A todo esto, ¿cuándo es que al arbitraje lo llamamos internacional?

Por Humberto Sáenz-Marinero
(El Salvador)

1. El regreso a la cuestión [arriba]

Es innegable que a la fecha existen muchos países donde aún se perciben diferencias importantes entre los arbitrajes internacionales y los arbitrajes domésticos. Como si se tratara de medios de resolución de disputas con un origen distinto, son varios los países (dualistas y monistas) en los que aún se concibe la necesidad de distinguir entre prácticas apropiadas para el arbitraje doméstico, versus prácticas apropiadas para el arbitraje internacional.

No comulgamos en lo absoluto con esa distinción, pero reconocemos que es una realidad. Es por ello que hemos considerado apropiado regresar a un cuestionamiento que parece haber quedado olvidado y sobre lo que a veces no se reflexiona a pesar de las distinciones antes apuntadas en relación a la práctica arbitral: ¿cuándo es que vamos a calificar al arbitraje como internacional?

Por supuesto que los expositores de derecho han hecho esfuerzos por puntualizar cuáles son los requisitos que deben observarse para estar en presencia de un arbitraje que tenga la característica de ser internacional; se ha tratado de determinar cuáles son los rasgos que distinguen a un arbitraje doméstico, nacional o interno, de un arbitraje internacional o incluso de un arbitraje extranjero [1].

Podemos afirmar que, a grandes rasgos, la doctrina ha coincidido en señalar de manera conceptual y genérica, que existirá arbitraje internacional, cuando se presenten elementos extraños o ajenos al carácter local de la controversia, o cuando aparezca alguna conexión con un país distinto, si bien no podemos desconocer que, cuando se trata de precisar cuáles son esos elementos extraños o ajenos a la disputa, no siempre existe coincidencia de criterios. Precisamente por ello intentamos regresar y sistematizar las principales posturas al respecto.

Por otra parte, las legislaciones arbitrales también han tratado de identificar los elementos que deben estar presentes para poder tipificar a un arbitraje como internacional. Desafortunadamente, hasta hoy, y a pesar de la existencia de convenciones internacionales y propuestas de organismos e instituciones de carácter internacional, no podemos afirmar que existan parámetros aceptados universalmente. Las diferencias, aunque en menor medida, aún persisten.

En efecto, existen legislaciones que aceptan como uno de los componentes para la determinación de la internacionalidad del arbitraje, la sola discreción de las partes, cuando éstas concurren a suscribir un convenio o cláusula arbitral. En otros países, un arbitraje será internacional aun cuando sea entre dos partes locales, siempre que exista al menos un elemento foráneo. De manera distinta, existen legislaciones que prácticamente han adoptado la Ley Modelo, o simplemente le han hecho algunas pequeñas variantes, decidiéndose por listar los elementos extranjeros a considerar, tales como domicilio, objeto litigioso, sede del arbitraje, legislación aplicable, etc.

La problemática planteada también ha sido reconocida, y ha tratado de ser resuelta, por legislaciones relativamente recientes en materia arbitral, como es el caso de la ley española, al grado tal que en la exposición de motivos de la ley de arbitraje

española, se hace referencia a que uno de sus propósitos y contribuciones, está constituido por el hecho de que con ella se pretende especificar en qué casos un arbitraje será considerado internacional, tomando además en cuenta que tal determinación debe facilitar la interpretación y aplicación del arbitraje, a la luz del contexto del tráfico jurídico internacional.

Los mismos centros internacionales de arbitraje han discutido en su seno los componentes que deben estar presentes para tipificar a un arbitraje como internacional. Para el caso, la CCI encargó en 1995, a un grupo de juristas expertos en materia de arbitraje internacional, la revisión y adecuación de su Reglamento de Arbitraje vigente para ese entonces. Desde esa fecha, una de las sugerencias del grupo de trabajo conformado al efecto, fue añadir al art. 1. del Reglamento de esa época, un párrafo que establecía que la Corte de Arbitraje de la CCI podía conocer de arbitrajes que no revistieran carácter internacional, siempre que, surgida la controversia en el ámbito de los negocios, existiera un acuerdo arbitral.

Tal encargo constituyó, a nuestro juicio, un reconocimiento implícito a la problemática que suscitaba el calificativo de internacional a un arbitraje, y un reconocimiento al hecho de que, lo que se considera como arbitraje internacional, puede variar, a veces sustancialmente, de un país a otro.[2]

Cosa similar ocurre con el Centro Internacional para la Resolución de Disputas de la Asociación Americana de Arbitraje, donde se ha optado por separar no solo los reglamentos del procedimiento arbitral aplicable, sino también la administración misma de los casos que se presenten, la cual es encargada a diferentes divisiones de la AAA, dependiendo si se trata de un caso internacional, o de uno doméstico. En este centro de arbitraje persisten reglas distintas para los arbitrajes internacionales en comparación con los arbitrajes domésticos, en asuntos tales como la selección de los árbitros y la composición del tribunal arbitral, la recusación de los árbitros, la conducción y duración de los procedimientos, los honorarios y costos asociados, la exigencia de razonar los laudos, etc.

