

Normatividad procesal aplicable en el arbitraje internacional*

*Francesco Zappalá***

* Artículo realizado con la financiación de la Pontificia Universidad Javeriana Cali al proyecto de investigación “Derecho Aplicable en el Arbitraje Comercial Internacional”, en el ámbito del Grupo de Investigación Instituciones Jurídicas y Desarrollo, categorizado por COLCIENCIAS, de la Pontificia Universidad Javeriana Cali.

** Profesor asistente del Departamento de Ciencia Jurídica y Política de la Pontificia Universidad Javeriana Cali, adscrito al Grupo de Investigación Instituciones Jurídicas y Desarrollo. Abogado de la Universidad de San Buenaventura, Cali, Colombia. Especialista en Derecho Comercial de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín, Colombia. Magíster en *Diritto Privato Europeo* de la Università degli Studi La Sapienza, Roma, Italia; tesis *cum laude*, título: *Arbitrato di Consumo*. Doctorando tercer año en *Diritto dell'Economia e dell'Impresa* del Colegio Doctoral en Derecho Comercial de la Università degli Studi La Sapienza, Roma, Italia; tesis sobre arbitraje comercial internacional. Profesor de la especialización en Derecho Comercial de la Pontificia Universidad Javeriana Cali. Profesor visitante de la maestría en *Diritto Privato Europeo* de la Università degli Studi La Sapienza, Roma, Italia, en el módulo *Arbitrato Commerciale Internazionale*; y de la Facultad de Derecho de la Universidade Pontificia Católica, Belo Horizonte, Brasil. Árbitro inscrito en la Cámara de Comercio de Cali. Correo electrónico: zappala.francesco@gmail.com

Resumen

La teoría de la autonomía de la voluntad de las partes ha recibido amplio reconocimiento en los ordenamientos jurídicos nacionales. Con la buena fe, la legalidad y el respeto del *due process* internacional como únicos requisitos, los convenios y reglamentos en materia de arbitraje comercial internacional establecen claramente que las partes pueden elegir por sí mismas el derecho aplicable al procedimiento. La situación normativa presente en los distintos Estados se puede resumir y clasificar en dos posibilidades. La primera consiste en que las partes contractuales fijan la sede del arbitraje internacional en un ordenamiento jurídico que adopta el criterio de la localización geográfica; la segunda radica en la posibilidad de seleccionar como sede del arbitraje un ordenamiento jurídico que adopta el criterio de la autonomía de la voluntad de las partes. El objetivo de este documento es demostrar la preponderancia de la voluntad contractual sobre la denominada *lex arbitri* en el plano transnacional.

Palabras clave

Arbitraje internacional, autonomía de la voluntad privada, normatividad procesal, *lex arbitri*, *forum shopping*.

Abstract

The theory of the autonomy of the will of the parties has received wide recognition in national legal systems. With good faith, legality, and respect of international due process as the only requirements, the agreements and regulations on international commercial arbitration clearly establish that the parties can choose the applicable procedural law. The present regulatory situation in various states can be presented as two possibilities. In the first possibility, the contracting parties select the seat of international arbitration from within a legal system that adopts the criterion of geographical location. In the second possibility, the parties choose the seat of arbitration from within a legal system that adopts the view of the autonomy of the will of the parties. This paper purports to demonstrate the prevalence of contractual intent over the so-called *lex arbitri* at the transnational level.

Keywords

International arbitration, autonomy of the will of the parties, procedural rules, *lex arbitri*, *forum shopping*.



1. Normatividad aplicable en el arbitraje internacional

En el arbitraje comercial internacional, a diferencia de lo que ocurre en el arbitraje nacional, interviene más de un ordenamiento jurídico, o sistema de normas jurídicas. Es posible identificar por lo menos cinco sistemas jurídicos diferentes que pueden influir en la práctica del arbitraje comercial internacional¹:

1. El derecho por el que se rige la capacidad de las partes para celebrar el acuerdo arbitral en contexto internacional.
2. El derecho por el que se rigen el pacto arbitral y su cumplimiento en el plano internacional.
3. El derecho por el que se rigen la existencia del tribunal arbitral internacional y los procedimientos; generalmente, es la *lex arbitri*.
4. El derecho o las normas jurídicas pertinentes que rigen las cuestiones controvertidas de fondo, comúnmente conocido como derecho aplicable, ley que rige el fondo, derecho aplicable al contrato o derecho sustancial.
5. El derecho por el que se rigen el reconocimiento y la ejecución del laudo, que en la práctica puede resultar ser no uno, sino dos o más regímenes, cuando se pide el reconocimiento y la ejecución en varios países en los que la parte vencida tiene bienes o se cree que los tiene.

Es posible que, para decidir la controversia, el tribunal arbitral internacional no se vea en la necesidad de extenderse más allá de los límites del acuerdo celebrado originalmente entre las partes. Este contrato, especialmente cuando se trata de operaciones comerciales internacionales, suele ser bastante detallado.

