



**AFECTACIÓN A LOS INTERESES DEL COMERCIO INTERNACIONAL COMO
CRITERIO DIFERENCIADOR DE LOS TIPOS DE ARBITRAJE EN COLOMBIA**

**JULIANA ANDREA JARAMILLO AGUDELO
MARIA ALEJANDRA VARGAS MORENO**

Asesora:

**PhD. CATHALINA SÁNCHEZ ESCOBAR
Doctora en Ciencias Jurídicas**

**Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar al título de
abogado**

**Pregrado en Derecho
Escuela de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad Pontificia Bolivariana
Medellín
2021**

Declaración de originalidad

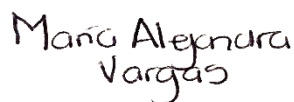
Fecha: 14 de mayo de 2021

Nombre de los estudiantes: Juliana Andrea Jaramillo Agudelo- Maria Alejandra Vargas Moreno

Declaramos que este trabajo de grado no ha sido presentado con anterioridad para optar a un título, ya sea en igual forma o con variaciones, en esta o en cualquiera otra universidad. Declaramos, asimismo, que he respetado los derechos de autor y he hecho uso correcto de las normas de citación de fuentes, con base en lo dispuesto en las normas de publicación previstas en los reglamentos de la Universidad.



Juliana Andrea Jaramillo Agudelo
C.C 1.037.670.323 de Envigado



Maria Alejandra Vargas Moreno
C.C 1.001.367.245 de Medellín

**Afectación a los intereses del comercio internacional como criterio
diferenciador de los tipos de arbitraje en Colombia**

**International trading interest-affectation as a differentiator factor on the
Colombian arbitration types**

Sumario

Introducción. **1.** Aproximación al concepto de afectación a los intereses del comercio internacional. **2.** Tesis del efecto internacional en sentido amplio y sus límites en el arbitraje internacional colombiano. **3.** Repercusión transfronteriza como criterio de internacionalidad en Colombia. **4.** Conclusiones. **5.** Referencias.

Resumen:

El arbitraje internacional colombiano revela la ignorancia de la causal relativa a la afectación a los intereses del comercio internacional, dada su imprecisión. Como respuesta a ello, se propone en la futura reforma arbitral una interpretación amplia. No obstante, la redacción tiene vaguedades que deben aclararse, so pena de que se abra vía a una internacionalidad subjetiva. Por tanto, debe realizarse un estudio doctrinal, jurisprudencial y legal francés y colombiano que determine la interpretación que mejor se adapta a las necesidades arbitrales y el orden público de Colombia.

El objetivo del trabajo es explicar el alcance conceptual de la causal mencionada en la Ley 1563 de 2012. Para lograrlo, la investigación hará un estudio cualitativo que defina los conceptos relacionados con el objeto de estudio. Para esto, se tendrá un enfoque dogmático jurídico lege data soportado en la dogmática jurídica simple. Sobre los resultados, se espera confirmar la hipótesis negativa según la cual, la interpretación de la causal como una transferencia de bienes, servicios o fondos a través de una frontera internacional no es conforme con el orden público.

Palabras clave: Intereses del comercio internacional; internacionalización; internacionalidad subjetiva; intereses comerciales del arbitraje internacional; arbitraje internacional.

Abstract:

Colombian international arbitration reveals the ignorance of the grounds relative to the affectation to the international trade interests, given its inaccuracy. Henceforth, a wider interpretation is proposed within a future arbitration reform. Nevertheless, its drafting has vagueness that must be cleared out, otherwise an international subjectivity is likely to occur. Ergo, a doctrinal, jurisprudential, French-law and Colombian-law studies must all be performed, so that it determines the interpretation that better suits the arbitration needs and the law-and-order in Colombia.

This work aims to explain the conceptual reach to the grounds mentioned in the Law 1563 of 2012. To achieve this, the investigation will make a qualitative study that defines the concepts related to the study's objective. This is why a dogmatic-legal-*lege-data* focus will be chosen and supported by legal simple dogma. In regards to results, it's expected to confirm the negative hypothesis according to which, the grounds interpretation as an asset, services or funds transfer through an international border does not conform with the law-and-order.

Keywords: International trade interests; internationalization; subjective international; international arbitration trade interests; international arbitration.

Introducción

La imprecisión del concepto de afectación a los intereses al comercio internacional en el arbitraje internacional colombiano ha generado que, en la práctica arbitral tanto árbitros como abogados ignoren la importancia de dicha causal para la configuración de un arbitraje internacional.

Aparecen entonces dos escenarios: en el primero, los únicos criterios a considerar en el tribunal son los relativos al domicilio de las partes, 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, distinto al domicilio de las partes. En el segundo, la vaguedad del concepto abre la posibilidad de que un arbitraje eminentemente doméstico se convierta en uno internacional y se escape ilegítimamente del orden público nacional.

Sin embargo, dicho problema, en apariencia, parecería solucionarse con la futura reforma arbitral en la que se determina el significado de la causal de la siguiente manera:

La controversia o el contrato sometido a decisión arbitral afecte los intereses del comercio internacional, esto es, que se refiera a una relación contractual o a una operación económica que implique transferencia de bienes, servicios o fondos a través de una frontera internacional (Senado de la República de Colombia, 2019, pág. 21).

Lo cierto es que, la redacción del artículo presenta algunas vaguedades que deben aclararse pues, al estar en presencia de un criterio de internacionalidad flexible es pertinente identificar el alcance interpretativo de esta causal, so pena de que forzosamente se abra la posibilidad de una internacionalidad subjetiva que reconozca la autonomía de voluntad como causa suficiente para determinar el carácter de la relación privada.

Lo señalado tiene radical importancia en materia de protección al orden público nacional, ya que en concordancia con lo dicho por la Corte Constitucional

sólo “cuando hay un elemento objetivo extranjero podemos someter a un acuerdo arbitral en el extranjero” (Corte Constitucional, Sala Plena, C- 347, 1997). De esa manera, es imperativo determinar el alcance de la autonomía de la voluntad en un contrato de compromiso.

A pesar de que hoy el arbitraje como método alternativo de solución de controversias ha tenido un avance exponencial en Colombia, también es cierto que, en comparación con otros países líderes en arbitraje, éste cuenta con distintos obstáculos que han entorpecido su progreso. Un ejemplo de ello ocurre con la situación expuesta anteriormente, pues incluso la Rama Legislativa ha señalado claramente que “en Colombia en la práctica no ha habido dicha claridad y en muchos casos [se] discute su alcance” (Senado de la República de Colombia, 2019, pág. 46).

No ocurre así en Francia, país pionero en incorporar la causal relativa a la afectación a los intereses del comercio internacional como única vía para configurar un arbitraje internacional. Así queda claramente señalado en el *décret n° 2011 – 48 (13 Janvier 2011)*. Por lo anterior, los mayores desarrollos jurisprudenciales sobre la materia tienen origen en la Corte de Apelaciones de París.

Siendo ello así, el estudio de dicha causal, cuyo traslado se hizo al ordenamiento jurídico colombiano, debe realizarse en concordancia con dichos pronunciamientos sin perder de vista la concepción contractualista del arbitraje francés, cuyo pilar es la autonomía de la voluntad.

No obstante, en el caso colombiano se ha optado por una visión ecléctica del arbitraje, concluyéndose en la doctrina y explicado por Gil Echeverri (2002, págs. 77,78) que, si bien la Constitución inviste de jurisdicción a los particulares, para la radicación de la competencia en los árbitros es necesaria una habilitación previa, es decir, la existencia de un pacto arbitral. De esta manera, en el caso nacional tanto la voluntad contractual como el efecto jurisdiccional son un pilar en el arbitraje.

Por todo lo explicado hasta este punto, es pertinente preguntarse: ¿Cuál es el alcance interpretativo de la causal c) del artículo 62 de la Ley 1563 de 2012 en Colombia en concordancia con la futura reforma arbitral y el orden público nacional?

Para intentar dar respuesta a la problemática, la investigación se llevará a cabo desde un enfoque cualitativo, ya que esta tiene como objetivo la explicación del alcance conceptual de la causal c) del artículo 62 de la Ley 1563 de 2012. En ese sentido, se hará un estudio holístico del concepto relativo a la afectación a los intereses del comercio internacional en el que se permita comprender el fenómeno como un eje transversal para la configuración del arbitraje internacional en Colombia, determinando a su vez la postura que mejor se adapta a las necesidades arbitrales y el orden público nacional.