Esta discusión y problemática no ha escapado del conocimiento de los tribunales judiciales, quienes se han visto en la necesidad de diferenciar entre arbitrajes internacionales e internos. Concretamente en el ámbito latinoamericano, una de las decisiones judiciales más emblemáticas, más discutidas y por sobre todo más criticadas, en la cual este asunto ha sido ventilado, fue la decisión adoptada en el denominado caso Termorío[3].

El caso Termorío es un caso relacionado con la industria de la construcción en Colombia, donde el Consejo de Estado Colombiano anuló un laudo arbitral dictado por un Tribunal conformado bajo las reglas de la CCI. La razón para anular el laudo fue precisamente que, a pesar de la existencia de elementos de carácter internacional, como lo eran, entre otros, la presencia de accionistas extranjeros en una de las empresas involucradas, y la transferencia de tecnología y servicios a través de las fronteras de dos Estados, el Consejo de Estado consideró que el arbitraje era interno o doméstico.

Al calificarlo como arbitraje interno, el Consejo de Estado opinó que la CCI, según la legislación colombiana, no tenía autorización para administrar un arbitraje de esa naturaleza ya que tal institución, no obstante su prestigio, no estaba incluida en la lista de centros arbitrajes autorizados en Colombia [4].

En El Salvador, éste mismo cuestionamiento ya ha sido planteado en un caso promovido entre dos partes salvadoreñas, bajo las reglas de arbitraje internacional del ICDR de la AAA [5]. En ese caso, una de las partes interpuso una excepción de incompetencia del Tribunal Arbitral, razón por la cual, el Tribunal decidió que lo mejor sería tratar la excepción de competencia como un incidente previo.

La parte demandada, de manera muy similar a lo acontecido en el caso Termorío, alegaba que el ICDR de la AAA no era un centro de arbitraje autorizado por la legislación salvadoreña para administrar un caso promovido entre dos entidades salvadoreñas. Lo importante para nuestros propósitos, es que el Tribunal Arbitral en su laudo parcial, al resolver sobre su propia competencia, se vio en la necesidad de determinar como premisa para su posterior conclusión, si el arbitraje era interno o internacional.

Al analizar los elementos que podían distinguir la naturaleza internacional o interna del arbitraje, el Tribunal Arbitral hizo un repaso por los elementos del proceso arbitral y señaló: "En este procedimiento arbitral todas las partes tienen sus domicilios en El Salvador, el lugar del arbitraje fue fijado en El Salvador y el lugar del cumplimiento del Contrato está situado en este país. Por consecuencia las Convenciones de Nueva York y de Panamá no son aplicables y es a la luz del derecho salvadoreño que la validez de la Cláusula de Arbitraje debe discutirse." Tomando en cuenta lo anterior, y contrario a lo acontecido en el caso Termorío, el Tribunal Arbitral, si bien consideró que se trataba de un arbitraje doméstico, se declaró competente para conocer de la disputa planteada.

Con lo dicho hasta ahora, nos parece evidente que la determinación de la naturaleza local o internacional de un arbitraje, no es una cuestión meramente teórica; por el contrario, existen importantes consecuencias de índole práctico que son precisamente las que han motivado las discusiones a que antes nos hemos referido [6].

Es más, determinar si un arbitraje es o no internacional implica, en las legislaciones de no pocos países, una regulación distinta, especial y autónoma en relación a la del arbitraje local. Esta distinta regulación opera en asuntos como el procedimiento mismo, las reglas de constitución de los tribunales arbitrales, las causales de recusación de árbitros, la posibilidad de adoptar medidas precautorias, el régimen de protección a ciertos sectores económicos como los consumidores o los distribuidores, los recursos existentes contra los laudos pronunciados y las causales para la impugnación de estos.

Incluso en los mismos países que han decidido adoptar un sistema monista, entendido éste como aquel sistema que prefiere que "salvo contadas excepciones, los mismos preceptos se apliquen por igual al arbitraje interno e internacional" [7], es innegable que siempre existen normas de procedimiento o hasta sustantivas en algunos casos, que solo aplican a un determinado tipo de arbitraje, en aspectos relacionados con el idioma del arbitraje, los requisitos de elección de los árbitros, la aplicación de normas que resuelven conflictos de leyes, las prerrogativas que pueden o no tener los Estados y las instituciones públicas en comparación con los particulares, las materias que pueden ser objeto de un procedimiento arbitral, etc.[8]

Compartimos en consecuencia el criterio que señala que cuando se está en presencia de un arbitraje internacional, la complejidad del procedimiento es mucho mayor; debe muchas veces recurrirse a normas de derecho internacional privado y a reglas de conflictos de leyes para solucionar las diferentes situaciones que pueden

presentarse durante la tramitación del caso y durante el posterior intento de ejecución del laudo que pueda dictarse [9].

Hecho este planteamiento genérico, pasamos a sistematizar los criterios que se han utilizado para calificar a un arbitraje como interno o internacional.

