

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

FACULTAD DE DERECHO

TESIS PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIATURA EN DERECHO

**“EL ARBITRAJE INTERNACIONAL Y LA TEORÍA DE SAVIGNY EN EL
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.”**

ANA MARÍA RUIZ GONZÁLEZ

San José, Costa Rica

Setiembre, 2013



4 de octubre del 2013
FD-AI-1245-13

Doctor
Daniel Gadea Nieto
Decano
Facultad de Derecho

Estimado Decano:

Para los efectos reglamentarios correspondientes, le informo que el Trabajo Final de Graduación (categoría Tesis), del (las) estudiante (s): **Ana María Ruiz González**, carné **A85721**, denominado: **"El arbitraje internacional y la teoría de Savingy en el Derecho Internacional Privado"**, fue aprobado por el Comité Asesor, para que sea sometido a su defensa final. Asimismo, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Igualmente, le presento a los (as) miembros (as) del Tribunal Examinador de la presente Tesis, quienes firmaron acuso de la tesis (firma y fecha) de conformidad con el Art. 36 de RTFG que: **"EL O LA ESTUDIANTE DEBERA ENTREGAR A CADA UNO DE LOS (AS) MIEMBROS (AS) DEL TRIBUNAL UN BORRADOR FINAL DE SU TESIS, CON NO MENOS DE 8 DIAS HABILES DE ANTICIPACION A LA FECHA DE PRESENTACION PUBLICA"**.

Tribunal Examinador

| | |
|----------------|--------------------------------|
| Informante | Lic. Juan José Obando Peralta |
| Presidente | Dr. Ovelio Rodríguez León |
| Secretaria (o) | Dra. Andrea Acosta Gamboa |
| Miembro | Dr. Gonzalo Monge Núñez |
| Miembro | Lic. Víctor Hugo Castillo Mora |

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el **10 de octubre del 2013**, a las **06:00 pm**, en la Sala de Réplicas, ubicada en el **5º Piso** de la Facultad de Derecho, **Sede de Rodrigo Facio**.

Andrés Montejo Morales
DIRECTOR

San José, 11 de octubre del 2013

Doctor:

Andrés Montejo Morales

Director del Área de Investigación

Facultad de Derecho

Universidad de Costa Rica

Estimado señor:

He revisado y corregido los aspectos referentes a la estructura gramatical, ortografía, puntuación, redacción y vicios del lenguaje de la Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, denominada: **“EL ARBITRAJE INTERNACIONAL Y LA TEORÍA DE SAVIGNY EN EL DERECHO INTERACIONAL PRIVADO**, elaborada, por la estudiante, **Ana María Ruiz González**, por lo tanto, puedo afirmar que está escrita correctamente, según las normas de nuestra Lengua Materna.

Respeté, a lo largo del trabajo, el estilo de los autores.

Atentamente,

Profesor

Carlos Manuel Barrantes Ramírez

Filólogo

Cédula 1-0312-0358

Carné afiliado 16308

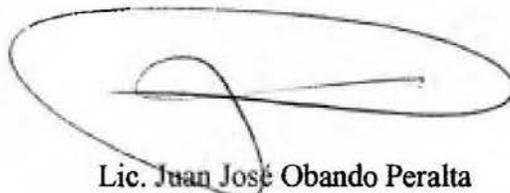
San Jose, 24 de setiembre del año 2013

Sr. Andrés Montejo Morales
Director área de investigación
FACULTAD DE DERECHO
Universidad de Costa Rica
Presente

Por este medio hago constar, en mi calidad de Director, que he leído el trabajo de investigación de tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho de la estudiante Ana María Ruiz González. La tesis titulada “*EL ARBITRAJE INTERNACIONAL Y LA TEORIA DE SAVIGNY EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO*”, cumple con los requisitos formales exigidos por el área de investigación y el reglamento de trabajos finales de graduación de la Universidad de Costa Rica.

La presente investigación hace un recorrido por los elementos característicos de un proceso arbitral para la solución de un conflicto internacional. A la vez propone un análisis de este mecanismo para solución de conflicto a partir de la teoría del autor Friedrich Karl von Savigny. Es un tema novedoso y de interés para el estudio del Derecho Internacional Privado. Por tanto lo apruebo.

Atentamente,

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized loop that encircles the text below it.

Lic. Juan José Obando Peralta

Director.

Gonzalo Monge Núñez

San José, 17 de setiembre del 2013

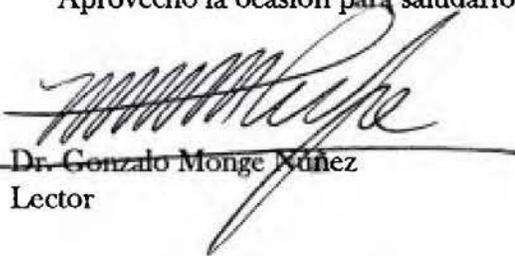
Señor
Dr. Andrés Montejo Morales
Director- Área de Investigación
FACULTAD DE DERECHO
Universidad de Costa Rica
Presente

De mi atenta consideración:

He fungido como lector del trabajo final de graduación titulado *'EL ARBITRAJE INTERNACIONAL Y LA TEORÍA DE SAVIGNY EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO'* elaborado por la egresada Ana María Ruiz González, carné número A85721.

Es una investigación seria, actual e interesante. Por reunir los requisitos de forma y de fondo exigidos, la apruebo.

Aprovecho la ocasión para saludarlo.



Dr. Gonzalo Monge Núñez
Lector



Heredia, 12 de Setiembre del año 2013

Ovelio Rodríguez León
Abogado Arbitral
fundado en 1956

Señor Director

Área de Investigación

Facultad de Derecho

Universidad de Costa Rica

Estimado Señor Director:

En mi condición de LECTOR del trabajo final de graduación de la egresada ANA MARIA RUIZ GONZALEZ, titulado: " EL ARBITRAJE INTERNACIONAL Y LA TEORIA DE SAVIGNY EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO", me permito comunicarle que he decidido aprobarlo por cumplir con los requisitos de fondo y forma establecidos por esa área.

En vista de lo anterior, considero que el mismo puede ser sometido a la presentación pública.

Sin otro particular, me suscribo de Usted atentamente,

Dr. Ovelio Rodríguez León. Lector.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a Dios, por la conclusión de esta etapa de mi formación profesional.

Agradezco a mis papás y a cada uno de mis hermanos, por su apoyo en este proceso.

Agradezco, a mi director Lic. Juan José Obando, al Dr. Ovelio Rodríguez y al Dr. Gonzalo Monge, gracias a su ayuda logré concluir satisfactoriamente este proceso. También por ser un gran ejemplo como profesionales y profesores.

A todas las personas que creyeron en mí, con especial cariño, a María Fernanda Rodríguez, Keila Abrego, Gabriela Alfaro, Daisy Carval, Ivannia Araya y Danicio Fernández.

INDICE GENERAL

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------|
| AGRADECIMIENTOS | ii |
| LISTA DE ABREVIATURAS | v |
| RESUMEN | vi |
| FICHA BIBLIOGRÁFICA | viii |
| INTRODUCCIÓN | 1 |
| CAPÍTULO I. NOCIONES GENERALES | 4 |
| <i>El arbitraje como mecanismo de solución de un conflicto jurídico</i> | 4 |
| SECCIÓN I. Concepto de arbitraje | 5 |
| A. La regulación del arbitraje en el derecho costarricense | 7 |
| B. La circunscripción del arbitraje nacional e internacional | 9 |
| SECCIÓN II. Las ventajas del arbitraje para la solución de un conflicto internacional | 16 |
| A. La confidencialidad del procedimiento arbitral | 17 |
| B. La especialidad de los árbitros | 17 |
| C. La celeridad del procedimiento arbitral | 19 |
| D. La informalidad del procedimiento | 20 |
| SECCIÓN III. La existencia de la cláusula compromisoria como materialización de la voluntad de las partes para la sumisión a arbitraje | 21 |
| SECCIÓN IV. Las teorías sobre la naturaleza del arbitraje como determinante del análisis de los supuestos referentes al D.I.Pr. | 30 |

| | |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| SECCIÓN V. La materia objeto de arbitraje internacional | 35 |
| A. El tráfico comercial internacional como condicionante de la materia del arbitraje comercial internacional | 39 |
| B. El carácter internacional y privado del conflicto como condicionante del arbitraje comercial internacional | 45 |
| | |
| CAPÍTULO II. | 54 |
| | |
| EL ANÁLISIS DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL DESDE LOS POSTULADOS DE FRIEDRICH KARL VON SAVIGNY | 54 |
| | |
| SECCIÓN I. El contexto del arbitraje internacional: La comunidad del Derecho de Friedrich Karl Von Savigny. | 55 |
| | |
| SECCIÓN II. La importancia de la sede del arbitraje de acuerdo con la localización de la relación jurídica de Savigny | 66 |
| | |
| SECCIÓN III. La aplicación por el árbitro de la lex mercatoria como fruto de los postulados de Savigny | 81 |
| | |
| CONCLUSIONES | 86 |
| | |
| REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 89 |

LISTA DE ABREVIATURAS

| | |
|--------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| D.I.Pr..... | Derecho Internacional Privado |
| CNUDMI..... | Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional |
| CIDACI..... | Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales. |
| CEACI..... | Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional. |
| Con. NY..... | Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras 1958 (Convención de Nueva York). |
| LM..... | Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional. |
| Ley RAC..... | Ley 7727, de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social. |

RESUMEN

La presente investigación parte de un análisis inicial de elementos característicos de un proceso arbitral con sus comentarios pertinentes al tratarse de materia de importancia para el D.I.Pr. A la vez se exponen las ventajas de este instrumento para el abordaje de un conflicto internacional. Haciendo también una alusión a la conceptualización e importancia de la existencia del compromiso arbitral como modulador del conflicto privado.

Los anteriores temas se abordaron en un primer capítulo, denominado “*El arbitraje como mecanismo de solución de un conflicto jurídico*”, que cuenta con cinco secciones para desarrollar este contenido. El segundo capítulo, se tituló “*El análisis del arbitraje internacional desde los postulados de Friedrich Karl von Savigny*”, el mismo contiene tres secciones para abordar el tema. Es en este apartado del trabajo de investigación donde se presenta el mayor aporte para esta rama del derecho. Se elaboró un basto examen del autor alemán Friedrich Karl Von Savigny (1779-1861) y sus aportes fundamentales para el D.I.Pr. Partiendo que la doctrina expuesta por este jurista es considerada las bases del D.I.Pr. y que siguen vigentes en la actualidad.

Esta investigación se centro principalmente en los dos aportes más significativos del autor: la *Comunidad del Derecho* y la *determinación de la relación jurídica*. Estos postulados nacen de la concepción de Savigny, quien la expone en su obra *maestra Sistema del Derecho Romano Actual*, finalizada en 1849 y cuyo octavo volumen esta dedicado al D.I.Pr.

Confrontar la figura del arbitraje internacional con la teoría de Savigny es una propuesta novedosa. A la vez pretende ser una reflexión, como pese a que el arbitraje internacional esta en boga en los últimos años, no deja de ser una mecanismo de solución de conflictos presente desde la Antigüedad y que es acorde a los postulados que dan pie al D.I.Pr. vigentes en la actualidad. Por tanto, refuerza la importancia de desarrollar la doctrina del arbitraje internacional desde la óptica del D.I.Pr.

Ante este panorama la presente investigación se planteó entorno al problema de investigación de si, **el estudio del arbitraje internacional carece de un análisis desde los postulados planteados por Karl von Savigny para el Derecho Internacional Privado.**

Para hacer frente ha dicho problema de investigación se planteo el objetivo general de *determinar los elementos que caracterizan un procedimiento arbitral internacional y asimilarlos a la teoría de Friedrich Karl Von Savigny.* Complementario a este objetivo general, se planteó un primer objetivo específico de *desarrollar los elementos definitorios del procedimiento arbitral para determinar su perfil internacional.* Un segundo objetivo específico fue el, *determinar la aplicabilidad de los postulados de Friedrich Karl Von Savigny, de la Comunidad de Estados y la localización de la relación jurídica para determinar su aplicabilidad al arbitraje internacional.*

A la vez se plantea la siguiente hipótesis: *los postulados del autor Friedrich Karl Von Savigny para el D.I.Pr. presentan un fundamento doctrinario para la solución de conflictos internacionales por medio del arbitraje internacional.* La metodología empleada en esta tesis fue primeramente un análisis doctrinario y normativo del arbitraje internacional, y el posterior estudio del autor *Friedrich Karl Von Savigny*, según lo recogido en la doctrina de Derecho Internacional Privado.

Las principales conclusiones a las que arribo esta investigación son que, la obra de Savigny constituye una influencia de suma importancia a través del tiempo. Gracias a sus significativos aportes en la conformación doctrinaria de la *Comunidad del Derecho* o una comunidad jurídica internacional que es justo el contexto donde se desenvuelve el arbitraje internacional. La existencia de dicha comunidad fomenta el tráfico jurídico y genera seguridad en las relaciones transfronterizas. El postulado de la *localización de la relación jurídica*, se convierte en la clave del razonamiento propio del D.I.Pr. Consiste en establecer un vínculo entre la situación y un orden jurídico. Es así como se proponen que un conflicto de leyes se resuelva con la ley que mantiene con el caso los lazos de mayor proximidad. Este razonamiento funciona de modo perfectamente bilateral.

FICHA BIBLIOGRÁFICA

Ruiz González, Ana María. *El arbitraje internacional y la teoría de Savigny en el Derecho Internacional Privado*. Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2013. viii y 97.

Director: Lic. Juan José Obando Peralta.

Palabras claves: *Derecho Internacional Privado, arbitraje internacional, Karl Von Savigny, comunidad de Derecho, localización adecuada.*

INTRODUCCIÓN

El D.I.Pr. actúa como un modulador de las transformaciones de la sociedad contemporánea. Esta rama del Derecho acude a un escenario de internacionalización que ha sido acelerado por la globalización y el tráfico del mercado. El D.I.Pr. enfrenta una realidad en la que el espacio de acción de las relaciones jurídicas de los sujetos se ha internacionalizado en múltiples aspectos.

Dicha internacionalidad, también, ha generado el aumento de los conflictos entre los particulares. Una de las herramientas más utilizadas para la solución de conflictos en un ámbito internacional, sin acudir a la jurisdicción ordinaria, es el arbitraje. Este es un mecanismo de naturaleza privada que nace de un acuerdo entre las partes denominado compromiso arbitral. De esta condición deriva el poder que tienen los árbitros para decidir sobre determinada controversia.