Por ejemplo, los contratos internacionales de construcción pueden extenderse por cientos y cientos de páginas impresas en letra pequeña y estar acompañados por planos y especificaciones detalladas. Si se lo interpreta correctamente, el contrato por lo general dejará en claro la intención de las partes, los deberes y las obligaciones que cada una de

¹ Alan Redfern *et al.* Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional. Pág. 153. Ed., Thomson Aranzadi. (2006).

ellas asumió y, en consecuencia, quién es responsable por el incumplimiento ocurrido² y cuál es la normativa adjetiva que regulará el arbitraje.

Es plausible que el contrato no contenga todo el ordenamiento jurídico necesario para que el tribunal arbitral internacional pueda dirimir la controversia. En consecuencia, no basta con conocer el acuerdo celebrado entre las partes. También es fundamental saber qué derecho se aplica al acuerdo. En un contrato puramente nacional, por lo general el derecho aplicable será el del país en cuestión³ y el procedimiento será la legislación procesal estatal.

La situación es más complicada cuando el contrato o relación jurídica instrumenta una operación internacional. Si una aeronave construida en Francia, que es operada por una compañía aérea colombiana mediante *leasing back* adquirida por una sociedad financiera con sede en el estado de Nueva York, se encuentra en el aeropuerto de Heathrow para ser objeto de mantenimiento realizado por una compañía italiana, se abre la problemática sobre cuál será el derecho sustancial y procesal aplicable entre los ordenamientos jurídicos francés, colombiano, del estado de Nueva York, inglés o italiano, en caso de controversia jurídica y económica.

En ese caso, es posible que existan dos o más ordenamientos jurídicos nacionales que se puedan considerar como derecho aplicable al contrato y distintos sistemas procesales que pueden contener normas jurídicas contradictorias referentes al punto o los puntos específicos que se debaten.

2. Principio de la autonomía de la voluntad privada en el arbitraje internacional y especialmente en el pacto procesal

Generalmente, se reconoce que las partes que celebran un contrato comercial internacional cuentan con la libertad de elegir por sí mismas el derecho o las normas jurídicas que se aplicarán a dicho acuerdo. La

² *Ibid.* Pág. 172.

³ *Ibid.* Pág. 173.

teoría de la autonomía de la voluntad de las partes, desarrollada primero por la doctrina y posteriormente adoptada por los tribunales nacionales, ha recibido amplio reconocimiento en los ordenamientos jurídicos nacionales.

A pesar de sus diferencias, la tradición del *common law*, la tradición del *civil law*, el derecho musulmán y los sistemas jurídicos orientales se han visto igualmente afectados por el movimiento tendiente a la adopción de la regla según la cual a las partes les es permitido decidir qué derecho regirá sus relaciones contractuales y procesales. Esto se ha dado de forma independiente en todos los países, sin que existiera un esfuerzo concertado por parte de las distintas naciones del mundo. Es el resultado de avances independientes, contemporáneos y pragmáticos que tuvieron lugar en diversos sistemas nacionales de derecho internacional privado⁴.

Este principio también ha quedado plasmado en convenios internacionales, como el Convenio de Roma⁵, que rige las obligaciones contractuales dentro de la Unión Europea, reconociendo como principio básico el derecho de las partes del contrato a elegir, antes de la controversia o una vez surgida esta, ya sea en forma expresa o implícita, el derecho por el que se regirá su relación contractual. Tanto los

⁴ Julian D. M. Lew. *Applicable Law in International Commercial Arbitration*. Pág. 75. Ed., Oceana Publications. (1978).

⁵ Diario Oficial de la Unión Europea. Número L266/1. “Artículo 3. Libertad de elección. 1. Los contratos se regirán por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá ser expresa o resultar de manera cierta de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Para esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato. 2. Las partes podrán, en cualquier momento, convenir que se rija el contrato por una ley distinta de la que lo regía con anterioridad bien sea en virtud de una elección anterior, según el presente artículo, o bien en virtud de otras disposiciones del presente Convenio. Toda modificación relativa a la determinación de la ley aplicable, posterior a la celebración del contrato, no obstará a la validez formal del contrato a efectos del artículo 9 y no afectará a los derechos de terceros. 3. La elección por las partes de una ley extranjera, acompañada o no de la de un tribunal extranjero, no podrá afectar, cuando todos los demás elementos de la situación estén localizados en el momento de esta elección en un solo país, a las disposiciones que la ley de ese país no permita derogar por contrato, denominadas en lo sucesivo ‘disposiciones imperativas’. 4. La existencia y la validez del consentimiento de las Partes en cuanto a la elección de la ley aplicable se regirán por las disposiciones establecidas en los artículos 8, 9 y 11”.

convenios internacionales como las normas modelo sobre arbitraje comercial internacional ratifican la libertad de las partes para elegir por sí mismas el derecho aplicable, al igual que la normatividad procesal.