2. El criterio material o sustantivo [arriba]

Este criterio pone énfasis en la naturaleza de la disputa, en la relación jurídica que se controvierte, considerándola a ésta en su totalidad, sin considerar de manera aislada los elementos que individualmente pueden tener relación con la disputa. Siendo así, esta teoría tiene la clara ventaja de tener un espectro de aplicación bastante más amplio, pero por esa misma razón también tiene la clara desventaja de ser ambigua y de propiciar variadas interpretaciones, razón por la cual las legislaciones de muchos países se han mostrado reticentes a aceptarla.

Teniendo en cuenta la realidad económica de la controversia planteada por las partes, bajo esta teoría se sostiene que el arbitraje será internacional cuanto los intereses del comercio internacional resulten o puedan resultar afectados, o más genéricamente aún, cuando la controversia esté relacionada con el comercio internacional.

Tal definición, que ha sido desarrollada principalmente por la jurisprudencia francesa [10], y que fue además propuesta por la CCI en los trabajos preparatorios de la Convención de Nueva York, aparece recogida precisamente en el Código de Procedimiento Civil francés en el artículo 1492, el cual señala que el arbitraje será internacional "cuando la controversia sometida a decisión arbitral afecte los intereses del comercio internacional".

Esta postura también aparecía contemplada por el Convenio Europeo de Ginebra de 1961 sobre Arbitraje Comercial Internacional, el cual disponía en su art. 1.1 a) que el Convenio se aplica a aquellos casos en que se pretenda solventar controversias o contiendas surgidas o por surgir de operaciones de comercio internacional.

Como resulta obvio, la teoría material o sustantiva pone especial atención a la vertiente comercial del arbitraje internacional [11]. En efecto, esta teoría resultaría completamente inaplicable para arbitrajes que en algunas legislaciones pudieran ser considerados civiles, administrativos, de consumo, o que versaran sobre cualquier otra actividad que no pueda ser calificada rigurosamente de comercial. Esta limitación, que la misma doctrina y jurisprudencia no han podido superar, ha motivado no pocas críticas de buena parte de los expositores de derecho, puesto que las legislaciones de los diferentes sistemas normativos, difieren en el momento de tratar de unificar posiciones sobre lo que debe entenderse por actos de comercio, cosas mercantiles, comerciantes, etc.

Surge en consecuencia la necesidad de determinar en qué casos resultan afectados los intereses del comercio internacional, o más básico aún, surge inclusive la necesidad de determinar qué debemos entender por comercio internacional. Y ha sido la misma jurisprudencia francesa la que se ha encargado de dar algunas luces sobre el tema, cuando ha llegado a sostener que una controversia se considera que afecta los intereses del comercio internacional cuando, luego de atender a la realidad puramente económica de la controversia, es viable concluir que ésta supone una transferencia o movimiento de bienes, de servicios o de monedas a través de las

fronteras de dos o más países. Esto con prescindencia de aspectos tales como la nacionalidad de las partes, la nacionalidad de los accionistas de las partes, la ley aplicable al contrato, la naturaleza internacional de la institución administradora, la ley aplicable al proceso arbitral, o el lugar del arbitraje, todo lo cual, bajo esta definición, termina resultando irrelevante [12].

No obstante los esfuerzos de la jurisprudencia francesa por objetivar esta noción de comercio internacional, la elasticidad del concepto y la incertidumbre que genera su aplicación, no han logrado desaparecer. La misma jurisprudencia francesa ha debido elaborar aún más su propia definición cuando ha tenido que especificar que no es necesario que el intercambio de bienes, servicios o capitales se haya producido efectivamente, sino que basta con la eventualidad de la transferencia implicada en la transacción en análisis; o cuando se ha estado en presencia de casos en que las dos partes involucradas en un arbitraje cuentan con nacionalidad francesa, a pesar de que en efecto se ha producido un comercio transfronterizo de bienes y servicios. [13]

Han sido todas estas incertidumbres y vacíos, los que han provocado que la Ley Modelo no haya sugerido tal criterio para definir al arbitraje internacional, y dada la inobjetable influencia de esta muy especialmente en las legislaciones latinoamericanas, ha sido esa misma circunstancia la que ha conllevado que pocas legislaciones se hayan aventurado a adoptarla.

3. El criterio procesal o formal [arriba]

Según esta teoría, la internacionalidad de un arbitraje se encuentra determinada por el hecho de que alguno o algunos de los elementos del arbitraje, comporten o no un carácter extraño, foráneo a alguna o a ambas partes. Se trata pues de aislar diferentes elementos del proceso arbitral y analizar si tales elementos tienen o no algún contacto, mayor o menor con ordenamientos jurídicos ajenos a cualquiera de las partes. Bajo esta teoría pueden agruparse todos aquellos criterios que aluden a la nacionalidad de las partes, al domicilio, residencia o establecimiento de las partes, al lugar del arbitraje, al lugar donde se dicta el laudo, al derecho sustantivo y procesal aplicable a la disputa, etc.

a) Nacionalidad de las partes

Según este primer elemento, un arbitraje será internacional cuando las partes que intervienen en un proceso arbitral, son de nacionalidad diferente [14]. El problema que de inmediato surge, y que resulta aplicable a algunos otros de los criterios a que más adelante nos referiremos, es el de determinar el ámbito de aplicación temporal de la nacionalidad. Este criterio implica no solo estar en presencia de diferentes nacionalidades, sino, además, saber en qué momento es que esa diferencia resulta relevante para la determinación de la internacionalidad del arbitraje.