Asimismo, la investigación es de tipo explicativo al intentar definir clara e inequívocamente aquellos conceptos que tengan íntima relación con la afectación a los intereses del comercio internacional, de manera que, se construya una interpretación sistemática a través de la cual se llegue a una vía legal válida y coherente con el ordenamiento jurídico colombiano.

El enfoque de la investigación es esencialmente dogmático jurídico *lege data*, puesto que se estudiarán los problemas de indeterminación interpretativa del concepto mencionado con miras a zanjar la problemática en cuestión. Sin embargo, el estudio tiene, de manera paralela, una visión dogmática jurídica simple, pues para lo anterior la investigación hará una particular revisión en las posturas doctrinales y jurisprudenciales y la normativa que han estudiado el concepto en materia de arbitraje internacional en Colombia y en Francia.

Además, el paradigma de la investigación es positivista al tener por objeto el análisis de las lagunas y antinomias normativas presentes en el Derecho Colombiano en materia de arbitraje internacional, concretamente en relación con la causal c), cuya regulación incipiente se ha concretado en la interpretación ambigua y equívoca por parte de los operadores jurídicos.

Señalado el enfoque investigativo, se enuncian los objetivos específicos que permiten trazar camino para la elaboración del proyecto. En primer lugar, se revisarán las posturas doctrinales y jurisprudenciales y la normativa que han estudiado el concepto de afectación a los intereses del comercio internacional en materia de arbitraje internacional en Colombia y en Francia. Luego, se determinará

cuál es la postura que mejor se adapta a las necesidades arbitrales y el orden público nacional. Finalmente, se definirá el alcance conceptual de la postura que mejor se adapta a las necesidades arbitrales y el orden público nacional.

Ahora bien, en tratándose del marco procedimental a seguir, la investigación para alcanzar el primer objetivo específico hará un estudio detenido de las distintas posturas doctrinales que en materia de derecho internacional privado han intentado determinar cuándo una situación privada es internacional, haciendo uso complementario de las posiciones jurisprudenciales derivadas de altas cortes y la normativa tradicional de Colombia y Francia.

Para lograr el segundo objetivo específico, en primer lugar, se analizará el concepto de orden público nacional en materia de arbitraje internacional en Colombia teniendo en consideración los límites que en materia de autonomía de la voluntad se han establecido por parte de la ley y la jurisprudencia. En segundo lugar, se contrastará la futura interpretación de la causal c) del artículo 62 de la Ley 1563 de 2012 con el concepto de orden público nacional, determinando si ambos son compatibles y están en armonía con los fines mismos del arbitraje como mecanismo alternativo de solución de controversias.

Finalmente, en lo que respecta a la consecución del tercer objetivo específico, se realizará en un primer momento, un balance general de las distintas interpretaciones que en materia de arbitraje se han hecho sobre el concepto relativo a la afectación a los intereses del comercio internacional. Hecho esto, se solucionarán todas aquellas anomias y antinomias que han impedido la interpretación clara e inequívoca del concepto y, en ese sentido definir el alcance conceptual del mismo en atención a las necesidades arbitrales, el orden público nacional, la doctrina, la jurisprudencia y la ley.

Capítulo I: Aproximación al concepto de afectación a los intereses del comercio internacional

En el Derecho Internacional Privado tradicionalmente se ha discutido la internacionalidad de las situaciones privadas. De esta manera, juristas internacionales han desarrollado distintas tesis sobre la cuestión, entre ellas las importantes son: el elemento extranjero puro, elemento extranjero relevante, elemento extranjero no causal, tesis de “Nova” y el efecto internacional. Cada una de estas posturas será desarrollada en las líneas subsiguientes.

Asimismo, la jurisprudencia, especialmente la francesa en la Sala de Casación Francesa, ha desarrollado de manera particular la tesis del efecto internacional, señalando que en materia arbitral esta se ha entendido como la transferencia de bienes, servicios o dineros. Por su parte, las Altas Cortes de Colombia no han hecho pronunciamiento alguno, igual ocurre en el escenario arbitral. Por su parte, la normatividad de ambos países ha guardado silencio sobre el alcance del concepto de afectación a los intereses del comercio internacional, de lo dicho dará cuenta el capítulo en cuestión.

1.1. Tesis sobre la internacionalidad de la situación privada

Calvo & Carrascosa en su texto Derecho Internacional Privado (2013) exponen, de manera genérica, los principales antecedentes doctrinales que han estudiado el carácter internacional una situación privada. Al respecto, es pertinente precisar, anticipadamente, que la distinción entre “situaciones internas” y “situaciones internacionales” es más difícil de lo que parece.

En razón de lo expuesto, existen diversas tesis doctrinales que intentan responder, satisfactoriamente, a la pregunta ¿cuándo una situación privada es internacional? A propósito de las cinco tesis imperantes, las más relevantes son la tesis del elementos extranjero puro y la tesis del efecto internacional.

La tesis del elemento extranjero puro, estudia las situaciones jurídicas

privadas¹ que poseen al menos un elemento de carácter extranjero, sin tener en consideración cuál es la naturaleza, intensidad o relevancia de este. En ese orden de ideas, es suficiente, para que la relación jurídica sea regulada por el Derecho Internacional Privado (DIPr), que dicho elemento tenga relación con el problema jurídico que se estudia.

En coherencia con lo expuesto, una situación privada será internacional, por solo mencionar algunos ejemplos ilustrativos, cuando las nacionalidades de las partes contratantes sean diferentes, el país de situación del objeto del contrato, la simple voluntad de las partes de someter el asunto contractual al derecho extranjero o el lugar de ocurrencia de los hechos². Todos los elementos enunciados habilitan al Derecho Internacional Privado, sin considerar su importancia respecto de la situación privada, en términos generales.

La tesis del elemento extranjero relevante, considera una situación privada de carácter internacional cuando alguno de sus elementos tiene contacto con un país extranjero y posee un *alto grado de relevancia* frente a la situación jurídica. Sin embargo, esta postura doctrinal ha sido, tradicionalmente, criticada por dos motivos: primero, porque confunde la importancia de la situación jurídica bajo estudio con la importancia del elemento extranjero y, segundo, porque resulta razonablemente complejo determinar, con exactitud, la relevancia o irrelevancia del elemento (Rodríguez Fernández, Bonilla, & Franco Zarate, 2007, pág. 7).

Para ilustrar la problemática se ejemplifica la siguiente situación, supóngase que dos comerciantes celebran un contrato de compraventa de mercaderías en el que A tiene su establecimiento en X y B tiene su establecimiento en Y. Sin embargo, las mercaderías no deben ser trasladadas de un Estado a otro,

¹ Comprende aquellos hechos y relaciones jurídicas de interés privado que se trazan en un plano de horizontalidad, es decir, en condiciones de igualdad. Ver, entre otros, Carrascosa González, J., & Calvo Caravaca, A. L. (2013). Derecho Internacional Privado (Decimocuarta ed., Vol. I). Granada: Comares, S.L, pág. 11.

² Ver, entre otros, Comares, S.L. Rodríguez, M; Bonilla. F y Franco, J. (2007). Régimen jurídico aplicable al contrato internacional: la internacionalidad del contrato. *Revist@ e-Mercatoria*, 6 (2), pág 6-7. Sin embargo, los autores rechazan de plano la posibilidad de un arbitraje por el simple acuerdo de las partes.

ya que las mismas serán entregadas en el establecimiento (centro de fábrica) del vendedor. Se preguntaría la doctrina ¿será relevante o no que los establecimientos estén ubicados en Estados distintos? La respuesta parece inconclusa.

La tesis del efecto internacional establece que la situación es internacional cuando produce efectos conectados con otros países (Carrascosa González & Calvo Caravaca, 2013, pág. 29). Por eso, es posible que producto de una situación jurídica entre particulares ocurran **repercusiones transfronterizas** o las llamadas “*crossborder implications*”. En estos casos, el punto de partida no es el análisis de presencia o ausencia de elementos extranjeros en la situación, sino la conexión que tiene la situación con otros países

Esta postura tiene origen en el DIPr francés en materia de arbitraje internacional. Ahora bien, resulta imperativo, para la presente investigación, señalar desde este punto las ventajas y desventajas de esta teoría. Resulta que, este entendimiento se adapta con facilidad a la globalización y a la realidad cambiante actual, ya que la internacionalidad tiene origen en los efectos de la relación jurídica y no en sus elementos.

