje, para convertir a Chile como un país sede para recibir arbitrajes comerciales en la región (Hierro & Conejero, 2012, p. 342).

Elina Mereminskaya (2006, p. 111) sostiene que el funcionamiento del arbitraje en Chile ha sido bastante exitoso. Considera la opción de que exista una fusión de los regímenes de arbitraje basados en la Ley Modelo de la CNUDMI y que los arbitrajes nacionales sean manejados de manera similar a los internacionales.

2.4 ARBITRAJE INTERNACIONAL EN PERÚ

La ley que regula el arbitraje internacional en Perú, es la Ley Peruana de Arbitraje puesta en vigencia mediante Decreto Legislativo No. 1071 de fecha 1 de septiembre de 2008. Es una de las leyes más modernas y recientes a nivel mundial. Establece un sistema monista, se aplica tanto para el arbitraje nacional como para el arbitraje internacional, estableciendo en una única y misma regulación al arbitraje comercial. En consecuencia, la ley posee pocas normas exclusivamente dedicadas al arbitraje internacional, dando un mayor régimen de libertad a las personas que acudan al arbitraje (Hierro & Conejero, 2012, pp. 684-68).

Perú ha sido un país con poco desarrollo normativo en materia de arbitraje, teniendo en su historia tan solo tres leyes relativas al arbitraje. La primera ley

fue puesta en vigencia mediante Decreto Legislativo No. 25935 el 9 de diciembre de 1992. Esta ley fue trascendental en la época, puesto que derogó las normas contenidas en el Código Civil y Código Procesal Civil peruano que contenían disposiciones relativas a la cláusula compromisoria y el juicio arbitral. La segunda ley puesta en vigencia mediante Decreto Legislativo No. 26572 el 6 de enero de 1996, derogó a ley anterior y se basó en la Ley Modelo de la CNUDMI. Y la tercera ley es con la abrimos el presente sub capítulo, el Decreto Legislativo 1071 (Hierro & Conejero, 2012, p. 655).

Sin embargo de las leyes especiales en arbitraje nombradas en el párrafo anterior, el Código de Procedimientos Civiles de 1912 establecía al arbitraje como un juicio que estaba sujeto a revisión del Poder Judicial. Posteriormente, el Código Civil de 1984, que contenía disposiciones especiales sobre el arbitraje, hacía una distinción que tornó al arbitraje poco práctico. Dicha distinción versaba entre la cláusula compromisoria, que se suscribía entre las partes antes de que la controversia existiera; y la cláusula arbitral, que se suscribía una vez ocurrida la controversia. Con la Ley No. 25935 de 1992, las disposiciones anteriores sobre arbitraje fueron derogadas (Osterling, 2005, p. 1).

Con la nueva ley peruana de arbitraje (Decreto Legislativo No. 1071 del 2008), en una misma regulación se sintetiza y recoge al arbitraje nacional y al internacional. Con las leyes anteriores para determinar que normas aplicar frente a un arbitraje, sea nacional o sea internacional, se debía observar dónde se encontraba la sede del arbitraje. Si la sede estaba situada en Perú, se podría estar ante un arbitraje nacional o un arbitraje internacional, y para determinar si era internacional se debía observar el domicilio de las partes y el cumplimiento de las obligaciones o de una parte sustancial de éstas (Castillo, Sabroso & Chipana, 2014, p. 1).

A efectos de determinar qué normas se aplicaban, se debía tener en cuenta dónde era la sede. Así, si la sede del arbitraje era en Perú, podríamos estar

frente a un arbitraje nacional o un arbitraje internacional. Un arbitraje en Perú era nacional cuando ambas partes estaban domiciliadas en él y cuando el cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones emanadas de la relación jurídica, se ejecutaba en el Perú. Por su parte, un arbitraje con sede en territorio peruano era internacional cuando se presentaba alguno de los supuestos regulados por el citado artículo 91 de la derogada Ley General de Arbitraje. Sin embargo, la nueva Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo N° 1071) ofrece una regulación conjunta respecto al arbitraje nacional y al arbitraje internacional producto de la positivización de la tesis monista por parte del legislador.

Para comprender la última reforma a la ley de arbitraje en Perú dedicaremos las siguientes líneas. El mercado arbitral peruano tuvo un importante crecimiento y desarrollo, haciendo necesario realizar ajustes y cambios en la legislación. A partir de la suscripción del Acuerdo de Promoción Comercial con los Estados Unidos, el 12 de abril de 2006 (Ministerio de Comercio Exterior y Turismo del Perú, s.f.), el comercio y la inversión tuvieron, asimismo, un considerable crecimiento, por lo tanto, se formaron nuevas interrelaciones con nuevos agentes internacionales. Perú, debía enfrentar un mayor número de arbitrajes y con el cambio de la ley, aumentó su competitividad como sede y lugar de arbitrajes internacionales, así como también pasó a brindar un marco legal seguro y predecible, tanto para los comerciantes como para los inversionistas, para la resolución de conflictos. Pues la experiencia internacional y los estándares comúnmente aceptados en el arbitraje internacional, capta la atención de los comerciantes e inversionistas nacionales y extranjeros (Hierro & Conejero, 2012, p. 655).

“Ello implicó diseñar una ley amiga que multiplique las posibilidades de obtener un laudo válido y ejecutable”, el objetivo del legislador peruano, era el de convertir a Perú en un país atractivo e ideal para llevar a cabo arbitrajes internacionales (Castillo, Sabroso & Chipana, 2014, p. 3).

La ley de arbitraje del año 2008 tuvo dos objetivos esenciales. Por un lado, el de mantener los éxitos logrados en el arbitraje nacional a partir de la ley del año 1996; y por otro lado, el de extender aquellos éxitos al arbitraje internacional para posicionar al Perú como un país sede de arbitrajes internacionales (Hierro & Conejero, 2012, p. 656).

Instauró el sistema monista en la legislación del país. La ley anterior del año 1996 estaba basada en un sistema dualista, estableciendo en regulaciones separadas el arbitraje nacional y el arbitraje internacional. Es importante establecer en una misma regulación a ambos arbitrajes, nacional e internacional. No obstante, el arbitraje internacional sí merece disposiciones únicas y específicas por su naturaleza (Hierro & Conejero, 2012, p. 655). Asimismo, la nueva ley de arbitraje peruana, con el fin de evitar erróneas interpretaciones eliminó el término “comercial”, puesto que ni la misma Ley Modelo de la CNUDMI proporciona una clara definición (Castillo, Sabroso, & Chipana, 2014, p. 4).

La reciente ley de arbitraje peruana ha tenido otros dos componentes fundamentales para su elaboración. Por una parte, la experiencia nacional en el manejo y uso del arbitraje doméstico, con la aplicación de las anteriores leyes le ha otorgado cierta rigurosidad y experticia. Y, por otro parte, la experiencia internacional fundada en los tratados, leyes, reglamentos de arbitraje, jurisprudencia y prácticas arbitrales que han sido recogidas y plasmadas en la nueva legislación. La versión del año 2006 de la Ley Modelo de la CNUDMI y el revisado reglamento de arbitraje de la misma institución, fueron la base esencial de la ley de arbitraje peruana del año 2008 (Hierro & Conejero, 2012, p. 655).

El arbitraje en Perú está expresamente reconocido (Osterling, 2005, p. 2) y concebido por su Constitución Política como una jurisdicción de excepción, que a su vez debe cumplir con cuatro requisitos que definen su naturaleza (del arbitraje): uno, *exista un conflicto entre las partes*; dos, *exista un interés social*

en la composición del conflicto; tres, la intervención del Estado como tercero imparcial; y cuarto, la aplicación de la ley o integración del derecho (Hierro & Conejero, 2012, p. 656).

Al igual que los países anteriormente analizados, Perú también ha suscrito y ratificado algunos instrumentos internacionales. El 5 de octubre de 1988, entró en vigencia la Convención de New York, relativa al reconocimiento e ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras. El 21 de junio de 1989, entró en vigencia la Convención de Panamá sobre el arbitraje comercial internacional. El 14 de junio de 1980, entró en vigencia la Convención de Montevideo, respecto a la eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros. Por el lado del arbitraje internacional en inversiones, Perú suscribió y ratificó el Convenio de Washington en 1993, a raíz del cual y mediante Decreto Legislativo No. 662 (Régimen de Estabilidad Jurídica a la Inversión Extranjera) y Decreto Ejecutivo No. 757 (ley marco para el crecimiento de la inversión privada), creó un marco jurídico de protección de inversiones y se garantizó la libre iniciativa y las inversiones privadas, nacionales o extranjeras (Hierro & Conejero, 2012, p. 654).

El Decreto Legislativo No. 1071 del año 2008, no define al arbitraje nacional ni al arbitraje internacional, por considerar a la institución del arbitraje como uno solo (sistema monista). Dicho decreto regula al arbitraje dentro del territorio peruano y por ende, al internacional. La internacionalidad del arbitraje, de acuerdo al artículo 5, está dado por tres circunstancias (Decreto Legislativo No. 1071, art. 5). En primer lugar, cuando las partes al momento de celebración del convenio arbitral, tienen sus domicilios en Estados diferentes. En segundo lugar, cuando el lugar del arbitraje, está situado fuera del Estado en que las partes tienen sus domicilios. Y en tercer lugar, cuando el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica o el lugar con el cual el objeto de la controversia tiene una relación más estrecha, está situado fuera del territorio nacional, siempre que las partes estén domiciliadas en Perú (Hierro & Conejero, 2012, pp. 656 y 657).

De acuerdo al artículo 47 numeral 9 del Decreto Legislativo No. 1071 del año 2008, cuando se trate de un arbitraje internacional, las partes pueden acudir a las autoridades judiciales competentes para adoptar las medidas cautelares que se estimen convenientes. Conforme a lo establecido por el artículo 48 ibídem, las medidas cautelares dictadas por un tribunal arbitral extranjero, deben ser reconocidas y ejecutadas ante la Corte Superior de Justicia (Decreto Legislativo No. 1071, art. 47 y 48).

La ley de arbitraje peruana vigente, se muestra favorable para el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales, siendo un país atractivo para ser sede de arbitrajes internacionales (Hierro & Conejero, 2012, p. 693). El artículo 73 del Decreto Legislativo No. 1701 establece que los laudos arbitrales extranjeros son aquellos pronunciados en un lugar fuera del territorio peruano, reconociendo y siendo concordante con la Convención de New York, la Convención de Panamá y cualquier otro suscrito por el país en la misma materia. Si el laudo extranjero no ha sido denegado por causales expresamente previstas en el mismo decreto, la Corte Superior, sin intervención del Ministerio Público, la reconoce y ejecuta. Finalmente, vale mencionar, que el Decreto Legislativo No. 1701, resulta más favorable a la Convención de New York, pues sus disposiciones serán aplicadas con prevalencia (Decreto Legislativo No. 1701, arts. 73, 74, 75, 76 y 78).

Finalmente, es importante recalcar que los supuestos brindados por el artículo 5 de la nueva ley de arbitraje de Perú son excluyentes, basta que se cumpla con alguno para afirmar que un arbitraje es internacional (Castillo, Sabroso, & Chipana, 2014, p. 7).

2.5 ARBITRAJE INTERNACIONAL EN ECUADOR

Los antecedentes del arbitraje en Ecuador fueron revisados en el capítulo primero del presente trabajo de titulación, por lo que en las próximas líneas

analizaremos la Ley de Arbitraje Ecuatoriana del año 2006 y las principales características del arbitraje internacional en el Ecuador.

La Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador del año 2006, está basada en un sistema de regulación dualista, es decir, regula separada y distintamente al arbitraje nacional y al arbitraje internacional, reflejado en los artículos 41 y 42 de la mencionada ley. La ley de arbitraje ecuatoriana, acepta leyes supletorias cuando el arbitraje es en derecho, tal como, el Código de Procedimiento Civil y el Código Orgánico de la Función Judicial (Hierro & Conejero, 2012, pp. 68, 350 y 351).

El artículo 1 de la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador (Ley de Arbitraje y Mediación, art. 1) define al arbitraje como un “mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias”.