El Reglamento de Arbitraje de la *United Nations Commission for the Unification of International Trade Law* (UNCITRAL) de 1976⁶ establece que el tribunal arbitral aplicará la ley que las partes hayan indicado como aplicable al fondo del litigio.

Entre las reglas adoptadas por las instituciones arbitrales, el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional de París⁷ dispone que las partes puedan acordar libremente las normas jurídicas que el tribunal arbitral internacional deberá aplicar al fondo de la controversia.

Existen pocos principios en el derecho internacional privado que hayan logrado un reconocimiento más universal que la comúnmente denominada autonomía de las partes en elegir el derecho aplicable al contrato, ya sea en forma expresa o tácita⁸.

⁶ Reglamento de Arbitraje UNCITRAL. Artículo 28. "The arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with such rules of law as are chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute. Any designation of the law or legal system of a given State shall be construed, unless otherwise expressed, as directly referring to the substantive law of that State and not to its conflict of laws rules. (2) Failing any designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable. (3) The arbitral tribunal shall decide ex aequo et bono or as amiable compositeur only if the parties have expressly authorized it to do so. (4) In all cases, the arbitral tribunal shall decide in accordance with the terms of the contract and shall take into account the usages of the trade applicable to the transaction".

⁷ Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional de París. Artículo 17(1). "Applicable Rules of Law. 1. The parties shall be free to agree upon the rules of law to be applied by the Arbitral Tribunal to the merits of the dispute. In the absence of any such agreement, the Arbitral Tribunal shall apply the rules of law which it determines to be appropriate. 2. In all cases the Arbitral Tribunal shall take account of the provisions of the contract and the relevant trade usages. 3. The Arbitral Tribunal shall assume the powers of an amiable compositeur or decide ex aequo et bono only if the parties have agreed".

⁸ Julian D. M. Lew. *Applicable Law in International Commercial Arbitration*. Pág. 87. Ed., Oceana Publications. (1978).

Es lógico permitir que las partes elijan el derecho por el que se regirá el contrato y su solución, en la oportunidad de su celebración o incluso una vez impulsado el arbitraje internacional. En el contrato, las partes expresan los derechos y las obligaciones que asume cada una frente a la otra, el ordenamiento jurídico por el que se regirá ese contrato y el procedimiento correspondiente, dado que los ordenamientos sustantivo y adjetivo elegidos constituyen un componente fundamental del entendimiento entre las partes⁹.

Sin embargo, puede existir una cantidad limitada de restricciones a esta regla, destinadas a garantizar que la elección del derecho aplicable se efectúe en buena fe y no contraríe el *due process*, entendido como categoría internacional y no constitucional. Las partes no pueden dejar de lado este objetivo mediante un acuerdo privado¹⁰.

Con la buena fe, la legalidad y el respeto del *due process* internacional como únicos requisitos, los convenios y reglamentos en materia de arbitraje comercial internacional establecen claramente que las partes pueden elegir por sí mismas el derecho aplicable al procedimiento. Quienes suscriben un contrato comercial internacional deben aprovechar en forma plena y adecuada esta libertad e incluir en su contrato una cláusula de derecho aplicable y de normas procesales¹¹.

En la mayor parte de las controversias comerciales internacionales que se someten a arbitraje, además de la cláusula compromisoria existe una cláusula de elección del derecho aplicable sustancial y de normatividad procesal.

3. Elección del asiento del arbitraje internacional: *forum shopping* y *lex arbitri*

Para tomar la decisión sobre el lugar en el que tendrá asiento el arbitraje internacional y en consecuencia establecer la *lex arbitri* que determinará la normatividad procesal aplicable, si no se establece otra normatividad

⁹ Alan Redfern *et al.* Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional. Pág. 175. Ed., Thomson Aranzadi. (2006).

¹⁰ *Ibid.* Pág. 176.

¹¹ *Ibid.*

distinta, es indispensable que haya conocimiento de la ley procesal del país escogido como sede del arbitraje internacional y que el ámbito legal sea adecuado para la realización de un arbitraje internacional. La evaluación depende tanto de una apreciación subjetiva como del análisis jurídico. Es práctica habitual realizar el arbitraje internacional en un país neutral, es decir, un país distinto al país de origen de las partes. Igualmente, deben considerarse la reducción de gastos, la comodidad del traslado y la logística. Los factores políticos y financieros también son importantes. De la misma forma, es buena práctica contemplar la existencia de asesoramiento local capacitado tanto en lo legal como en lo técnico.

Con la expresión *forum shopping*, se introduce un concepto propio del derecho internacional privado, según el cual quien toma la iniciativa de una acción judicial puede elegir el lugar, y en consecuencia el tribunal y la ley que este aplicará al caso impetrado. La parte que inicia la acción puede elegir el foro que sea el más adecuado para conocer del litigio, sin detrimento de que utilice la conflictualística internacional con la finalidad de obtener la aplicación de la ley que más le convenga¹².