En ese sentido, es perfectamente viable que ocurran dos cosas: a) una situación privada con elementos objetivos internacionales no se considerará internacional por no generar repercusiones en el comercio internacional o; b) una situación privada con sus elementos nacionales se considerará internacional por generar repercusiones en el comercio internacional.

A pesar de lo expuesto, esta tesis resulta, en parte, imprecisa, comoquiera que, la determinación de los efectos internacionales se hace más compleja que la simple constatación de la ausencia o presencia de un elemento extranjero en la situación privada. Adicionalmente, la teoría tiene una excesiva pretensión de regulación por parte del DIPr, ya que es bien sabido que hoy, de cara a la globalización, la mayoría de las situaciones terminan generando “efectos internacionales”. Vemos pues que, la ambigüedad de los términos explicados

puede abrir forzosamente la internacionalidad en un asunto netamente doméstico.

La tesis del elemento extranjero no casual señala que no basta la presencia de cualquier elemento extranjero en la situación privada para que se considere internacional. Por lo tanto, la situación no es internacional cuando el elemento extranjero es meramente *casual*. Siendo así, debe determinarse cuándo el elemento es accidental o casual y presuponerse que el legislador diferencia los elementos extranjeros esenciales de los accidentales. Esta teoría presenta las mismas críticas arriba señaladas frente a la determinación de la accidentalidad del elemento.

La tesis jurídico – conflictual o tesis “*De Nova*” señala que, implícitamente, el legislador indica al intérprete que una situación privada es internacional cuando concurre alguno de los llamados “puntos de conexión” que el legislador emplea en las normas de conflicto para precisar que una situación privada debe regirse por un Derecho extranjero.

Abordadas las anteriores cuestiones de carácter objetivo, es pertinente estudiar lo que la doctrina ha denominado la internacionalidad subjetiva. Al respecto, algunos tratadistas³ han señalado que el carácter de internacionalidad puede ser otorgado por la mera voluntad de las partes. Lo anterior permite que una situación, aún sin elementos objetivos extranjeros, pueda regularse por derecho extranjero. Sobre esta postura, otros tantos la han considerado inapropiada en atención a que un gran número de relaciones locales se les daría un tratamiento distinto al que por naturaleza les corresponde (Rodríguez Fernández, Bonilla, & Franco Zarate, 2007, pág. 5).

Hasta este punto se han señalado las principales posturas dogmáticas, desde el punto de vista objetivo y subjetivo, para el DIPr. No obstante, es

³ Ver, entre otros, Carrascosa Gonzáles, J., & Calvo Caravaca, A. L. (2013). Derecho Internacional Privado (Decimocuarta ed., Vol. I). Granada: Comares, S.L, pág. 26. Con miras a ejemplificar la tesis del elemento extranjero puro, Carrascosa & Calvo señalan un caso en el que dos empresas con sede en España celebran un contrato de transporte y a elección de los contratantes, se somete el contrato al Derecho extranjero.

pertinente exponer el entendimiento que la doctrina, en el caso colombiano, le ha dado al criterio relativo a la afectación a los intereses del comercio internacional en materia de arbitraje.

En coherencia con los pronunciamientos de la jurisprudencia francesa, profesores como el Dr. Juan Pablo Cárdenas han sostenido que la noción de comercio internacional no guarda relación con la noción de acto de comercio del Código de Comercio, sino con una operación de **intercambio** de bienes, servicios o dinero (Cárdenas Mejía, El criterio de internacionalidad en la Ley 1563 de 2012, 2017, pág. 16).

En ese orden de ideas, surgen cuestiones como ¿el intercambio debe ser relevante? ¿en qué momento debe existir? ¿basta la transferencia de cualquier servicio? ¿basta la transferencia de dinero? ¿pueden las partes pactar moneda extranjera y hacer, ipso facto, que su contrato tenga naturaleza internacional? ¿se trata de una especie de internacionalidad subjetiva?

La Corte Constitucional ha señalado que sólo “cuando hay un elemento objetivo extranjero podemos someter a un acuerdo arbitral en el extranjero” (Corte Constitucional, Sala Plena, C- 347, 1997). La cuestión radica entonces en preguntarse ¿Podrían las partes, en una relación objetivamente nacional, pactar el pago a través de divisas y habilitar un arbitraje internacional? ¿Lo anterior presupone un escape ilegítimo al orden público nacional?

Todas estas cuestiones serán abordadas en los capítulos subsiguientes, teniendo en consideración el orden público colombiano, las necesidades arbitrales y los límites legales y jurisprudenciales que en materia de arbitraje se han impuesto en Colombia.

1.2. Regulación en Colombia y en Francia.

En Francia, el artículo 1504 (François Parlement, 1976) del Código de Procedimiento Civil señala que “se considera internacional el arbitraje que afecta

a intereses del comercio internacional”⁴. Sin embargo, no se explica su alcance, ya que lo anterior se ha producido, principalmente, en la Corte de Apelaciones de París.

En Colombia, ni el Estatuto Arbitral vigente⁵, ni la Ley 315 de 1996 que regulaba el arbitraje internacional en Colombia antes de 2012 fijaron el alcance de dicha causal. Esta última se limitaba a señalar en su artículo 1° que, el arbitraje sería internacional cuando la controversia sometida a decisión arbitral afectara directa e inequívocamente los intereses del comercio internacional (Congreso de la República de Colombia, 1996).

No obstante, en el proyecto de Ley 06 de 2019, en su artículo 27 se establece que la afectación a los intereses del comercio internacional hace referencia a una relación contractual o a una operación económica que implique transferencia de bienes, servicios o fondos a través de una frontera internacional (Senado de la República de Colombia). Afirmando además que la interpretación del criterio tiene origen en Francia, concretamente en las ideas de la Corte de Casación.

1.2.1. Decisiones judiciales en Colombia y en Francia

Para comenzar, es necesario advertir que en el Estado colombiano la jurisprudencia referente a la afectación a los intereses del comercio internacional es minoritaria en relación con la jurisprudencia francesa, ya que fue en esta última donde surgió y se desarrolló la causal para la configuración de un arbitraje internacional. Lo anterior fue posteriormente plasmado en la Ley y acogido por diferentes países.

En primer lugar, es menester señalar la importancia que tiene la protección del orden público nacional en Colombia al momento de configuración de un arbitraje internacional en aras de prohibir la internacionalidad subjetiva. Lo anterior se

⁴ Reza la norma: “*Est international l’arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international*”. La disposición fue modificada por el Decret n°2011-48 du 13 janvier 2011 - art. 2

⁵ El artículo 62 señala que “Se entiende que el arbitraje es internacional cuando: (...) c) La controversia sometida a decisión arbitral afecte los intereses del comercio internacional” (Congreso de la República de Colombia, 2012). Sin embargo, el Estatuto no señala nada más sobre la causal en cuestión. Todas las construcciones sobre el alcance tienen origen en la doctrina y jurisprudencia.

evidencia en los pronunciamientos de Corte Constitucional en ese sentido: “solo cuando hay un elemento objetivo extranjero podemos someter a un acuerdo arbitral en el extranjero” (Corte Constitucional, Sala Plena, C- 347, 1997).

Asimismo, en la sentencia anterior, analizando la constitucionalidad de la Ley 315 de 1996 que regulaba el arbitraje internacional, se hicieron diferentes pronunciamientos al respecto.

En un primer momento, al estudiar el artículo 4 de la anterior Ley, se dispuso que sólo podía acudir a una arbitraje internacional si en la controversia se encontraba presente un elemento extranjero, de este modo, el carácter de internacionalidad de la situación no dependería de la voluntad de las partes.

No obstante, al analizar el numeral 3 de la Ley en asunto, el cual habilitaba el arbitraje internacional de la siguiente manera: “cuando el lugar de arbitraje se encuentre fuera del Estado en que las partes tienen sus domicilios siempre que se hubiera pactado tal eventualidad en el pacto arbitral” (Congreso de la República de Colombia, 1996), la Corte afirmó que sería posible su configuración, aunque las dos partes estuviesen domiciliadas en Colombia, pero era necesario que una de las partes fuese extranjera.