En cuanto al arbitraje internacional, el artículo 42 de la misma Ley de Arbitraje y Mediación, establece al respecto, que el arbitraje internacional está regulado por los tratados, convenciones, protocolos y demás actos de derecho internacional suscritos y ratificados por el Ecuador. Asimismo, establece que toda persona natural o jurídica, pública o privada, sin restricción alguna es libre de estipular directamente o mediante referencia a un reglamento de arbitraje todo lo concerniente al procedimiento arbitral, incluyendo la constitución, la tramitación, el idioma, la legislación aplicable, la jurisdicción y la sede del tribunal, la cual podrá estar ubicada dentro del Ecuador o en país extranjero (Ley de Arbitraje y Mediación, 2006, art. 42).

Hierro y Conejero (2012, pp. 351-352) señalan que el artículo 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador “establece el principio de la preeminencia de la autonomía de la voluntad en materia de arbitraje internacional”, en función

del cual todo el procedimiento arbitral puede ser libremente estipulado por las partes. Las partes pueden elegir el tipo de arbitraje, pudiendo ser ad-hoc o administrado. Las normas de procedimiento arbitral que señala la misma Ley de Arbitraje y Mediación no son necesariamente obligatorias, quedando la posibilidad de elegir cualquier otro procedimiento. Es por esto, que afirman que la normativa local es relevante cuando funciona la "*lex arbitri*" (derecho del lugar donde se desarrolla el arbitraje), para temas como: convenio arbitral, la arbitrabilidad de la disputa, recusación y excusa de árbitros, medidas cautelares, laudo arbitral, entre otras.

El artículo 41 *ibídem* otorga los supuestos para considerar un arbitraje como internacional. Un arbitraje es internacional cuando las partes así lo hubieren pactado e incurrir en algunas de las tres causales expresamente detalladas en dicho artículo. En primer lugar, un arbitraje será internacional cuando las partes al momento de la celebración del convenio arbitral, tengan sus domicilios en estados diferentes. En segundo lugar, cuando el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar en el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del estado en que, una de las partes, tenga su domicilio. Y en tercer lugar, cuando el litigio se refiera a una operación de comercio internacional que sea susceptible de transacción y que no afecte intereses nacionales o colectivos (Ley de Arbitraje y Mediación, 2006, art. 42).

Es importante recalcar, que la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador no entrega una definición explícita de arbitraje internacional, sino se limita a establecer taxativamente los supuestos o criterios para considerar un arbitraje como internacional (Hierro & Conejero, 2012, p. 352), que terminan por delimitarlo y en cuáles casos aplica.

Xavier Andrade Cadena (2009, p. 138) afirma que la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador, "trata al arbitraje internacional de manera genérica" y no lo limita a asuntos comerciales como lo hace la Ley Modelo en su primer

artículo. Por tanto, disputas en materia civil, laboral y de cualquier otra índole que sea objeto de transacción pueden ser tratadas bajo el esquema del arbitraje internacional. Sin embargo menciona, que si el arbitraje internacional se lleva a cabo al amparo de la Convención de New York o la Convención de Panamá, se limita únicamente a asuntos comerciales. El Ecuador suscribió la primera Convención bajo el denominado de “reserva comercial”, mientras que la segunda se aplica únicamente a asuntos comerciales, es decir, a las “diferencias que pudiesen surgir o que hayan surgido entre ellas con relación a un negocio de carácter mercantil” (Convención de Panamá, art. 1).

El Ecuador cuenta con una legislación de arbitraje internacional moderna y adecuada para brindar suficiente seguridad jurídica a las partes de un arbitraje que se relacione con el país. Asimismo, ha suscrito y ratificado las convenciones más importantes en la materia, tal como la Convención de New York de 1958 y la Convención de Panamá de 1975, lo que ha permitido al país estar dentro del sistema de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros que rigen a los negocios actuales en todo el mundo (Andrade, 2009, pp. 153-154).

En el Ecuador existen dos problemas en cuanto al procedimiento del arbitraje por falta de normativa. El primero respecto a la acción de nulidad en contra de los laudos arbitrales y el segundo respecto al reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales. El primero (acción de nulidad) debido a que no existe un trámite especial y sumario para desarrollar la acción de nulidad, puesto que el accionante debe recurrir a la ley supletoria. En este caso, al artículo 59 del Código de Procedimiento Civil, que señala que para incoar la acción de nulidad, se debe iniciar un juicio ordinario. Ello implica un proceso de conocimiento y como tal, se pueden interponer recursos verticales y horizontales, tornando a la acción de nulidad, en un trámite lento y costoso para las partes (Hierro & Conejero, 2012, pp. 372-374).

El segundo problema que presenta la normativa ecuatoriana en arbitrajes internacionales es al momento de reconocer y ejecutar un laudo arbitral. La vía de apremio es un procedimiento creado y dispuesto para ejecutar una sentencia judicial ejecutoriada y la Ley de Arbitraje y Mediación tampoco se prevé un procedimiento para ejecutar, salvo de los tratados internacionales. La vía de apremio se materializa con el auto o mandamiento de ejecución del juez, en el que ordena ejecutar la sentencia. La vía de apremio no es un exequátor, y en el caso de los laudos, el juez primero debe reconocer el laudo y después ejecutarlo. En caso de que no se pronuncie realizando un reconocimiento expreso sobre el laudo, se entiende que el juez ha ordenado implícitamente la ejecución del mismo. Por tanto, existe una falta de implementación de la ley extranjera en la ley local respecto al reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral (Hierro & Conejero, 2012, pp. 375-378).

Vemos que dentro del procedimiento, especialmente en lo relativo al laudo arbitral y su ejecución, existen problemas y lagunas legales debido a la falta de normativa, convirtiendo al país como una sede poco atractiva para desarrollar arbitrajes internacionales.

En el próximo capítulo nos centraremos en analizar cada uno de los supuestos de la legislación ecuatoriana y relación con los criterios de los países analizados en el presente capítulo y analizaremos la constitucionalidad del arbitraje internacional en el Ecuador.

3. CAPÍTULO III. ARBITRAJE INTERNACIONAL EN ECUADOR Y EL ARTÍCULO 41 DE LA LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN

3.1 CONSTITUCIONALIDAD DEL ARBITRAJE EN EL ECUADOR

La Constitución del Ecuador puesta en vigencia a partir del año 2008, fue concebida como una constitución garantista. Por un lado, reconoce y garantiza los derechos de los ciudadanos, y por otro lado, establece claramente un régimen adecuado de garantías para hacer efectivos dichos derechos. En el ámbito del arbitraje, tanto doméstico como internacional, el Estado ecuatoriano, a la luz de la nueva Constitución, pretende instaurarse como “un gestor monopólico de la administración de justicia y del bien común” (Neira, 2011, p. 34).

Xavier Andrade (2009, p. 1) afirma que uno de los cambios más profundos y sustanciales que presenta la Constitución del 2008, tiene que ver con el marco jurídico que establece y la regulación de las relaciones internacionales. Las normas creadas para el efecto, regulan y limitan la suscripción, ratificación y aprobación de los tratados internacionales, puntualmente, las controversias que derivan en arbitraje internacional entre el Estado y particulares, sean nacionales o extranjeros.

El arbitraje está plenamente reconocido y garantizado en la Constitución del Ecuador. El artículo 190 establece lo siguiente: “se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir” (Constitución, 2008, art. 190).

Xavier Andrade (2009, p. 6) afirma que éste artículo contiene enunciados ya previstos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano con anterioridad a la promulgación de la actual Constitución. “Es positivo que la actual Constitución

ratifique el principio de validez de los métodos alternativos de solución de conflictos”, entre ellos, el arbitraje.

No obstante de lo estipulado en el artículo anterior, el artículo 422 ibídem indica lo siguiente: “no se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídico privadas. Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia. En caso de controversias relacionadas con la deuda externa, el Estado ecuatoriano promoverá soluciones arbitrales en función del origen de la deuda y con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional” (Constitución, 2008, art. 422).

Mario Alejandro Flor (2011, p. 190), explica que la consecuencia inmediata de la norma citada, pese al reconocimiento expreso del arbitraje por el artículo 190 de la misma Constitución, causó que el presidente del Ecuador, el Eco. Rafael Correa Delgado, a principios del año 2010, solicite a la Corte Constitucional un pronunciamiento mediante un dictamen favorable sobre la denuncia de trece Acuerdos Bilaterales de Protección Recíproca de Inversiones (TBIs). Dicha solicitud, previa aprobación de la Asamblea Nacional para proceder con la acusación, tuvo el fin de denunciar y dar por terminado el Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (CIADI). Por ende, todos aquellos tratados o instrumentos internacionales firmados a la fecha, iban en desacuerdo con el artículo 422 de la Constitución de la República.

Algunos de los países con los cuales el Ecuador tenía suscrito Acuerdos Bilaterales de Protección de Inversiones (TBIs) son: Finlandia, Suecia, Canadá, China, Países Bajos, Alemania, Francia, Reino Unido e Irlanda (Flor, 2011, p. 190). Todos estos convenios designaban al CIADI como centro de solución de controversias en caso de divergencia entre las partes signatarias. Ecuador los denunció por carecer de imparcialidad jurídica (López, 2013, p. 97).

Mediante oficio No. Y.4766-SNJ-10-21 de fecha 6 de enero de 2010, el presidente de la República del Ecuador Rafael Correa, envió a la Corte Constitucional, copias certificadas de varios Acuerdos Bilaterales de Protección de Inversiones que el Ecuador había suscrito y ratificado con varios países, por contener cláusulas que contrariaban lo estipulado en la Constitución e iban en desmedro de los intereses nacionales, como la de someter al Estado ecuatoriano a instancias de arbitraje internacional por controversias surgidas en estos acuerdos que desconocían la legislación ecuatoriana. Dicha cláusula sometía al Ecuador jurisdiccionalmente, y cuando la controversia surgía con alguna compañía extranjera, el órgano relativo para solucionar el conflicto, no tomaba en cuenta el derecho nacional, valorando únicamente el concepto de *inversión*, desconociendo la ley local por ser medidas de corte arbitrario o discriminatorio. Además, si bien estos acuerdos bilaterales respetaban la soberanía y normativa tributaria ecuatoriana del Ecuador, país receptor de la inversión, en repetidas ocasiones, los tribunales arbitrales la desconocieron y la tacharon como una medida *confiscatoria*. Razón por la cual se solicitó a la Corte Constitucional, que emita un dictamen de constitucionalidad favorable sobre este punto en particular (Suplemento Registro Oficial 294, p. 2).

En la denuncia de los Acuerdos Bilaterales de Protección de Inversiones realizados por el presidente de la República del Ecuador, el señor Blasco Peñaherrera Solah, en calidad de presidente de la Federación Nacional de Cámaras de Comercio del Ecuador, intervino como tercero con interés. Adujo que existe falta de motivación en la denuncia por parte del presidente y que él es quien está contrariando el artículo 422 de la Constitución del Ecuador. Éste

artículo no afecta a los Tratados de Protección de Inversiones, según varios expertos en el tema, el artículo 422 es ineficaz. Si se lo aplica en estricto sentido, los actos del gobierno ecuatoriano en cuanto al sometimiento de los contratos petroleros, a un tribunal chileno o a las reglas de la CNUDMI, quedarían en entre dicho (Convenio de Protección y Promoción de Inversiones con los Países Bajos, 2010, p. 7).

La Corte Constitucional por su lado, en el año 2010, para cada uno de los Acuerdos Bilaterales de Protección de Inversiones con los países: Canadá, China, Brasil, Finlandia, Chile, Suiza, Reino de los Países Bajos, Argentina, España, Francia, Perú, Suecia, Venezuela, Alemania, Estados Unidos, Paraguay, El Salvador, Rumania, Bolivia y Cuba, declaró la inconstitucionalidad de los artículos de los TBIs en los cuales el Ecuador cedía jurisdicción. Se manifestó se basó en el texto del artículo 416 de la Constitución de la República que establece que “las relaciones del Estado con la comunidad internacional responderán a los intereses del pueblo ecuatoriano”, aprobando el informe sobre la necesidad de aprobación legislativa para la denuncia de los TBIs antes mencionados, de acuerdo al artículo 419 numeral 6 del mismo cuerpo constitucional (Suplemente Registro Oficial 294, pp. 9, 10 y 14).