Baste considerar que existen muchos supuestos en que dos partes que suscriben un convenio arbitral como mecanismo de solución de sus eventuales disputas de carácter contractual o extracontractual, cambian por múltiples circunstancias durante el período de vigencia del contrato; y pueden llegar a cambiar inclusive cuando ha surgido la controversia que será objeto del procedimiento arbitral, o cuando el procedimiento arbitral ya está en marcha. Tampoco es desconocido que,

por múltiples razones, una persona puede cambiar su nacionalidad o tener más de una nacionalidad.

Forzoso es decir que, si bien el elemento de la nacionalidad ha sido históricamente, un elemento de mucha relevancia para la determinación de la naturaleza del arbitraje [15], el mismo fue abandonado paulatinamente, por el hecho de haber sido considerado como insuficiente e irrelevante, y por el hecho de que en la mayoría de los casos, tal criterio era problemático y confuso, para determinar la nacionalidad del arbitraje, o para determinar la nacionalidad del laudo que al efecto podría dictarse. En los arbitrajes de carácter internacional se discuten siempre relaciones jurídicas de contenido patrimonial y no de contenido personal, por lo que recurrir al vínculo jurídico que la partes pueden tener con un Estado, parece resultar intrascendente.

b) El domicilio, residencia o establecimiento de las partes

Los problemas que conllevaba la utilización de la nacionalidad de las partes como criterio determinante, dieron paso a utilizar otro criterio que, si bien siempre es de carácter personal, resultaba técnicamente más apropiado: el domicilio. Más específicamente, podemos decir que las expresiones domicilio o residencia habitual, como parámetros de internacionalidad de los procesos arbitrales, aparecen por vez primera en el Convenio Europeo de Ginebra de 1961 sobre Arbitraje Comercial Internacional [16] y más adelante en la Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías [17].

Se hace necesario acudir a las normas y principios del derecho común para sostener, en clara concordancia con la unanimidad de los expositores de derecho, que el domicilio es un concepto jurídico que precisa el lugar en que la persona es considerada siempre presente, aun cuando de manera momentánea no lo esté, para el ejercicio de sus derechos y para el cumplimiento de sus obligaciones.

Ahora bien, no podemos negar el hecho de que, en los procedimientos arbitrales de carácter internacional, los principales usuarios de este mecanismo de solución de controversias son las personas jurídicas, tanto de derecho público como de derecho privado. Interesa entonces destacar que, para el caso de las personas jurídicas de derecho privado, el domicilio de las mismas o su sede social, será el que señale su propio acto constitutivo o en todo caso sus estatutos y que, si por cualquier circunstancia estos nada dicen, se entenderá que es el asiento principal de sus negocios. Para el caso de las personas jurídicas de derecho público, su domicilio deberá ser el que indique su respectiva ley o norma de creación.

Lo anteriormente expuesto lleva a concluir que la expresión domicilio puede ser, en algunos casos, un concepto con alcances muy restringidos, provocando que una persona eventualmente, pueda estar desprovista de este atributo. Y es por tal circunstancia que cuando se hace referencia a este criterio como elemento diferenciador de la internacionalidad del arbitraje, no siempre se alude puntualmente al domicilio, sino también a una expresión de alcance más general, como lo es la residencia.

Tradicionalmente la residencia había carecido de significación jurídica, pero la realidad de que en la actualidad las personas deben estarse trasladando constantemente de un lugar a otro, ha provocado que se le diera efectos concretos y positivos a este atributo. Se plantean situaciones en que, precisamente por la

constante movilidad de una persona, ésta carezca de domicilio o, al menos éste, sea de muy difícil determinación; y es entonces cuando la mera residencia habitual hace las veces de domicilio.

En línea con lo anterior, se ha pretendido acudir a otro tipo de expresiones en teoría más flexibles, que denoten mayor amplitud. Para el caso, la LMUN se refiere, en lugar de domicilio o residencia de las partes, a la expresión "establecimiento" [18].

En cualquier de estos casos, destacamos que en el ámbito temporal lo relevante es el momento en que se pacta el convenio arbitral. Es en ese momento que habrá que determinar si el domicilio, residencia o establecimiento era diferente; y eso será suficiente para concluir si el arbitraje es internacional o no.

Por último, no podemos dejar de hacer alusión a la posibilidad real, y en estos días por demás frecuente, que una de las partes tenga más de un domicilio. Sobre dicho particular se ha optado casi de manera unánime por una solución que si bien lógica, no deja de entrañar posibles complicaciones de índole práctico porque incorpora un elemento indeterminado de difícil objetivización. La mayoría de legislaciones modernas, en claro apego a lo sugerido por la CNUDMI, han decidido que, en tales casos, el domicilio, residencia habitual o establecimiento relevante, será aquel que tenga un vínculo más estrecho con el acuerdo de arbitraje, con lo cual habrá que realizar consideraciones fácticas y hasta jurídicas para determinar ese mayor vínculo.

c) Lugar del arbitraje elegido por las partes

Al referirnos al lugar del arbitraje, hacemos directa alusión a la sede del mismo. Con este criterio no nos estamos refiriendo al lugar de celebración de las audiencias, o al lugar en que se desarrollarán algunas o todas las etapas del proceso arbitral. Hablamos del vínculo jurídico.