Existen requisitos mínimos estandarizados a nivel internacional para la determinación de la sede del arbitraje internacional que pueden enumerarse. La ley local debe contener disposiciones para hacer cumplir los acuerdos internacionales de conformidad con las disposiciones de la Convención de Nueva York y la Ley Modelo. Debe contener disposiciones que contribuyan, en caso de ser necesario, a constituir un tribunal arbitral y a otorgarle, de forma directa o indirecta, las facultades necesarias para realizar su tarea de manera eficiente y eficaz¹³, sin que ello signifique intervención. La legislación debe tener disposiciones para el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros en caso de que el lugar de la sede del arbitraje internacional sea también lugar de existencia de bienes de la parte contra la que se proferirá el laudo arbitral.

¹² Andrew Bell. *Forum Shopping and Venue in Transnational Litigation*. Págs. 49-50. Ed., Oxford University Press. (2003).

¹³ Alan Redfern *et al.* *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*. Pág. 396. Ed., Thomson Aranzadi. (2006).

En la medida en que aumenta la cantidad de Estados que adoptan la Ley Modelo, o que modifican sus leyes para adecuarse a sus disposiciones, también aumenta la cantidad de países que ofrecen un marco legal adecuado para llevar a cabo arbitrajes internacionales.

El procedimiento de un arbitraje comercial internacional está bajo la supervisión general de la legislación interna del país en el que está ubicada la sede del arbitraje, con excepción de los arbitrajes que se realizan de conformidad con las Reglas de Arbitraje del *International Center for Settlement of Investment Disputes* (ICSID). En principio, deben tenerse en cuenta todas las disposiciones obligatorias de la legislación que rige el arbitraje internacional. En teoría, las partes tienen libertad para determinar el derecho procesal que regirá el arbitraje internacional, incluso si no es el derecho procesal de la sede del arbitraje, siempre que la ley y el orden público del lugar del arbitraje lo permitan. En la práctica, es difícil imaginar que las partes deseen complicar la situación, especialmente porque una de las consecuencias de esa elección sería tener que consultar dos fuentes procedimentales al momento de surgir cualquier controversia¹⁴.

4. Autonomía de la voluntad de las partes y *lex arbitri* en relación con el *enforcement*

La Convención de Ginebra de 1927, en su artículo I, numeral 2, literal c, establece que “to obtain such recognition or enforcement, it shall, further, be necessary that the award has been made by the Arbitral Tribunal provided for in the submission to arbitration or constituted in the manner agreed upon by the parties and in conformity with the law governing the arbitration procedure”. La parte que solicita el *enforcement* debe alegar en la solicitud de *exequatur* los documentos necesarios para probar que la sentencia ha sido pronunciada por el tribunal arbitral internacional de acuerdo con el pacto arbitral y las reglas de derecho aplicables al procedimiento de arbitraje. En el mismo sentido, el Protocolo de Ginebra de 1923, en su artículo II, numeral 1, literal c, enuncia que el procedimiento arbitral internacional es regulado

¹⁴ *Ibid.* Pág. 397.

por la voluntad de las partes y por la ley del Estado en cuyo territorio tiene lugar el arbitraje.

El uso de la conjunción “y” confiere a la *lex arbitri* un valor primario porque, más allá de la autonomía conferida a las partes por los ordenamientos jurídicos nacionales para pactar la normatividad procesal, la ley del Estado que hospeda el arbitraje internacional se convierte en relevante y preponderante para efectos del *enforcement*¹⁵, por cuanto la violación de las normas procesales imperativas de la *lex arbitri* comporta el rechazo del *exequatur*, constituyéndose este supuesto en un límite a la voluntad contractual.

El proyecto de articulado redactado por la Cámara de Comercio Internacional de París, que confluó en la adopción de la Convención de Nueva York de 1958, efectuó un cambio de rumbo y dotó a las partes de una libertad de elección de las reglas procesales mucho más amplia, reduciendo la prerrogativa de la *lex arbitri* y de sus normas imperativas.

La Convención de Nueva York, en el artículo V, numeral 1, literal d, expresa:

the Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that the composition of the arbitral authority or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, or, failing such agreement, was not in accordance with the law of the country where the arbitration took place.

En la práctica, el *enforcement* del laudo arbitral internacional está disciplinado en el sistema ginebrino por la *lex arbitri* y por la voluntad de las partes, con obvia y evidente prevalencia de la primera sobre la segunda, en caso de contraste. En cambio, en el sistema parisino, tomado en Nueva York por exigencia de la delegación yugoslava¹⁶, el procedimiento es regulado por las normas deseadas y convenidas por las

¹⁵ Giorgio Ballardóre Pallièri. Diritto internazionale privato italiano. Pág. 338. Ed., Giuffrè Editore. (1974).