Mediante Decreto Ejecutivo No. 1823 publicado en el Registro Oficial No. 632 de fecha 13 de julio de 2009, el presidente de la República del Ecuador, el Eco. Rafael Correa Delgado, denunció y declaró por terminado el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI), suscrito en la ciudad de Washington el 15 de enero 1986, por violentar el artículo 422 de la Constitución del Ecuador (Registro Oficial No. 632, 2009, p. 7). El antecedente internacional que marcó la iniciativa del Ecuador para denunciar y posteriormente retirarse del CIADI, fue la salida de Bolivia de este organismo en el año 2007. Entre otras causas de su salida, fue que las deliberaciones realizadas por el tribunal que se crea para solucionar una controversia entre el inversionista y el estado, no son abiertas al público. Se permite que la indemnización incluya no solo la inversión realizada,

sino el lucro cesante y sobre todo que se puede juzgar dos veces a un Estado por el mismo caso (Lora, 2007). La controversia que se suscitó en aquel entonces en el país boliviano, fueron las demandas de dos empresas, Euro Telecom Internacional (ETI) y Quirobax de Chile, que a la fecha de la presentación de las demandas, Bolivia era sujeto aún de la jurisdicción del CIADI. Bolivia quedó efectivamente libre del organismo -CIADI- el 2 de noviembre de 2007. El Ecuador para salir del CIADI, siguió el mismo proceso que Bolivia en el año 2009 y Venezuela hizo lo propio en el año 2012, a través de una carta enviada al Banco Mundial el 24 de enero del mismo año.

Parece ser que la salida del CIADI de estos tres países con gobiernos y políticas similares, principalmente al haber renegociado contratos y nacionalizado empresas de sectores estratégicos e importantes económicamente relevantes para los países, marcan una tendencia nacionalista y de reconquista por su soberanía (Lamarque, 2012).

El artículo 422 de la Constitución influye radicalmente en el manejo y aplicación del arbitraje internacional. Según Iliana López (2008, p. 1), la norma constitucional marcó y produjo un efecto directo en las relaciones comerciales del Ecuador con el resto de países y en las inversiones extranjeras que recibe y ha recibido el Ecuador. Existe una clara limitación de someter al país a instancias de arbitraje internacional.

Ésta norma se aplica al sometimiento de controversias en las cuales el Estado sea parte (arbitraje internacional en inversiones principalmente).

Demetrio Santander (2008) sostiene que la actual Constitución, con tales normas que limitan el arbitraje internacional, es un retroceso en el derecho internacional. Para el autor, “la inversión extranjera es uno de los factores más importantes para lograr el desarrollo económico”, a través de la “contratación y capacitación de trabajadores nacionales, la transferencia acelerada de tecnología y el impulso hacia la mejora de calidad en productos y servicios”.

Sin embargo, este argumento es cuestionable, ya que si bien es un factor importante, no es el principal ni el único para generar desarrollo económico y social.

Andrade (2009, p. 8) arguye que para entender el contenido de ésta norma constitucional -artículo 422-, se debe recurrir al espíritu de la misma, siendo útil recurrir al Informe de los asambleístas que lo redactaron así en abril del 2008. El Informe de la mesa 9 de la Asamblea Nacional Constituyente señala que la norma recoge una “aspiración de gran respaldo nacional”, en vista de que el Ecuador, históricamente, ha suscrito tratados que se han considerado lesivos para el país y han lesionado los intereses del país, por tanto, se ha deteriorado su soberanía jurídica. Además, el someter la decisión a instancias internacionales de arbitraje, Estados –como el Ecuador- son tratados al mismo nivel que una compañía comercial.

El mismo autor sostiene que “no es apropiado hablar de cesión de jurisdicción estatal”; pues, “cuando un tribunal arbitral conoce y resuelve un caso, en base a un convenio arbitral voluntariamente acordado, nos encontramos frente al ejercicio de una jurisdicción convencional, con sustento constitucional, legal y de jurisdicción ordinaria” (Andrade, 2009, pp. 9-10).

Bajo este orden de ideas, es evidente que el artículo 422 de la Constitución del Ecuador declara como inconstitucional todo convenio o tratado internacional por el cual el Estado ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional (Flor, 2011, p. 192). Sin embargo, el segundo inciso hace una excepción para aquellos tratados o instrumentos internacionales que establecen la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios (Constitución del Ecuador, 2008, art. 422). Aquellos tratados deben contemplar una jurisdicción arbitral regional. Para Mario Alejandro Flor (2011, p. 193), no queda claro si dentro del término de la norma constitucional “ciudadanos en Latinoamérica”

está incluidas las personas jurídicas creadas al amparo de las legislaciones de los países latinoamericanos.

Xavier Andrade (2009, pp. 11-12) señala que la palabra *ciudadanos* del artículo 422 de la Constitución, hace un reenvío a las legislaciones de otros países para definir el concepto de ciudadanía, puesto que dentro de la legislación ecuatoriana los extranjeros no son ciudadanos a menos que obtengan su carta de naturalización, y se considera que ese no es el espíritu de la norma. Asimismo asegura que cuando la Constitución indica Latinoamérica, caben varias interpretaciones. En primer lugar, pueden ser disputas en las cuales se involucren ciudadanos de países latinoamericanos. En segundo lugar, pueden ser disputas que se ventilen en tribunales arbitrales con sede en países latinoamericanos. Y en tercer lugar, pueden ser disputas que deriven de tratados internacionales suscritos entre países latinoamericanos en donde se fijen instancias arbitrales. Ésta última interpretación tiene mayor sentido para el autor, en vista de la propuesta oficialista que se muestra más proclive a que las disputas internacionales, sean resueltas bajo las reglas del centro de arbitraje en Chile. Además, se refleja la intención del actual gobierno ecuatoriano de crear una instancia arbitral regional en la UNASUR (Unión de las Naciones Suramericanas).

Es conveniente analizar cada uno de los supuestos establecidos en la ley para comprender bajo que causas o motivos se puede recurrir a un arbitraje internacional, independientemente que la Constitución limite el sometimiento del Estado a instancias internacionales de arbitraje, con excepción de los tribunales arbitrales en Latinoamérica.

3.2 INTERNACIONALIDAD DEL ARBITRAJE Y LEY MODELO DE LA CNUDMI

Antes de abordar los próximos temas que guardan relación con algunos de los criterios que determinan el arbitraje como internacional, debemos tener

presente, como se hizo mención en el primer y segundo capítulo del presente trabajo de titulación, la internacionalidad del arbitraje y su manejo en el Ecuador.

Recordemos que Xavier Andrade Cadena (2005, p. 134) señala que los autores han tomado diversos criterios para determinar la internacionalidad de un arbitraje, tales como: la nacionalidad de las partes, la nacionalidad de los árbitros, el lugar de los negocios, el lugar donde fue firmado el contrato, el lugar de cumplimiento de obligaciones, el lugar del arbitraje, el lugar donde se ejecuta el laudo, la ley aplicable, el lugar donde interviene una institución de arbitraje, entre otros.

Haciendo un breve recuento de lo ya explicado, la regulación del arbitraje tiene dos sistemas: uno monista y otro dualista. El primero, clasifica en una misma regulación al arbitraje nacional y al arbitraje internacional. El segundo, separa y diferencia el arbitraje nacional del arbitraje internacional (Hierro & Conejero, 2012, pp. 68-69). José Merino y José Chillón (2006, pp. 881-889) sostienen que los supuestos o criterios para determinar un arbitraje como internacional, determinan la aplicabilidad del ordenamiento específico internacional. Su fuente se sustenta en los instrumentos internacionales y en las leyes modernas de arbitraje nacional.

Como primer elemento calificador de la internacionalidad de un arbitraje, está el convenio arbitral, ya que en éste versa el “motivo de la constitución del tribunal arbitral y establecimiento del proceso en cualquiera de sus elementos”, como la jurisdicción, litispendencia, medidas cautelares, entre otros. El arbitraje internacional es el resultado de la positivización del “arbitraje simplemente extranjero o proveniente del extranjero” para la homologación de la sentencia arbitral. Por tanto, el arbitraje internacional al derivarse de las relaciones jurídicas internacionales, es un arbitraje que se conforma por leyes nacionales con la ayuda de criterios o elementos que lo diferencian del arbitraje interno o

común; independientemente, de que coexista en el territorio de un mismo Estado con un régimen de arbitraje interno (Merino y Chillón, 2006, p. 873).

La Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador, al igual que el resto de leyes sobre arbitraje de otros países con las que haremos comparaciones, tiene su fundamento en la Ley Modelo de la CNUDMI. La Ley Modelo fue elaborada con el propósito de perfeccionar y armonizar las diversas leyes nacionales de arbitraje por ser inadecuadas para regular los casos internacionales: “la finalidad de la Ley Modelo es disminuir el riesgo de esas posibles frustraciones, dificultades o sorpresas” (Ley Modelo, 2006, pp. 1-27, segunda parte).

El artículo 1 de la Ley Modelo se refiere a la internacionalidad del arbitraje, en el cual se establece:

“Artículo 1. Ámbito de aplicación:

- 1) La presente Ley se aplicará al arbitraje comercial internacional, sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente en este Estado.
- 2) Las disposiciones de la presente Ley, con excepción de los artículos 8, 9, 17 literal H, I y J, 35 y 36, se aplicarán únicamente si el lugar del arbitraje se encuentra en el territorio de este Estado.
- 3) Un arbitraje es internacional si:
 - a. Las partes en un acuerdo de arbitraje tiene, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimiento en Estados diferentes, o;
 - b. Uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos:

- i. El lugar del arbitraje, si este se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje, o
 - ii. El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha;
- c. Las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje esté relacionada con más de un Estado.

4) A los efectos del párrafo 3) de este artículo:

- a. Si alguna de las partes tiene más de un establecimiento, el establecimiento será el que guarde relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje;
- b. Si una parte no tiene ningún establecimiento, se tomará en cuenta su residencia habitual”.

Vemos entonces que la Ley Modelo plantea una serie supuestos o criterios para determinar la internacionalidad de un arbitraje. A su vez, otorga una explicación adicional en el párrafo 4 para delimitar a un más a los establecimientos de las partes en conflicto. Cabe mencionar, que las excepciones planteadas por el párrafo 2 del artículo 1 de la Ley Modelo guardan relación con la validez del acuerdo de arbitraje y el tribunal arbitral, las medidas cautelares y los laudos arbitrales. Por consiguiente, éste artículo define y delimita los supuestos para que un arbitraje sea considerado internacional. Si analizamos minuciosamente el artículo, son tres los supuestos principales para que exista un arbitraje internacional. En primer lugar, si las partes de un acuerdo arbitral tienen, al momento de la celebración del mismo, sus establecimientos en Estados diferentes, el arbitraje es internacional. En segundo lugar, en este criterio se debe entender y no confundir la disyuntiva

clara que se hace en función del lugar, bien sea el lugar de arbitraje o bien sea el lugar de cumplimiento de las obligaciones de la relación comercial y/o el lugar en donde el objeto del litigio tiene una relación más estrecha o con más discrepancia. Finalmente, un arbitraje es internacional cuando las partes han convenido de manera expresa en que el objeto de la controversia esté inmiscuida con más de un Estado, es decir, varios Estados. De esta manera se observa, que la norma analizada tiene varias alternativas que determinan el arbitraje como internacional, siendo criterios de carácter espacial, territorial y económico (Arias, 2013, p. 8).

Una de las críticas realizadas a ésta ley, es la facultad que se les atribuye a las partes para internacionalizar un arbitraje al escoger un lugar de arbitraje distinto al de sus domicilios. El no incluir una norma como la de la Ley Modelo, evita que los arbitrajes sean “internacionalizados de manera artificial”, puesto que la mera voluntad de las partes no es suficiente para tornar un arbitraje como internacional (Castillo, Sabroso & Chipana, 2014, pp. 6-7).