Solo de manera resumida, puede decirse que la elección de la sede del arbitraje tendrá relevancia en relación a:

i) el derecho vigente en la sede del arbitraje es el derecho que va a aplicarse al convenio arbitral;

ii) el derecho de la sede del arbitraje puede afectar el derecho aplicable al fondo de la controversia, salvo disposición contractual en contrario;

iii) los tribunales de la sede del arbitraje tendrán competencia para apoyar a los árbitros en asuntos tales como la ejecución coactiva de medidas cautelares;

iv) la legislación procesal de la sede del arbitraje puede ocasionalmente servir como normativa procesal supletoria cuando existan vacíos en la normativa procedimental aplicable, como, por ejemplo, cuando el reglamento de un determinado centro de arbitraje no prevea una solución procesal a un caso concreto; y

v) si se pretende atacar la validez de un laudo, será ante los jueces de la sede del arbitraje que se buscará su anulación, con el ulterior propósito de evitar o al menos suspender la ejecución de ese mismo laudo en otras jurisdicciones [19].

Aclarado lo anterior, para que el lugar o sede del arbitraje sea capaz por sí mismo, de convertir un proceso arbitral en uno de carácter internacional, debe reunir al menos dos requisitos. En primer lugar, debe tratarse de una sede que sea distinta al lugar en que las partes tienen sus domicilios, residencia habitual o establecimiento; y, en segundo lugar, debe tratarse de una sede que efectivamente hayan elegido las partes ya sea en el convenio arbitral, o que resulte como consecuencia directa del mismo.

Sin perjuicio de lo ya dicho con relación al domicilio de las partes, surge también en este caso la necesidad de delimitar el ámbito temporal en que debe presentarse la diferencia de lugares entre la sede y el domicilio de las partes. La doctrina, en aras de dotar de una mayor seguridad jurídica a los involucrados en un proceso arbitral, se inclina por favorecer que las partes sepan, desde el momento que suscriben el convenio arbitral, que se están sometiendo libre y voluntariamente a un arbitraje internacional. Siendo así, este cuestionamiento es solventado de manera idéntica a lo que ya hemos dicho sobre la nacionalidad y el domicilio, esto es, interpretando que la diferencia de lugares debe ser relevante al momento de pactar el convenio arbitral, y no antes ni después.

Pero tal interpretación soluciona solo parcialmente el cuestionamiento planteado. Esto es así en vista de que el segundo requisito que hemos enunciado como necesario para que la sede del arbitraje pueda determinar la internacionalidad de un proceso arbitral, es que el lugar haya sido elegido por las partes ya sea en el convenio arbitral, o que se desprenda como consecuencia directa de la aplicación del convenio.

En ese orden de ideas, si por cualquier circunstancia, las partes no eligieron la sede del arbitraje, y la sede del mismo debe ser entonces elegida por los árbitros, por una institución administradora, o debe ser incluso elegida por las mismas partes pero hasta una vez iniciado el conflicto, no estaríamos realmente –por esa sola circunstancia- en presencia de un arbitraje internacional; si no existe ningún otro elemento de internacionalidad, estaríamos en realidad frente a un arbitraje interno.

La solución anterior se impone, según los explican los expositores arbitrales, porque se parte de una premisa fáctica incuestionable en materia arbitral: las partes, cuando eligen una sede distinta de la de su propio domicilio, lo hacen con el propósito pragmático de buscar un lugar neutral, pero adecuado, para resolver sus disputas; si es un tercero el que elige ese lugar, como lo sería la institución administradora o los mismos árbitros, la neutralidad pretendida posiblemente no se logre para al menos una de las partes que podrá verse obligada a someterse a una sede impuesta.

De ahí que la postura más aceptada, es que sea únicamente la autonomía de la voluntad privada, inherente a los procesos arbitrales, y exteriorizada desde el génesis del proceso mismo, la que determine la internacionalidad del arbitraje, y no la decisión de un tercero o la decisión de las partes hasta que ya ha surgido el conflicto.

Ahora bien, puede darse el caso de que, siempre en aplicación de la autonomía de la voluntad privada, las partes si bien no prevean de manera expresa la sede del arbitraje en el convenio arbitral, al menos establezcan los mecanismos para que éste

sea definido con posterioridad; se trata de sedes indeterminadas en el convenio arbitral, pero determinables a futuro por las mismas disposiciones contractuales.

Son casos en los que las partes han anticipado circunstancias ulteriores de las que dependerá la elección de la sede. En todos esos supuestos, se dice, la elección de la sede del arbitraje se ha hecho con arreglo a lo establecido por el convenio arbitral, razón por la que, si la sede que se elige difiere del domicilio que tenían las partes cuando suscribieron el convenio, debería ser suficiente para considerar al arbitraje como internacional. Esta postura ha sido aceptada en el caso salvadoreño [20].