¹⁶ E/CONF.26/SR.17

partes, y la *lex arbitri* viene a tener consideración solamente si las partes no alcanzan un acuerdo sobre las normas aplicables. El proyecto de la Cámara de Comercio Internacional de París otorga a la *lex arbitri* solo un valor supletorio e integrativo en caso de ausencia de voluntad expresa de las partes respecto a la normatividad procesal. Por consiguiente, puede obstaculizarse el *enforcement* por *errores in procedendo* solo si se contravienen las reglas procesales acordadas¹⁷.

Otro aspecto en que la Convención de Nueva York invierte el rumbo se presenta, en materia de *exequatur*, en la inversión de la prueba respecto al sistema ginebrino, por cuanto la regularidad formal de la constitución del tribunal arbitral y de todo el procedimiento debe ser demostrada por el recurrente. Es decir, la parte que se opone al *exequatur* debe demostrar la irregularidad procesal. Es una consecuencia directa del esfuerzo general de la Convención de Nueva York para facilitar la circulación internacional de los laudos arbitrales internacionales.

En consecuencia, actualmente, según la Convención de Nueva York, la denegación del *exequatur* por vicios en el procedimiento procederá únicamente si la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento del arbitraje internacional no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, si no se han ajustado a la ley procesal del país en el que el arbitraje internacional ha tenido lugar¹⁸, es decir, a la *lex arbitri*. De forma idéntica se establece en la Convención de Panamá¹⁹ y en la Ley Modelo²⁰.

La Convención de Panamá de 1975, en su artículo V, numeral 1, literal d, establece que el *enforcement* está inhibido si la parte opositora demuestra que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que no se han ajustado a la ley del Estado en el que se haya efectuado el arbitraje, es decir, a la *lex arbitri*.

¹⁷ Antonio Remiro Brotóns. Ejecución de sentencias arbitrales extranjeras: los convenios internacionales y su aplicación en España. Pág. 122. Ed., Editoriales de Derecho Reunidas. (1980).

¹⁸ Convención de Nueva York de 1958. Artículo V(1), literal d.

¹⁹ Convención de Panamá de 1975. Artículo V(1), literal d.

²⁰ Ley Modelo de UNCITRAL de 1985. Artículo 36(1), literal iv.

La Ley Modelo UNCITRAL de 1985, en el artículo 36, numeral 1, literal iv, prevé el rechazo del *exequatur* si “the composition of the arbitral tribunal or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties or, failing such agreement, was not in accordance with the law of the country where the arbitration took place”.

Axioma es que, al menos en teoría, las partes en un arbitraje internacional pueden pactar, como derecho de procedimiento del arbitraje internacional, normas procesales propias o legislación adjetiva estatal diferente a la del país de la sede, en honor y reverencia al principio de la autonomía de la voluntad de las partes en operaciones comerciales internacionales, y estas normas son, incluso, preferentes respecto a la *lex arbitri*.

La *lex arbitri* desempeña un papel integrativo y supletorio. Es supletorio porque la *lex arbitri* suplanta la ausencia total de acuerdo sobre las normas procesales, y es integrativo porque, no obstante la existencia de un acuerdo sobre las normas procesales, la *lex arbitri* colma las lagunas del acuerdo procesal, cuando la normatividad procesal convencional no garantiza la reglamentación de todo el procedimiento.

Consideración distinta merece la Convención de Washington, que tiene como particularidad el sistema *self-contained*, que evita las remisiones al derecho nacional respecto a la constitución del tribunal arbitral internacional y al procedimiento en general, aunque afirma que “except as the parties otherwise agree, in accordance with the Arbitration Rules”²¹, lo que quiere decir que admite, en casos excepcionales, acuerdo procesal entre las partes. De todas formas, solo en caso de “serious departure from a fundamental rule of procedure”²² se puede provocar la anulación del laudo arbitral internacional, como podría ser la irregular constitución del panel arbitral internacional²³, que en realidad es un *ground for annulment* nunca invocado y de difícil

²¹ Convención de Washington de 1965. Artículo 44.

²² Convención de Washington de 1965. Artículo 52(1), literal d.

²³ Convención de Washington de 1965. Artículo 52(1), literal a.

concreción a causa del severo monitoreo del secretario general del ICSID²⁴.

5. Ordenamientos internos frente a la autonomía de la voluntad privada en el pacto procesal

La circunstancia de que la Convención de Nueva York y todos los demás instrumentos internacionales asignen una función aparentemente marginal a la *lex arbitri* no significa que haya una completa adecuación de los ordenamientos estatales. Es más, es posible afirmar que la mayor parte de las legislaciones nacionales limitan la voluntad de las partes con respecto a las propias normas imperativas. La realidad es distinta a la teoría expresada.