El riesgo de dispersión y de ambigüedad en el tratamiento del arbitraje internacional, en especial, para determinar su internacionalidad, se ha reducido por varios factores. Primero, gracias a la elaboración de convenciones internacionales, tal como la Convención de New York. Segundo, debido a la influencia y aceptación de las leyes modelo, como la de la CNUDMI que se ha plasmado en diversas leyes nacionales de varios países en el mundo. Y tercero, gracias a la concepción generalizada y común sobre el arbitraje (Merino y Chillón, 2006, pp. 889-890).

Es oportuno, en este punto, explicar la metodología que usaremos para analizar cada uno de los supuestos del artículo 41 de la Ley de Arbitraje y Mediación, y el porqué de haber escogido tres criterios adicionales para considerar un arbitraje como internacional. Los primeros tres criterios son los supuestos establecidos y otorgados por el artículo 41 de la Ley de Arbitraje y Mediación, mientras que los tres supuestos adicionales, que se analizan

posteriormente, son criterios tomados de diferentes legislaciones y que consideramos importantes para el desarrollo del arbitraje internacional en el Ecuador y su posicionamiento como una sede atractiva. Para explicar cada uno de los criterios, nos remitiremos a la Ley Modelo, fuente de nuestra ley. Los criterios otorgados por el artículo 41 de la Ley de Arbitraje y Mediación, serán comparados con los supuestos de las legislaciones analizadas –Brasil, Chile, Colombia y Perú- y el razonamiento de la doctrina, de autores nacionales e internacionales.

3.3 PRIMER SUPUESTO DEL ARTÍCULO 41: QUE LAS PARTES AL MOMENTO DE LA CELEBRACIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL, TENGAN SUS DOMICILIOS EN ESTADOS DIFERENTES

Tabla 1: Primer supuesto del artículo 41 de la LAM.

País	Norma sobre arbitraje
Brasil (Ley No. 9.307)	No tiene norma específica.
Colombia (Art. 62, Ley 1563)	Las partes en un acuerdo de arbitraje tengan, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus domicilios en Estados diferentes.
Chile (Art. 1, Ley Núm. 19.971)	Las partes en un acuerdo de arbitrajes tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus Estados establecimientos en Estados diferentes.
Perú (Art. 5, Decreto Legislativo Núm. 1071)	Las partes en un convenio arbitral tienen, al momento de la celebración de ese convenio, sus domicilios en Estados diferentes.
Ecuador (Art. 41, Ley de Arbitraje y Mediación)	Que las partes al momento de la celebración del convenio arbitral, tengan sus domicilios en Estados diferentes.

Como se revisó en párrafos anteriores y en el capítulo anterior, las legislaciones que regulan el arbitraje de los países comparados tienen su sustento en la Ley Modelo de la CNUDMI. Es por eso, que las normas sobre arbitraje internacional de cada país contienen pasajes similares y su redacción es muy parecida. Es importante enfatizar que la ley de arbitraje de Brasil es la

más antigua junto a la del Ecuador. Mientras Ecuador otorga normas específicas para regular al arbitraje internacional, Brasil no hace mención al arbitraje internacional; sin embargo Brasil, es sede de numerosos arbitrajes internacionales como se mencionó en el capítulo anterior. Por lo tanto, los análisis que se harán a continuación, tanto del primer criterio como de los que siguen, se enfocarán en los países restantes (Colombia, Chile, Perú y Ecuador).

Si leemos cuidadosamente el criterio espacial en cada una de las legislaciones, vamos a notar que son similares y prácticamente iguales, la redacción variará de un país a otro. Esto debido a que las tres legislaciones están basadas en la Ley Modelo. Es importante comprender, tal y como lo menciona David Arias (2013, p. 8), que Colombia, Perú y Ecuador, a diferencia de la Ley Modelo, señalan “domicilio” en vez de “establecimiento”, sin que implique una diferente postura o inclinación.

Para comprender de mejor manera a éste supuesto espacial, brindaremos la definición de domicilio de acuerdo a normas internacionales regionales y el Código Civil ecuatoriano. El Código de Derecho Internacional Privado Sánchez de Bustamante, en su artículo 22, indica: “el concepto, adquisición, pérdida y recuperación del domicilio general y especial de las personas naturales o jurídicas se regirán por la ley territorial”, es decir, remite a las leyes nacionales de cada país, y como el país que analizamos en el presente trabajo de titulación es el Ecuador, nos dirigiremos a su norma específica.

El artículo 45 del Código Civil ecuatoriano, define al domicilio: “domicilio consiste en la residencia, acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella. Divídase en político y civil” (Código Civil, 2015, art. 45). El artículo 46 *ibídem* señala al domicilio político: “el domicilio político es relativo al territorio del Estado en general. El que lo tiene o adquiere, es o se hace miembro de la sociedad ecuatoriana, aunque conserve la calidad de extranjero. La Constitución y efectos del domicilio político pertenecen al Derecho

Internacional” (Código Civil, 2015, art. 46). El artículo 47 del mismo cuerpo legal ecuatoriano, define domicilio civil como: “el domicilio civil es relativo a una parte determinada del territorio del Estado” (Código Civil, 2015, art. 47).

Entendido legalmente la definición de domicilio, se afirma entonces que este primer supuesto de especialidad para considerar un arbitraje como internacional se refiere, a que las partes en conflicto, al momento en que elaboren y suscriban el convenio arbitral, deben tener sus domicilios en diferentes Estados.

La nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI acerca de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, dentro del ámbito sustantivo y territorial de aplicación (Ley Modelo, 2006, p. 28), señala que en la mayoría de casos de arbitraje internacional son iniciados y responden en función de este criterio o supuesto.

Por tanto, es uno de los criterios más determinantes para considerar un arbitraje como internacional. Además, éste supuesto es aceptado por la doctrina al abarcar las relaciones y las negociaciones más comunes entre compañías matrices y subsidiarias en Estados diferentes, sin considerar la nacionalidad de las partes, sino tan solo su domicilio (Andrade, 2009, p. 135).

La visión entregada por los autores Merino y Chillón (2006, p. 895) respecto a éste criterio y a la nacionalidad de las partes, es que son insuficientes para fijar la nacionalidad de la sentencia arbitral, bajo la óptica del Protocolo de Ginebra de 1923 y la Convención Europea de 1961. Lo que se debería buscar y fijar, para no incurrir en el tema de la nacionalidad de las partes o sus domicilios, es el tratamiento a una sentencia para considerarla como no nacional, es decir, extranjera. Afirman que el criterio usado por la Ley Modelo respecto al establecimiento de las partes, resulta preciso y acorde debido al tema de la comercialidad, que es la naturaleza del litigio desembocada de una relación comercial.

Consideramos que la interpretación a realizar en este supuesto debe ser literal, pues el fin del criterio está dirigido a definir un arbitraje como internacional cuando las partes al momento de celebrar el convenio arbitral, deben tener sus domicilios o establecimientos en Estados diferentes, entendiéndose domicilio igual que establecimiento y viceversa.

3.4 SEGUNDO SUPUESTO DEL ARTÍCULO 41: EL LUGAR DE CUMPLIMIENTO DE UNA PARTE SUSTANCIAL DE LAS OBLIGACIONES O EL LUGAR EN EL CUAL EL OBJETO DEL LITIGIO TENGA UNA RELACIÓN MÁS ESTRECHA, ESTÉ SITUADO FUERA DEL ESTADO EN QUE, POR LO MENOS UNA DE LAS PARTES, TIENE SU DOMICILIO

Tabla 2: Segundo supuesto del artículo 41 de la LAM.

País	Norma sobre arbitraje
Brasil (Ley No. 9.307)	No tiene norma específica.
Colombia (Art. 62, Ley 1563)	El lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del Estado en el cual las partes tienen sus domicilios.
Chile (Art. 1, Ley Núm. 19.971)	El lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha.
Perú (Art. 5, Decreto Legislativo Núm. 1071)	Si el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica o el lugar con el cual el objeto de la controversia tiene una relación más estrecha, esté situado fuera del territorio nacional, tratándose de partes domiciliadas en el Perú.
Ecuador (Art. 41, Ley de Arbitraje y Mediación)	Cuando el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar en el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del Estado en que, por lo menos una de las partes, tiene su domicilio.

Éste supuesto señala dos casos para determinar a un arbitraje como internacional. Por un lado, señala el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones; y por otro lado, señala el lugar en donde el objeto de la controversia, relación y/o objeto tenga una relación más estrecha o, en palabras simples, exista mayor conflicto. Para ello, éste lugar -Estado-, pudiendo ser cualquiera, dependiendo del caso que se suscite, debe estar ubicado en un Estado diferente del Estado donde las partes tienen su domicilio.

Las cuatro legislaciones comparadas tienen una redacción parecida, pero Chile y Perú tienen sus particularidades. Chile, puesto que no delimita el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar en el cual el objeto de la controversia tiene una relación más estrecha; el cual debe estar en un Estado diferente al domicilio de alguna de las partes en controversia, otorgando mayor libertad para considerar un arbitraje como internacional. Perú, por su lado, establece una limitación al supuesto al señalar que, el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar en el cual el objeto de la controversia tiene una relación más estrecha, debe estar fuera del territorio peruano, siempre y cuando las partes estén domiciliadas en el Perú. Por tanto, Perú es claro en delimitar el territorio o lugar en éste criterio territorial.

Para David Arias (2013, p. 9), este criterio otorga un “cierto grado de indeterminación sobre qué es un “cumplimiento sustancial de las obligaciones de la relación jurídica de la que dimana la controversia” y de cuál es la “relación más estrecha””. Si nos remitimos a la nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI acerca de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, dentro del ámbito sustantivo y territorial de aplicación (Ley Modelo, 2006, p. 28), el artículo 1 al referirse sobre el criterio territorial, debiendo mencionar que de ésta norma se adoptan las legislaciones comparadas, se amplía el concepto de internacionalidad, otorgando total libertad a las partes para someter un litigio al arbitraje internacional.

Para realizar y comprender de una manera adecuada a lo indicado por este supuesto, hay que tener en cuenta las dos opciones que plantea el mismo. Xavier Andrade (2005, p. 136), citando a Roque Caivano, afirma que “bajo la Ley Modelo un arbitraje es internacional cuando éste excede el marco de un Estado”, existiendo dos razones. La primera, puesto que al momento de celebrar el convenio arbitral, las partes tenían domicilios en diferentes Estados; o la segunda, bajo el criterio territorial, el cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones excede los límites de un Estado.

3.5 TERCER SUPUESTO DEL ARTÍCULO 41: CUANDO EL OBJETO DEL LITIGIO SE REFIERA A UNA OPERACIÓN DE COMERCIO INTERNACIONAL QUE SEA SUSCEPTIBLE DE TRANSACCIÓN Y QUE NO AFECTE O LESIONE LOS INTERESES NACIONALES O DE LA COLECTIVIDAD

Tabla 3: Tercer supuesto del artículo 41 de la LAM.

País	Norma sobre arbitraje
Brasil (Ley No. 9.307)	No tiene norma específica.
Colombia (Art. 62, Ley 1563)	La controversia sometida a decisión arbitral afecte los intereses del comercio internacional.
Chile (Art. 1, Ley Núm. 19.971)	Ésta ley se aplicará al arbitraje comercial internacional, sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente en Chile.
Perú (Art. 5, Decreto Legislativo Núm. 1071)	No tiene norma específica.
Ecuador (Art. 41, Ley de Arbitraje y Mediación)	Cuando el objeto del litigio se refiera a una operación de comercio internacional que sea susceptible de transacción y que no afecte o lesiones los intereses nacionales o de la colectividad.

Éste criterio está enfocado en la naturaleza de la disputa (Andrade, 2005, p. 134), es decir, un arbitraje es internacional cuando afecta o compromete las operaciones u intereses del comercio internacional. Como vemos en el cuadro

de arriba, a excepción de las legislaciones de Brasil y Perú que nada establecen o se refieren al arbitraje comercial internacional, Colombia, Chile y Ecuador sí especifican que un arbitraje será internacional cuando se afecte el comercio internacional, principalmente las leyes de Colombia y Ecuador. Chile no otorga mayor especificación, sin embargo es clara al afirmar que su ley se aplica al arbitraje comercial internacional.