El arbitraje existe, tanto en un ámbito nacional como internacional. De estos, solo el segundo es de importancia para el área de estudio del D.I.Pr. y se debe a los matices que aportan los elementos de extranjería a dicho acuerdo. Esto implica que, ante la concurrencia de la naturaleza privada e internacional de esta herramienta, el D.I.Pr. es el conveniente para el análisis detallado de sus elementos.

La presente investigación parte de un análisis inicial de elementos característicos de un proceso arbitral con sus comentarios pertinentes al tratarse de materia de importancia para el D.I.Pr. A la vez se exponen las ventajas de este instrumento para el abordaje de un conflicto internacional. Haciendo, también, una

alusión a la conceptualización e importancia de la existencia del compromiso arbitral como modulador del conflicto privado. Los anteriores temas se abordaron en un primer capítulo, denominado “*El arbitraje como mecanismo de solución de un conflicto jurídico*”, que cuenta con cinco secciones para desarrollar este contenido.

El segundo capítulo, se tituló “*El análisis del arbitraje internacional desde los postulados de Friedrich Karl von Savigny*”, éste contiene tres secciones para abordar el tema. Es, en este apartado del trabajo de investigación donde se presenta el mayor aporte para esta rama del derecho. Se elaboró un vasto examen del autor alemán Friedrich Karl Von Savigny (1779-1861) y sus aportes fundamentales para el D.I.Pr. Partiendo que la doctrina expuesta por este jurista es considera las bases del D.I.Pr. y que siguen vigentes en la actualidad.

Esta investigación se centró, principalmente, en los dos aportes más significativos del autor: la *Comunidad del Derecho* y la *determinación de la relación jurídica*. Estos postulados nacen de la concepción de Savigny, quien la expone en su obra *maestra Sistema del Derecho Romano Actual*, finalizada en 1849 y cuyo octavo volumen está dedicado al D.I.Pr.

Confrontar la figura del arbitraje internacional con la teoría de Savigny es una propuesta novedosa. A la vez, pretende ser una reflexión, como pese a que el arbitraje internacional está en boga en los últimos años, no deja de ser una mecanismo de solución de conflictos presente desde la Antigüedad y que es acorde con los postulados que dan pie al D.I.Pr. vigentes en la actualidad. Por

tanto, refuerza la importancia de desarrollar la doctrina del arbitraje internacional desde la óptica del D.I.Pr.

Ante este panorama la presente investigación se planteó entorno al problema de investigación de si, **el estudio del arbitraje internacional carece de un análisis desde los postulados planteados por Karl von Savigny para el Derecho Internacional Privado.**

Para hacer frente ha dicho problema de investigación se planteó el objetivo general de *determinar los elementos que caracterizan un procedimiento arbitral internacional y asimilarlos a la teoría de Friedrich Karl Von Savigny.* Complementario a este objetivo general, se estableció un primer objetivo específico de *desarrollar los elementos definitorios del procedimiento arbitral para determinar su perfil internacional.* Un segundo objetivo específico fue el, *determinar la aplicabilidad de los postulados de Friedrich Karl Von Savigny, de la Comunidad de Estados y la localización de la relación jurídica para determinar su aplicabilidad al arbitraje internacional.*

A la vez, se propone determinar la siguiente hipótesis: *los postulados del autor Friedrich Karl Von Savigny para el D.I.Pr. presentan un fundamento doctrinario para la solución de conflictos internacionales por medio del arbitraje internacional.*

CAPÍTULO I. NOCIONES GENERALES

El arbitraje como mecanismo de solución de un conflicto jurídico

El arbitraje como medio de resolución de controversias no es una invención de años recientes. Dicha herramienta, según la doctrina, existe desde la época primitiva. Sin embargo, no es hasta en Roma con la ley de las XII Tablas que se da un reconocimiento a esta herramienta.¹

Al respecto el autor Haderspock Gutiérrez expone lo siguiente:

“El arbitraje se remonta desde el Derecho Romano. El Estado posteriormente vio la necesidad de crear su propio sistema de justicia, rechazando por tanto la jurisdicción arbitral e imponiendo la jurisdicción ordinaria por encima, creando un verdadero monopolio en la administración de justicia.”²

Se tiene, entonces, que por el proceso de formación de los estados la resolución de conflictos se asignó al Estado. Esto implica que la resolución de conflictos por vía ordinaria será siempre ante una determinada jurisdicción teniendo que ajustarse a los lineamientos que está disponga. Esto ha implicado que la resolución de procesos se torne lenta y ha fomentado que las partes recurran a medios al margen de la resolución judicial tradicional.

¹ Haderspock Gutiérrez, Brian. «El arbitraje: aspectos generales.» s.f. <http://www.monografias.com/trabajos-pdf4/arbitraje-aspectos-generales/arbitraje-aspectos-generales.pdf> (último acceso: 30 de Diciembre de 2012).

² *Ibidem*, pág. 3.

El arbitraje, tanto nacional como internacional, es un mecanismo de solución de controversias. Se parte de la definición general de arbitraje como la *“facultad discrecional confiada a un sujeto u organismo extrajudicial al que las partes han sometido un litigio, en virtud de una cláusula compromisoria, para que decida según su leal saber y entender”*.³ Este concepto engloba las principales condiciones y características del arbitraje en cualquier ámbito y materia.

En una perspectiva internacional, la determinación de la condición de un conflicto arbitrable como nacional o internacional compete a las condiciones que envuelvan el litigio. Las condiciones subjetivas y objetivas en consonancia con los elementos de extranjería e internacionalidad perfilan un conflicto como internacional y de importancia para el D.I.Pr. Por consiguiente, éste debe ser uno de los primeros elementos por analizar, y, comprobar para hacer el sometimiento de un conflicto a un arbitraje.

SECCIÓN I. Concepto de arbitraje

Ante este escenario se presenta el arbitraje, como un recurso que tienen las partes para dirimir sus conflictos. Se presenta, en este término, el concepto de arbitraje de Contreras Vaca:

³ *Diccionario Manual Jurídico Abeledo- Perrot, segunda edición*. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, 2007, pág. 81.

“La palabra arbitraje proviene del latín arbitrari, que significa juzgar, decidir o enjuiciar una diferencia. Se define como un instrumento de impartición de justicia, acordado por las partes, fundamentadas en la legislación que así lo autoriza, alternativo al proceso judicial, en el que un particular, (...) resuelve vinculativamente para los contendientes la controversia (...).”⁴

Este concepto expone los elementos distintivos del arbitraje. Estos se agrupan en dos bloques. En primer término, que es una herramienta extrajudicial. En segundo, que las partes acuerdan someterse libremente a él. Es de estas condiciones de donde devienen las facultades jurisdiccionales que se le dan al árbitro para la resolución de la controversia. Lo anterior, lleva a considerar el arbitraje como una herramienta de resolución de conflictos que se desarrolla en un ámbito extrajudicial y acordado por las partes.

El autor Siqueiros menciona el concepto de arbitraje, revestido de unas características distintivas:

“Conviene tener presente que estamos frente a un medio heterocompositivo, cabe decir, ante un mecanismo de solución de controversias que es de carácter extrajudicial. Este método involucra un proceso en que un tercero ajeno a las partes (árbitro) y designado normalmente por ellas, resuelve un diferendo que puede surgir o que ya ha surgido entre las mismas.”⁵

⁴ Contreras Vaca, Francisco José. *Derecho Internacional Privado: parte general*. México DF: Editorial Mexicana, 1998, pág. 257.

⁵ Siqueiros, José Luis. *El arbitraje y los órganos judiciales*. México D.F: Doctrina Jurídica Contemporánea,

Este autor expone de nuevo los dos grandes elementos extraídos del concepto del escritor Contreras Vaca. Inclusive el autor llama al arbitraje como un “*medio heterocompositivo*” como recurso conceptual para resaltar el hecho de que el árbitro de manera imparcial entra a resolver el litigio y no son las partes la que lo hacen, diferenciándolo de un medio *autocompositivos* en el que serian las mismas partes quienes deciden. Esto implica que hay una delegación de la resolución de un conflicto a un tercero.

El hecho de someter un arbitraje al conocimiento de un tribunal arbitral conlleva el no recurrir a los tribunales ordinarios. Esta característica, que algunos autores *denominan justicia privada*, confirma al arbitraje como un medio alternativo a la jurisdicción⁶. Por lo tanto, se cumple con el objetivo de una justicia pronta y con las flexibilidades que permite el arbitraje, que se ahondarán más adelante al analizar las ventajas propias de esta herramienta.

A. La regulación del arbitraje en el derecho costarricense

El arbitraje como instrumento de resolución de conflictos en Costa Rica cuenta con el respaldo de la Constitución Política. En este sentido, dispone el artículo 43 de dicho cuerpo normativo: “*Toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aun habiendo litigio pendiente.*” Esto, a la vez, en consonancia con el artículo 11 del Código Procesal Civil⁷ y el

2000, pág. 121.

⁶ Gil Echeverry, Jorge Hernán. *Curso práctico de arbitraje*, Ediciones Librería el profesional, Bogotá, 1993, pág. 11.

⁷ “Artículo 11.- Jurisdicción de los árbitros. La jurisdicción de los árbitros se limita al negocio o negocios que expresamente les fueren sometidos por la escritura o escrito de compromiso; y a los incidentes sin cuya resolución no fuere posible decidir el negocio principal. Cuando se opusiere la excepción de compensación,

artículo 18 de la Ley sobre resolución alterna de conflictos y promoción de la paz social, conocida también como la ley RAC⁸. Se ve como el arbitraje es una herramienta válida y con reconocimiento por parte de la legislación costarricense. También, Costa Rica en el año 2011, aprobó la ley número 8937, conocida como la Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional basada en la Ley Modelo de la Comisión Nacional de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), de esta forma vino a regular el vacío que existía hasta entonces con respecto del arbitraje internacional.

De igual forma la jurisprudencia ha resaltado y aprobado su utilización. Es así como en el voto número 2307 de las dieciséis horas del nueve de mayo de mil novecientos noventa y cinco, hace alusión al arbitraje como: *“el proceso de arbitraje es dentro del marco de nuestra Constitución Política, una forma alternativa para la solución de conflictos patrimoniales que ha sido prevista en tanto podría resultar para las partes más rápida y ágil”*.⁹

De igual forma en el voto número 1079 de mil novecientos noventa y tres, recoge la figura del arbitraje con mayor atención al disponer:

el laudo en el que se admita no será eficaz en cuanto a la declaración del crédito del demandado, sino por la cantidad que importe la demanda.”

⁸*“Artículo 18.-Arbitraje de controversias. Cuando las partes hayan convenido por escrito que las controversias relacionadas con su contrato o relación jurídica se sometan a arbitraje, tales controversias se resolverán de conformidad con la presente ley, sin perjuicio de lo que las partes acuerden por escrito, siempre y cuando no se oponga a las disposiciones prohibitivas o imperativas de esta ley.*

Podrán someterse a arbitraje las controversias de orden patrimonial, presentes o futuras, pendientes o no ante los tribunales comunes, fundadas en derechos respecto de los cuales las partes tengan plena disposición y sea posible excluir la jurisdicción de los tribunales comunes.

Todo sujeto de derecho público, incluyendo el Estado, podrá someter sus controversias a arbitraje, de conformidad con las reglas de la presente ley y el inciso 3), del artículo 27 de la Ley General de la Administración Pública.”

⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. *Voto número 2307-95* de las dieciséis horas del nueve de mayo de mil novecientos noventa y cinco.

“...la Constitución recoge el instituto del arbitraje, como una posibilidad de solución y la hace descansar en la decisión de las partes en conflicto. Estas son las que, de conformidad con las circunstancias, toman el acuerdo de someter a árbitros su diferendo, firmando para ello el llamando “compromiso arbitral”, valga decir, el marco dentro del cual el árbitro o árbitros, va(n) a sujetar su actuación y los efectos que tendrá su resolución final (laudo). Por su parte, la norma del Código Procesal Civil citada, viene a precisar un tanto en qué condiciones el Estado puede someter a árbitros los diferendos patrimoniales que tenga con otras personas, de lo que nos interesa retener la fórmula de que corresponde a la Asamblea Legislativa o al Poder Ejecutivo, en su caso, la autorización para ello...”¹⁰

B. La circunscripción del arbitraje nacional e internacional

La figura del arbitraje se puede dar, tanto en un ámbito internacional como nacional. Es así como existirá un arbitraje estrictamente internacional cuando, elementos como, el domicilio de las partes, residencia habitual, lugar de desarrollo del arbitraje, firma del acuerdo arbitral o el factor económico, se den en un ámbito en donde haya conexión entre dos Estados o dos ordenamientos, generando un foro ajeno a una de las partes entre si. Es por ello que esta figura adecua todos estos aspectos para la mejor solución de la controversia.

Al hablar del arbitraje internacional se debe de diferenciar entre el *arbitraje internacional*, como aquel que se da propiamente entre Estados, y el *arbitraje*

¹⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. *Voto número 1079-93* de las catorce horas con cuarenta y ocho minutos del dos de marzo de mil novecientos noventa y tres.

comercial internacional, que se da entre sujetos de derecho privado, mediando el tráfico jurídico comercial. La diferencia entre uno y otro arbitraje, puede ser comparado como la división entre Derecho Público y Derecho Privado respectivamente¹¹. Es así como se entiende el arbitraje internacional como:

*“(...) uno de los dos medios jurisdiccionales de solución pacífica de controversias entre Estados, o entre Estados y organizaciones internacionales, junto con el recurso a los tribunales internacionales. Se basa en un acuerdo previo entre estos sujetos de derecho internacional- un tratado internacional, por tanto-, y la solución obligatoria para las partes se obtendrá tras analizar el derecho internacional público vigente.”*¹²

Resaltar de esta cita, el elemento subjetivo de este arbitraje. En el arbitraje internacional, los sujetos son los Estados, y por ende, se ven regidos por el Derecho Internacional Público. Esta como rama del Derecho encargada de la solución de esas controversias.

En el otro extremo, el arbitraje comercial internacional, se remite al D.I.Pr.:

“(...) el arbitraje comercial internacional, enfrenta empresas o individuos, y su problema se resuelve aplicando el derecho interno de algún Estado

¹¹ En este punto resalta Estarellas Velázquez: *“La distinción entre el Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado ha quedado establecida de manera al parecer perdurable, con el conocido concepto de Ulpiano en el Digesto, donde señala que el Derecho Público es aquel que se refiere a las cosas del Estado y que el Derecho Privado es el que se refiere a la utilidad de los particulares. Órbita estatal, la primera, órbita individual la segunda”* 2013 Revista Jurídica, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas. Universidad Católica de Guayaquil, pág. 437.