Los supuestos que podrían presentarse en relación a sedes elegidas con arreglo al convenio arbitral son variados, y van desde casos en los que las partes de manera expresa delegan en el convenio arbitral a una institución administradora, o a los posteriores árbitros, para que estos elijan la sede del arbitraje una vez constituido el tribunal, hasta casos en los que las partes prevén un abanico de alternativas de lugares para la celebración del arbitraje y simplemente se termina optando por uno de ellos cuando el proceso inicia.

Algunas dudas surgen cuando las partes se someten a Reglamentos de Arbitraje que a veces no permiten a las partes fijar la sede del procedimiento arbitral, pues ésta ya se encuentra prevista por el mismo Reglamento que usualmente señala como sede del procedimiento arbitral, la misma sede de la institución administradora. En estos casos, sin embargo, podría argüirse que las partes sí decidieron cuál sería la sede del arbitraje, desde el momento mismo en que aceptaron someterse a un Reglamento que contenía tal limitante y tal señalamiento de sede. En cualquier caso, es incuestionable que la mejor opción será que las partes decidan de manera específica y anticipada la sede a la que quieren someterse en ocasión de una potencial disputa.

d) Lugar del cumplimiento de obligaciones sustanciales

Otro criterio relevante es el que alude al lugar en el que se tienen que cumplir las obligaciones entre las partes, ya provengan de un contrato, ya provengan de cualquier otro acto jurídico. Al hacer alusión a este criterio, estamos acudiendo a la aplicación de un principio acuñado en el derecho internacional privado, Lex loci executionis, pero con una variante significativa. No se trata de cualquier obligación que deban cumplir las partes, sino solo de aquellas que sean sustanciales al negocio jurídico de que se trate; se trata pues, para plantearlo de la manera más clara posible, de las obligaciones más importantes.

Sobre este criterio tenemos que comenzar mencionando, que la expresión obligaciones sustanciales fue recogida en derecho internacional privado por la misma CNUDMI en la Convención de Viena de 1980 sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías [21], y fue luego propuesta en la Ley Modelo [22].

Evidentemente, este criterio implica hacer un ejercicio interpretativo, no siempre fácil, para identificar cuál o cuáles son las obligaciones sustanciales que emanan de una relación jurídica, principalmente si se considera que los contratos que contienen cláusulas de remisión a arbitrajes internacionales como método de resolución de disputas, son contratos que normalmente distan mucho de poder ser calificados como ordinarios; lejos de eso, estos contratos suelen entrañar una muy sofisticada

serie de relaciones coexistentes entre las partes, que sin duda dificultan señalar cuáles de ellas ostentan la categoría de sustancial.

Lo que sí nos parece que no amerita mayor discusión, es que en este caso no hay necesidad de pacto expreso entre las partes que puntualice cuáles son las prestaciones u obligaciones más características o sustanciales, porque ello se deberá deducir, cabalmente, analizando la totalidad de las obligaciones que emanan del contrato o de la relación jurídica de que se trate.

Tomando en cuenta lo antes mencionado, las críticas contra este criterio no han faltado. Se le ha tildado incluso de ser un criterio frágil por cuanto puede dar lugar a casos en los que el objeto de la controversia arbitral, no verse sobre ninguna de las obligaciones sustanciales del contrato, sino sobre otro tipo de obligaciones accesorias o paralelas que bien pueden requerir su cumplimiento en el mismo domicilio de las partes; y no obstante ello, deba considerarse a ese caso como un arbitraje internacional por el solo hecho de que, dentro de las obligaciones sustanciales, existe alguna o algunas que sin ser objeto de la disputa, debían cumplirse en Estados diferentes a aquellos donde las partes tenían sus domicilios.

e) Lugar con el que la controversia tiene una relación más estrecha

Muy relacionado con el criterio antes expuesto, surge otro por el que se establece que un arbitraje será internacional, cuando el objeto de la disputa tenga una vinculación estrecha con un lugar distinto al del domicilio de las partes. En este caso ninguna importancia tiene distinguir si la obligación que se incumple es de carácter sustancial, o por el contrario es una de carácter accesorio o secundario.

Lo que acá realmente interesa es la disputa ya planteada por las partes ante el Tribunal Arbitral, para luego de ello, comprobar si tal disputa en su totalidad, o al menos parcialmente, está relacionada con un lugar extraño al domicilio, residencia temporal o establecimiento de las partes.

Acorde con lo dicho, al aplicar aisladamente esta postura no se podrá conocer si el arbitraje es o no internacional sino hasta que todas las partes involucradas en el proceso arbitral, hayan interpuesto sus respectivas demandas, contrademandas y contestaciones [23]; y si se trata de arbitrajes institucionales cuyos reglamentos prevén una fase de identificación de la controversia, o de establecimiento de los puntos litigiosos, hasta en tanto y en cuanto no haya transcurrido dicha fase.

El alto grado de discrecionalidad que este criterio implica para los árbitros o para los mismos tribunales judiciales, es inexorablemente, la principal desventaja que este criterio presenta. En la mayoría de casos, no será fácil determinar la mayor o menor vinculación que tiene una disputa con un determinado lugar, por lo que no será fácil concluir si la disputa se relaciona o no con un lugar extraño a las partes.

4. Criterio subjetivo [arriba]

Este criterio parte fundamentalmente de un principio que es esencial en materia de arbitraje: la libertad de estipulación de las partes.