Éste supuesto económico tiene su fundamento en la Ley Modelo y como, una vez más, nuestras legislaciones están basadas en ella, es importante que la recurramos para comprender su enfoque y alcance. En primer lugar, el artículo 1 de dicho cuerpo normativo, analizado en el segundo subcapítulo del presente capítulo, señala que “la presente ley se aplicará al arbitraje comercial internacional” (la ley de arbitraje chilena ha copiado textualmente éste pasaje del artículo 1 de la Ley Modelo). La nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI acerca de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, en su versión enmendada en el año 2006 (Ley Modelo, 2006, p. 28), indica que la Ley Modelo no brinda ninguna definición precisa de lo que debe entenderse por el término “comercial”.

“El criterio económico es el más flexible y el más indeterminado, por cuanto contribuye a la internacionalización de los arbitrajes. La relación jurídica de la que emana la controversia afecta, igualmente, los intereses del comercio internacional”, sin atribuirse a una materia o problema en concreto (Arias, 2013, p. 9). Éste supuesto enmarca un aspecto positivo y otro negativo. El aspecto positivo, por cuanto entrega un amplio sentido a lo que se entiende por operaciones de comercio internacional. El aspecto negativo, por cuanto no se vincula a un único ordenamiento jurídico (Merino & Chillón, 2006, p. 891).

Para esto, la misma Ley Modelo, en la segunda nota al pie de la ley en el párrafo 1 de su artículo 1, señala que “debe darse una interpretación amplia a la expresión “comercial” para que abarque las cuestiones que se planteen en todas las relaciones de índole comercial, contractuales o no”. Brinda una serie

de operaciones que enmarcan al término “comercial”, sin limitarse únicamente a ellas, las cuales son: “cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicio; acuerdo de distribución, representación o mandato comercial; transferencia de créditos para su cobro (“*factoring*”); arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra (“*leasing*”); construcción de obras; consultoría; ingeniería; concesión de licencias; inversión; financiación; banca; seguros; acuerdo o concesión de explotación; asociaciones de empresa y otras formas de cooperación industrial o comercial; transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera”. La finalidad de ésta nota fue la de superar cualquier dificultad técnica para su aplicación, como la de tener que remitirse a un determinado ordenamiento jurídico que explique de alguna manera el término “comercial” (Ley Modelo, 2006, pp. 13-28).

El origen de este criterio económico proviene de la legislación francesa (Hierro & Conejero, 2012, p. 69). El artículo 1504 del Código de Procedimiento Francés estipula: “será internacional el arbitraje que afecte los intereses del comercio internacional”. Xavier Andrade (2005, p. 135) señala que éste modelo francés, de instaurar el arbitraje como medio de solución de controversias en el ámbito de los negocios, es recogido por la Cámara de Comercio Internacional.

Se considera un arbitraje como internacional cuando el objeto de la controversia afecta los intereses del comercio internacional. Las operaciones del comercio internacional “se caracterizan por ser movimientos de bienes, de servicios o de monedas a través de las fronteras”. Por ende, es un criterio marcado por la imprecisión y la ambigüedad, debería definir o qué se entiende por comercio internacional (Merino & Chillón, 2006, p. 891).

Bajo ésta corriente, Shirley Sánquiz Palencia (2005, pp. 25-26) sostiene que los criterios tales como el lugar del arbitraje o la nacionalidad de los árbitros carecen de relevancia suficiente para determinar la internacionalidad de un

arbitraje. La misma autora sostiene que los criterios para determinar un arbitraje como internacional, bajo la línea francesa, son dos principalmente y netamente objetivos, el uno, “basado en la naturaleza internacional de la disputa”; y el otro, los efectos de la transacción sometida a arbitraje que produce en las relaciones económicas internacionales.

José Merino y José Chillón (2006, p. 890) conciben a este supuesto como un criterio económico material que “atiende a la naturaleza de las relaciones de las que deriva la controversia”, siendo globales. Es un criterio de carácter globalizador y objetivo y resulta ser impreciso, “forzando situaciones de interpretación y de calificación”.

Finalmente, además de que la Ley de Arbitraje y Mediación retoma el modelo francés respecto al supuesto de comercio internacional (Hierro & Conejero, 2012, p. 69), precisa que para que un arbitraje sea internacional, debe estar subsumido en una operación de comercio internacional, no debiendo afectar o lesionar los intereses nacionales o de la colectividad. Consecuentemente, es una limitación para considerar un arbitraje como internacional al existir un caso de operación internacional en donde los intereses nacionales o colectivos se vean controvertidos; tema o posición que no es ni si quiera postulada por la Ley Modelo o el resto de legislaciones comparadas.

3.6 PRIMER SUPUESTO A CONSIDERAR: LA SEDE DEL TRIBUNAL ARBITRAL FIJADA POR LAS PARTES

Éste supuesto que califica, al igual que los ya analizados, a un arbitraje como internacional, lo hemos tomado de la legislación peruana y resulta imprescindible para constituir a un país como sede de arbitrajes internacionales. Al igual que Chile, Perú cuenta con una legislación relativamente nueva y su objetivo, en materia de arbitraje internacional, es el de convertirse en una sede arbitral atractiva y recurrida en la región (Vásquez, 2011, p. 75).

El artículo 5 del Decreto Legislativo No. 1071 de Perú, señala al lugar del arbitraje como uno de los criterios taxativos para determinar un arbitraje como internacional. Este supuesto, entendido como sede de arbitraje, debe encontrarse fuera del Estado en donde las partes tienen sus domicilios y siendo el sitio donde tiene lugar el procedimiento arbitral y/o las actuaciones arbitrales (Pratz, 2012, p. 661).

Según María Fernanda Vásquez (2011, p. 77), la sede arbitral se comprende, en sentido estrictamente jurídico, como el “lugar pactado por las partes”. Señala además, que dicha calificación de jurídico tiene un fundamento práctico, es decir, que la elección de una sede de arbitraje o lugar de arbitraje no implica necesariamente que todas las actuaciones deben ser realizadas en el mismo lugar. Existen varias actuaciones o diligencias que pueden ser practicadas en diferentes sitios, sea a petición de las partes o sea por iniciativa del tribunal arbitral. El conceder a las partes una mayor libertad en torno a la determinación del lugar o sede del arbitraje, hace al país un lugar ampliamente atractivo para llevar a cabo arbitrajes, especialmente entre empresas del escenario internacional (Pratz, 2012, p. 662).

Para explicar mejor esté último párrafo, nos remitiremos a la Ley Modelo. La nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI acerca de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, en su versión enmendada en el año 2006 (Ley Modelo, pp. 28-29), indica que este criterio responde a un ámbito territorial de aplicación, y cada vez que la Ley Modelo haya sido adoptada por un Estado, será respetada y cumplida cada vez que dicho Estado sea sede de algún arbitraje internacional (Ley Modelo, art. 1). La mencionada nota establece que “en la mayoría de los ordenamientos se utiliza el criterio exclusivo del lugar del arbitraje para determinar la aplicabilidad de la legislación interna y se ha observado que, cuando las partes tienen derecho a elegir el derecho procesal de un Estado que no sea el del lugar del arbitraje, rara vez lo ejercitan”. La libertad de las partes al escoger un país como sede de arbitraje, que cuente con la Ley Modelo para delimitar las normas respecto a las

actuaciones arbitrales, reduce la probabilidad de acudir a una ley extranjera o de otro país. Es importante señalar que, independientemente se haya escogido un país u otro como sede o lugar de un arbitraje internacional, no restringe o coarta la posibilidad del tribunal arbitral para reunirse en cualquier lugar para sustanciar las actuaciones o diligencias requeridas (Ley Modelo, art. 20).

Por tanto, la elección de la sede del arbitraje es sumamente importante y crucial para su desarrollo y consecución. La ley del lugar de la sede de arbitraje determinará el marco jurídico por el cual el arbitraje se desarrollará y el grado de intervención de las autoridades judiciales, especialmente si es positivo para el apoyo de los árbitros. La sede de arbitraje deberá ser un lugar donde exista una normativa más favorable y neutral para las partes, incluso en cuestiones de costos (Vásquez, 2011, pp. 77-78). Sin embargo, hay que tener en cuenta que no es lo mismo la ley aplicable que la sede del arbitraje, pues la selección de esta última determina la primera.

Con el advenimiento y fortalecimiento de las tecnologías de la información, el arbitraje también está presente en el internet, conocido como *arbitraje on-line*, el cual no deja de ser novedoso y utilizado en materias como la propiedad intelectual, en los negocios mercantiles internacionales y en la protección al consumidor. Si bien la sede del arbitraje es virtual y ficticia, que no cuenta con la presencia física de las partes, se lo realiza con un determinado ordenamiento jurídico para fijar la competencia de los árbitros y recurrir al control judicial de alguna legislación (Pratz, 2012, p. 663).

Finalmente, la misma autora tratada en el presente subcapítulo, María Fernanda Vásquez (2011, pp. 87-88), nos entrega tres criterios básicos para saber escoger una sede de arbitraje atractiva para las partes. En primer lugar, hay que tomar en cuenta la idoneidad de la ley del lugar del arbitraje, respecto al procedimiento que se efectuará. En segundo lugar, se debe considerar que exista un tratado multilateral o bilateral vigente en el Estado sede del arbitraje y en donde vaya a ser ejecutado el laudo. Y, en tercer lugar, se debe mirar la

relevancia de las cuestiones concretas propias del arbitraje, como el objeto de la controversia, la proximidad de las pruebas, la facilidad y eficacia para su desarrollo, la colaboración de los tribunales estatales y la neutralidad del mismo. De modo que estos tres criterios para la elección de la sede arbitral favorecen la práctica del arbitraje y su desarrollo.

Tanto las partes de un arbitraje, como el o los árbitros elegidos por las partes, pueden fijar o seleccionar la sede arbitral. Las primeras, en virtud del principio de autonomía de la voluntad; y los segundos, cuando las partes no hayan pactado y escogido el lugar del arbitraje. Es crucial fijar una sede arbitral óptima, para los efectos de la competencia judicial de asistencia y para el control judicial, por lo que el lugar de arbitraje deberá responder a la conveniencia de las partes. Otra forma común de fijar la sede de arbitraje, de modo indirecto, es con la remisión a un reglamento de arbitraje institucional, donde el criterio de territorialidad es el que remite (Pratz, 2012, pp. 663-665).

Los árbitros al momento de fijar la sede arbitral observan las circunstancias del caso y la conveniencia de las partes. La primera, para la obtención de información, pruebas, medidas cautelares, domicilio de los árbitros, lugar donde surgió la controversia y/o lugar de ejecución del laudo. La segunda, es decir, la conveniencia de las partes, por la proximidad de las mismas y el coste de traslado, tanto de los árbitros como el de las partes. Es oportuno en este momento manifestar, que el momento oportuno para fijar la sede de arbitraje por los árbitros, es al momento de su aceptación, por lo que una vez aceptado el arbitraje, no procede cambio alguno en la elección de la sede arbitral (Pratz, 2012, pp. 665-672).

3.7 SEGUNDO SUPUESTO A CONSIDERAR: EL LUGAR DE EJECUCIÓN DEL LAUDO

El lugar de ejecución de un laudo arbitral también es considerado como un supuesto para determinar a un arbitraje como internacional. Para ello,

revisaremos y lo demostraremos con lo establecido por la Convención de New York y la misma Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador para comprender el alcance y aplicación de éste supuesto.

Éste es uno de los criterios jurídico-formales señalados por José Merino y José Chillón (2006, p. 892). Es un criterio globalizador por estar sumiso dentro de ordenamientos nacionales como de instrumentos internacionales.

El artículo 1 de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de fecha 10 de junio de 1958 en New York (Convenio de New York, art. 1), establece: “la presente Convención se aplicará al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias, y que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas. Se aplicará también a las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución”. Se observa en el artículo transcrito que, existe un elemento de extraterritorialidad, determinándose la internacionalidad de un laudo. El lugar o Estado en el que se va a ejecutar un laudo arbitral deberá ser diferente de aquel en el que se pide su reconocimiento y ejecución.