¹² *“El Derecho Internacional Público es un sistema de reglas, principios y conceptos que rigen las relaciones entre los Estados y, cada vez más, las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, individuos y otros actores de la política mundial.”* Diccionario Manual Jurídico Abeledo- Perrot. *Op.cit*, pág. 145.

*concreto. Para la ejecución de laudo- también obligatorio por principio- se confía en la jurisdicción ordinaria gracias a la existencia de tratados internacionales, como los Convenios de Nueva York de 1958 y de Ginebra de 1961, que hace que los laudos sean ejecutivos.”*¹³

En el caso del arbitraje comercial internacional, se tiene, también un criterio subjetivo determinante. Es, por tanto, que está limitado a sujetos de Derecho Privado actuando bajo el principio rector de igualdad. Esta consideración lleva por tanto a excluir cualquier posible ventaja y a establecer un conflicto en un marco de igualdad jurídica.

La igualdad de los particulares la expone el autor Esplugues Mota “(...) *solo serán cubiertas por el D.I.Pr. (sic) aquellas situaciones en las que ninguna de las partes aparezca como portadora de un poder de autoridad*”¹⁴. Esta cita apoya la máxima de la igualdad como criterio para definir la condición subjetiva de los sujetos en un plano privado internacional. El hecho de que ningún sujeto aparezca con una autoridad sobre el otro (incluso interviniendo un Estado), implica una relación enmarcada en un plano de igualdad y, por ende, en el marco del Derecho Privado.

Unido al criterio subjetivo del arbitraje comercial internacional, se encuentra, el criterio comercial que se abordará más adelante¹⁵. Por lo pronto, se debe

¹³ Sellares Cerra, Jordi. *¿Es el arbitraje comercial internacional tan distinto del arbitraje internacional?*. Anuario de justicia alternativa, núm. 3, 2002, pág. 3.

¹⁴ Esplugues Mota, Carlos, y José Luis Iglesias Buhigues. *Derecho Internacional Privado*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2012, pág. 163.

¹⁵ Ver sección V. *El tráfico comercial internacional como condicionante de la materia del arbitraje comercial internacional*. pág.

aclarar una vez más una precisión conceptual, que es importante analizar. El arbitraje comercial internacional es una clase de arbitraje con características definidas. Se suele recurrir y confundir la definición del *arbitraje internacional* con la del *arbitraje comercial internacional*. A modo de ilustración se presenta el concepto de los autores Feoli y Solís:

*“(...) por lo general un arbitramento se considera internacional cuando tenga por objeto la resolución de un conflicto derivado de una relación de comercio internacional; cuando las partes o los árbitros sean de nacionalidades distintas; o cuando así se derive de factores directamente relacionados con la controversia, como el lugar de celebración del contrato, el lugar de ejecución del contrato, la ubicación del centro administrador de arbitraje, el lugar de ejecución del laudo, el derecho aplicable para resolver la controversia, entre otros”.*¹⁶

Este concepto presenta de manera general la figura del arbitraje internacional haciendo alusión a los elementos extranjeros. Concreta estos en tres bloques: cuando sea una relación de comercio internacional; cuando las partes o árbitros sean de nacionalidad distinta; o por factores determinantes (celebración del contrato, ejecución, ubicación del centro de arbitraje, lugar de ejecución del laudo, derecho aplicable, etc.). Sin embargo, al mencionar que la existencia del arbitraje se deba a un conflicto en el marco de una *relación de comercio*, es menester la aclaración que aunque se está en un plano de *arbitraje internacional*

¹⁶ Cartín Feoli, Carlos Manuel, y Agosto Solís Rodríguez. *Tesis final de grado, El arbitraje internacional en Costa Rica: análisis a la luz del proyecto de ley número 17.593*. Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, San Pedro: Universidad de Costa Rica, 2010, pág. 8.

este supuesto se debe de entender adecuadamente bajo el nombre del *arbitraje comercial internacional*, por lo que se puede tener como un derivado del primero.

De igual forma para arribar a un concepto de acuerdo con estas dos clases de arbitraje internacional, en la presente investigación, se utiliza para su definición, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. Dicha Ley establece pautas concretas para determinar un arbitraje internacional y uno de sus incisos expone concretamente el *arbitraje comercial internacional*. En el artículo tres de dicho cuerpo normativo se expone:

“3) Un arbitraje es internacional si:

a) las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes, (...)”¹⁷

Este elemento, también, se encuentra como definitorio de internacionalidad en la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales. Dicha Convención establece:

“Artículo 1

(...) Se entenderá que un contrato es internacional si las partes del mismo tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados Partes

¹⁷*Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional*. Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional.

*diferentes, o si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado Parte.*¹⁸

El hecho de que los particulares que acuerdan un arbitraje tengan su establecimiento en lugares distintos es un elemento definitorio de internacionalidad. La vinculación de partes que están en sitios físicamente distintos, a la vez, implica la existencia de una frontera entre los países, la existencia de derechos territoriales distintos, idioma, costumbres, etc. Es, por ende, que el establecimiento o residencia habitual de las partes, como elemento presente en un arbitraje alude a la existencia de un arbitraje internacional.

De igual forma contempla el Convenio el establecimiento en Estados distintos como una condición para la internacionalidad. Expone la LM:

“Artículo 1. Campo de aplicación del Convenio.

1. El presente Convenio se aplicará:

a) a aquellos acuerdos o compromisos de arbitraje que, para solventar controversias o contiendas surgidas o por surgir de operaciones de comercio internacional, hubieren sido concertados entre personas físicas o jurídicas que tengan, en el momento de estipular un acuerdo o compromiso

¹⁸*Convención interamericana sobre Derecho Aplicable a los contratos internacionales. Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-V). Suscrita en: México, D.F., México, 1994. No ratificado por Costa Rica.*

*de este tipo, su residencia habitual o su domicilio o sede social en Estados contratantes diferentes; (...)*¹⁹

Apoyando el análisis iniciado, la internacionalidad de un asunto, es un aspecto de posicionamiento geográfico temporal. Dicha condición se cumple, para este Convenio, cuando las partes que intervienen en el arbitraje se sitúen en países distintos en el momento de celebrar el acuerdo arbitral. De darse esta situación se perfila la presencia de un arbitraje internacional.

Continúa la LM exponiendo como arbitraje internacional cuando:

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

*i) el lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje”*²⁰

Este segundo elemento de internacionalidad de la LM, es dictado por un vínculo con el procedimiento del arbitraje. Esta condición implica que el establecimiento de las partes se encuentre en un país diferente al lugar sede del arbitraje. Esta sería otra condición del arbitraje como internacional.

Al arribar al tercer elemento, la LM expone una de las condicionantes para construir el marco del concepto del arbitraje comercial internacional.

¹⁹*Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional*. Comisión Económica Europea de la Organización de las Naciones Unidas. Suscrita en Ginebra, Suiza, 1961.

²⁰*Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional*. Op. Cit.

“ij) el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha.”²¹

Este tercer elemento de internacionalidad, es determinado por la materia del litigio. Siguiendo a la LM, el arbitraje es internacional cuando involucra los *intereses del comercio internacional o del tráfico comercial internacional*. Implica, por tanto, que la internacionalidad del arbitraje dependa de ciertas condiciones de la materia objeto de la controversia.

Como último elemento apunta la LM cuando:

c) Las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado.”²²

Este último postulado, asigna a las partes el poder de dar internacionalidad al arbitraje. Esta condición es posible, al ser esta figura enmarcada, en la libre voluntad de las partes, por lo que bastará que se indique que el objeto de la controversia está relacionado con más de un Estado. Por ende, el cumplimiento de esta condición se dará cuando las partes así lo dispongan.

SECCIÓN II. Las ventajas del arbitraje para la solución de un conflicto internacional

El arbitraje, entre otros mecanismos de solución de conflictos, ha venido en aumento en los últimos años. Parte de esta tendencia se debe a las ventajas que

²¹ *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. Op. Cit.*

²² *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. Op. Cit.*

ofrece este procedimiento. Estas ventajas, a la vez, vistas desde un ámbito internacional, presentan múltiples beneficios a las partes con elementos extranjeros para la solución de un conflicto. A continuación, se presentan las más significativas:

A. La confidencialidad del procedimiento arbitral

Esta una de las grandes diferencias con respecto de la jurisdicción ordinaria. En el proceso jurisdiccional, el principio de publicidad es de suma importancia, a la vez, es uno de los principios del debido proceso en un litigio. Este principio, en este ámbito, se justifica por el hecho de ejercer un control externo, así como para evitar que la administración de justicia fuera ejercida por influencias políticas o económicas²³.

El proceso arbitral, por el contrario, se aparta de este principio. Al ser un mecanismo de solución de conflictos de manera privada, todo el procedimiento será abordado en una orbita privada y de confidencialidad entre las partes y el arbitro. Parte de una medida concreta para lograr esto es cuando en el procedimiento arbitral solo las partes y los abogados que participen en el proceso pueden tener acceso al expediente que se forme.

B. La especialidad de los árbitros

El arbitraje permite la presencia de árbitros especialistas en la materia. Acudir a un arbitraje ofrece a las partes la posibilidad de que especialistas en diferentes materias sean los que resuelvan sus diferencias. De nuevo, ésta es una

²³Artavia Barrantes, Sergio. *Derecho procesal civil, tomo III*. San José: Costa Rica, 1995, pág. 198.

clara diferencia con el juez estatal. Este funcionario debe de atender aquellos conflictos que se sometán a su conocimiento, claramente sin posibilidad de especializarse en una sola clase. A la vez, debe hacerle frente a una sobrecarga de trabajo que le impide darle mayor y mejor atención a cada uno de ellos, por ser humanamente imposible.

El autor Talero expone en este sentido: “*A diferencia de lo que ocurre en la justicia ordinaria, esta característica tiene la ventaja de permitirle a las partes saber con un alto grado certeza, las calidades y condiciones de quienes resolverán sus controversias.*”²⁴ Esta condición cumpliéndose en el hecho de que las partes pueden nombrar árbitros especialistas en la materia objeto de la disputa (construcción, seguros, energía, etc), asegurándose así, una resolución de alta calidad técnica.

El arbitraje, a diferencia de la jurisdicción ordinaria, permite que el conflicto sea abordado por especialistas. Esta especialidad es de gran beneficio a las partes, pues les garantiza que quien conoce de su disputa es conocedor de la materia y que tiene el privilegio de especializarse en determinados asuntos. El autor Barrantes Artavia indica que una causa directa de esto es el hecho de la fácil creación jurisprudencial arbitral uniforme localizable por materia²⁵.

²⁴ Artavia Barrantes, Sergio. *Op. Cit.* Pág. 22.

²⁵ Talero Rueda, Santiago. *Arbitraje Comercial Internacional: Instituciones Básicas y Derecho Aplicable.* Bogotá: Editorial Temis, 2008. Pág. 1.

C. La celeridad del procedimiento arbitral

Esta es una de las ventajas que presenta más beneficios para las partes. El arbitraje se promociona como una herramienta que conduce, generalmente, a una resolución de la disputa en un período más breve que los procesos judiciales. Esto de acuerdo con los plazos establecidos para el dictado del laudo, siendo una clara ventaja con respecto de los tribunales ordinarios.

En un ámbito internacional esta ventaja se traduce en beneficios concretos para las partes. Siguiendo a la autora Rodríguez Roblero:

“(...) beneficia directamente al tráfico comercial sin entorpecerlo, al contrario de la jurisdicción con una duración significativamente más larga. Esto ha llevado a afirmar que si las partes realmente están interesadas en alcanzar una solución rápida, ellas mismas aceleran su tramitación, convirtiéndolo en un instrumento realmente ágil.”²⁶

La autonomía de disposición de las partes tiene un papel significativo para el cumplimiento de este objetivo. Esto debido a que en el arbitraje las partes pueden acordar términos, renunciar a recursos, reducir la posibilidad de plantear incidencias, en fin establecer reglas que no dificulten el procedimiento. Además, debido a que cuando los árbitros se instituyen en tribunal son pocos o nulos los demás casos que tratan, la eficiencia de estos es mayor.

²⁶ Rodríguez Roblero, María Inmaculada. *Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje*. Barcelona: Bosch, 2010, pág. 68.

En el marco de un procedimiento arbitral, el árbitro una vez que acepta el cargo, tiene un plazo de 180 días para dictar el laudo, prorrogable por 60 días más. Paralelo a esto se indica que en el transcurso de ese tiempo no se admitirá recurso alguno, evitando así que se entorpezca el procedimiento arbitral. Por lo tanto, se tiene la solución de un conflicto en un plazo menor a un año la resolución a la disputa.²⁷

En un ámbito internacional y de tráfico comercial internacional es necesaria esta rapidez en la solución de los litigios. Esta ventaja permite que se den los menos daños posibles en las relaciones comerciales. Permitiendo por tanto, que una vez dictado el laudo las relaciones comerciales continúen.²⁸

D. La informalidad del procedimiento

El árbitro para el desempeño de su función se apoya en la delegación que han hecho las partes, y por tanto, cuenta con la suficiente discrecionalidad para ejercer sus funciones. A diferencia de un juicio ordinario, que es menester cumplir con el procedimiento correspondiente, el arbitraje se proyecta como procedimiento informal. Este, a la vez, refuerza la ventaja de la celeridad del arbitraje.

Existe un promedio de treinta etapas anacrónicas y absurdas que el Código Procesal Civil contiene, y que constituyen la causa directa del retraso de los procesos. Entre ellas siguiendo el autor Artavia Barrantes *“la objeción de la cuantía, el periodo extraordinaria de pruebas, los excesivos recursos, la publicación de edictos, los plazos tan amplios, las apelaciones diferidas, la*

²⁷ Haderpock

²⁸ Rodríguez Roblero, María Inmaculada. *Op. Cit.* Pág. 66.

*acumulación de procesos, la falta de inclusión de procesos de uso frecuente en el sumario, el monitorio de obligaciones de hacer, de inclusión de procesos de uso frecuente en el sumario, (...)*²⁹

SECCIÓN III. La existencia de la cláusula compromisoria como materialización de la voluntad de las partes para la sumisión a arbitraje

El arbitraje supone la existencia de un conflicto entre las partes. El abordaje de dicho conflicto puede ser manejado por éstas, adelantándose a los hechos o actuando una vez que estos hayan ocurrido. En ambos casos es necesaria la voluntad de las partes para que dicho conflicto se pueda solucionar por medio del arbitraje y no acudiendo a la vía judicial ordinaria o inclusive a cualquier otro medio de resolución alternativa de conflictos.