Este criterio señala que para que un arbitraje sea internacional, no basta con que exista una o más categorías jurídicas foráneas a las partes involucradas en la disputa arbitral, ni basta con que la controversia verse sobre el comercio transfronterizo de

bienes, servicios o dinero; se requiere, además, que las partes hayan elegido estar en presencia de un arbitraje internacional y lo hayan expresado de manera indubitable en el convenio que se haya suscrito al efecto.

Con este criterio también se sostiene que con independencia de la existencia de cualquier elemento de extranjería, las partes en un convenio arbitral pueden declarar que los asuntos que eventualmente van a someterse a arbitramento, tienen la característica de ser internacionales [24].

En otras palabras, las partes podrían prescindir de elementos como nacionalidad, domicilio, legislación aplicable, sede del arbitraje, etc., y simplemente acordar, y así declararlo en el convenio arbitral, que a su juicio la disputa trasciende el ámbito interno porque está relacionada con más de un Estado; y eso, según este criterio sería suficiente para tipificar al procedimiento arbitral como internacional.

Coincidimos como ya otros han observado, que a través de estos criterios "se introduce un peligroso subjetivismo en la calificación del arbitraje internacional, sujeto únicamente a la voluntad de las partes" [25]. Es tan evidente a nuestro juicio lo anterior, que incluso, muchos de los países que se han plegado a la Ley Modelo, han tomado la decisión de apartarse de esta sugerencia en particular, y aún en países donde la tesis había sido aceptada, ha existido una relativización en la aplicación de la misma, a raíz del posterior desarrollo jurisprudencial.

5. Conclusión [arriba]

Reiteramos que, desde nuestra perspectiva, no se justifica el hecho de que a estas alturas aún se considere que el arbitraje internacional es un ser extraño y diferente al arbitraje doméstico, y que por ende debe distinguirse la práctica implementada en los mismos. No nos parece que deba ser así ni siquiera en los países que han adoptado una solución dualista.

No obstante lo anterior, la necesidad de distinguir entre un arbitraje nacional e internacional sigue existiendo, pero en la práctica pocas veces se le pone atención a los criterios que deben ser aplicados para realizar la distinción. Acá, apenas, hemos presentado un esfuerzo por sintetizarlos.

Notas [arriba]

[1] Sobre los diferentes criterios que en doctrina han sido expuestos para calificar al arbitraje como internacional, y sobre la importancia de tal distinción, vid. MERINO MERCHAN, J.F. y CHILLON MEDINA, J.M., Tratado de Derecho Arbitral, ed. Civitas, 3ª edición, Navarra, 2006, pág. 821 y ss.; GARBERÍ LLOBREGAT, J. y otros, Comentarios a la Ley N° 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje, ed. Bosch, Barcelona, 2004, pág. 57 y ss.; CAIVANO, R. J., Arbitraje, ed. Villela, 2ª edición, Buenos Aires, 2000, pág. 313 y ss.; RIVERA, J. C., Arbitraje Comercial Internacional y Doméstico, ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, pág. 20 y ss.; REDFERN A. y otros, Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional, 4ª ed., edición en español revisada y adaptada por MARIGO N. y OSSA F., Aranzandi, Navarra, 2006, pág. 75 y ss; GIL ECHEVERRY, J.H., Nuevo Régimen de Arbitramento, Cámara de