En materia de arbitraje internacional colombiano, los laudos⁶ se han limitado a mencionar la causal como una posibilidad de configuración de arbitraje internacional, pero no hacen una explicación de fondo como se evidencia en el Laudo del 8 de febrero de 2011 del Tribunal de Arbitramento de Bogotá “Cuando la controversia sometida a decisión arbitral afecte directa e inequívocamente los intereses del comercio internacional” (Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá, Corte de Arbitraje, Centro de Arbitraje y Conciliación, Tribunal de Arbitramento de Musica Talento y Mercadeo Discos MTC C.A contra Sony Music Entertainment Colombia S.A, 2011).

⁶ La investigación hizo una búsqueda en fuentes jurídicas como Lex Base, Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, Cámara de Comercio de Bogotá y Cámara de Comercio de Cali y no se encontró registro. Ver, entre otros, Laudo Arbitral de Distrito de Cartagena Aguas de Cartagena con Holcrow Group (Tribunal de Arbitramento de Distrito de Cartagena de Indias D.T y C., Aguas de Cartagena S.A E.S.P Vs Halcrow Group Limited, 2014).

En Francia, la jurisprudencia fue la pionera en desarrollar la causal referente a la afectación a los intereses del comercio internacional para la configuración del arbitraje internacional, tanto así que en la actualidad la Ley de arbitraje internacional francés la consagra como el único motivo para la configuración de un arbitraje internacional.

Para empezar, Francia a través de la Corte de Apelaciones, ha determinado que la causal se refiere a “operaciones económicas desarrolladas en varios Estados” (Cour de cassation de France, Première chambre civile, Caso Tapié, 2016), siendo importante el contexto económico. Por eso, la afectación a los intereses del comercio internacional debe ser relevante, esto es, que los elementos fundamentales de la situación privada tengan una conexión real con los intereses del comercio internacional.

De ese modo, también ha desarrollado el concepto de comercio internacional, el cual para la Corte de Apelaciones se refiere a una operación en la que ocurre un intercambio de bienes, servicios o dinero, pero no hace referencia a los actos de comercio que menciona el Código de Comercio (Cour d'appel de Paris, Société Icori Estero et autre, 1996).

En lo que respecta a la afectación, ésta consiste en un criterio objetivo que determina la internacionalidad de un contrato, basándose en las repercusiones económicas que se producen en el exterior. Esta afectación debe ser relevante y estar presente al momento de someter la controversia al arbitraje internacional para poder aplicar un régimen extranjero, de lo contrario carecería de sentido una regulación internacional (Cour de cassation de France, Première chambre civile, Caso Tapié, 2016).

En consecuencia, la afectación al comercio internacional debe examinarse al momento en que inicia el arbitraje. Para llegar a esta conclusión, la Corte de Casación francesa analizó un mandato otorgado a sociedades francesas para que vendieran la matriz alemana del señor Bernard Tapié que tenía una participación en Adidas. Así, la Corte dispuso que ésta no era una situación de internacionalidad, pues los litigios hacían referencia a operaciones desarrolladas económicamente en

Francia, por lo cual no se afectaba los intereses del comercio internacional (Cour de cassation de France, Première chambre civile, Caso Tapié, 2016).

En esta misma línea, la Corte de Casación francesa ha dicho: “No corresponde a las partes modificar el régimen interno o internacional del arbitraje, cuya calificación se determina en función de la naturaleza de las relaciones económicas que dan origen al litigio” (Cour d’appel de Paris, Reveu d’arbitrage , 2001).

En concordancia, la Corte de Apelaciones de Paris analizó un caso que versaba sobre la producción de tres películas, dos de ellas eran calificadas como internacionales y por acuerdo de las partes sólo se adelantó un arbitraje. En ese sentido, la Corte dijo que la controversia debía afectar de manera relevante los intereses del comercio internacional, pero no debía hacerlo de manera exclusiva, por lo cual era posible que en dicha controversia existieran elementos de carácter nacional (Cour d'appel de Paris, Carthago Films c/ Babel Productions, 2001).

Ahora bien, la jurisprudencia francesa ha considerado internacional las siguientes situaciones que se ilustraran a continuación:

En primer lugar, los casos en los cuales se transfieren bienes a través de una frontera como fue el caso de una exportación de carne de pavo de Francia a Alemania (Cour d'appel de Paris, Firme Peter Biegi v. Britannia, 1998).

En segundo lugar, cuando hay una transferencia de bienes o servicios, esto es, se prestan servicios en otro país, como fue el caso en donde debía pagarse una comisión a un intermediario fuera de Francia por la venta de un inmueble en París. (Cour d'appel de Paris, Damon v. Abu Nasser, 1990).

En tercer lugar, cuando hay transferencia de dineros con independencia de la nacionalidad de las partes, aquí se pronunció sobre una operación virtual en la que una entidad francesa y una fundación noruega celebraron un acuerdo para la construcción de un centro de investigación en Francia (Cour d'appel de Paris, Société Icori Estero et autre, 1996).

En cuarto lugar, en los contratos entre empresas francesas de comercio internacional, esto lo analizó en un caso donde el carácter de internacional devino que en la operación había un movimiento de bienes a través de la frontera (Cour d'appel de Paris, CFID c. Etablissements Arnaud, 1998).

En quinto lugar, los subcontratos de trabajos que al ser realizados en el exterior que afectan los intereses del comercio internacional. Dicho caso se trató de dos empresas francesas en el que el conflicto hacía referencia a las exigencias de un diseño en la obra del extranjero que el contratista principal había transferido al subcontratistas. (Cour d'appel de Paris, Société Sermi v. Me Hennion és qualités, 1992).

En sexto lugar, las compraventas de acciones en una sociedad francesa a la cual le aplica la legislación francesa, pero la inversión es realizada en el exterior y eso implica un movimiento de fondos de un país extranjero a Francia (Cour d'appel de Paris, Courrégés Desing, 1990).

Por las razones expuestas y al hacerse un recorrido por la jurisprudencia francesa en relación con la causal a la afectación a los intereses del comercio internacional para la configuración de un arbitraje internacional, puede evidenciarse que su fundamento consiste en que la controversia afecte de manera *significativa* el comercio internacional en relación con los aspectos económicos.

Capítulo II: Tesis del efecto internacional en sentido amplio y sus límites en el arbitraje internacional colombiano

Con el fin de abordar el efecto que tiene la teoría de la internacionalidad en el arbitraje, es necesario determinar la naturaleza del arbitraje en el ordenamiento jurídico francés y colombiano, ya que según la visión escogida, se fijan los alcances prácticos y la forma en que este funciona (Rey Vallejo, 2012). En ese orden de

ideas, la interpretación de los vacíos normativos debe ser coherente con la libertad de las partes para determinar los aspectos propios del contrato de arbitraje.

Doctrinalmente, se han establecido dos teorías clásicas para determinar si el arbitraje tiene una naturaleza contractual o procesal – jurisdiccional. No obstante, la tendencia actual ha desarrollado la teoría mixta o ecléctica que opta por una concepción contractual y jurisdiccional del arbitraje.

Tratadistas internacionales han señalado que los franceses han concebido el arbitraje como una herramienta que resuelve una controversia en la que las partes deciden someterse al conocimiento de los árbitros cuyos poderes tienen origen en un acuerdo de naturaleza privada y no en las autoridades estatales (Fouchard & Goldman, 1999). Por esto, Francia se enmarca en una concepción contractualista del arbitraje que predomina la autonomía privada.

En Colombia, se ha optado por una visión ecléctica del arbitraje. Lo anterior con fundamento en pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales. Para el caso, la Corte Constitucional, afirmando el carácter contractualista del arbitraje, ha dicho que las partes “incluso fijan el procedimiento arbitral a seguir, dentro del marco general por la ley” (Corte Constitucional, Sala Plena, SU - 174, 2007).

En igual sentido, y sumando el carácter procesal del arbitraje, Gil Echeverri (2002) ha concluido que, si bien la Constitución inviste de jurisdicción a los particulares, para la radicación de la competencia en los árbitros es necesaria una habilitación previa, es decir, la existencia de un pacto arbitral.