La ejecución de un laudo arbitral para Paúl Cifuentes (2014, p. 31), puede emitirse en el lugar de la sede del arbitraje o en el lugar que las partes hayan escogido libremente, caso contrario, si las partes no lo escogen, será de acuerdo a la elección del demandante. Dentro de la elección del demandante existen dos opciones adicionales; la primera, pudiendo ser el lugar donde se producen los efectos del acto o contrato materia del arbitraje; y la segunda, pudiendo ser el domicilio del demandante. Si no existiera incluso, un tribunal de arbitraje en alguno de los referidos lugares (sede de arbitraje, lugar que las partes hayan escogido o lugar de elección del demandante), se deberá acudir al de la localidad más próxima (Ley de Arbitraje y Mediación, 2006, art. 35).

Shirley Sánquiz (2005, p. 24) indica que no todo arbitraje extranjero es, necesariamente, un arbitraje internacional. Para explicar este punto recurriremos a Myriam Salcedo (2006, p. 205) quien indica que “cuando estamos frente a un elemento extranjero en dicha relación jurídica, la calificación del arbitraje determinará si éste es extranjero o internacional”. Pues un arbitraje es extranjero únicamente cuando su sede está fuera del Estado en el cual se pretende ejecutar su laudo.

La nacionalidad de la sentencia es del país en donde se dicta el laudo que no siempre coincide con el lugar donde se lleva a cabo el proceso arbitral. La sentencia arbitral es asemejada a la sentencia judicial, debido a que una sentencia es extranjera no porque haya tenido lugar en un Estado extranjero, sino porque es el resultado del ejercicio de la jurisdicción de un juez ordinario en un ordenamiento jurídico extranjero. Es por esto que, el lugar de la sede arbitral tiene que ver con el ordenamiento jurídico del país en cual el arbitraje va a tener lugar, por razones de comodidad de los árbitros o las partes, tema analizado en el supuesto anterior y que además que se reduce a la voluntad de las partes, que a diferencia del juez que recibe su poder del Estado, el árbitro lo recibe de las partes (Merino & Chillón, 2006, p. 893).

El lugar de ejecución de un laudo arbitral es un supuesto adicional para determinar el arbitraje como internacional y más si la sede de arbitraje se encuentra en un Estado diferente en el que las partes tienen sus domicilios.

Además, consideramos que si un laudo arbitral es ejecutado en un Estado diferente al de las partes, las cuales deben tener o estar domiciliadas en diferentes Estados, el arbitraje es internacional ya que está cumpliendo con un elemento de extraneidad o fuera de la ley arbitral de un Estado.

3.8 TERCER SUPUESTO A CONSIDERAR: INVOLUCRE INTERESES DE DOS O MÁS ESTADOS

Éste es el último de los supuestos a plantear y analizar en el presente trabajo de titulación y lo consideramos importante para fijar a un Estado como sede de arbitrajes internacionales. Éste criterio fue tomado de la legislación de Panamá y de la ley anterior de Colombia. Cabe mencionar, que para analizar este supuesto es relevante considerar los elementos extranjeros a un Estado.

Jesús María Sanguino (2011, p. 5) afirma que existen varios criterios o elementos para determinar la naturaleza internacional del arbitraje, entre ellos se encuentra, “cuando el asunto del pacto arbitral vincule los intereses de más de un Estado”. Del texto se desprende, que un arbitraje es internacional cuando el convenio arbitral afecta los intereses de dos o más Estados que están de por medio en la operación o transacción comercial.

El artículo 5 del “Texto Único del Decreto Ley No. 5 de 8 de Julio de 1999 por el cual se establece el Régimen General de Arbitraje, de la Conciliación y de la Mediación, y Ley 15 de 22 de mayo de 2006, que modifica, adiciona y restituye artículos del Decreto Ley 5 de 1999” (Hierro & Conejero, 2012, p. 1119), establece que el arbitraje es comercial internacional “si la materia objeto del arbitraje es de naturaleza civil o mercantil internacional y/o está relacionada con más de un Estado y/o consista en prestaciones de servicios, enajenación o disposición de bienes o transferencia de capitales que produzcan efectos transfronterizos o extraterritoriales.” Vemos que el supuesto básico de esta norma está en el de involucrar intereses de más de un Estado.

Shirley Sánquiz (2005, pp. 24-25) afirma para que un arbitraje sea internacional se requiere que uno o más elementos estén conectados con varios Estados, en otras palabras, con más de un ordenamiento jurídico. Nosotros consideramos que, para que dicho arbitraje sea considerado internacional, cuando la ley aun así no lo establezca o lo establezca, debe además, involucrar intereses de dos

o más Estados, sean intereses de orden económico o social. Frente a un caso de arbitraje internacional, siempre van a existir dos o más países de por medio, siendo personas naturales o jurídicas de cada uno de ellos. Por ende, este criterio, obvio al parecer, es importante para determinar la internacionalidad de un arbitraje.

3.9 INSUFICIENCIA DE LOS SUPUESTOS DEL ARTÍCULO 41 DE LA LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN

Hasta ahora hemos visto algunos de los criterios más importantes para considerar a un arbitraje como internacional. Uno de los fines principales del presente trabajo de titulación es consagrar al Ecuador como una sede importante y atractiva de arbitrajes internacionales. Por ello, la importancia de analizar cada uno de los supuestos para considerar a un arbitraje como internacional. En palabras de Castillo, Sabroso & Chipana (2014, p. 6) “no estaremos ante un arbitraje internacional si se presentan otros elementos de conexión distintos a los señalados taxativamente en la ley”, como es en el caso del Ecuador.

Consideramos que el artículo 41 de la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador, que si bien adoptó la Ley Modelo de la CNUDMI, aspecto relevante para fijar y desarrollar arbitrajes internacionales, es insuficiente para posicionar al país como sede de arbitrajes. En el capítulo anterior concluimos que la legislación ecuatoriana en arbitraje tenía dos debilidades por falta de normativa, en cuanto a la acción de nulidad y al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales. A esto, debemos sumar la insuficiencia de supuestos del artículo 41 de la Ley de Arbitraje y Mediación al reducir las posibilidades para considerar un arbitraje como internacional únicamente a tres criterios.

En Ecuador existen varias instituciones arbitrales reconocidas en el medio, el Centro Internacional de Arbitraje y Mediación de las Cámaras de Industrias y Comercio Ecuatoriano Británica y de Industriales de Pichincha, el Centro de

Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano-americana (Hierro & Conejero, 2012, pp. 378-379), entre otras, que si bien están debidamente preparadas, la ley es una limitante para atraer y situar al Ecuador como país sede de arbitrajes internacionales.

4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El arbitraje internacional es el mecanismo alternativo de solución de controversias más recurrido alrededor del mundo y ha facilitado el desenvolvimiento de las relaciones comerciales. Una vez analizado la definición de arbitraje internacional, se comprendió que con un mayor uso de este mecanismo de solución de conflictos, se ha ido desarrollado un marco jurídico único, bajo los mismos principios y parámetros, que a su vez se han ido ajustando, armonizando y ordenando las legislaciones de la mayoría de los países a nivel mundial, dotando de seguridad a los comerciantes o inversionistas en el desempeño de sus respectivas transacciones.

Se ha analizado cada uno de los supuestos previstos por el artículo 41 de la Ley de Arbitraje y Mediación para considerar a un arbitraje como internacional, y se los ha comparado con los criterios similares que otorgan las legislaciones de Brasil, Colombia, Chile y Perú en materia de arbitraje internacional. El objetivo de este análisis fue observar qué otros criterios, aparte de los otorgados por el Ecuador, existen para determinar la internacionalidad de un arbitraje. Los supuestos de la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana, al igual que los expuestos por las legislaciones analizadas, tienen su origen en la Ley Modelo de la CNUDMI. La Ley Modelo intenta armonizar las leyes mundiales para plasmar y regular al arbitraje, pero no es la única en la que se establecen rigurosamente los criterios para fijar un arbitraje como internacional. Existen diversas fuentes y corrientes que clasifican un arbitraje como internacional. Sin embargo, como conclusión de éste análisis, producto de dos capítulos en el trabajo de titulación, se comprendió que por más de que el Ecuador tenga tres criterios, a más de la voluntad de las partes para internacionalizar un arbitraje, no son suficientes para definir un arbitraje como internacional, muchos menos digno de ser reconocido y con la validez necesaria, para situar al Ecuador como país sede de arbitrajes internacionales.

Consideramos que el reducir los criterios o enumerarlos taxativamente, reducen las opciones del comerciante y/o inversionista de fijar al Ecuador como sede de arbitraje. No obstante, éste no es el único factor para brindar la seguridad y comodidad suficiente al interesado. El país debe contar y otorgar la seguridad jurídica adecuada además de una institucionalidad sólida, principio plasmado en el artículo 82 de la Constitución del Ecuador. Por otro lado, debe existir el respaldo y acompañamiento de la justicia ordinaria para cumplir con los fines del arbitraje. Consecuentemente, como recomendación, se propone realizar una reforma profunda al artículo 41 de la Ley de Arbitraje y Mediación para ampliar el número de supuestos para considerar un arbitraje como internacional, dando mayores opciones a las partes (comerciante y/o inversionistas) y así ser un país sede de arbitrajes internacionales.

El derecho, como conjunto de normas que rigen a un grupo determinado de personas, en ocasiones ha resultado lento y poco efectivo para solucionar controversias o limar asperezas, producto del choque de la libertad de una persona contra la libertad de otra persona. Las soluciones legales incluso pueden llegar hasta a obstruir el intento por alcanzar una resolución rápida y apegada a las necesidades de las partes. Mientras que el contar con un mecanismo, dentro del cual se pueda escoger el método y la forma en que se pueda dar solución a dicho choque de libertades, facilita un buen desenvolvimiento del mismo grupo humano. Después de haber concluido con el presente trabajo de titulación, y en pro del arbitraje, que al igual que el derecho, consideramos que es un medio o conjunto de normas adicionales y a disposición de las personas, que mejora y mantiene la armonía natural y la buena convivencia de una sociedad.

Aspiro a que si llega esta tesis a alguna autoridad competente, constituya fuente de cuestionamiento y en el mejor de los casos de inspiración para realizar las debidas correcciones.

REFERENCIAS

- Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur (1998)
- Andrade, X. (2005). Las ventajas del arbitraje internacional: una perspectiva ecuatoriana. *Revista de Derecho Comparado, Rubinzal-Culzoni*, pp. 131-156. Recuperado el 18 de mayo de 2014 de http://www.andradeveloz.com/newSite/descargas/publicaciones/ventajas_del_arbitraje_comercial_internacional_una_perspectiva_ecuatoriana.pdf
- Andrade, X. (2009). Breves reflexiones sobre el arbitraje en la nueva Constitución ecuatoriana. *Revista de Arbitragem e Mediação, Sao Paulo*. Recuperado el 7 de febrero de 2015 de http://www.andradeveloz.com/newSite/descargas/publicaciones/breves_reflexiones_sobre_el_arbitraje_en_la_nueva_constituci%C3%B3n_ecuatoriana.pdf.
- Arias, D. (2013). El arbitraje internacional. *Revista jurídica de Castilla y León*, 1-16. Recuperado el 7 de febrero de 2015 de <file:///C:/Users/PC%20NEY/Downloads/13.-+Arbitraje+Internacional+-+digital.pdf>.
- Barragán, B. (2003). *Análisis Jurídico del Juicio de Amparo interpuesto ante la ejecución de los laudos arbitrales comerciales*. Recuperada el 4 de diciembre de 2014 de http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/ledi/barragan_g_b/capitulo2.pdf.
- Bueno, S., & Almeida, L. (2006). La evolución del arbitraje en Brasil y su aceptación por el Poder Judicial. *Revista Peruana de Arbitraje*, pp. 289-306. Recuperado el 4 de enero de 2015 de [http://lobsvmfa.com.br/arquivos/site/publicacoes/files/artigos/22_La%20evolucion%20del%20arbitraje%20en%20Brasil%20\(SBM\).pdf](http://lobsvmfa.com.br/arquivos/site/publicacoes/files/artigos/22_La%20evolucion%20del%20arbitraje%20en%20Brasil%20(SBM).pdf).
- Bustamante, F. (2013). La acción extraordinaria de protección. En J. Benavides y J. Escudero (Coords.), *Manual de justicia constitucional ecuatoriana* (pp. 139-158). Quito, Ecuador: Corte Constitucional del Ecuador.
- Caivano, R. (2011). *La Cláusula Arbitral*. (1ra. ed). Colombia: Editorial Universidad del Rosario.
- Castillo, M., Sabroso, R., & Chipana J. (2014). *¿Cómo se encuentra regulado el arbitraje internacional en el Perú?* Recuperado el 13 de enero de 2015 de <http://lexarbitri.pe/wp-content/uploads/2014/03/C%C3%B3mo-se-encuentra-regulado-el-arbitraje-internacional-en-el-Per%C3%BA-Mario-Castillo.pdf>.
- CIADI. (2003). *Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados* (Washington), 18 de marzo de 1965. Recuperado el 10

de marzo de 2015 de https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc_spa-archive/ICSID_Spanish.pdf

Cifuentes, P. (2014). *Laudos arbitrales internacionales y su ejecución por medios electrónicos*. Recuperado el 21 de febrero de 2015 de <http://repositorio.upacifico.edu.ec/bitstream/40000/25/1/TDC-UPAC-19083.pdf>.