La materialización de la voluntad de las partes se materializa a través del acuerdo arbitral. Dicho acuerdo es *“el pacto entre las partes mediante el cual deciden someter a arbitraje las controversias presentes o futuras que surjan de una determinada relación jurídica, sea contractual o no.”*³⁰ Por esta razón, se puede afirmar que el acuerdo arbitral es una manifestación de voluntad de las partes con la cual renuncian a que la controversia sea conocida por la jurisdicción ordinaria para que se resuelva de forma privada.

²⁹ Artavia Barrantes. *Op. Cit.* Pág.65. nota al pie 85.

³⁰ Medina Mora, Raúl *Op. Cit.*

El arbitraje surge a la vida jurídica una vez que las partes han tomado dicho acuerdo. Expone el autor Redenti:

“ (...) la ley consienta a las partes privadas derogar, ergo evadirse del régimen ordinario de administración de justicia, para atribuir convencionalmente funciones hasta cierto punto vicarias de la de los jueces ordinarios a otros sujetos (personas físicas) no investidos institucionalmente de funciones públicas, sino que solo de la voluntad de dichas partes obtienen, en cada caso de la atribución del encargo.”³¹

De los anteriores planteamientos se deduce que la voluntad de las partes es lo que determina un arbitraje. Una vez aceptada dicha herramienta como el medio idóneo, las partes procederán a la elección de los demás elementos del arbitraje, tales como el Derecho aplicable, tipo de arbitraje, entre otras. En esencia las partes crean su propio sistema privado de justicia.

La voluntad de las partes contenida en el *acuerdo arbitral* se puede presentar en el arbitraje de dos formas. La primera de ellas, mediante una cláusula compromisoria y la segunda por medio de un compromiso arbitral. Aunque ambas parten del acuerdo de voluntades presentan una diferencia temporal.

Hace alusión a este punto el autor Pérez Vargas:

“La cláusula compromisoria se diferencia del compromiso en que aquella es un acuerdo de las partes anterior a todo diferendo, de someter a los árbitros

³¹ Redenti, Enrico. *El compromiso y la cláusula compromisoria*. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América, 1961, pág. 17.

aquel que eventualmente pueda surgir entre ellas, mientras que el compromiso supone un litigio ya existente y exige la especificación de éste y el nombramiento de los árbitros.”³²

Tal como se ha visto, el elemento temporal entre ambas figuras es que una se da primero que otra. La cláusula implica que las partes hayan definido los términos del arbitraje con anterioridad dejándolo plasmado en un contrato, por el contrario, en el compromiso, supone un acuerdo concertado una vez que el conflicto se dio. Se nota que ambas figuras acuerdan el arbitraje, pero una es un compromiso ante un eventual hecho futuro y la otra ante un hecho actual.

A continuación, se exponen por separado ambas figuras para hacer un análisis detallado de éstas:

En doctrina, se encuentran diversos conceptos sobre esta figura. En esta investigación, se utiliza la del autor Robert, con respecto a la figura del convenio apunta:

“C’est l’acte par lequel les parties affirment leur volonté de faire échapper aux juridictions de droit commun le litige qui les divise, et par lequel elles spécifient les conditions dans lesquelles elles entendent faire régler ce litige qui y est décrit, par le ou les arbitres qui y sont désignés.”³³

³² Pérez Vargas citando a Robert, Jean. *Arbitrage Civil et Commercial en Droit Interne et Droit International Privé*. París: Librairie Dalloz, 1967, pág. 65.

³³ “Es el acto por el cual las partes afirman su voluntad de escapar a las jurisdicciones de derecho común que las divide y por la cual ellas especifican las condiciones bajo las cuales ellas pretenden regular este litigio por medio de árbitros” (traducción propia). Robert, Jean. *Arbitrage Civil et Commercial en Droit Interne et Droit International Privé*. París: Librairie Dalloz, 1967, pág. 65.

Al mencionar el autor «*el acto*» se debe entender , en este caso, como que dicho compromiso tiene su respaldo en la cláusula de un contrato determinado. En dicha cláusula las partes se comprometen a acudir a la resolución de posibles controversias futuras desde determinadas reglas. Lo que lleva a que este contrato *inter partes* tenga un objeto indeterminable por el momento actual.

La cláusula compromisoria viene a ser una “facilidad” a la hora de estar frente a un conflicto, ya que poner a las partes de acuerdo en medio de una disputa es muy difícil. Es por tanto, que con antelación, y con negociaciones bilaterales, se fijó las condiciones generales de un arbitraje ante cualquier conflicto. En palabras del autor Pérez Vargas esa última condición se entiende como “*un compromiso incompleto por determinación objetiva.*”³⁴

La conceptualización del compromiso desde esos términos es muy atinada. Esto porque aunque el contrato es válido, tiene su eficacia sujeta a que se produzca un determinado hecho detonante de un litigio. Esto inclusive implica que las partes pueden llegar a nunca utilizarla ya que es una cláusula ante una eventualidad.

Esta cláusula presenta, a la vez, una condición especial con respecto del resto del contrato. Tal condición especial se encuentra en el artículo 16 de la LM, que alude: “(...) *una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrará ipso*

³⁴ Pérez Vargas, Victor. *Compromiso arbitral*. San José: Ediciones jurídicas, 2000, pág. 3.

*jure la nulidad de la cláusula compromisoria.*³⁵ Se tiene que la cláusula es, por lo tanto, independiente al resto del contrato.

Lo anterior a la vez, apoyando el principio de independencia, que se presenta en el arbitraje internacional. Este principio, también conocido como de autonomía de la cláusula arbitral es un elemento esencial del arbitraje. Este hace alusión a que la validez y eficacia de la cláusula arbitral es independiente de la del contrato donde se encuentre.

Esto a pesar a que sean las propias partes y en un mismo acto quienes se someten a dicho contrato y por consiguiente a la cláusula arbitral, pudiendo, tal y como se decía, estar afectados ambos (el contrato y la cláusula arbitral) del mismo vicio del consentimiento, deben ser abordados de manera autónoma. En términos generales, la validez de la cláusula compromisoria debe valorarse de forma autónoma respecto al contrato en el que se encuentra.

Este principio de autonomía se delimita como independiente o separado respecto del negocio que la contiene y de sus efectos relevantes, aunque sea materialmente parte de él. Es en cierta forma un contrato dentro de otro contrato.

En definitiva, este principio de autonomía de la cláusula arbitral será aquél que permite analizar su validez y eficacia con independencia de la correspondiente validez y eficacia del contrato en que se encuentra inserta.

Este principio constituye lo que la doctrina alemana ha bautizado como la Kompetenz-Kompetenz-Klausel, que actualmente forma parte de la mayoría de los

³⁵ *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. Op. Cit.*

ordenamientos jurídicos que regulan el arbitraje como instituto de Derecho procesal.

La cláusula compromisoria se considera como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato, con una individualidad contractual y jurídica propia y, por tanto, aunque el contrato en el cual se encuentre la cláusula sea nulo, no por ello lo será también la cláusula o viceversa.

Esta autonomía faculta al tribunal arbitral para decidir sobre su propia competencia, esto según el artículo 22 LM, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral. Como consecuencia directa de lo anterior, un juez deberá declararse incompetente cuando una de las partes alegue la existencia de un convenio arbitral, a menos que considere que el convenio arbitral es nulo, inoperante o ineficaz, esto de acuerdo al artículo 11 de la LM.

Con respecto de los motivos del porqué de esta autonomía, en doctrina hay varias posiciones. En la presente investigación, se tomará la del autor Robert. En este punto, él sostiene: *“d’avoir exprimé précédemment que la clause compromissoire était un contrat préparatoire emporte par là même qu’il est aussi un contrat complet, pourvu, dans son cadre, d’un caractère obligatoire bien défini.”*³⁶ Este autor, alude a que dicha independencia se centra en la cláusula como contrato con ejecutividad propia.

³⁶ “Sostener que la cláusula compromisoria es un contrato preparatoria importa, por lo mismo, que es también un contrato completo, con un carácter obligatorio bien definido.” (traducción propia). Robert, Jean. *Op. Cit.*

Su ejecutividad se determina por la posibilidad de resolver el conflicto con reglas propias, según haya sido pactada por las partes. Inclusive considerando que el resto del contrato sea nulo, dicha cláusula necesitaría un análisis independiente. De esta circunstancia se depende por lo tanto la posibilidad de que dicha cláusula sea pactada en otro documento o anexada al principal después, conocido esto como la *cláusula arbitral por referencia*.

Esta denominación, permite que se acepte la cláusula arbitral por referencia. Esto es que la cláusula arbitral no conste en documento contractual, sino en otro, pero se entiende incorporada. De nuevo esto viene a apoyar la informalidad del proceso arbitral, ya que se está aceptando una cláusula arbitral por una mera referencia, o sea la que no consta en el documento contractual principal, sino en un documento separado, pero se entiende incorporada al contenido del primero por la referencia que en él se hace al segundo.

En relación con la forma de dicha cláusula, cada Estado puede exigir diversas formalidades. No obstante, al estar en un ámbito de internacionalidad, se hace alusión a lo estipulado por la LM en su artículo 7:

“2) La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.”³⁷

³⁷ Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. Op. Cit.

Esta condición expone de forma concreta el requisito de escritura para el reconocimiento de dicha cláusula, aparte de la importancia material como objeto de prueba. Se desprende que en un ámbito de internacionalidad, y donde el árbitro debe de velar por que el acuerdo no sea “*nulo, ineficaz o inaplicable*”³⁸ la condición de que se plasme en un documento da mayor facilidad para cumplir con dicho cometido y como prueba material de la voluntad de las partes. Esto, a la vez, presenta una mayor facilidad para el posterior reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras.

Cabe agregar que esta cláusula es si puede o si se debe hacer constar en el contrato principal o no. En este sentido, menciona la autora Lezcamo Miranda “(…) *dicha cláusula compromisoria puede estar incluida dentro del mismo contrato, o en un documento separado, y en este caso, deberá determinarse el contrato a que se refiera.*”³⁹ Esta consideración encuentra el mismo respaldo en la LM.⁴⁰

Por lo tanto, da pie a que se presente una gama de localización de la cláusula. Se admite la posibilidad de que exista en el contrato principal, anexo en otro documento o inclusive incorporada con posterioridad. Asegurando la condición de que siempre éste sea por escrito, según indicación de la LM.

En síntesis, la cláusula compromisoria se establece para obligar a someter al arbitraje cuestiones originadas en relación con un contrato. Ésta actúa a modo de pacto previo para comprometer las controversias que puedan surgir. La

³⁸ Esto en términos del artículo 2 de la *Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York)*. Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional. Adoptado en: 1958.

³⁹ Lezcamo Miranda, Martha Eugenia. *Op. Cit.* Pág. 355.

⁴⁰ *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. Op. Cit.* Artículo 7, inciso 2.

necesidad de que conste por escrito es un requisito indispensable de forma para su validez y futura eficacia, además ayudar a constituir prueba en el futuro. A continuación, se analiza la figura del compromiso arbitral.

Esta figura se presenta una vez que las partes ya están frente a un litigio. Sin embargo, éstas deciden no someterse a la jurisdicción ordinaria. La principal condición es que *“no es necesario que el compromiso se encuentre precedido por una cláusula compromisoria o de un contrato preliminar de arbitraje (...)”*⁴¹ Esto lleva a que baste el acuerdo de voluntades de las partes para que éste se dé.

Recurriendo de nuevo a la autora Lezcamo Miranda, ella menciona en cuanto al compromiso: *“(...) es un acuerdo de las partes mediante el cual, éstas se obligan a someter las diferencias surgidas con ocasión de un conflicto susceptible de transacción a la decisión de un tribunal arbitral, renunciando por este acuerdo a acudir a la justicia ordinaria.”*⁴² En este punto cumple el mismo cometido que la cláusula arbitral.

En fin, estas dos figuras del arbitraje internacional se ven separadas por un factor temporal, sin embargo ambas tienen igual validez. Es así, que el compromiso arbitral, se da cuando el conflicto ya existe, y, por acuerdo de partes se determina que la controversia existente entre ellos sea resuelta por un arbitraje y la existencia de una cláusula de arbitraje implica un contrato previo de sometimiento al arbitraje. Por lo que su fin es el mismo, pero su surgimiento a la vida jurídica es distinto.

⁴¹ Lezcamo Miranda, Martha Eugenia. *Op. Cit.* Pág. 49.

⁴² Pérez Vargas, Víctor. *Op. Cit.* Pág. 354.

En síntesis, el arbitraje internacional es una herramienta de solución de conflictos a nivel internacional. Tanto para ser calificado el arbitraje como internacional, como para la posibilidad de su sometimiento se deben de contemplar ciertos requisitos. El ámbito de aplicación del arbitraje internacional, está envuelto por la presencia de los elementos subjetivos e objetivos internacionales que muchos de ellos se encuentran en la LM de la CNUDMI. En un segundo término, la materia arbitrable, presenta la consecución de un elemento sustantivo y procesal. A la vez, estos no pueden atentar contra principios fundamentales internacionales⁴³, tales como el debido proceso o el orden público.

SECCIÓN IV. Las teorías sobre la naturaleza del arbitraje como determinante del análisis de los supuestos referentes al D.I.Pr.

La naturaleza del arbitraje no varía porque sea interno o internacional. El análisis en cuanto a la naturaleza de esta herramienta deviene de la existencia de ciertas condiciones. Pese a que la determinación no sea del todo pacífica existen tres teorías para la explicar esta herramienta, que son: *la teoría privatista, la teoría jurisdiccional y la teoría mixta o ecléctica*.

La primera teoría es la llamada *teoría privatista o contractual*⁴⁴. Esta hace alusión a que “*el arbitraje consiste fundamentalmente en un contrato basado en la*

⁴³ Consagrados tanto en los principios de UNIDROIT como en la *lex mercatoria*.

⁴⁴ La tesis contractualista es seguida por Merlin, Fuzier-Herman, Giovenda, Weiss, Brachet, Guasp, Herze y Ogayar entre otros, esto según el autor Monroy Cabra, Marco Gerardo. *Arbitraje Comercial*. Bogotá: Editorial Temis, 1982, pág. 6.

*voluntad de las partes, que delegan el arreglo de sus diferencias en un árbitro.*⁴⁵

Esto comprende que lo principal es la designación que hace la voluntad de las partes al delegar la resolución en un tercero neutral. Es por ello que lo principal es el apoyo que se hacen en los mecanismos privados de justicia.