En ese sentido, el carácter jurisdiccional ha sido explicado bajo el entendido que: “desde otro punto de vista debe observarse que el arbitraje tiene por objeto que los árbitros resuelvan la controversia a través de un laudo, al cual la ley le reconoce el carácter de sentencia con todos sus efectos” (Cárdenas Mejía, Módulo Arbitraje Nacional e Internacional, 2019, pág. 35). De esta manera, en Colombia tanto la voluntad contractual como el efecto jurisdiccional son un pilar en el arbitraje.

Es imperativo considerar para los análisis subsiguientes que, los límites a la autonomía privada en Francia y Colombia son distintos, comoquiera que, en el caso francés, entender que el arbitraje es exclusivamente contractual implica que es la

autonomía privada de las partes el eje central del mismo. En coherencia con lo expuesto, las partes, en su potestad de configuración, solo tendrán como límites aquellas disposiciones que no puedan disponer.

Por el contrario, el carácter procesal del arbitraje en Colombia trae consecuencias que sólo pueden ser predicables de sistemas eclécticos. Por consiguiente, la configuración y funcionamiento del procedimiento debe ajustarse por lo menos a los principios constitucionales del debido proceso, derecho defensa e igualdad de las partes. Adicionalmente, el árbitro, quien actúa como juez⁷, debe velar porque las partes observen, necesariamente, no solo las reglas propias de los actos de autonomía privada, sino también *los principios que rigen los actos jurisdiccionales*.

Resulta ineludible definir el concepto de orden público nacional. En materia de arbitraje, este concepto se ha entendido como el conjunto de normas imperativas de derecho privado que no pueden ser derogadas por la voluntad de las partes. Se engloban entonces aquellas disposiciones imperativas que gozan de validez permanente en el ordenamiento (Holguín Holguín , 1999).

Ahora bien, desde un marco normativo se enfatiza en lo dispuesto en el Código Civil Colombiano, el cual reza: “no podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres” (Congreso de la República, 1873). En ese sentido, el pacto arbitral, como negocio jurídico que es, debe sujetarse a los límites legales y jurisprudenciales que se han establecido en aras de proteger el orden público nacional.

Hasta este punto, se han expuesto los límites legales y jurisprudenciales a la autonomía privada, de manera que, es posible contrastar la futura interpretación de la causal c) del artículo 62 de la Ley 1563 de 2012 con el concepto de orden público

⁷ La Corte Constitucional, en Sentencia SU 174 (2007) señala que el árbitro cumple funciones jurisdiccionales y por ello es un verdadero juez, con todos los poderes, deberes y responsabilidades de este. Ver, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/SU174-07.htm>

nacional, determinando si ambos son compatibles y están en armonía con los fines⁸ mismos del arbitraje como mecanismo alternativo de solución de controversias.

De conformidad con el Proyecto de Ley 06 de 2019, la causal c)⁹ se adhiere a la teoría amplia del efecto internacional, esto es, la **transferencia** de bienes, servicios o fondos a través de frontera internacional. No obstante, a esta concepción se le han hecho algunas limitaciones interpretativas en la doctrina nacional que deben analizarse.

Como criterio general y, considerando lo dicho por la jurisprudencia francesa, lo determinante es que la operación económica se desarrolle en dos o más estados, esto es, que haya movimientos de flujos generando consecuencias recíprocas en un país y en otro. Por lo anterior, el carácter internacional debe ser determinado en función de la *realidad económica de la situación privada*.

Al respecto, entender que este criterio de internacionalidad es económico y no jurídico es el elemento clave para que la causal bajo estudio sea autónoma e independiente de otras tesis tales como la del elemento extranjero puro consagradas en la Ley 1563 de 2012, artículo 62, causales a) y b)¹⁰.

También se ha afirmado que la controversia no debe afectar exclusivamente a los intereses del comercio internacional, pero dicha afectación debe ser relevante. Por ello, pueden intervenir elementos nacionales que no impiden que se configure un arbitraje internacional (Cárdenas Mejía, 2017, pág. 17).

⁸ Concretamente, en el caso de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia se registran entre del año 2014 a 2018 solamente doce casos de arbitraje internacional y dos desistidos. En consecuencia, solucionar las anomías y antinomias sobre el concepto objeto de investigación permite incentivar el uso del arbitraje como mecanismo alternativo de solución de controversias. Ver, Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, 2019 <https://www.camaramedellin.com.co/Portals/0/arbitraje-y-conciliacion/Documentos/2019/Cuadro%20de%20Arbitrajes%20Internacionales%20del%20Centro.pdf?ver=2019-11-26-143321-440>

⁹ La controversia o el contrato sometido a decisión arbitral afecte los intereses del comercio internacional, esto es, que se refiera a una relación contractual o a una operación económica que implique transferencia de bienes, servicios o fondos a través de una frontera internacional (Senado de la República de Colombia, 2019).

¹⁰ 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.

En lo relativo a la relevancia, en el caso colombiano, ni la Ley 1563 de 2012 ni el Proyecto de Ley 06 de 2019 diferencia entre la relevancia o irrelevancia de la afectación. La distinción nace en Corte de Casación de Francia¹¹ el 12 de enero de 2011, allí se señaló que la afectación no debe ser puramente contingente o accesoria respecto del litigio sometido a arbitraje (Cour de cassation de France, Première chambre civile. Frere Cholmeley y Eversheds LLP, 2011).

Sin embargo, debe anotarse que el carácter de accesoriidad en lo relativo a las transferencias de dinero resulta problemático en arbitraje colombiano. El 26 de enero de 2011 la Corte de Casación de Francia estudiando la construcción de un centro de investigación en Francia en el que se requería una financiación en su mayoría por parte de una Fundación Noruega, considera que la operación era internacional al implicar un movimiento de fondos transfronterizos, independiente de la capacidad y nacionalidad de las partes (Cour de cassation de France, Première chambre civile. Inserm v. Foundation Letten F. Saugstad, 2011).

Señaladas estas cuestiones, el problema en Colombia radica en que la Corte Constitucional ha prohibido expresamente la internacionalidad subjetiva, buscando garantizar que aquellas situaciones exclusivamente domésticas no reciban un tratamiento distinto al que por naturaleza les corresponde.

Ahora bien, acoger la tesis de la transferencia de bienes, servicios o fondos posibilita, al menos en lo relativo a los fondos, que las partes pactando divisas y con una situación objetivamente nacional y sin efectos relevantes en el comercio internacional, configuren un arbitraje internacional.

En el caso colombiano, el Régimen Cambiario permite el uso de la Cuenta de Compensación que consiste en una cuenta abierta en el exterior por parte de un

¹¹ En esta ocasión, la Corte estudia el caso de una abogada registrada en los Bares de París y Nueva York, quién era socia capital de Frere Cholmeley y Eversheds LLP, ambas sometidas a la legislación inglesa. El conflicto versaba la violación a diversas reglas profesionales propias de los abogados franceses; sin embargo, se discutía la naturaleza del arbitraje al considerar que existían unas remuneraciones transfronterizas. La Corte considera que para calificar el arbitraje no se deben considerar elementos puramente accesorios como la remuneración, teniendo en cuenta que objeto del litigio era una cuestión de naturaleza interna.

residente en Colombia¹². A través de esta herramienta pueden hacerse operaciones en divisas de obligatoria canalización y aquellas que no la requieren, sin que sea necesario utilizar un Intermediario del Mercado Cambiario (IMC). Adicionalmente, es posible que mediante una Cuenta de Compensación se reciban pagos en moneda extranjera de operaciones entre residentes (Banco de la República, 2018).

Por tanto, es posible, por ejemplo, que desde una Cuenta de Compensación se haga un pago en divisas por parte del consumidor o suministrado a un proveedor local, ubicado en Colombia. En este caso, ambas partes son residentes colombianos, inmersos en una situación privada objetivamente interna y cuyo único elemento extranjero es el pacto de divisa mediante una cuenta en el extranjero registrada ante el Banco de la República de Colombia.

En rigor, si bien en estricto sentido el contrato no fue sometido a derecho extranjero por un acuerdo de voluntades, pactar el pago mediante Cuenta de Compensación, constituye en sentido implícito una internacionalidad subjetiva. Lo anterior con fundamento en la tesis del efecto internacional, en virtud de la cual la simple transferencia de fondos transfronterizos habilita la internacionalidad de la situación privada.