Un ejemplo de la limitación de la voluntad contractual en mérito al convenio de cláusulas procesales por parte de normas imperativas del derecho procesal de la sede es Italia, en donde las partes son libres de elegir las reglas procesales, inclusive en caso de arbitraje administrado. Sin embargo, el artículo 832 del *Codice di Procedimento Civile* italiano determina que, en caso de arbitraje administrado, el reglamento del centro de arbitraje solo puede prever motivos de recusación complementarios respecto a los establecidos en el artículo 815 de la codificación estatal italiana. Vale decir que no puede ningún reglamento de arbitraje administrado reducirlos. Además, de acuerdo con la normativa procesal italiana, es ineludible la competencia de la jurisdicción italiana para efectos del recurso en caso de recusación. Otra condición establecida por la legislación adjetiva italiana es la prohibición de atribuir a un laudo el carácter de ejecutivo y, por último, el artículo 827 del *Codice di Procedimento Civile* italiano impide eludir el sistema de recursos judiciales. La situación que la normatividad imperativa italiana determina es un escenario común, en el que se garantiza a las partes una libertad de movimiento vinculada al respeto de determinados y precisos principios inderogables de origen estatal.

²⁴ Georges R. Delaume. *The Finality of Arbitration Involving States: Recent Developments*. *Arbitration International* 5.1. (1989). Pág. 22.

Como ejemplo omnímodo de aplicación de la voluntad de las partes para desplazar las normas imperativas en materia procesal de la sede es el anterior *Verfahrenstheorie* enucleado del libro 10 de *ZPO Zivilprozessordnung* germánico, por cuanto esa normativa procesal alemana permite a las partes elegir el territorio estatal alemán para fijar la sede de un arbitraje internacional y a la vez evitar la aplicación de las normas imperativas alemanas con una simple remisión a la ley extranjera²⁵.

Por último, existe la posibilidad de prohibición *a priori* de la elección de normatividad procesal contractual distinta de la legislación adjetiva de la sede; o sea, se impide la escogencia de una remisión o creación de una reglamentación procesal distinta de la sede apriorísticamente. En otras palabras, la *lex arbitri* es imprescindible e inmutable para efectos de la reglamentación procesal de arbitrajes internacionales desarrollados en países que adoptan esta postura.

Efectuando una extrema síntesis, se puede establecer una clasificación de la situación de los ordenamientos procesales estatales en relación con la autonomía de la voluntad en mérito al convenio de derecho aplicable en lo adjetivo. Existen sistemas jurídicos que privilegian el criterio de la localización geográfica y otros que, en cambio, confieren preponderancia a la intención de las partes²⁶.

En los sistemas locales que optan por el supuesto doctrinario de la localización geográfica, que es la circunstancia más común, la elección de fijar la sede arbitral tiene consecuencias trascendentales.

En algunos de ellos, la posibilidad de que las partes indiquen una ley procedimental distinta de aquella de la ley de la sede está prohibida apriorísticamente. Por tanto, en el caso de que se convenga normatividad procesal distinta a la de la sede, esta tendrá relevancia en perjuicio de la voluntad contractual.

²⁵ Peter Schlosser. *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*. Pág. 569. Ed., Mohr Siebeck. (1989).

²⁶ Andrea Atteritano. *L'enforcement delle sentenze arbitrali del commercio internazionale. Il principio del rispetto della volontà delle parti*. Pág. 199. Ed., Giuffrè Editore. (2009).

En otros sistemas, más permisivos, si se concierta una normatividad procesal distinta del ordenamiento procesal de la sede, las normas imperativas de la *lex arbitri* son aplicables para efectos concretos, como la individualización del juez nacional competente, el apoyo judicial y el pronunciamiento de la anulación del laudo arbitral internacional.

La Ley Modelo UNCITRAL de 1985, en su artículo 1, numeral 2, adopta el principio de la localización geográfica “permisiva” del arbitraje comercial internacional al expresar que se aplica si “the place of arbitration is in the territory of this State”; análogamente acontece en los países que han acogido la Ley Modelo como legislación interna.

Por cuanto concierne a los países en los que los ordenamientos jurídicos conceden primacía a la voluntad de las partes, es menester diferenciar los ordenamientos judiciales en los que la referencia a la autonomía contractual es exclusiva de otros en los que es concurrente.

Un ejemplo de la exclusividad de la autonomía de la voluntad de las partes en materia adjetiva es la normatividad belga, en la cual la *lex arbitri* no es utilizable ni siquiera en sus normas imperativas cuando existe acuerdo procesal entre las partes. Este es el modelo de lo que la doctrina internacional denomina *floating arbitration*²⁷.