El autor Contreras Vaca expone la tesis contractualista en el arbitraje como *“(...) la más aceptada, ya que la voluntad de las partes es fundamental en la aceptación, el procedimiento y la resolución de la controversia”*⁴⁶. La teoría contractualista establece que el arbitraje consiste en un contrato asentado en la voluntad de las partes. En este sentido, el arbitraje tiene carácter contractual y, por tanto, privado. Resaltando aquí lo principal como la existencia de una cláusula o contrato arbitral

Por lo opuesto, se encuentra la segunda teoría, ésta es la llamada *teoría publicista pura o jurisdiccional*. Esta menciona que *“el arbitraje, es ante todo un procedimiento cuasijudicial, ciertamente engendrado por un acuerdo de voluntades. Pero en el que lo característico- y por esto se diferenciaría de los contratos- no es el acuerdo arbitral, sino la sentencia o laudo arbitral, acto jurídico de terceros parangonable a las decisiones judiciales.”*⁴⁷ Esta teoría resalta la importancia del laudo arbitral como de naturaleza judicial. Lo que implica que los árbitros actúan por una delegación de administración de justicia y su importancia se debe a expedir un laudo que luego pueda homologar un determinado Estado.

⁴⁵ Calvo Caravaca, Alfonso y Luis Fernández de la Gándara. *El arbitraje comercial internacional*. Madrid: Tecnos, 1989, pág. 19

⁴⁶ Contreras Vaca, Francisco José. *Op. Cit*, pág. 258.

⁴⁷ Calvo Caravaca, Alfonso y Luis Fernández de la Gándara *Op. Cit*, pág. 20.

En lo que concierne a este trabajo de investigación, la elección de una u otra teoría es de importancia para el D.I.Pr. El hecho de utilizar una u otra teoría implica un análisis más inclinado hacia los elementos de lo contractual o de lo jurisdiccional. Con respecto, a la primera teoría, el hecho de la admisión de la facultad de las partes de elegir el Derecho aplicable por los árbitros implica el reconocimiento de centrarse, principalmente, en la existencia de la cláusula o compromiso arbitral. Resaltando que ambas figuras son el principal referente para remitirse a un arbitraje.

Es de recalcar que un arbitraje supone la existencia de un conflicto entre las partes. El abordaje de dicho conflicto puede ser manejado por éstas, adelantándose a los hechos o actuando una vez que estos hayan ocurrido. En ambos casos es necesaria la voluntad de las partes para que dicho conflicto se pueda solucionar por medio del arbitraje y no acudiendo a la vía judicial ordinaria o inclusive a cualquier otro medio de resolución alternativa de conflictos.

La voluntad de las partes de someterse a arbitraje se materializa a través del acuerdo arbitral. Dicho acuerdo es *“el pacto entre las partes mediante el cual deciden someter a arbitraje las controversias presentes o futuras que surjan de una determinada relación jurídica, sea contractual o no.”*⁴⁸ Por esta razón, se puede afirmar que el acuerdo arbitral es una manifestación de voluntad de las partes con la cual renuncian a que la controversia sea conocida por la jurisdicción ordinaria.

⁴⁸ Medina Mora, Raúl. *Cláusula y acuerdo arbitrales, arbitraje comercial internacional*. México D.F: Editorial Doctrina Jurídica Contemporánea, 2000, pág. 23.

Uno de los elementos sobre los que centra el análisis de la *teoría contractual*, es la validación de ese *contrato* arbitral por medio de la vigencia de una cláusula o compromiso arbitral, dependiendo el caso. Por lo que aunque, la naturaleza del arbitraje no influye en la determinación de un arbitraje como nacional o internacional, el hecho de que un determinado autor de D.I.Pr. se decante por esta teoría implicará que su análisis va a estar más dirigido en este sentido, por ende, centrando su análisis en la existencia del arbitraje como contrato.

En el otro extremo, *la teoría publicista pura o jurisdiccional*, centra su análisis en el elemento del laudo por su vinculación con una determinada jurisdicción. Esto implica que centrar la atención en los efectos que la ley deriva del laudo arbitral: su fuerza ejecutiva y producir efectos idénticos a la cosa juzgada. El hecho de centrarse en esta teoría implica restarle importancia al compromiso arbitral e inclusive al procedimiento arbitral. Se considera en esta investigación, que el apoyo a esta teoría es lo que justifica la carencia de análisis en las etapas previas a la fase post arbitral del arbitraje en los manuales de D.I.Pr.

En la mayoría de la doctrina consultada para esta investigación⁴⁹ como manuales de D.I.Pr. se limitan, exponer el arbitraje internacional, exclusivamente,

⁴⁹ Consultadas en este punto: Biocca, Stella Maris, y Sara L. Cárdenas. *Lecciones de Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1990. Briseño Sierra, Humberto. *El arbitraje en el derecho privado, situación internacional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1963. B. de Maekelt, Tatiana. *Teoría general del Derecho Internacional Privado*. Venezuela: Academia de ciencias políticas y sociales, 2010. Calvo Caravaca, Alfonso, y Javier Carrascosa González. *Derecho Internacional Privado: volumen I*. Granada: Editorial Comares, 2000. Duncker Biggs, Federico. *Derecho Internacional Privado (parte general)*. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1967. Esplugues Mota, Carlos, y José Luis Iglesias Buhigues. *Derecho Internacional Privado*. Valencia, 2012. Mojica Gómez, Liseth. *Manual práctico Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires: Universidad del Rosario, 2003. Fernández Rozas, José Carlos, Julio González Campos, Alfonso Calvo Caravaca, Miguel Virgós Soriano, Miguel Amores Conradí y Pilar

en la fase post- arbitral. Esto implica que solo se analiza la ejecución y reconocimientos de laudos arbitrales extranjeros, así como su principal instrumento la Conv. de NY. Por ende, desde la óptica de lo que es de interés para el D.I.Pr. se deja de lado: un primer análisis de la materia que delimita un arbitraje como comercial internacional, y un segundo análisis del compromiso arbitral, que para efectos del D.I.Pr. se traduce en la importancia de la elección de la sede del arbitraje y sus futuras implicaciones para la ejecución del laudo.

La última teoría, se denomina *mixta o ecléctica*. Esta viene a ser el punto medio entre las dos anteriores y la que goza de mayor aceptación en la actualidad. Desde esta posición, se critica el punto de la teoría contractualista de negar que la ley sea la que le otorga al laudo arbitral la fuerza vinculante. A la vez, discrepa de la segunda teoría, ya que se olvida que el origen del arbitraje es el acuerdo privado entre las partes y que sin éste no puede darse el arbitraje. Es por tanto que esta teoría viene a ser el punto de unión de las dos anteriores.

Carnelutti es uno de los principales autores que respaldan esta posición. Expone el hecho que el arbitraje es equivalente al proceso contencioso de cognición, pero al ser el árbitro, un particular lo califica como subrogado procesal⁵⁰.

En síntesis, la armonía de las dos teorías precedentes en esta tercera permite abarcar lo mejor de las dos anteriores. Esto permite apoyar el hecho de

Domínguez Lozano. *Derecho internacional privado*. Madrid: Editorial Beramar S.A, 1993. Fernández- Flores, José Luis. *Manual de Derecho Internacional Privado: conflicto de nacionalidad, conflictos de jurisdicciones, conflicto de leyes*. Madrid: Editorial revistas de Derecho Privado, 1995.

⁵⁰ Carnelutti, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Buenos Aires, 1959, pág. 115.

que la naturaleza mixta o híbrida del arbitraje convive como un todo indisoluble, el origen contractual del mismo y la teología jurisdiccional que explica su aparición, institución contractual por su origen, procesal por sus efectos. Se tiene, que para la tesis mixta el arbitraje y los actos que lo rodean son un verdadero proceso, ya que se trata de una contienda entre partes sometidas a la resolución de un tribunal, pero también tiene un origen contractual dado que las partes suscriben un convenio donde manifiestan su renuncia a someter un conflicto surgido o por surgir ante los tribunales ordinarios, y por tanto someterla a la decisión de un tribunal creado por la institución jurídica del arbitraje.

SECCIÓN V. La materia objeto de arbitraje internacional

La materia que puede ser discutida en un procedimiento arbitral es una circunstancia que debe de analizarse detalladamente. Ejemplo de esta importancia se encuentra contenido en el artículo 67 de la Ley RAC, al determinar como causal de nulidad, el haberse sometido a arbitraje una cuestión que, por su naturaleza, no era susceptible de ello.

El objeto del arbitraje debe ser, exclusivamente, aquella materia que verse sobre diferencias patrimoniales y sea de naturaleza disponible⁵¹. Como recurso de esta afirmación se encuentra los artículos 2 y 18 de la ley RAC. Presenta el artículo 2 que el arbitraje es una, entre varias, soluciones para resolver diferencias patrimoniales de *naturaleza disponible*, resaltando en este punto que la disponibilidad de la materia, siempre va a ser determinada por ley y su límite será

⁵¹ Artavia Barrantes. *Op. Cit.* Pág.117

el orden público. Por otro lado, el numeral 18 reafirma la disposición con una definición más amplia:

“(...) Podrán someterse a arbitraje las controversias de orden patrimonial, presentes o futuras, pendientes o no ante los tribunales comunes, fundadas en derechos respecto de los cuales las partes tengan plena disposición y sea posible excluir la jurisdicción de los tribunales comunes...”⁵²

Como se observa, la Ley RAC no establece una lista de materias no arbitrables, sino un concepto general con las características que debe tener el objeto del arbitraje. A nivel nacional, se ha interpretado que una materia disponible es aquella que se encuentra dentro del comercio de los hombres, cuando los sujetos tienen respecto de ella poder de disposición. Se entiende que cuando hay un interés exclusivamente privado, rige la autonomía de la voluntad. Además, se ha establecido que la indisponibilidad tiene dos maneras de manifestarse; a nivel normativo cuando el legislador enumera las exclusiones, y en el plano práctico, referido a la imposibilidad del sujeto de ejercer ciertos derechos, esto sería aquellas situaciones que estén en contra del orden público.

Recoge en este punto la autora Lezcano Miranda en mención a la jurisprudencia Colombiana:

“(...) solo pueden someterse a la solución de los árbitros, aquellos litigios que versen sobre asuntos que sean materia transigible, es decir, que recaigan sobre derechos y bienes patrimoniales respecto de los cuales sus

⁵² Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social. Ley 7727, vigente desde el catorce de enero de mil novecientos noventa y ocho.

*titulares tienen capacidad legal de disposición; contrario sensu, están excluidos temas no transigibles, tales como el relativo al estado civil de las personas o el orden público.*⁵³

Asimismo, existen límites a la materia arbitrable y esto se enmarca por lo transigible de la materia. Esto implica que al ser un proceso extra-judicial hay ciertas materias que son competencias de un Estado lo que lleva a que cualquier conflicto debe de someterse a lo establecido por dicho foro. Por ende, la materia arbitrable no debe de ir en contra del orden público⁵⁴ de un Estado determinado y dentro de esta contemplamos todos aquellos que no son de libre disposición en el marco del Derecho Privado por los sujetos.

Además se tiene que la imposibilidad de someter un determinado litigio al arbitraje es por el resguardo del orden público de un Estado determinado. Cada Estado establece ciertas materias donde es imperativo el fallo de un juez nacional respectivo. Lo que implica que siempre existirán algunas materias no arbitrables en atención a unas determinadas normas imperativas de cada Estado.

El instrumento principal para determinar la posibilidad de arbitrar en una determinada materia siempre va a ser la legislación. *“(...) el Estado, a través de la legislación establece las materias o los conflictos que quedan excluidos de este*

⁵³ Lezcamo Miranda, Martha Eugenia. *La justicia de todos, mecanismos alternativos de solución de conflictos*. Antioquía: Biblioteca Jurídica Diké, 2011, pág. 354.

⁵⁴ Entendido el orden público como: *“El orden público internacional está constituido por el conjunto de principios fundamentales del ordenamiento jurídico respectivo. Las fuentes del orden público internacional son principalmente los Tratados públicos internacionales, los principios de "Jus Cogens" o sea los aceptados por la comunidad internacional en su conjunto como normas imperativas, y los principios fundamentales sobre los cuales se fundamenta el Estado respectivo y que se encuentran usualmente en la Constitución Política.”*

*procedimiento.*⁵⁵ Por consiguiente aunque se lleve a cabo el arbitraje internacional si la materia no es arbitrable generara un laudo nulo para el Estado que no reconozca esta situación.

La Sala Primera de la Corte ha resaltado el límite del objeto del arbitraje. Por medio de la jurisprudencia estableció que, únicamente, se puede acudir a esta solución cuando se trate de materia patrimonial disponible; es decir, tratándose de conflicto de intereses de carácter patrimonial en los cuales las partes tengan plena disposición sobre los derechos discutidos. Ha extendido la Sala, que lo antepuesto se aplica a la Administración Pública (central o no), y que no puede ser objeto de arbitraje, el ejercicio de potestades de imperio o deberes públicos, los cuales cataloga de indelegables, irrenunciables e imprescriptibles. Lo anterior, en razón de que no se trata de materia patrimonial disponible, y además entra en juego el interés público.⁵⁶

Siguiendo al autor Artavia Barrantes, algunas cuestiones que no pueden someterse a arbitraje debido a esta condición son los delitos, el estado civil de las personas, la validez del matrimonio, la filiación paterna y materna, sobre el derecho futuro o pensión alimentaria, herencia o actos futuros, bienes o derechos de menores incapaces, bienes que están fuera del comercio, en materia laboral en el sector público, lo referente a las potestades del Estado⁵⁷.

⁵⁵ Fernández Rozas, José Carlos, Rafael Arenas García, y Pedro Alberto De Miguel Asensio. *Derecho de los negocios internacionales*. Madrid: Editorial Iustel, 2007, pág. 628.

⁵⁶ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 210 de las 15 horas del 9 de marzo del 2001.

⁵⁷ Artavia Barrantes. *Op. Cit.* Pág.117

A. El tráfico comercial internacional como condicionante de la materia del arbitraje comercial internacional

Aparte de la materia que por disposición interna de cada Estado no puede someterse a arbitraje existe lo delimitado por las condiciones internacionales del arbitraje. El arbitraje comercial internacional está condicionado por el objeto de la controversia. Es por esto que la condición para someter una disputa a esta figura está unido a la *mercantilidad*. El autor Fernández Rozas, expone:

“(...) el carácter interno o internacional del arbitraje no depende ni de lugar en que se lleva a cabo, ni de la nacionalidad de las partes, ni del Derecho aplicable al fondo o al procedimiento ni, incluso, de la voluntad de las partes. Basta simplemente con que el negocio del que la controversia derivada implique desplazamiento de bienes, servicios o pagos a través de las fronteras.”⁵⁸

Se tiene que en el caso del arbitraje comercial internacional, la internacionalidad depende *del tráfico jurídico mercantil* o del carácter comercial de la disputa. Este es un criterio diferenciador que se desprende del concepto del arbitraje comercial internacional y de sus componentes, límites y aplicabilidad dentro de la comunidad internacional como se detalla a continuación.