Código Civil del Ecuador. *Registro Oficial*. Suplemento 46 de 24 de junio de 2015.

Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008 y Registro Oficial 490, Suplemento, de 13 de julio de 2011.

Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (1975)

Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (1958)

Convenio de Promoción y Protección de Inversiones con los Países Bajos. (2010). Recuperado el 14 de marzo de 2015 de http://www.silec.com.ec/WebTools/eSilecPro/DocumentVisualizer/FullDocumentvisualizerpdf.aspx?id=convenio-convenio_promocion_y_proteccion_de_inversiones_con_los_paises_bajo

Decreto Legislativo No. 1071 que norma el arbitraje de Perú. Fecha de vigencia 1 de septiembre de 2008.

Decreto Legislativo No. 662 que otorga un régimen de estabilidad jurídica a las inversiones extranjeras mediante el reconocimiento de ciertas garantías de Perú. Fecha de promulgación 29 de agosto de 1991.

Decreto Legislativo No. 757 sobre Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada de Perú. Fecha de promulgación 8 de noviembre de 1991.

Diccionario Real de la Lengua Española. (s.f.). *Arbitraje*. Recuperado el 14 de marzo de 2015 de <http://dle.rae.es/?w=arbitraje&o=h>

Diccionario Real de la Lengua Española. (s.f.). *Internacional*. Recuperado el 14 de marzo de 2015 de <http://dle.rae.es/?w=internacional&o=h>

Dreyzin, A. (1999). *El acuerdo sobre arbitraje comercial internacional. Nuevo instrumento jurídico del Mercosur* (Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina). Recuperado el 4 de enero de 2015 de <http://www.euskomedia.org/PDFAnlt/azpilcueta/14/14073094.pdf>.

Feldstein, S. (s.f.). *Los beneficios del arbitraje comercial internacional*. Recuperado el 20 de diciembre de 2014 de http://www.camsantiago.com/articulos.../1_Arb%20Com%20Internacional.doc

- Flor, M. (2011). El artículo 422 de la Constitución y su Incidencia en el Arbitraje Internacional. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*. Edición: Quito, 2012, 189-201.
- García, D. (s.f.). *El arbitraje internacional*. Recuperado el 4 de diciembre de 2014 de <http://www.azc.uam.mx/publicaciones/alegatos/pdfs/3/3-03.pdf>.
- García, O. (2012). *Nociones básicas del arbitraje internacional de inversiones*. Recuperado el 20 de diciembre de 2014 de <http://www.bg-consulting.com/basic.pdf>.
- Hierro, A., & Conejero, C. (2012). *El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica*. Marco legal y jurisprudencial (2da. ed). España: La Ley, Grupo Wolters Kluwer España, S.A.
- Jijón, R. (2006). *La arbitrabilidad de la disputa*. En D. Martínez (Editora), *Derecho económico internacional* (pp. 167-181). Quito, Ecuador: Corporación Editora Nacional.
- Lamarque, C. (2012). *Y fueron los tres: después de Bolivia y Ecuador, Venezuela abandono el CIADI*. Recuperado el 14 de marzo de 2015 de <http://cadtm.org/Y-fueron-los-tres-despues-de>.
- Ley de Arbitraje y Mediación, Registro Oficial 417 de 14 de diciembre de 2006. Ecuador.
- Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 con enmiendas aprobadas en 2006.
- Ley No. 1563, por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y otras disposiciones de Colombia. Fecha de promulgación 12 de julio de 2012.
- Ley No. 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional de Chile. Fecha de publicación 29 de septiembre de 2004.
- Ley No. 9307 de Arbitraje de Brasil. Fecha de publicación 23 de septiembre de 1996.
- López, I. (2013). *Análisis del arbitraje internacional en el Ecuador en relación a las últimas reformas a la Constitución de la República del Ecuador y sus consecuencias* (Tesis de grado, Universidad de las Américas, Quito, Ecuador). Recuperado el 7 de febrero de 2015 de <http://dspace.udla.edu.ec/bitstream/33000/130/1/UDLA-EC-TAB-2013-33.pdf>
- Lora, M. (2007). *Cancillería oficializa la salida de Bolivia del CIADI*. Recuperada el 14 de marzo de 2015 de http://www.rree.gob.bo/webmre/notasprensa/2007/2007_mayo/np1.htm.

- Marchán, J. (2006). *El procedimiento arbitral administrado por la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI*. En D. Martínez (Editora), *Derecho económico internacional* (pp. 183-203). Quito, Ecuador: Corporación Editora Nacional.
- Matute, C. (2002). El arbitraje comercial internacional. Los principios jurisprudenciales de la Cámara de Comercio Internacional. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Carabobo*. Recuperado el 4 de diciembre de 2014 de <http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/1-2000/1-2000-5.pdf>
- Mereminskaya, E. (2005). *Apuntes de Arbitraje Comercial Internacional en el Taller de Arbitraje Comercial Internacional*. Universidad de Nuevo León, México. Recuperado el 18 de mayo de 2014 de http://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/56_apuntes_arbitraje-libreinternacional_arbitration.pdf.
- Mereminskaya, E. (2006). Arbitraje Doméstico e Internacional en Chile: en búsqueda de la armonía. Recuperado el 13 de enero de 2015: http://www.camsantiago.com/articulos_online/61_1_97-114.pdf.
- Merino, J., & Chillón, J. (2006). *Tratado de Derecho Arbitral* (3ra edición). Navarra, España: Editorial Aranzadi, SA.
- Ministerio de Comercio Exterior y Turismo. (s.f.). Recuperado el 13 de enero de 2015 de http://www.acuerdoscomerciales.gob.pe/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=57&Itemid=80.
- Morales, D. (2007). Arbitraje Internacional de Inversiones: Conflictos en la Aplicación de Cláusulas Paraguas. *Iuris Dictio. Revista del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito*, pp. 48-61. Recuperado el 20 de diciembre de 2014 de http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_11/Arbitraje_Internacional_de_Inversiones.pdf.
- Mürle, A. (2012). Nueva ley de arbitraje, una oportunidad para Colombia. Recuperado el 4 de enero de 2015 de <http://www.portafolio.co/opinion/nueva-ley-arbitraje-una-oportunidad-colombia>.
- Neira, E. (2011). La Constitución de 2008 y el Arbitraje bajo la Ley Ecuatoriana: Análisis de dos problemas que surgen antes que el texto constitucional, de su equivocada aplicación. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*. Edición: Quito, 2012, 33-63.
- ONU. *Sesión Plenaria No. 112. Resoluciones Aprobadas por la Asamblea General 40/72: Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional* (New York). 11 de diciembre de 1985.

- Osterling, F. (2005). El Arbitraje Nacional e Internacional en el Perú. Recuperado el 13 de enero de 2015: <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Art%C3%ADculo%20Arbitraje.26%20set%2005.pdf>.
- Pacheco, M. (1993). *Teoría del Derecho*. (4ta. ed.). Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Pratz, L. (2013). *Comentarios a la ley de arbitraje*. (1ra. ed). España, Madrid: Editorial La Ley.
- Registro Oficial No. 632, (2009). Recuperado el 14 de marzo de 2015 de http://esilecstorage.s3.amazonaws.com/biblioteca_silec/TEXTOSRO/2009/EC830DF8793271C72A0DE8B65B67463BFF8A1991.pdf.
- Rodríguez, M. (2012). Una aproximación al régimen del arbitraje nacional del nuevo estatuto del arbitraje en Colombia, Ley 1563 de 2012. *Revista de Derecho Privado*, No. 23, 2012, pp. 379-417. Recuperado el 4 de enero de 2015 de <file:///C:/Users/PC%20NEY/Downloads/SSRN-id2209827.pdf>.
- Salcedo, E. (2001). *Arbitraje justicia alternativa* (1ra. ed). Guayaquil, Ecuador: Editorial jurídica Mígez Mosquera.
- Salcedo, M. (2006). *El arbitraje en los contratos concluidos por la administración. Estudio de derecho comparado francés y colombiano* (1ra. ed.). Bogotá, Colombia: Editorial Universidad del Rosario.
- Salvador, I. (2006). *Reflexiones en torno al arbitraje en equidad en el comercio internacional. En D. Martínez (Editora), Derecho económico internacional* (pp. 183-191). Quito, Ecuador: Corporación Editora Nacional.
- Sánchez de Bustamante, A. (1928). *Código de Derecho Internacional Privado*.
- Sánchez, H. (2005). *El Arbitraje Comercial Internacional: una perspectiva latinoamericana y ecuatoriana* (Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, Ecuador). Recuperada el 11 de octubre de 2014 de <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2446/1/T0350-MDE-S%C3%A1nchez-EI%20arbitraje.pdf>
- Sanguino, J. (2011). *El arbitraje internacional*. Recuperado el 18 de mayo de 2014 de <http://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/192/902>
- Sanín, L. (2012). *Cambios, novedades y disposiciones relevantes en el nuevo Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, Ley 1563 de 2012*. Recuperado el 4 de enero de 2015 de http://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/731/Laura_SaninEscobar_2012.pdf?sequence=1.

- Sánquiz, S. (2005). *El derecho aplicable al arbitraje comercial internacional en el derecho venezolano* (1ra ed). Caracas, Venezuela: Fundación Roberto Goldschmidt.
- Santander, D. (2008). Los efectos de la disposición sobre arbitraje internacional en el Proyecto de la Constitución. *Revista judicial derechoecuador.com*. Recuperado el 7 de febrero de 2015 de <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/arbitraje-y-mediacion/2008/08/21/los-efectos-de-la-disposicion-sobre-arbitraje-internacional-en-el-proyecto-de-constitucion>
- Stähli, J. (1999). *La Convención sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados*. Recuperado el 20 de diciembre de 2014 de <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/582/458>.
- Suplemento del Registro Oficial No. 294, miércoles 6 de octubre de 2010. Recuperado el 14 de marzo de 2015 de http://esilecstorage.s3.amazonaws.com/biblioteca_silec/TEXTOSRO/2010/B5C0143981491E96BF1F4B6BF2A8FAA8CFD237B8.pdf.
- Vásquez, M. (2011). Relevancia de la sede arbitral y criterios que determinan su elección. *Revista chilena de derecho privado*, núm. 16, 75-134. Recuperado el 7 de febrero de 2015 de http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S071880722011000100003&script=sci_arttext.
- XE. (s.f.). *La autoridad de divisas de confianza del mundo*. Recuperado el 4 de enero de 2015: <http://www.xe.com/es/>.

ANEXOS

ANEXO 1

Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional

(Aprobada el 21 de junio de 1985 y enmendada el 7 julio de 2006 por la
Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional)

CAPÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1. Ámbito de aplicación¹

- 1) La presente Ley se aplicará al arbitraje comercial² internacional, sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente en este Estado.
- 2) Las disposiciones de la presente Ley, con excepción de los artículos 8, 9, 17 H, 17 I, 17 J, 35 y 36, se aplicarán únicamente si el lugar del arbitraje se encuentra en el territorio de este Estado.
- 3) Un arbitraje es internacional si:
 - a) Las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes,
o

¹ Los epígrafes de los artículos se han incluido para facilitar la referencia únicamente y no deberán utilizarse para fines de interpretación.