El prototipo de la concurrencia de la autonomía de la voluntad de las partes con la *lex arbitri*, lo que implica la aplicación de las normas procesales del país para efectos de apoyo judicial e impugnación del laudo arbitral internacional, es Francia, donde la posibilidad de escoger una legislación procesal extranjera es consolidada en armonía con el artículo 1494 del *Code de Procédure* francés, que enseña que la “convention d’arbitrage peut soumettre celle-ci á la loi de procédure qu’elle détermine”, interpretado en jurisprudencia pacífica²⁸, que considera la ley de procedimiento desvinculada de la sede²⁹. No

²⁷ Bernardette Demeulenaere. The Place of Arbitration and the Applicable Law: The Case of Belgium. En *The Place of Arbitration*. Pág. 67. Ed., Mys & Breesch. (1992).

²⁸ Matthieu de Boissésou. Le droit français de l’arbitrage: interne et international. Pág. 653. Ed., GLN Joly (1990).

²⁹ Caso *GNMTC v. Gotaverken*. (1980).

obstante lo anterior, el legislador francés de 1981 garantiza que la jurisdicción francesa —es decir, la *lex arbitri*— sea operativa obligatoriamente para efectos de apoyo judicial y de impugnación del laudo arbitral³⁰.

La situación normativa presente en los distintos Estados se puede resumir y catalogar en dos posibilidades, que se abordan desde la facultad que tienen las partes contractuales para practicar *forum shopping*. La primera consiste en que las partes contractuales fijan la sede del arbitraje internacional en un ordenamiento jurídico que adopta el criterio de la localización geográfica; la segunda radica en la posibilidad de seleccionar como sede del arbitraje un ordenamiento jurídico que adopta el criterio de la autonomía de la voluntad de las partes.

En el caso de que se elija como sede del arbitraje internacional un país que adopte el criterio de la localización geográfica, debe distinguirse si las partes contractuales escogen un país con normatividad procesal incompatible con la *lex arbitri*, caso en el que se aplicará enteramente la misma *lex arbitri*, o si escogen una normatividad procesal admitida por la *lex arbitri*, caso en el cual se aplicará la *lex arbitri* restringidamente a sus normas imperativas, a aquellas relativas a la jurisdicción competente y a las correspondientes a brindar apoyo al procedimiento.

En la eventualidad de que se prefiera un país que adopte el criterio de la autonomía de la voluntad de las partes como sede del arbitraje internacional, se debe determinar si la normatividad de la sede permite la exclusividad del acuerdo procesal, caso en el que no se aplica absolutamente la *lex arbitri*, o si la codificación adjetiva de la sede no permite la absoluta exclusividad del pacto procesal, en cuyo caso se aplica la *lex arbitri* solo para efectos de la jurisdicción competente.

Se puede esquematizar gráficamente el conjunto de escenarios normativos de los ordenamientos jurídicos nacionales conforme a la autonomía de la voluntad de las partes en cuatro representaciones.

³⁰ Emmanuel Gaillard *et al.* International Commercial Arbitration. Pág. 661. Ed., Kluwer Law International. (1999).

Perspectiva de los ordenamientos jurídicos nacionales			
Criterio de la localización geográfica		Criterio de la autonomía de la voluntad de las partes	
Las partes contractuales escogen una normatividad procesal incompatible con la <i>lex arbitri</i> , caso en el que se aplicará enteramente la misma <i>lex arbitri</i> .	Las partes contractuales escogen una normatividad procesal admitida por la <i>lex arbitri</i> , caso en el que se aplicará la <i>lex arbitri</i> restringidamente a sus normas imperativas, a aquellas relativas a la jurisdicción competente y a las correspondientes a brindar apoyo al procedimiento.	La normatividad de la sede permite la exclusividad del acuerdo procesal, caso en el cual no se aplica absolutamente la <i>lex arbitri</i> .	La normatividad de la sede no permite la exclusividad del pacto procesal, caso en el cual se aplicará la <i>lex arbitri</i> solo para efectos de la jurisdicción competente.

Por demostración práctica y empírica³¹, en la segunda y cuarta columnas se pueden ubicar la generalidad de los ordenamientos jurídicos y, en especial, en la cuarta columna se localizan los ordenamientos internos de los países en los que se despliegan la mayor parte de los arbitrajes comerciales internacionales y, como corolario, son sede de los más reconocidos centros de administración de arbitraje internacional. En ellos la *lex arbitri* se aplica de forma *soft* para efectos de colaboración de la jurisdicción con el tribunal de arbitraje internacional.

³¹ Andrea Atteritano. L'enforcement delle sentenze arbitrali del commercio internazionale. Il principio del rispetto della volontà delle parti. Pág. 201. Ed., Giuffrè Editore. (2009).

La tercera columna es acogida por varios países de subdesarrollo jurídico, que representa rechazo al arbitraje internacional en el propio territorio, con la consecuencia de impracticabilidad para efectos de *forum shopping*. Ello constituye aislamiento jurídico en razón de una opción de constitucionalismo estatal que resulta engreída y obtusa en la realidad planetaria del tercer milenio.