El arbitraje comercial internacional está firmemente unido al desarrollo de los intercambios comerciales entre empresas y personas de diferentes Estados. Este criterio es lo que permite distinguir este tipo de arbitraje internacional del que

⁵⁸ Fernández Rozas, José Carlos. *El arbitraje comercial internacional entre la autonomía, la anacionalidad y la deslocalización*. Madrid: Revista Española de Derecho Internacional, vol. LVII, 2005, pág. 6.

tiene lugar entre Estados u organizaciones internacionales, cuyo estudio corresponde al Derecho Internacional Público.⁵⁹ Es por esto que en el arbitraje comercial internacional, la necesidad es en razón del *tráfico comercial internacional*.

El tráfico comercial internacional, tomado como criterio comercial, se puede definir como:

*“Es el conjunto de movimientos comerciales y financieros, y en general todas aquellas operaciones cualquiera que sea su naturaleza, que se realicen entre naciones; es pues un fenómeno universal en el que participan las diversas comunidades humanas.”*⁶⁰

Esta definición arroja el perfil del ámbito comercial internacional. Lo que implica que al mencionar un litigio en esta materia implica el hecho de una disconformidad de las partes desde el objeto de una transacción comercial que implique un intercambio internacional de capital, bienes o servicios, independientemente de la cualidad de comerciante de las partes. Ya que la mercantilidad la determina el objeto y no las partes involucradas.

A la vez el comercio internacional se acentúa por el constante tráfico e intercambio que se da a través de las fronteras. Es por ello que el tráfico comercial internacional se ha acentuado principalmente por,

⁵⁹ Sellares Cerra, Jordi. *Op. Cit.*, pág. 3.

⁶⁰ Osorio Arcila, Cristóbal. *Diccionario de Comercio Internacional*, México, Grupo editorial Iberoamérica, 1995, p. 48.

“(...) la incesante extensión de las relaciones jurídicas de carácter mercantil, directamente motivada por la extraordinaria expansión de la actividad comercial (época del mercantilismo, comercio colonial). Por otro, el advenimiento y la consolidación del Estado moderno, que toma conciencia de la relevancia de lo político en la actividad económica y de la necesidad de ordenarla y potenciarla de acuerdo con los intereses generales.”⁶¹

El hecho de acudir a un escenario de relaciones comerciales entre distintos Estados implica que el criterio comercial pueda presentar problemas de acepción, según se esté en un lugar o en el otro. De esta forma la LM, en una nota al pie del artículo 1, apunta a entender el criterio “*comercial*” de una manera amplia. De esta forma presenta una lista de transacciones que se pueden considerarse como comerciales.

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

⁶¹ Sobrino Morales, Miguel. *Derecho mercantil*. Editorial UOC, 2002 Pág. 11

formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera.”⁶²

Se observa como la LM introduce una lista de aquellas relaciones comerciales más utilizadas actualmente. Esto implica que al presentarse alguna disconformidad que implique alguna de las relaciones contractuales o no que se encuentren en la lista se entiende que están en un ámbito comercial internacional. Cabe resaltar el reconocimiento que hace de estas relaciones la LM ya que implica un complemento aquellas relaciones comerciales que reconozca como tal el Derecho Interno de cada Estado parte.

En relación con las economías Estatales, éstas se vinculan con el resto del planeta por medio de dos declaraciones relevantes: el comercio de bienes y servicios, y las finanzas. El tráfico comercial internacional comprende al mundo entero como escenario y, a la vez, desde el campo de acción de organismos internacionales, de carácter universal o regional. Es por esto, que el ordenamiento regulador de esta realidad jurídica de naturaleza transnacional restringe la contingencia del legislador estatal de determinar con entera libertad las respuestas jurídicas a estas transacciones de acuerdo con su propia concepción de la Justicia.

Siguiendo la importancia del criterio comercial en relación con el Derecho Interno, contempla el artículo 1.3 de la Convención de NY:

⁶²*Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. Op. Cit.*

*“En el momento de firmar o de ratificar la presente Convención, de adherirse a ella o de hacer la notificación de su extensión prevista en el artículo X, todo Estado podrá, a base de reciprocidad, declarar que aplicará la presente Convención al reconocimiento y a la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de otro Estado Contratante únicamente. Podrá también declarar que sólo aplicará la Convención a los litigios surgidos de relaciones jurídicas, sean o no contractuales, **consideradas comerciales por su derecho interno.**”*⁶³

Es difícil contemplar un criterio comercial adecuado y que abarque el reconocimiento por todos los Estados. Es por ello que la Conv. de N.Y renunció al establecimiento de una solución específica y en su lugar opera mediante una remisión a los ordenamientos de los Estados partes.

Ilustra esto el caso *India Chemicals Ltd. V. Chamtex Fibres Inc.* (1977).

En palabras concretas los autores Caravaca y Fernández exponen el caso:

“En 1977, excluyo de la posibilidad de someter al arbitraje tres contratos de transferencia de tecnología, en los que se regulaban los pormenores de la construcción de una fabrica de poliéster en la India, cuyo carácter comercial, según el Alto Tribunal de Bombay, era innegable conforme al uso común de este termino, pero no conforme al Derecho Hindú, donde faltaba

⁶³ *Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras* (Convención de Nueva York). Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional. Adoptado en: 1958. Resaltado no es del original.

*una ley que explícitamente reconociese el carácter mercantil de este tipo de contratos.*⁶⁴

Se desprende del caso expuesto, el hecho de que dicho contrato no tuviera reconocimiento por el Derecho Interno implicó una causal para no someter la disputa a la figura del arbitraje. Atentando con esto inclusive a principios del arbitraje como: de la autonomía de la voluntad⁶⁵, favorabilidad del arbitraje⁶⁶, el de diligencia⁶⁷, etc. Se comprende, entonces aquí la propuesta de interpretar en el *criterio comercial* en sentido amplio. Es así como debe de operar que “(...) *la noción de operaciones, actos o negocios mercantiles, no es más que un concepto-marco apto para subsumir varios contenidos.*”⁶⁸

La arbitrabilidad de la diferencia, es un presupuesto de validez del acuerdo arbitral. En el arbitraje comercial internacional, está en relación con el criterio comercial de la materia sobre la que versa el conflicto. Lo que implica que en materia de arbitraje comercial internacional es de especial relieve la existencia de la materia mercantil como objeto del litigio. A la vez, este condicionante de la materia, debe de ser puesto en un plano de internacionalidad. La internacionalidad

⁶⁴ India Chemicals Ltd. V. Chamtex Fibres Inc. (1977). Calvo Caravaca, Alfonso y Luis Fernández de la Gándara *Op. Cit.*, pág. 32.

⁶⁵“(…) *las partes pueden convenir todo lo relativo al pacto arbitral, las materias o temas específicos que se dilucidarán con el arbitraje, el tipo de arbitraje que se usará, los árbitros, su cantidad, las leyes sustantiva y de procedimiento, y la aplicable al pacto arbitral, entre otras cosas.*” Calvo Caravaca, Alfonso y Luis Fernández de la Gándara *Op. Cit.*, pág. 32.

⁶⁶ “*El principio del “favor arbitrandum”, a manera general, establece que ante cualquier duda en cuanto a si alguna controversia se debe someter o no a un proceso de arbitraje, lo correcto es dictaminar que así sea, es decir, someterla al arbitraje. Obviamente que esta duda debe ser razonable, lo cual no ocurre donde simplemente no existe un acuerdo de arbitraje. Ésta emana de aquellos casos en donde hay alguna evidencia de la existencia de la voluntad de las partes en someter alguna o algunas controversias al arbitraje.*” Pág.18

⁶⁷ “(…) *mediante el cual las partes deben hacer prueba de una diligencia normal, útil y razonable en la salvaguardia de sus intereses, y es el soporte de numerosas decisiones arbitrales.*” Calvo Caravaca, Alfonso y Luis Fernández de la Gándara *Op. Cit.*, pág. 32.

⁶⁸ Calvo Caravaca, Alfonso y Luis Fernández de la Gándara *Op. Cit.*, pág. 32.

es una condición dictada por la presencia o ausencia de los elementos de extranjería, como se analiza a continuación.

B. El carácter internacional y privado del conflicto como condicionante del arbitraje comercial internacional

El conflicto internacional privado es el marco fáctico del arbitraje internacional. Es trascendental la conexión entre el carácter privado del conflicto y su perspectiva en cuanto a los elementos de extranjería, así como la internacionalidad. Es por esto que el arbitraje internacional, intenta conciliar la presencia de esta heterogeneidad con la determinación de la ley a aplicar en un conflicto, según los intereses de las partes.

El arbitraje internacional es una herramienta de solución ante la heterogeneidad de los elementos del conflicto. Para ello, utiliza la llamada *cláusula compromisoria* o *el compromiso arbitral* pactado por las partes en un ámbito privado. Por ende, la posibilidad de que un conflicto sea sometido a un arbitraje internacional, así como los posibles límites a dicho sometimiento es lo que determina el ámbito de aplicación.

La mención de la palabra "*conflicto*" alude directamente a la existencia de elementos contrarios. Al llevarlo a un ámbito jurídico, dicho contraste se debe a la presencia de intereses irreconciliables que tiende a extenderse en el tiempo y que origina la necesidad de ser resuelto por algún órgano de justicia. Por lo tanto, un conflicto es de relevancia para el Derecho cuando se discuten interés jurídicamente relevantes.

En el escenario internacional, implica la presencia de ciertas condiciones subjetivas y objetivas que puede generar un conflicto de relevancia para el Derecho. La Corte de La Haya por su parte define el conflicto internacional como *“una controversia o un desacuerdo sobre un punto de derecho o de hecho, una contradicción, una oposición de tesis jurídicas o de intereses entre dos Estados.”* Y que, para efectos de esta investigación, se incluirá, además los intereses de sujetos privados.

Un conflicto privado que contenga las condiciones subjetivas y objetivas para ser catalogado como privado necesita de la presencia de elementos de extranjería que le den internacionalidad al conflicto. Esto viene a terminar de enmarcar el escenario de un conflicto pertinente a la órbita del D.I.Pr. Ante la presencia de los conflictos, y en respaldo a las circunstancias específicas de disposición e igualdad en que se encuentran las partes que se pueden disponer de una manera para la resolución de conflictos.

En este punto es importante aclarar que existen diferentes conflictos internacionales, tal es el caso de los conflictos armados, entre otros. Estos son referidos más a un ámbito de relación diplomática entre Estados y no se centran en los sujetos privados, que es el ámbito de interés de esta investigación. Esto lleva a condicionar que a los conflictos que se harán referencia aquí son el ámbito estrictamente privado e internacional.

Diversos factores fomentan la existencia de conflictos jurídicos en el área internacional privada. El autor Sánchez Bustamante considera que este ámbito principalmente se debe a:

“(...) la independencia de los Estados, el desacuerdo de sus legislaciones, la diversidad jurisdiccional, la concurrencia de jurisdicciones y de leyes, la competencia preferente de soberanías, la semejanza de civilización entre las naciones, la naturaleza cosmopolita del hombre y la igualdad civil de nacionales y extranjeros.”⁶⁹

Pese a que el autor expone como “*múltiples causas*” las que dan origen a conflictos jurídicos internacionales, ésta se puede concretar en una sola: soberanía⁷⁰. Esto debido a que cada Estado, resolverá según considere oportuno los conflictos que se sometan a su jurisdicción. Por lo que la existencia de conflictos ante la convergencia de leyes de diferentes Estados se dará siempre que exista esta circunstancia.

Derivado de la soberanía de los Estados se da que el D.I.Pr. sea interpretado siempre desde la óptica de quien conoce el asunto, o sea desde la *lex fori*⁷¹. Lo que origina, que pese a su nombre de “internacional” es, en principio, un Derecho puramente de carácter nacional. El derecho de cada país fundamenta su

⁶⁹ Sánchez Bustamante, Antonio. *Derecho Internacional Privado*. Habana: Editorial cultural S.A, Tomo I. Pág.54.

⁷⁰ Se entiende aquí soberanía como: “*La Soberanía (del latín “super amus”, „señor supremo”) es la voluntad política que posee un Pueblo con derecho a tomar decisiones para determinarse, manifestarse, y tomar decisiones con independencia de poderes externos.*” Diccionario Manual Jurídico Abeledo- Perrot. *Op.cit*, pág. 201.

⁷¹ Hay que diferenciar los conceptos de lugar físico en el que se desarrolla (*lex loci*)- y de lugar jurídico – sede- del arbitraje (*lex arbitrii*).

propio D.I.Pr., teniendo como origen la ley, la jurisprudencia y la doctrina de cada Estado.

Algunas de estas normas nacionales se han uniformizado entre los Estados por medio de convenios internacionales e instrumentos comunitarios. Esta uniformización ha venido a evitar situaciones en las que los tribunales de dos Estados se declaren competentes en virtud de sus normas nacionales de D.I.Pr. y dicten resoluciones incompatibles sobre el mismo asunto. Lo que ha permitido amortiguar en cierta manera, las dificultades ligadas al hecho de que un mismo asunto esté vinculado a sistemas jurídicos diferentes y por ende la protección de la seguridad jurídica, a modo de ejemplo la LM.

Tanto como exista la uniformización o conflicto entre dos sistemas jurídicos en un litigio comercial internacional, siempre se dará la presencia de elementos no nacionales. Dichos elementos remiten a otro ordenamiento extraño para el foro que conoce del asunto. Lo anterior, se ha denominado en D.I.Pr. como: *el elemento de extranjería*.

La existencia de elementos de extranjería determina la existencia o no de un conflicto internacional. En este sentido, expone el autor Esplugues Mota:

“(...) una situación internacional será aquella en el que aparezca un <<dato de extranjería>>. Un elemento de extranjería que se admite poliforme- subjetivo, material, territorial...- y con un alto grado de relatividad, y cuya trascendencia

no radica en propia condición, sino en la vinculación que a través de él se plasma con mas de un ordenamiento jurídico.”⁷²

Dicho “dato”, se entiende como el elemento extranjero que será dado en función de la extranjería que represente para un foro determinado. Esto implica que dicho elemento es el vinculador y remitente a un foro no nacional. Por lo tanto, situándonos dentro de dicho foro existan elementos objetivos que “se conecten” con otros ordenamientos externos.