Luego, la simple posibilidad que tienen los residentes colombianos de usar una Cuenta de Compensación terminaría modificando la naturaleza de la situación privada, abriendo la posibilidad de que las partes sometan la relación a derecho extranjero mediante una cláusula o decidan someter sus controversias a un arbitraje internacional con sede en el extranjero. El quid del asunto radica en preguntarse: ¿el pago con divisa constituye un elemento relevante o accesorio en Colombia de conformidad con los límites jurisprudenciales dados por la Corte Constitucional?

¹² Son residentes en Colombia, para efectos cambiarios, las personas naturales que habitan en Colombia y las personas jurídicas con domicilio en el país y los extranjeros cuya permanencia en el territorio nacional excede de seis meses continuos o discontinuos en un período de doce meses, igualmente los patrimonios autónomos constituidos en Colombia, mas no los consorcios y las unidades temporales. Ver, Presidente de la República de Colombia. (26 de Mayo de 2015). Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público. Decreto 1068 de 2015. Bogotá, D.C, Bogotá, D.C, Colombia: Diario oficial.

Se evidencia entonces que Francia, atendiendo a su concepción contractualista y considerando la causal bajo estudio como única en materia internacional, a través de la jurisprudencia permite la transferencia de fondos como elemento de configuración de la internacionalidad. En el caso colombiano, considerando el orden público nacional y los límites a la potestad de configuración privada, aceptar la simple transferencia de fondos como causa suficiente, habilita, necesaria y forzosamente, un escape al orden jurídico nacional.

A propósito de la transferencia de bienes y servicios, la doctrina ha explicado este fenómeno como aquellas operaciones en las que se venden bienes de un país a otro o se prestan servicios en otro país. En ese sentido, Cárdenas Mejía (2017) frente a la transferencia de bienes ejemplifica el caso de exportación de pavo de Francia a Alemania y, en lo relativo a los servicios explica, entre otros, el pago de una comisión a un intermediario fuera de Francia por la venta de un inmueble en París. En rigor, se confunde la tesis del efecto internacional con la tesis del elemento extranjero puro, comoquiera que, en ambos la situación privada tiene elementos objetivos reales que terminan posibilitando la causal a) y b) del artículo 62.

El yerro se origina en que en el arbitraje francés, la causal relativa a la afectación a los intereses del comercio internacional engloba todas las situaciones y tesis de la internacionalidad de la situación privada. Es decir, Francia no distingue entre elementos objetivos personales y reales, los fusiona en su única causal.

Sin embargo, en Colombia, existiendo distintas causales y acogiendo la tesis del elemento extranjero puro y la tesis del efecto internacional, resulta imperativo diferenciar con detalle cuál es el criterio que origina que la situación privada sea doméstica o internacional. Es precisamente aquí donde se origina la equivocidad del concepto y su inaplicación práctica en los tribunales de arbitramento.

Por las razones expuestas, se concluye que la interpretación de la causal relativa a los intereses del comercio internacional como transferencia de bienes, servicios o fondos no es conforme con el orden público colombiano, las necesidades arbitrales y los límites impuestos a la autonomía privada en Colombia. Lo anterior no obsta para que esta interpretación pueda adaptarse al ordenamiento arbitral

francés, cuya naturaleza y fundamentos son sustancialmente distintos a los colombianos.

Capítulo III: Repercusión transfronteriza como criterio de internacionalidad en Colombia

La tesis del efecto internacional ha sido estudiada desde dos perspectivas, una amplia y una estricta. La teoría amplia ha sido desarrollada en el capítulo anterior, evidenciando que no se adapta al orden público y a las necesidades arbitrales colombianas. La teoría estricta pretende ser desarrollada en las siguientes líneas, teniendo en consideración que no se encuentran mayores desarrollos sobre la misma.

Carrascosa González & Calvo Caravaca (2013) afirman que “una situación es internacional cuando produce efectos conectados con otros países” (pág. 29). Esta tesis no tiene en cuenta los elementos objetivos de la situación jurídica, por el contrario, se examinan los efectos que ella produce. En otras palabras, los efectos transfronterizos implican una conexión con más de un país.

En efecto, resulta necesario destacar lo que en la doctrina nacional e internacional se ha denominado *puntos de conexión*. Estos hacen referencia a aquellos factores que permiten determinar, a través de una norma jurídica, cuando una situación privada es internacional o no. En el Derecho Internacional Privado, al estudiar el tema de las normas de conflicto se hace uso de los puntos de conexión como criterios para escoger la ley aplicable (Basadro Ayulo, 2003, pág. 415). La importancia de mencionar este asunto radica en que estos se relacionan en parte con los elementos de internacionalidad.

En ese orden de ideas, los vínculos internacionales que permiten configurar la internacionalidad de la situación privada atienden a los factores reales, personales, jurídicos o *fácticos*. Sobre este último punto de conexión se soporta el fundamento de la tesis del efecto internacional, ya que la relación jurídica debe afectar significativamente los mercados internacionales y como tal la

internacionalidad se determina en atención a las circunstancias fácticas que rodean o engloban el caso concreto.

La interpretación en sentido estricto ha sido acogida en legislaciones arbitrales como la española. En la exposición de motivos de la Ley 60 de 2003, Ley Española de Arbitraje, se ha afirmado con claridad que España tiene la particular intención de armonizar el régimen jurídico arbitral, en especial el relativo al comercio internacional. De esta manera, se interesa en promover un criterio de aplicación que esté conforme con la Ley Modelo de la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) y que garantice mayor eficacia del arbitraje como medio de solución de controversias.

Concretamente, el artículo 3º señala que el arbitraje será internacional cuando “la relación jurídica de la que dimana la controversia afecte a intereses del comercio internacional” (Jefatura Del Estado, 2003). Sobre esta disposición, se explicó que se trata de un criterio que pretende dar cabida a supuestos de internacionalidad en que, aunque no concurren los elementos relativos al domicilio de las partes, lugar de cumplimiento de las obligaciones y lugar con el que la controversia tenga una relación más estrecha, sea posible adelantar la disputa ante un tribunal arbitral internacional cuando las consecuencias económicas así lo ameriten.

Avizoradas las cuestiones teóricas generales de la tesis del efecto internacional, se ilustra a continuación una situación sobre la misma. Supóngase un contrato de suministro de petróleo en una gran cantidad (equivalente al 5% de la producción mundial de hidrocarburo) entre dos comerciantes cuyo domicilio es en un mismo Estado, es decir, la mercadería no será trasladada de un país a otro, sino que será entregada en el establecimiento del vendedor (Rodríguez Fernández, Bonilla, & Franco Zarate, 2007, pág. 8).

La internacionalidad de la situación no consiste en la presencia de algún elemento objetivo de carácter personal o real extranjero, sino en que, a pesar de tratarse una situación objetivamente nacional, por la cantidad de petróleo

negociada, la situación privada eventualmente podría afectar de manera relevante los precios del hidrocarburo en los mercados internacionales.

Se pone en evidencia dos efectos concretos de la interpretación bajo estudio. Por un lado, no toda situación objetivamente internacional produce efectos internacionales como repercusión transfronteriza. Por ejemplo, un nacional colombiano decide irse a vivir a los Estados Unidos de América sin dejar familia ni bienes de su propiedad en el territorio colombiano, pasados 12 años de residir en dicho Estado, decide adquirir un vehículo; tal compraventa de bien mueble no se consideraría internacional, a pesar de que presente elementos personales extranjeros, comoquiera que la operación, sólo produce efectos en EE. UU y no en Colombia.

Por otro, son internacionales aquellas situaciones que, aunque no poseen elementos extranjeros están claramente conectadas al contexto internacional. Ocurre esto en la ilustración del petróleo y en situaciones como las que ejemplifican Calvo y Carrascosa (2013), quienes en su libro señalan que una empresa de Madrid le compra a una empresa de Málaga algodón con la intención de exportarlo a Escocia. En este caso, el contrato de compraventa de algodón no tiene elementos extranjeros, pero se encuentra conectado al comercio internacional, generando efectos en otros países (pág. 30).