² Debe darse una interpretación amplia a la expresión "comercial" para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractuales o no. Las relaciones de índole comercial comprenden las operaciones siguientes, sin limitarse a ellas: cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro ("*factoring*"), arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra ("*leasing*"), construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera.

b) Uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos:

- El lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje;
- El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha; o

c) Las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado.

4) A los efectos del párrafo 3) de este artículo:

a) Si alguna de las partes tiene más de un establecimiento, el establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje;

b) Si una parte no tiene ningún establecimiento, se tomará en cuenta su residencia habitual.

5) La presente Ley no afectará a ninguna otra ley de este Estado en virtud de la cual determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje o se puedan someter a arbitraje únicamente de conformidad con disposiciones que no sean las de la presente Ley.

Artículo 2. Definiciones y reglas de interpretación

A los efectos de la presente Ley:

a) "Arbitraje" significa cualquier arbitraje con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente la que haya de ejercitarlo;

- b) "Tribunal arbitral" significa tanto un solo árbitro como una pluralidad de árbitros;
- c) "tribunal" significa un órgano del sistema judicial de un país;
- d) Cuando una disposición de la presente Ley, excepto el artículo 28, deje a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, esa facultad entraña la de autorizar a un tercero, incluida una institución, a que adopte esa decisión;
- e) Cuando una disposición de la presente Ley se refiera a un acuerdo que las partes hayan celebrado o que puedan celebrar o cuando, en cualquier otra forma, se refiera a un acuerdo entre las partes, se entenderán comprendidas en ese acuerdo todas las disposiciones del reglamento de arbitraje en él mencionado;
- f) Cuando una disposición de la presente Ley, excepto el apartado a) del artículo 25 y el apartado a) del párrafo 2) del artículo 32, se refiera a una demanda, se aplicará también a una reconvenición, y cuando se refiera a una contestación, se aplicará asimismo a la contestación a esa reconvenición.

Artículo 2 A. Origen internacional y principios generales

- 1) En la interpretación de la presente Ley habrán de tenerse en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe.
- 2) Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Ley que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en que se basa la presente Ley.

BRASIL

LEY NO. 9307 DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 1996

Disposiciones sobre arbitraje

CAPÍTULO VI

Del reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras

Artículo 34. La sentencia arbitral extranjera será reconocida y ejecutada en Brasil y tendrá eficacia en el orden interno de conformidad con los tratados internacionales y, en su ausencia, estrictamente de acuerdo con los términos de esta Ley.

Parágrafo único. Será considerada sentencia arbitral extranjera toda aquella que haya sido dictada fuera del territorio nacional.

Artículo 35. Para ser reconocida o ejecutada en Brasil, la sentencia arbitral extranjera deberá ser homologada por el Supremo Tribunal Federal.

Artículo 36. Será aplicable a la homologación para reconocimiento o ejecución de la sentencia arbitral extranjera, en lo que fuera aplicable, lo dispuesto en los artículos 483 y 484 del Código Procesal Civil.

Artículo 37. La homologación de la sentencia arbitral extranjera será requerida por la parte interesada, debiendo la petición inicial contener las indicaciones de la ley procesal, conforme con el artículo 282 del Código Procesal Civil, debiendo presentarse:

- I. Copia original de la sentencia arbitral o copia debidamente certificada de la misma, autenticada por el consulado brasilero juntamente con una traducción oficial de la misma;

II. Copia original del acuerdo de arbitraje o copia certificada, acompañada de traducción oficial.

Artículo 38. Solamente podrá ser denegada la homologación para el reconocimiento o ejecución de la sentencia arbitral extranjera, cuando el reo demuestre que:

- I. Las partes que suscribieron el acuerdo de arbitraje eran incapaces;
- II. El acuerdo de arbitraje no era válido según la ley a la cual fue sometido por las partes; o, a falta de indicación al respecto, según la ley del país en el cual la sentencia arbitral fue dictada;
- III. No fue notificada la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje, o cuando haya sido violado el principio de contradicción, imposibilitando la defensa;
- IV. La sentencia arbitral fue dictada fuera de los límites del acuerdo de arbitraje, no siendo posible separar la parte excedente de aquella sometida a arbitraje;
- V. La institución del arbitraje no está de acuerdo con el compromiso arbitral o cláusula arbitral; VI. la sentencia arbitral no se tornó obligatoria para las partes, haya sido anulada, o suspendida por órgano judicial del país donde la sentencia arbitral fue dictada.

Artículo 39. También se denegará la homologación para el reconocimiento o ejecución de la sentencia arbitral extranjera, si el Supremo Tribunal Federal consta que:

- I. Conforme con la ley brasilera, el objeto del litigio no es susceptible de ser resuelto por vía de arbitraje;

II. La decisión constituye una violación a la buena fe y orden público nacional.

Parágrafo único. No será considerado violación al orden público nacional la citación de la parte residente o domiciliada en Brasil, de acuerdo con las formas del acuerdo de arbitraje o de la ley procesal del país donde fue llevado a cabo el arbitraje, admitiéndose, inclusive, la citación postal con acuse de recibo, en la medida en que se le otorgue a la parte brasilera tiempo hábil para el ejercicio del derecho de defensa.

Artículo 40. La denegatoria de homologación para el reconocimiento o ejecución de la sentencia arbitral extranjera por motivo de vicios formales, no obstará a que la parte interesada renueve el pedido, una vez salvados los vicios existentes.

COLOMBIA

LEY 1563 DE 2012

“Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones”.

SECCIÓN TERCERA ARBITRAJE INTERNACIONAL

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 62. Ámbito de aplicación. Las normas contenidas en la presente sección se aplicarán al arbitraje internacional, sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente en Colombia.

Las disposiciones de la presente sección, con excepción de los artículos 70, 71, 88, 89, 90 y 111 a 116 se aplicarán únicamente si la sede del arbitraje se encuentra en territorio colombiano.

La presente sección no afectará ninguna otra ley colombiana en virtud de la cual determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje o se puedan someter a arbitraje únicamente de conformidad con disposiciones que no sean las de la presente ley.

Se entiende que el arbitraje es internacional cuando:

- a) Las partes en un acuerdo de arbitraje tengan, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus domicilios en Estados diferentes; o
- b) El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, está situado fuera del Estado en el cual las partes tienen sus domicilios; o

c) La controversia sometida a decisión arbitral afecte los intereses del comercio internacional. Para los efectos de este artículo:

1. Si alguna de las partes tiene más de un domicilio, el domicilio será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje;
2. Si una parte no tiene ningún domicilio, se tomará en cuenta su residencia habitual.

Ningún Estado, ni empresa propiedad de un Estado, ni organización controlada por un Estado, que sea parte de un acuerdo de arbitraje, podrá invocar su propio derecho para impugnar su capacidad para ser parte en un arbitraje o la arbitrabilidad de una controversia comprendida en un acuerdo de arbitraje.

Artículo 63. Definiciones. Para los efectos regulados en la presente sección:

1. "*Arbitraje*" significa cualquier arbitraje con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente la que haya de administrarlo;
2. "*Tribunal arbitral*" significa tanto un solo árbitro como una pluralidad de árbitros;
3. "*Autoridad judicial*" significa la autoridad judicial en particular que debe conocer determinados asuntos en los términos de la presente ley.

Artículo 64. Carácter internacional y reglas de interpretación. En la interpretación del arbitraje internacional habrán de tenerse en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe.

Las cuestiones reguladas en materia de arbitraje internacional que no estén expresamente resueltas en ella se resolverán de conformidad con los principios generales que la inspiran.

Cuando una disposición de la presente sección, excepto el artículo 101, deje a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, esa facultad entraña la de autorizar a un tercero, incluida una institución, para que adopte esa decisión.

Cuando una disposición de la presente sección, se refiera a un acuerdo que las partes hayan celebrado o que puedan celebrar o cuando, en cualquier otra forma, se refiera a un acuerdo entre las partes, se entenderán comprendidas en ese acuerdo todas las disposiciones del reglamento de arbitraje en él mencionado.

Cuando una disposición de la presente sección, excepto el numeral 1 del artículo 98 y el literal a) del numeral 2 del artículo 105, se refiera a una demanda, se aplicará también a una reconvención, y cuando se refiera a una contestación, se aplicará asimismo a la contestación de esa reconvención.

CHILE

LEY NUM. 19.971

SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

CAPITULO I

Disposiciones generales

Artículo 1º.- Ámbito de aplicación.

- 1) Esta ley se aplicará al arbitraje comercial internacional, sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente en Chile.
- 2) Las disposiciones de esta ley, con excepción de los artículos 8º, 9º, 35 y 36, se aplicarán únicamente si el lugar del arbitraje se encuentra en el territorio nacional.
- 3) Un arbitraje es internacional si:
 - a) Las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes,
o
 - b) Uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos:
 - i) El lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje;

ii) El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, o

c) Las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado.

4) A los efectos del numeral 3) de este artículo:

a) Si alguna de las partes tiene más de un establecimiento, el establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje.

b) Si una parte no tiene ningún establecimiento, se tomará en cuenta su residencia habitual.

5) Esta ley no afectará a ninguna otra ley en virtud de la cual determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje o se puedan someter a arbitraje únicamente de conformidad con disposiciones que no sean las de la presente ley.

Artículo 2º.- Definiciones y reglas de interpretación. Para los efectos de esta ley:

a) "arbitraje" significa cualquier arbitraje con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente la que haya de ejercitarlo.

b) "tribunal arbitral" significa tanto un solo árbitro como una pluralidad de árbitros.

c) "tribunal" significa un órgano del sistema judicial de un país.

- d) Cuando una disposición de esta ley, excepto el artículo 28, deje a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, esa facultad entraña la de autorizar a un tercero, incluida una institución, a que adopte esa decisión.

- e) Cuando una disposición de esta ley se refiera a un acuerdo que las partes hayan celebrado o que puedan celebrar o cuando, en cualquier otra forma, se refiera a un acuerdo entre las partes, se entenderán comprendidas en ese acuerdo todas las disposiciones del reglamento de arbitraje en él mencionado.

- f) Cuando una disposición de esta ley, excepto la letra a) del artículo 25 y la letra a) del numeral 2) del artículo 32, se refiera a una demanda, se aplicará también a una reconvención, y cuando se refiera a una contestación, se aplicará asimismo a la contestación a esa reconvención.

- g) La expresión "comercial" debe interpretarse en un sentido amplio para que abarque todas las cuestiones que se plantean en las relaciones de esta índole, contractuales o no. Se comprenden dentro de éstas, por ejemplo, cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro, arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra, construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera.

PERÚ

DECRETO LEGISLATIVO N° 1071

**TÍTULO I
DISPOSICIONES GENERALES**

Artículo 5.- Arbitraje internacional.

1. El arbitraje tendrá carácter internacional cuando en él concurra alguna de las siguientes circunstancias:
 - a. Si las partes en un convenio arbitral tienen, al momento de la celebración de ese convenio, sus domicilios en Estados diferentes.
 - b. Si el lugar del arbitraje, determinado en el convenio arbitral o con arreglo a éste, está situado fuera del Estado en que las partes tienen sus domicilios.
 - c. Si el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica o el lugar con el cual el objeto de la controversia tiene una relación más estrecha, está situado fuera del territorio nacional, tratándose de partes domiciliadas en el Perú.
2. Para efectos de lo dispuesto en el numeral anterior, si alguna de las partes tiene más de un domicilio, se estará al que guarde una relación más estrecha con el convenio arbitral.

Artículo 35.- Lugar del arbitraje.

1. Las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral determinará el lugar del arbitraje, atendiendo a las circunstancias del caso y la conveniencia de las partes.
2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el numeral anterior, el tribunal arbitral podrá, previa consulta a las partes, reunirse en cualquier lugar que estime apropiado para oír a los testigos, a los peritos o a las partes, o para examinar o reconocer objetos, documentos o personas. El tribunal arbitral podrá llevar a cabo deliberaciones en cualquier lugar que estime apropiado.