“La distinción entre especies puramente internas y especies con elementos extranjeros se deriva, por tanto, de la presencia de puntos de contacto con ordenes jurídicos extranjeros en razón de la nacionalidad o del domicilio de las partes, del lugar de situación de los bienes, del lugar de conclusión o de ejecución del contrato, etc.”⁷³

De esta cita se desprende que existen una serie de circunstancias o elementos objetivos que marquen la relación como extranjera. Dicho aspecto objetivo debe ser por las condiciones que reúne una de las partes o inclusive el lugar donde se dio la relación jurídica. Por ende aislar o hacer una identificación de dichos elementos sirve de guía para la calificación de la extranjería.

La importancia de los elementos de extranjería radica en el papel de conexión con una relación internacional. Dichos elementos “*son el resultado de convertir uno o varios de los ingredientes del descriptor en dispositivos que*

⁷² Esplugues Mota, Carlos, y José Luis Iglesias Buhigues. *Op.Cit.*, pág. 163.

⁷³ Vitta, Eduardo. «La regla de conflicto.» s.f.

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/15/pr/pr23.pdf>, pág. 480. (último acceso: 29 de Diciembre de 2012).

*permiten identificar la Ley a la que ha de atenderse para regular el asunto.*⁷⁴ Por ende, estos van ligados a la posibilidad de que un conflicto internacional pueda determinar, tanto la competencia del juez, así como el Derecho que puede aplicar, o los efectos jurídicos de la aplicación de estos en el extranjero.

Una vez establecidos los elementos extranjeros estos ayudan al perfil de la internacionalidad de un conflicto. La internacionalidad siempre va a ir ligada a los elementos de extranjería ya que son el *“(...) conjunto de relaciones o situaciones que, al producirse o desarrollarse, se vinculan a más de un Sistema jurídico autónomo a través de uno o más elementos extranjeros”*.⁷⁵ De aquí que sitúan al conflicto fuera del ámbito de aplicación de las normas generales del foro.

Los elementos de extranjería, a la vez, circunfieren la internacionalidad de una situación al ayudar en su delimitación. Dicha delimitación se da por el esclarecimiento del Derecho a aplicar. Esto se constituye cuando una situación se enmarca propiamente en el ámbito de estudio del D.I.Pr.

*“(...) puede decirse que la constatación de la existencia de un elemento de extranjería en una particular situación jurídica determina que la regulación de la misma se detraiga de una concreta rama del Derecho y se atribuya al D.I.Pr.”*⁷⁶

Al encuadrarse una situación dentro del D.I.Pr. implica la vinculación de foros extranjeros entre sí. Cada foro tiene una soberanía que aunque puede

⁷⁴ Espinar Vicente, Jose María. *«Tratado Elemental de Derecho Internacional Privado.»* s.f. http://scholar.google.co.cr/scholar?hl=en&q=Espinar+Vicente%2C+internacional+privado&btnG=&as_sdt=1%2C5&as_sdtp, pág. 55. (último acceso: 28 de Diciembre de 2012).

⁷⁵ *Ibidem*, pág. 15

⁷⁶ Esplugues Mota, Carlos, y José Luis Iglesias Buhigues. *Op.Cit.* Pág.164.

coincidir en algunos aspectos es indiscutible que no coincidirá uno con el otro. Por ende, la internacionalidad implica que en un foro existan situaciones remitentes a un segundo foro ajeno.

En la presente investigación, se analiza la conexión de los elementos de extranjería e internacionalidad en consonancia con el arbitraje privado internacional. Dicha figura jurídica presenta la condición de que al menos uno de sus elementos se considera como no nacional, como un punto de conexión hacia un ordenamiento extranjero. Los elementos que se analizan para considerar un arbitraje internacional son, la nacionalidad, domicilio, o residencia de las partes, el derecho aplicable al fondo o al procedimiento, lugar de la sede arbitral, nacionalidad de los árbitros, lugar de celebración o ejecución del contrato, entre otros.

Un conflicto privado que contenga las condiciones subjetivas y materiales para ser catalogado como privado necesita de la presencia de elementos de extranjería que le den internacionalidad al conflicto. Esto viene a terminar de enmarcar el escenario de un conflicto pertinente a la órbita de un arbitraje comercial internacional dentro del D.I.Pr.

En síntesis, el elemento de extranjería es una de las condiciones notorias de que se está frente a un conflicto internacional. Se concuerda con el autor Espinar Vicente, de la importancia medular que existe entre los elementos de extranjería y las relaciones jurídicas internacionales, es así como expone “(...) *el recurso al elemento extranjero es la guía más fiable para describir e identificar el*

*segmento de tráfico jurídico al que atiende el D.I.Pr.*⁷⁷ Se observa, como la presencia de los elementos extranjeros es uno de los puntos diferenciadores más claros con los que se cuenta a la hora de enmarcar una situación como internacional o nacional.

En un segundo término, es importante indicar que la existencia de conflictos internacionales implica siempre la existencia de elementos de extranjería. Como apuntan las autoras González Martín y Rodríguez Jiménez *“se regulan relaciones de individuos que extienden su actividad fuera de sus fronteras.”*⁷⁸ La calidad de transfronterizo implica vinculaciones de elementos diferentes a los encontrados entre un Estado y otro. Por lo que este entrelazamiento crea un marco fáctico de relaciones entre personas (tanto físicas como jurídicas) que hace que converjan distintitos puntos geográficos, idioma, costumbres, moral y regulación jurídica.

Sin duda, uno de los elementos que ha fomentado este ciclo de relaciones es el factor de la globalización. Como menciona el autor Espinar Vicente:

“La facilidad de los desplazamientos, la revolución tecnológica y las desigualdades entre los distintos países, fortalecen e incrementan las relaciones privadas internacionales. En este contexto, la actividad de los agentes del tráfico externo, pone en relación culturas y normas pertenecientes a sistemas sociales que unas veces manifiestan una gran afinidad y otras veces resultan muy distintos, pero que todos se enmarcan

⁷⁷Espinar Vicente, Jose María. *Op. Cit.*, nota al pie 14.

⁷⁸González Martín , Nuria, y Sonia Rodríguez Jiménez . «Derecho internacional privado, parte general.» *vlex*. s.f. <https://sibdi.ucr.ac.cr/http://internacional.vlex.com/vid/derecho-concepto-caracteres-contenido-270435122> (último acceso: 29 de Diciembre de 2012).

en un cuadro común globalizado, donde los fundamentos organizativos se hallan en fase de transformación.”⁷⁹

La afluencia de elementos extranjeros debido a las relaciones de las personas jurídicas se ve fomentado por la globalización. Este fenómeno al crear una multiplicidad de relaciones trae consigo la potencialidad de que se cometan conflictos competentes al área del Derecho. Se tiene en consecuencia, que un fenómeno social es el que ha fomentado que muchas relaciones⁸⁰ transfronterizas generen la convergencia de elementos de extranjería.

Hasta este se punto se ha perfilado el conflicto internacional que compete al arbitraje comercial internacional. Sin embargo, se debe de hacer alusión a la comunidad de Estados en la que se desempeñan estas relaciones. A la vez, la tendencia a la universalidad y a la forma como se asumen los conflictos internacionales, para atender, a la vez, el devenir de las convenciones.

⁷⁹ Espinar Vicente, Jose María. *Op. Cit.* Pág. 41.

⁸⁰ Importante aclarar que se hace referencia siempre a relaciones de interés para el área del Derecho. Como menciona el autor Espinar: “*La conversión de una situación o relación de hecho en situación o relación de derecho constituye una operación que sigue siempre este procedimiento; se busca en el Ordenamiento una norma que describa en abstracto una determinada conducta o suceso, se subsume en ella el acontecer o la actuación que haya sucedido en el mundo de la realidad y, si lo sucedido encaja en la descripción del precepto, podremos afirmar que estamos ante una situación o relación jurídica.*” *Ibidem.* Pág. 14.

CAPÍTULO II.

EL ANÁLISIS DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL DESDE LOS POSTULADOS DE FRIEDRICH KARL VON SAVIGNY

El arbitraje internacional es un mecanismo de solución de conflictos que compete al área del D.I.Pr. Esta afirmación se sustenta en los elementos que contienen el procedimiento arbitral en consonancia con los elementos de extranjería y la materia del arbitraje. En la presente investigación, en una primera etapa se presentaron los elementos del arbitraje desde una óptica internacional, en este segundo capítulo se pretende justificar la figura del arbitraje internacional desde los postulados del D.I.Pr expuestos por el autor Friedrich Karl von Savigny.

En este segundo capítulo, se abordan los dos postulados más importante propuestos por el autor para el D.I.Pr. : *la Comunidad del Derecho y la localización adecuada de la relación*. Estos aportes son de gran importancia y deben formar parte del análisis doctrinario que se hace del arbitraje internacional. Este autor menciona como fundamento del D.I.Pr. la convivencia de los Estados dentro de la comunidad del Derecho o comunidad jurídica internacional , que se basa en la fe Cristiana y en las ventajas mutuas, Savigny, señala también, los dos objetivos básicos de esta rama del Derecho: el tratamiento igualitario de todos los derechos, lo cual, a su vez, constituye la igualdad de tratamiento para las personas, y la seguridad de que la misma relación jurídica tenga igual solución, cualquiera que sea el país donde se produzca la sentencia. Se ve, por tanto, como esto va en

consonancia con los principios y fines del arbitraje internacional. A continuación se desarrollan más estos postulados.

SECCIÓN I. El contexto del arbitraje internacional: *La comunidad del Derecho* de Friedrich Karl Von Savigny.

En D.I.Pr. existen diversos autores que han propuesto diferentes teorías para establecer las bases para lograr una solución al *conflicto de leyes* objeto de estudio del D.I.Pr. Entre ellos se encuentran, autores, tales como Joseph Story⁸¹, Pascuale Stanislao Mancini⁸², Friedrich Karl Von Savigny, entre otros. Todos los anteriores con la característica común de ser de entre los siglo XIX y XX.

En la presente investigación, se sigue lo propuesto por el autor Friedrich Karl Von Savigny. Dicho autor, jurista de profesión, apunta la doctrina que nació en Frankfurt am Main en 1779 y murió en Berlín en 1869.⁸³ En dicho periodo elaboró una vasta producción literaria y de enseñanza del Derecho. Formó parte de la llamada Escuela Histórica Alemana. Esto tiene una marcada repercusión en su obra ya que, como expone el autor Bernad Mainar:

“Este autor es el máximo representante del historicismo o Escuela Histórica, conjunto de corrientes y doctrinas que interpretan los fenómenos humanos como producto de la historia y que pretenden establecer una serie de leyes

⁸¹ Su obra más reconocida es Story, *Commentaries on the Conflict of Laws foreign and domestic in regard to Contracts, Rights an Remedies and specially in regard to marriages, divorces, wills, successions and judgements*, Boston 1841 (la primera edición es de 1934).

⁸² Algunas de sus obras son: *Diritto internazionale*, (Napoles, 1873) y *Mancini, Il principio di nacionalita*, (Roma, 1920).

⁸³ Morineau, Marta. "Instituto de investigaciones jurídicas." n.d. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/hisder/cont/16/art/art7.pdf> (Accesado Marzo 1, 2013)

del desarrollo histórico para poder predecir los acontecimientos futuros, según el apotegma romano historia magistra viate.”⁸⁴

Este autor perfiló su doctrina partiendo del Derecho Romano. Una de sus obras más reconocidas, y que dieron pie al D.I.Pr. actual, es “*Sistema de Derecho Romano actual*”⁸⁵ publicado por primera vez en el año 1849 y que consta de ocho tomos. Dicha obra en su tomo octavo recoge los principales postulados del autor que son aplicables a la materia del D.I.Pr.

Los postulados de Savigny constituyeron una revolución para el D.I.Pr. En palabras de la autora Mesa-Moles Martel:

“La transformación más trascendente de toda la historia del D.I.Pr. se produce a partir de la obra de Savigny y afecta decisivamente a la concepción del objeto y a la técnica para regularlo.”⁸⁶

De igual manera, el autor Duncker Biggs, menciona dicha innovación:

“La Teoría de Federico Carlos Savigny (sic) (1779-1869) es una de las más importantes que se hayan formulado en el D.I.Pr. por su originalidad, su contenido jurídico y la repercusión que tuvo en la doctrina, las legislaciones y la jurisprudencia.”⁸⁷

⁸⁴ Bernad Mainar, Rafael. *Aproximación histórica al estudio del Derecho Internacional Privado*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 1999, pág. 60.

⁸⁵ Karl Von Savigny, Friedrich. *Sistema de Derecho Romano Actual, tomo VI*. Madrid: (Traducción de Mesía y Poley), 1878.

⁸⁶ Mesa-Moles Martel, María Paz. *Génesis y formación del Derecho Internacional Privado, una aproximación histórica*. Madrid: Tesis doctoral, Universidad Rey Juan Carlos, 2007, pág., 300.

⁸⁷ Duncker Biggs, Federico. *Derecho Internacional Privado (parte general)*. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1967, pág. 73.

Lo expuesto anteriormente por los autores, manifiesta que, el aporte de Savigny es radical y una gran contribución al campo jurídico. Entre sus diversos postulados, Savigny expone la necesidad de una metodología para el análisis del D.I.Pr. Esto representa una gran evolución, ya que abordar el D.I.Pr. desde una sistematización permite realizar un análisis jurídico desde una perspectiva sustancialmente diferente.

Y es que hasta en el momento histórico del autor se abordaba el Derecho como una simple recopilación. Esta innovación en palabras de la autora Mesa-Moles Martel es que: *“No consiste en recopilar como hasta entonces se había hecho, sino en reconducir las normas a un orden lógico, poner en relación las partes con el todo y concebir el Derecho como una realidad orgánica estableciendo en él una armonía interna”*⁸⁸. De manera que el Common Law se reconoce como fuente formal y propone una nueva metodología para la interpretación del Derecho.

La razón jurídica para la viabilidad de la aplicación internacional del Derecho, en Savigny, es la existencia de una *Comunidad de Estados*. Esto expone el autor, como un elemento esencial para lograr una solución frente a un conflicto de leyes que se suscitan entre los Estados.

Es viable esto solo en una comunidad de Estados, ya que, supone la existencia de un vínculo. Este vínculo fomentado por intereses comunes, que implica la existencia de un grupo de Estados unidos por una normativa común que crea situaciones reconocidas en todos los Estados partes de esta comunidad. Por

⁸⁸Mesa-Moles Martel, María Paz. *Op. Cit.* Pág. 241.

tanto, facilita la aplicación de la ley y es una propuesta para evitar los conflictos de leyes.