Hasta este punto se han expuesto las consideraciones genéricas más importantes sobre la tesis del efecto internacional en sentido estricto. A continuación, se expondrán los presupuestos necesarios para la configuración de una repercusión transfronteriza en una situación privada.

I. Elementos de la situación privada

El caso sometido a conocimiento de los árbitros debe ser estrictamente nacional desde el punto de vista objetivo, esto es, todos los elementos personales y reales de la situación privada deben ser domésticos. Al respecto, es importante que el operador jurídico no confunda la tesis del efecto internacional con la tesis del elemento extranjero puro o relevante.

En ese sentido, si del análisis del caso se encuentran elementos extranjeros relativos al domicilio de las partes, 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, distinto al domicilio de las partes, se configuraría, en estricto sentido, la causal a) o b) de la Ley 1563 del 2012 y no la del efecto internacional.

II. Medición y prueba del efecto económico

La situación privada deberá producir por sí misma efectos económicos medibles en el extranjero, es decir, debe existir un nexo de causalidad entre la situación jurídica y el efecto económico. No obstante, es necesario que en el marco del proceso arbitral la parte que alega la internacionalidad de la situación privada allegue prueba suficiente sobre la repercusión transfronteriza. Concretamente, es imperativo el uso de una prueba pericial económica.

Este medio probatorio contiene un “análisis de los hechos económicos contables, fiscales o financieros y establecen las conclusiones sobre bases con sustentos objetivos” (Redacción de El Mundo Financiero, 2018). En efecto, la finalidad de la prueba pericial económica es mostrar que la afectación económica ha sido relevante en el comercio internacional teniendo en consideración las circunstancias fácticas en las que se encuentra sumergido el hecho económico.

III. Determinación de los intereses del comercio internacional

El funcionamiento normal del proceso económico está determinado por las siguientes fases o etapas: producción, distribución y consumo de bienes y servicios. Este conjunto de actividades interrelacionadas y dependientes explican el comportamiento de la actividad económica en el comercio internacional.

Desde una perspectiva privada, los intereses del mercado son entonces la disponibilidad de los bienes y servicios y el papel de los precios en la actividad económica. Sobre este último punto, los precios deben cumplir tres funciones a cabalidad: transmisión de información al mercado, estimulación de los métodos de producción menos costosos y determinación de la distribución de la renta (Friedman & Friedman, 1980, pág. 32).

En coherencia con lo expuesto, si la relación privada afecta el precio y la disponibilidad de los bienes o servicios en el comercio internacional, existe un nexo de causalidad y, en consecuencia, la situación privada generará una repercusión transfronteriza que habilita la configuración de un arbitraje internacional.

IV. Relevancia de la afectación

La normativa colombiana y francesa no ha distinguido el hecho de que la afectación al comercio internacional deba o no ser relevante. No obstante, la relevancia ha sido desarrollada y aceptada de manera pacífica por la jurisprudencia y doctrina nacional e internacional. Es necesario precisar que esta característica ha sido exigida en la perspectiva amplia y estricta de la tesis del efecto internacional.

En el caso de la transferencia de bienes, servicios o fondos es posible que la controversia no afecte exclusivamente los intereses del comercio internacional, pero si requiere que la afectación sea *relevante* (Cárdenas Mejía, 2017). De forma similar, la teoría sobre la repercusión transfronteriza ha señalado que “una situación privada es o tiene un carácter internacional cuando alguno de sus elementos no sólo tiene conexión con un país extranjero, sino que además dicho elemento tiene una gran relevancia frente al conjunto que compone la situación en concreto” (Rodríguez Fernández, Bonilla, & Franco Zarate, 2007, pág. 7).

De la misma manera, la Corte de Casación de Francia ha dicho que la afectación a los intereses del comercio internacional no puede ser puramente accesoria respecto al litigio sometido a arbitraje, pues de serlo así deberá ser considerada como una situación interna en cuanto que, sus elementos fundamentales, son extraños a los intereses del comercio internacional (Cour de cassation de France, Première chambre civile. Frere Cholmeley y Eversheds LLP, 2011).

Por consiguiente, el carácter relevante de la afectación no es una exigencia irracional, sino que por el contrario está en coherencia con el orden público nacional, ya que pretende garantizar la proscripción de la internacionalidad subjetiva ante situaciones estrictamente nacionales y sin repercusiones destacables en el comercio internacional.

V. Naturaleza de los bienes y servicios

Teniendo en consideración los cuatro presupuestos anteriores, es ineludible considerar los tipos de bienes y servicios que son susceptibles de ser medibles, determinables y relevantes en el comercio internacional. Al respecto, teniendo en consideración la prueba pericial económica y el grado de relevancia de cara a la internacionalidad, pareciera sugerirse que no cualquier bien o servicio tienen la potencialidad de afectar los intereses del comercio internacional.

A propósito de los servicios, estos deben considerarse esenciales. En el caso colombiano, la Corte Constitucional ha explicado que son servicios esenciales

Las actividades que lo conforman contribuyen de modo directo y concreto a la protección de bienes o a la satisfacción de intereses o a la realización de valores, ligados con el respeto, vigencia, ejercicio y efectividad de los derechos y libertades fundamentales (Corte Constitucional, Sala Plena, C -691, 2008).

Entre ellos, la electricidad, el transporte, las comunicaciones, el suministro de agua, entre otros.

Sobre los bienes, es necesario que estos ostenten la calidad de materias primas, ya que son las únicas potenciales de generar repercusiones entre dos o más países. La importancia de las materias primas en la actividad económica radica en que constituyen un papel protagónico para la producción de bienes utilizados para el consumo básico. Algunos ejemplos son: combustibles fósiles, metales pesados, productos animales, entre otros.

En razón de lo expuesto, la aplicación sin reparos de la tesis del efecto internacional en sentido estricto resulta problemática por la imprecisión de ciertos elementos. No obstante, los presupuestos especiales que se han desarrollado de conformidad con el orden público, las necesidades arbitrales y los límites legales, jurisprudenciales y doctrinales sobre la materia habilitan el uso práctico de la causal relativa a los intereses del comercio internacional como una vía autónoma y expedita en el régimen arbitral colombiano.

Conclusiones

De conformidad con la información obtenida del estudio sobre la afectación a los intereses del comercio internacional como criterio diferenciador de los tipos de arbitraje en Colombia. A continuación, se exponen las siguientes consideraciones:

Examinadas las diferentes posturas doctrinales, jurisprudenciales y legales que han analizado el concepto de afectación de los intereses del comercio internacional en el arbitraje en Colombia y Francia puede afirmarse que, en el ordenamiento jurídico colombiano a nivel jurisprudencial, arbitral y legal no existen pronunciamientos que definan que se entiende por afectación a los intereses del comercio internacional.

No obstante, actualmente se encuentra en trámite la reforma arbitral colombiana en la que adopta la tesis de la transferencia de bienes, servicios o fondos como afectación a los intereses del comercio internacional. En igual sentido, la doctrina nacional ha privilegiado la interpretación amplia de la tesis del efecto internacional en coherencia con la línea jurisprudencial francesa en virtud de la cual debe tratarse de una transferencia entre dos países con relevancia en el comercio internacional.

Una vez estudiada la causal relativa a los intereses del comercio internacional como transferencia de bienes, servicios o fondos se evidencia que dicha tesis no es conforme con el orden público colombiano, las necesidades arbitrales y los límites impuestos a la autonomía privada en Colombia, ya que el simple pacto de moneda extranjera podría habilitar forzosamente una arbitrabilidad subjetiva en virtud de la cual se escape ilegítimamente del ordenamiento jurídico colombiano. Lo anterior no obsta para que esta interpretación pueda adaptarse al ordenamiento arbitral francés, cuya naturaleza y fundamentos son sustancialmente distintos a los colombianos.

Asimismo, se investigó el criterio de internacionalidad como repercusión transfronteriza o la tesis del efecto internacional en sentido estricto. A partir de la información encontrada se determinó que la aplicación sin reparos de dicha

interpretación presenta dificultades dada la imprecisión de ciertos elementos que la componen. Por este motivo, resulta necesario aplicar algunos presupuestos especiales que se han desarrollado de conformidad con el orden público, las necesidades arbitrales y los límites legales, jurisprudenciales y doctrinales sobre la materia y que habilitan el uso práctico de la causal relativa a los intereses del comercio internacional como una vía autónoma y expedita en el régimen arbitral colombiano.