Comercio de Bogotá, 3ª edición, Bogotá, 2004, pág. 686 y ss.
[2] Para una explicación más detallada de la labor desarrollada por este grupo de trabajo, vid. DERAINS, Y. y SCHWARTZ, E. A., El Nuevo Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional- Guía de arbitraje comercial internacional. Traducción de la 1ª edición en inglés hecha por Fernando Martínez Valdés, Oxford University Press, México, 1998.
[3] Vid. SILVA ROMERO, E., "America Latina como Sede de Arbitrajes Comerciales Internacionales", Revista de Arbitragem e Mediacao, Revista dos Tribunais, año 1, No. 1 enero-abril 2004, pág. 88 y ss. Este autor hace un repaso por algunos de los principales y más controversiales arbitrajes que han sido promovidos en los últimos años en diferentes países de la región latinoamericana, pretendiendo con ello ilustrar sobre los avances que han existido en los criterios judiciales en esta región.
[4] Vid Fallo del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, sentencia del 1º de agosto de 2002, expediente 21.041, en caso Electrificadora del Atlántico S.A. E.S.P. contra Termorío S.A. E.S.P.
[5] Caso referencia 50-T-198-00319-03 promovido en ICDR de la AAA, por El Salvador Telecom, S.A. de C.V. contra Compañía de Telecomunicaciones de El Salvador, S.A. de C.V. y CTE Telecom Personal, S.A. de C.V.
[6] En un sentido completamente contrario opinan algunos autores, quienes consideran que la distinción entre arbitraje interno e internacional carece de relevancia y que bien podría relegarse al olvido tal discusión. Quienes sostienen esta posición prefieren enfocarse en el principio de territorialidad de los arbitrajes, y en distinguir si bajo tal principio, una determinada legislación es aplicable o no a un procedimiento arbitral.
[7] Vid. Exposición de motivos de Ley de Arbitraje Española 60/2003.
[8] Vid. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., en "El Arbitraje Comercial Internacional entre la Autonomía, la Anacionalidad y la Deslocalización", Revista Española de Derecho Internacional, N. LVII-2, julio 2005, pág. 610.
[9] CAIVANO, R. J. op. cit., pág. 314. En contra opina YAÑEZ VELASCO, R., op. cit., p. 211 quien sostiene que la corriente dualista implica darle un mote de elitista al arbitraje internacional y que de todas formas se generan problemas prácticos de descoordinación.
[10] Ello en virtud de que es el artículo 1492 del Nuevo Código de Procedimiento Civil Francés, de 1981, el que incorpora tal expresión. Para más explicación sobre el tema, vid. CREMADES, J.A., "Cuatro Lustros de Ley Francesa de Arbitraje Comercial Internacional", Anuario de Justicia Alternativa, Número 1/2001, enero 2001, quien explica que este criterio se consolidó en París, en el caso Chambon contra Thomson CSF.
[11] Vid. OLIVENCIA RUIZ, M. op.cit. págs. 56 y 57.
[12] Sentencia de la Corte de Casación de París, de 14 de marzo de 1989, en el asunto Murge Seigle c. Coplexib.
[13] Vid. CRAIG, L. W., PARK W., PAULSSON J., International Chamber of Commerce Arbitration, ed. Oceana, 3ª edición, 2000, pág. 550. Estos citan una sentencia de la Corte de Apelación de Paris de 1993 en el caso Rawlings v. Société Kevorkian, donde las autoridades francesas sostuvieron que un arbitraje entre abogados de una misma firma francesa, implicaba afectación al comercio internacional ya que la firma tenía abogados estadounidenses que ejercían profesionalmente tanto en los Estados Unidos como en Francia.
[14] Vid. ARELLANO GARCÍA, C., Derecho Internacional Privado, ed. Porrúa, 14ª edición. México, 2001, pág.189 y ss., quien entiende por nacionalidad a la institución jurídica por la cual se relaciona una persona física o jurídica con el Estado, en razón de pertenencia.
[15] Así lo reconocía de manera implícita el art. 1 del Protocolo de Ginebra de 1923, relativo a las cláusulas de arbitraje, al decir que el arbitraje era

internacional cuando el acuerdo relativo a diferencias actuales o futuras se realiza entre partes sujetas a jurisdicción de los diferentes Estados contratantes.
[16] Esta Convención señala en el art. 1º párrafo 1, b, que el criterio para fijar la internacionalidad del arbitraje es la residencia habitual o el domicilio o la sede social en el caso de personas jurídicas.
[17] Vid. art. 1.1 de la Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.
[18] Vid. art. 1.3 letra "a" de la LMUN que señala que un arbitraje es internacional si "Las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes."
[19] Vid. ALVAREZ, H. C., "La Escogencia del Lugar del Arbitraje" en Revista Internacional de Arbitraje, Bogotá, julio-diciembre, 2005
[20] Así lo sugiere el art. 3 literal b (i) de la LMUN y así lo ha acogido la LMCA en su art. 3 literal "h" párrafo 2 (a) cuando dice que un arbitraje es internacional si uno de los lugares siguientes está situado fuera del estado en el que las partes tienen sus domicilios: a) el lugar del arbitraje, si este se ha determinado en el Convenio Arbitral, o con arreglo al mismo sea distinto. Llama particularmente la atención que algunas legislaciones como la boliviana, no obstante haber seguido fielmente las recomendaciones de la LMUN, al caracterizar el arbitraje internacional, no incluyen la sede del arbitraje como un elemento a considerar.
[21] Vid. art. 71 N. 1 de la Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.
[22] Vid. art. 1.3 lit b (ii) de la LMUN que dice que un arbitraje es internacional, si "uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos: … 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".
[23] Así lo reconoce la misma Secretaría de Naciones Unidas quien, al hacer sus propios comentarios a la LMUN, dice que con este criterio la internacionalidad del arbitraje no se podrá determinar sino hasta que las pretensiones de las partes hayan sido plenamente definidas (www.uncitral.org).
[24] Nos parece que esa es la sugerencia contenida por la LMUN en el art. 3 literal "c" cuando dice que un arbitraje es internacional si las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado. Aunque por otra parte se puede sostener que la LMUN se cuidó de limitar esta libertad, añadiendo en el mismo art. 3, en el numeral 5, que la autonomía de la voluntad privada no implicaría la facultad de desconocer que ciertas controversias no pueden ser susceptibles de arbitraje, aún bajo el pretexto de ser uno de naturaleza internacional.
[25] Vid. MERINO MERCHÁN, J.F. y CHILLON MEDINA, J.M., Tratado de Derecho Arbitral, ed. Civitas, 3ª edición, Navarra, 2006p 899 quienes claramente se identifican como detractores de este criterio. Posición contraria sostiene FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., en "El Arbitraje Comercial Internacional…", cit., pág. 615 quien considera que, al no aceptar este criterio, se cercena la posibilidad de internacionalizar litigios por obra de la autonomía de la voluntad de las partes.