Por último, y diametralmente opuesta, está la primera columna, que representa el “Olimpo” del *floating arbitration*. Constituye una infinitésima excepción, por ser la realidad solo en contados países, además de no tener una profusa recepción, por cuanto en el ejercicio de *forum shopping* —es decir, en la selección de la sede del arbitraje internacional— los contratantes potencialmente incumplidos o temerosos la prefieren evitar, por la contingencia de no tener reparos jurisdiccionales ante una posible decisión arbitral desfavorable.

Por lo anterior, Alemania modificó su postura legislativa. Se habla de competencia legislativa, para convertirse en potencial sede de arbitraje internacional y pasa de la primera columna a la cuarta, a diferencia de Bélgica, que, por permanecer en la primera columna, difícilmente es objeto de *forum shopping*.

6. Deducciones

Se colige claramente que la libertad habitualmente garantizada por los legisladores estatales para la determinación de las reglas de procedimiento es ampliamente tutelada, incluso en el trámite del *enforcement*. Igualmente, es doctrina casi pacífica y jurisprudencia nacional consolidada, con minúsculas excepciones, que el juez de ejecución debe verificar la regularidad del procedimiento en atención a las normas adjetivas convenidas, con excepción de las normas imperativas relativas a la jurisdicción competente y las correspondientes a brindar apoyo al mismo procedimiento arbitral.

Los instrumentos internacionales, con excepción de la antigua Convención de Ginebra de los años veinte, aseguran la primacía de la voluntad contractual respecto a las normas procesales de la *lex arbitri*, que desenvuelve, en caso de haberse pactado, una función integrativa y

supletoria, es decir, viene considerada en ausencia de acuerdo procesal o en caso de que el acuerdo no garantice completamente la disciplina procesal.

Es evidente que, en lo relativo a la reglamentación del procedimiento, la voluntad de las partes es garantizada en sede de *enforcement* más que en cualquier otro lugar. Las cortes estatales no pueden rechazar el *exequatur* por violación de las normas imperativas de la *lex arbitri*, a diferencia de cuanto sucede en sede de anulación.

La situación normativa presente en los distintos Estados se puede resumir y catalogar en dos posibilidades, que se abordan desde la facultad que tienen las partes contractuales para practicar *forum shopping*. La primera consiste en que las partes contractuales fijan la sede del arbitraje internacional en un ordenamiento jurídico que adopta el criterio de la localización geográfica; la segunda radica en la posibilidad de seleccionar como sede del arbitraje un ordenamiento jurídico que adopta el criterio de la autonomía de la voluntad de las partes.

Como se dijo antes, en el caso de que se elija como sede del arbitraje internacional un país que adopte el criterio de la localización geográfica, debe distinguirse si las partes contractuales escogen un país con normatividad procesal incompatible con la *lex arbitri*, caso en el que se aplicará enteramente la misma *lex arbitri*, o si escogen una normatividad procesal admitida por la *lex arbitri*, caso en el cual se aplicará la *lex arbitri* restringidamente a sus normas imperativas, a aquellas relativas a la jurisdicción competente y a las correspondientes a brindar apoyo al procedimiento.

Para reiterar, en la eventualidad de que se prefiera un país que adopte el criterio de la autonomía de la voluntad de las partes como sede del arbitraje internacional, se debe determinar si la normatividad de la sede permite la exclusividad del acuerdo procesal, caso en el que no se aplica absolutamente la *lex arbitri*, o si la codificación adjetiva de la sede no permite la absoluta exclusividad del pacto procesal, en cuyo caso se aplica la *lex arbitri* solo para efectos de la jurisdicción competente.

Bibliografia

- Alan Redfern *et al.* Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional. Ed., Thomson Aranzadi. (2006).
- Andrea Atteritano. L'enforcement delle sentenze arbitrali del commercio internazionale. Il principio del rispetto della volontà delle parti. Ed., Giuffrè Editore. (2009).
- Andrew Bell. Forum Shopping and Venue in Transnational Litigation. Ed., Oxford University Press. (2003).
- Antonio Remiro Brotóns. Ejecución de sentencias arbitrales extranjerías: los convenios internacionales y su aplicación en España. Ed., Editoriales de Derecho Reunidas. (1980).
- Bernardette Demeulenaere. The Place of Arbitration and the Applicable Law: The Case of Belgium. En The Place of Arbitration. Ed., Mys & Breesch. (1992).
- Emmanuel Gaillard *et al.* International Commercial Arbitration. Ed., Kluwer Law International. (1999).
- Georges R. Delaume. The Finality of Arbitration Involving States: Recent Developments. Arbitration International 5.1. (1989).
- Giorgio Ballardó Pallièri. Diritto internazionale privato italiano. Ed., Giuffrè Editore. (1974).
- Julian D. M. Lew. Applicable Law in International Commercial Arbitration. Ed., Oceana Publications. (1978).
- Matthieu de Boissésón. Le droit français de l'arbitrage: interne et international. Ed., GLN Joly (1990).
- Peter Schlosser. Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit. Ed., Mohr Siebeck. (1989).