Por todo lo anteriormente señalado, se concluye que en atención a las necesidades arbitrales y el orden público colombiano la causal c) del artículo 62 de la Ley 1563 de 2012 en virtud de la cual el arbitraje es internacional cuando la controversia sometida a decisión arbitral afecte los intereses del comercio internacional, debe entenderse en estricto sentido de la siguiente manera: la situación privada es internacional cuando produce efectos conectados con otros países, esto es, debe tratarse de i.) una situación privada objetivamente nacional, ii.) que produce efectos relevantes en el comercio internacional, iii.) medibles económicamente y iv.) que alteren la disponibilidad de los bienes y servicios (entendidos como materias primas y servicios esenciales, respectivamente) y el papel de los precios en la actividad económica.

La definición que se presenta busca solucionar las anomias y antinomias que han imposibilitado la aplicación efectiva de la causal c) como una independiente. En ese sentido, se pretende que la misma se diferencie de las causales a) y b) que adoptan la tesis del elemento extranjero y que se confunden, como en el caso colombiano en la futura reforma arbitral, cuando el legislador entiende la afectación a los intereses del comercio internacional como una transferencia de bienes, servicios o fondos.

Referencias

Libros

- Basadro Ayulo, J. (2003). *Tratado de Derecho Internacional Privado*. Lima: Jurista Editores.
- Cárdenas Mejía, J. P. (2019). *Módulo Arbitraje Nacional e Internacional*. Bogotá D.C:Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio.
- Carrascosa González, J., & Calvo Caravaca, A. (2013). *Derecho Internacional Privado* (Decimocuarta edición ed., Vol. I). Granada: Comares, S.L.
- Fouchard, P., & Goldman, B. (1999). *Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration*. (E. Gaillard, & J. Savage, Edits.) Londres: Kluwer Law International.
- Friedman, M., & Friedman, R. (1980). *Libertad de Elegir* (Primera ed.). (C. R. Pujol, Trad.) Barcelona , España: Ediciones Orbus, S.A.
- Gil Echeverri , J. H. (2002). *Nuevo Régimen de Arbitramento: Manual Práctico* (Segunda ed.). Bogotá, D.C: Cámara de Comercio de Bogotá. Obtenido de <https://bibliotecadigital.ccb.org.co/handle/11520/21150>

Artículos

- Holguín Holguín , C. (1999). La noción de orden público en el campo internacional. *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, 29(290), 9 -19 .
- Rey Vallejo, P. (2012). El arbitraje y los ordenamientos jurídicos en Latinoamérica: un estudio sobre formalización y judicialización. *Vniversitas*(126), 199 - 237.
- Rodríguez Fernández, M., Bonilla, F., & Franco Zarate, J. A. (2007). Régimen jurídico aplicable al contrato internacional: la internacionalidad del contrato . *Revist@ e- mercatoria*, 6(2), 58.

Normas

- Banco de la República . (25 de Mayo de 2018). Por el cual se compendia y modifica el régimen de cambios internacionales. . *Resolución Externa No. 1 de 2018*. Bogotá, D.C, Bogotá, D.C , Colombia : Banco de la República.

Congreso de la República. (31 de Mayo de 1873). Por medio de la cual se expide el Código Civil de los Estados Unidos de Colombia. . *Ley 84* , Artículo 16. Bogotá, D.C , Bogotá, D.C, Colombia : Diario oficial .

Congreso de la República de Colombia. (16 de Septiembre de 1996). Ley 315 de 1996. *Por la cual se regula el arbitraje internacional y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C , Bogotá D.C , Colombia : Diario Oficial No. 42.878. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0315_1996.html

Congreso de la República de Colombia. (12 de Julio de 2012). Ley 1563 de 2012. *Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional* . Bogotá D.C, Bogotá D.C, Colombia : Diario Oficial No. 48.489.

Français Parlement. (1 de Janvier de 1976). Code de procédure civile. *Code de procédure civile*. Versailles, Versailles, France: République française. Obtenido de https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070716?codeTitle=Code+de+proc%C3%A9dure+civile

Jefatura Del Estado. (26 de Diciembre de 2003). Ley 60/2003. *Ley 60/2003*. Madrid, Madrid, España: Boletín Oficial del Estado Número 309. Obtenido de https://www.iberley.es/legislacion/ley-60-2003-23-dic-arbitraje-710327?utm_term=&utm_campaign=iberley+din%C3%A1mica&utm_source=adwords&utm_medium=ppc&hsa_acc=5957353488&hsa_cam=9308467168&hsa_grp=97006089000&hsa_ad=418120922137&hsa_src=g&hsa_tgt=dsa-87452

Presidente de la República de Colombia . (26 de Mayo de 2015). Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público. *Decreto 1068 de 2015*. Bogotá, D.C , Bogotá, D.C , Colombia : Diario oficial.

Senado de la República de Colombia. (24 de Septiembre de 2019). Proyecto de Ley 06 de 2019. *mediante el cual se modifica la Ley 1563 de 2012, Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional*. Bogotá, D.C, Bogotá, Colombia: Gaceta del Congreso.

Sentencias

Carthago Films c/ Babel Productions (Cour d'appel de Paris 29 de Marzo de 2001).

Caso Tapié (Cour de cassation de France, Première chambre civile 30 de Junio de 2016).

CFID c. Etablissements Arnaud (Cour d'appel de Paris 22 de Enero de 1998).

Courrégés Desing (Cour d'appel de Paris 29 de Noviembre de 1990).

Damon v. Abu Nasser (Cour d'appel de Paris 5 de Abril de 1990).

Firme Peter Biegi v. Britannia (Cour d'appel de Paris 19 de Febrero de 1998).

Inserm v. Foundation Letten F. Saugstad (Cour de cassation de France, Première chambre civile 26 de Janvier de 2011). Obtenido de <https://arbitrationlaw.com/library/cour-de-cassation-first-civil-chamber-26-january-2011-national-institute-health-and-medical>

Frere Cholmeley y Eversheds LLP (Cour de cassation de France, Première chambre civile 12 de Janvier de 2011). Obtenido de <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000023435511/>

Reveu d'arbitrage (Cour d'appel de Paris 14 de Junio de 2001).

Sentencia C- 347, D-1514 (Sala Plena 23 de Julio de 1997). Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-347-97.htm>

Sentencia C -691, D-7097 (Sala Plena 9 de Julio de 2008). Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-691-08.htm>

Sentencia SU - 174, 980611 (Sala Plena 14 de Marzo de 2007). Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/SU174-07.htm>

Société Icori Estero et autre (Cour d'appel de Paris 13 de Junio de 1996).

Société Sermi v. Me Hennion és qualités (Cour d'appel de Paris 24 de Abril de 1992).

Laudos

Tribunal de Arbitramento de Distrito de Cartagena de Indias D.T y C, Aguas de Cartagena S.A E.S.P Vs. Halcrow Group Limited (Tribunal de Arbitramento de Cámara Comercio de Cartagena 09 de Junio de 2014).

Tribunal de Arbitramento de Musica Talento y Mercadeo Discos MTC C.A Vs. Sony Music Entertainment Colombia S.A (Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá, Corte de Arbitraje, Centro de Arbitraje y Conciliación 8 de Febrero de 2011).

Artículos en internet

Cárdenas Mejía, J. P. (22 de Noviembre de 2017). *El criterio de internacionalidad en la Ley 1563 de 2012*. Obtenido de Comité Colombiano de Arbitraje: <https://ccacolombia.org/articulo/2>

Páginas web

Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia . (26 de Noviembre de 2019). *Cámara de Comercio de Medellín*. Obtenido de Cámara de Comercio de Medellín: <https://www.camaramedellin.com.co/Portals/0/arbitraje-y-conciliacion/Documentos/2019/Cuadro%20de%20Arbitrajes%20Internacionales%20del%20Centro.pdf?ver=2019-11-26-143321-440>

Redacción de El Mundo Financiero. (14 de Noviembre de 2018). *¿Qué es un perito económico y cuándo es requerido?* Obtenido de El Mundo Financiero.com: <https://www.elmundofinanciero.com/movil/noticia/78670/economia/que-es-un-perito-economico-y-cuando-es-requerido.html>