Este postulado de Savigny es muy acertado, y, una tendencia actual en el ámbito de D.I.Pr. La existencia de dicha comunidad fomenta el tráfico jurídico y genera seguridad en las relaciones transfronterizas. A la vez, la existencia de dicha comunidad es acorde con los elementos internacionales y privados presentes en la materia.

Como puede observarse, esto ha sido reconocido por autores como el tratadista Antonio Sánchez de Bustamante:

*“Las naciones no pueden vivir en la actualidad aisladas é independientes. Su coexistencia tiene formas sociales, porque necesita cada una, para la satisfacción de sus exigencias propias, el auxilio, el apoyo, la cooperación de las demás. (...) En ese hecho de la comunidad de todos los pueblos, que no se puede negar, descansa entera la ciencia del D.I.Pr. (...)”*⁸⁹

La tendencia, en una comunidad de Derecho entre los Estados, es, tanto una situación de cooperación de cada Estado como del bloque. La existencia, de una regulación uniforme, ayudaría a evitar los conflictos de leyes entre los Estados. Esto ya que un conflicto de leyes parte de la existencia de “(...) leyes emanadas de diferentes soberanías para que importe determinar los límites de cada una, aunque sea idéntico su contenido.”⁹⁰

⁸⁹Sánchez Bustamante, Antonio. Derecho Internacional Privado, Tomo I. pág., 54

⁹⁰Sánchez Bustamante, Antonio. *Op. Cit.* Pág. 56.

Un conflicto de leyes, es el principal campo de estudio del D.I.Pr. El autor bajo estudio delimita el marco fáctico de un conflicto de leyes como,

*“una relación de derecho litigiosa sobre la cual es llamado a decidir un juez de nuestro país, en virtud de los hechos que le sirven de base (por ejemplo el lugar en que se ha verificado el acto, el lugar en que se encuentra la cosa litigiosa), pone nuestro derecho positivo en contacto con el derecho positivo contrario de otro Estado.”*⁹¹

En ese mismo sentido, el conflicto de leyes plantea una interrogante para el juez del foro sobre cuál ley debería aplicar. Savigny menciona que en dicho momento histórico, el tratamiento doctrinario se limitaba a la soberanía de los Estados. Ante un conflicto de leyes entre Estados se aludía como solución el principio de la independencia de los Estados, o sea la soberanía de cada uno.

Ante dicho panorama se presentaban las dos siguientes posibilidades en las que un Estado ejercía su soberanía: *“1. Cada Estado puede exigir que en toda la extensión de su territorio no se reconozcan otras leyes que las suyas; 2. Ningún Estado puede extender más allá de sus límites la aplicación de sus leyes.”*⁹² Se tiene dos posiciones que marcan la soberanía estatal, dejando de lado un panorama de comunidad entre los Estados.

Un escenario así fortalecía la individualidad de los Estados, así como la exclusividad de aplicación del Derecho Nacional. Estas circunstancias conllevaban que frente a un conflicto de leyes no existiera un análisis de los elementos de

⁹¹Karl Von Savigny, Friedrich. *Op. Cit.* Pág. 138.

⁹²Karl Von Savigny, Friedrich *Op. Cit.* Pág. 138.

extranjería que llevaran a determinar la conveniencia de aplicación de un determinado derecho a las partes. Por lo que, el juez se limitaba a aplicar el Derecho territorial.

Entonces, ante esta perspectiva Savigny expone la viabilidad de una comunidad de Estados. Atendiendo a razones como el hecho de que *“mientras más numerosas y activas son las relaciones entre los diferentes pueblos, más debemos convencernos de que es preciso renunciar a este principio de exclusión para adoptar el contrario.”*⁹³ Es por ello que una comunidad de Estados va acorde con el fenómeno social y comercial de tráfico entre Estados.

Así mismo, menciona que *“a donde nos llevan estas consideraciones es el de una comunidad de derecho entre los diferentes pueblos; (...)”*⁹⁴ Dicho postulado, aunque en la actualidad parece más una realidad que una teoría era un fenómeno que estaban empezando a proponerse entres la evolución de los pueblos. Lo que implica que el tema de la Comunidad de los Estados necesite de mucha discusión y análisis para ser una realidad hoy.

Sobre este tema, el autor Contreras Vaca, señala,

*“(...) declara la existencia de una comunidad de derecho entre los pueblos que están en evolución y permite que en caso de colisión de leyes la decisión sea siempre la misma, sin importar en que Estado se pronuncie la sentencia.”*⁹⁵

⁹³Karl Von Savigny, Friedrich *Op. Cit.* Pág. 139.

⁹⁴ Karl Von Savigny, Friedrich *Op. Cit.* Pág.139.

⁹⁵ Contreras Vaca, Francisco José. *Op. Cit.* Pág.189.

Además, que la creación de dicha comunidad facilita, sobre todo, la aplicación de la Ley. En palabras de Savigny “*la decisión dictada sobre la relación de derecho sería siempre la misma, cualquiera que fuese el país en que la sentencia hubiera sido pronunciada.*”⁹⁶ Lo cierto es que esto implica que exista un ordenamiento válido (homogéneo) para dicha comunidad de Estados.

Dicha validez es vista como un resultado natural de las relaciones de la comunidad. No obstante, esto no implica que el formar parte de dicha comunidad conlleve al establecimiento de un derecho positivo nuevo e incompatible, sino el común acuerdo de los Estados. Se trata de que, este común acuerdo o uniformidad, como se le llamará de este punto en adelante, es más una posición de conveniencia que un postulado rígido.

Por otro lado, Savigny, para su época, propone la uniformidad desde el Derecho Romano. En palabras de la autora Mojica Gómez, “*cuando una relación privada trasciende las fronteras de un país, esta se debe someter a las disposiciones internas de uno de los países con los cuales toma contacto, acudiendo al Derecho romano para determinar la ley aplicable.*”⁹⁷ Esta cita expone como Savigny defendía la uniformidad mediante instrumentos normativos internacionales.

Igualmente, esto se apoya en otro punto de su teoría: “*la evolución del Derecho en la comunidad se logra por medio de la celebración de tratados que*

⁹⁶ Karl Von Savigny, Friedrich *Op. Cit.* Pág.139.

⁹⁷ Mojica Gómez, Liseth. *Manual práctico Derecho Internacional Privado.* Buenos Aires: Universidad del Rosario, 2003, pág. 29.

*resuelvan los casos de colisión*⁹⁸. Esto expone una facilidad a la hora de la elección del foro competente en un determinado conflicto de leyes. Sin embargo, esto es considerado en los casos en que exista con antelación un tratado.

De no existir un tratado, el legislador debe de hacer un análisis para determinar el foro competente. Tomando en consideración dicha comunidad y la armonía de Estados, el legislador puede aceptar una combinación de normas. De tal forma, que en el momento de determinar la ley aplicable, la decisión siempre sea la misma.

En esta línea, expone el autor Duncker Biggs, haciendo relación a la teoría de Savigny:

*“Existe una comunidad de derecho entre los diferentes Estados que constituyen la humanidad, y esta comunidad jurídica hace que exista, no un mero deber de cortesía, sino la obligación del juez de aplicar la ley extranjera cuando ésta es competente de acuerdo con la naturaleza propia y esencial de la relación jurídica.”*⁹⁹

Como menciona el autor Duncker Biggs, Savigny resalta la importancia entre la aplicabilidad de una ley extranjera con determinada relación jurídica. Este postulado es clave en el planteamiento de Savigny y constituye una base importante para sustentar sus posteriores postulados. Por tanto, lo propuesto por Savigny constituyó un giro importante en el análisis hecho del D.I.Pr. hasta ese momento histórico.

⁹⁸ Karl Von Savigny, Friedrich *Op. Cit.* Pág.139.

⁹⁹ Duncker Biggs, Federico. *Op. Cit.*

Dicho giro se configura con el plano de que se parte el análisis de la *relación jurídica* y no propiamente de la ley. Savigny, una vez que propone la comunidad de Estados, instaura el análisis desde la óptica de la relación jurídica para cada correspondencia de derecho (el supuesto de la vida real contemplado por el Derecho) el ámbito de poder jurídico (el sistema y no la institución ni las normas) a que esta relación pertenezca por su naturaleza.

El arbitraje internacional, como se ha dicho líneas más arriba, es un procedimiento para la solución de conflictos en materia arbitral. En él no hay un ejercicio de la soberanía para la solución del fondo del caso, de hecho no hay una administración de la justicia en nombre de un Estado o de la comunidad internacional. Esto se debe a que los árbitros actúan a título privado y derivan su misión del consentimiento de las partes.

Savigny partía de la llamada *Comunidad de Derecho* entre los Estados. Dicha *Comunidad* tiende a una uniformidad de instrumentos entre los ordenamientos de cada país, buscando siempre flexibilizar para resolver los casos donde hay intereses de personas de distintas nacionalidades. Por lo que, la utilización de instrumentos internacionales que favorezcan dicha *Comunidad* es acorde con la teoría del autor.

Es así, como se tiene que el arbitraje internacional privado es acorde con la *Comunidad de Estados* en la medida en la que tiende a la universalización o uniformidad para una comunidad de Estados partes. Se puede citar a modo de

ejemplo, instrumentos como la Convención de Nueva York¹⁰⁰ o la Ley Modelo de la CNUDMI¹⁰¹ que promueven una unificación de la materia entre varios Estados. Es por esto que, se suscita que entre sus adherentes exista un carácter universal; en el sentido de que se aplique lo mismo entre todas las partes.

Por su parte, la Con. NY es el principal instrumento de armonización global del arbitraje internacional entre Estados. Dicho Convenio ha sido el dinamizador del arbitraje internacional al favorecer la ejecución de sentencias extranjeras entre diversos países. Esto ha llevado a la conformación de una verdadera Comunidad de Derecho como lo estipulaba Savigny.

Dicha comunidad se conforma cuando cada Estado ha aceptado dicho tratado. Esta ha nacido a la luz del postulado de evitar que las sentencias arbitrales, tanto extranjeras como no nacionales, sean objeto de discriminación. Lo que lleva al reconocimiento de una situación (reconocimiento y ejecución) en varios Estados.

Aparte de la tendencia de los instrumentos homogeneizadores existe el factor de la globalización que ha ayudado a consolidar dicha *Comunidad de derecho*. Este fenómeno incrementó las relaciones entre diversos Estados y la deslocalización, por ende, de los negocios y las controversias. Esto ha llevado a que la utilización del arbitraje como solución de controversias sea un medio idóneo.

¹⁰⁰ *Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras* (Convención de Nueva York). Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional. Adoptado en: 1958.

¹⁰¹ *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. Op. Cit.*

Se tiene que el arbitraje internacional privado es una realidad actual para la *Comunidad de derecho* de Savigny. Tanto la normativa homogeneizadora como el factor social económico de la globalización han contribuido a la formación de dicha comunidad. Es por esto que, a continuación, se exponen los elementos de la estructura básica de un arbitraje internacional. Partiendo de los postulados de la localización adecuada de la relación jurídica, es decir, la *Comunidad de derecho* entre los Estados.

El arbitraje internacional está limitado a un ámbito de sujetos privados. Este ámbito subjetivo alude a que la materia arbitrable solo puede ser aquella que esté en el ámbito de disposición de los sujetos. Por lo tanto, los únicos estatutos posibles bajo estos postulados es que se arbitren derechos reales u obligacionales.¹⁰²

Lo anterior, excluye los derechos personales. Esto se debe a que, el resultado de los derechos personales no es de libre disposición. De este modo, se circunscribe la materia arbitrable a las relaciones en un ámbito privado.

El arbitraje internacional es la herramienta actual más utilizada para dirimir conflictos internacionales. Sin embargo, se ha venido utilizando más como un medio rápido para obtener laudo y se ha dejado de lado la importancia del análisis de los elementos de su naturaleza. Pese a que el árbitro está llamado a aplicar el derecho propuesto por las partes. No por esto se debe de ignorar la presencia de ciertos elementos condicionantes de un conflicto internacional.

¹⁰² Esto principalmente por la naturaleza del objeto del derecho que es de libre disposición por las partes.

SECCIÓN II. La importancia de la sede del arbitraje de acuerdo con la *localización de la relación jurídica de Savigny*

El arbitraje comercial internacional tiene una especial conexión con la determinación de la sede donde se desarrollará el arbitraje. Este elemento no ha recibido el suficiente análisis y se ignoran las implicaciones de ésta para el D.I.Pr. Es por ello que se debe de analizar la relación entre la llamada *localización adecuada de la relación jurídica*, posición clásica del D.I.Pr. y su vinculación con la sede del arbitraje comercial internacional.

La sede del arbitraje está envuelta en los factores de comercio internacional y globalización analizados en el capítulo anterior. Este elemento es relevante y presenta incidencias legales, económicas y políticas debido a la relación con un Estado determinado. Esta relación incluso ha llevado a que algunos países adopten su legislación para hacerse “*atractivos como sede arbitraje*” todo esto desde la óptica de un servicio¹⁰³.

La sede del arbitraje se entiende como el lugar pactado por las partes para llevarlo a cabo. Esto no implica que necesariamente el procedimiento se deba de aferrar al lugar territorial, ya que puede ocurrir que los árbitros realicen diligencias en otros sitios, ya sea a petición de las partes o por su propia iniciativa. Sin embargo, lo que no es opcional es el lugar donde el laudo debe dictarse, en tanto debe corresponder siempre al lugar del arbitraje, *lex arbitrii*.

¹⁰³ Ejemplo de esto es Inglaterra, que llegó a utilizar cifras económicas para evaluar la importancia de modificar una regulación clásica por una más acorde a la internacionalidad del arbitraje comercial internacional. Vid. Drahozal, Christopher. *Regulatory Competition and the Location of International Arbitration Proceedings*. Inglaterra: International Review of Law and Economics, vol. 24, 2004, pág. 371-384.

Otro elemento que es importante en relación con la sede, es el apoyo en el Derecho local que necesariamente ocupan los árbitros. Aunque el arbitraje comercial internacional, es una institución autónoma determinada por la libre voluntad de las partes, a la vez éste posee varias limitaciones en que un árbitro no puede actuar.

“(..) se debe producir una necesaria interacción con tribunales que sí poseen tales facultades, como los estatales, con el objetivo de completar ciertas labores en dos campos concretos: apoyo y control. Dado que para el arbitraje comercial internacional no existen tribunales supranacionales, éstos deberán buscarse en relación con un Estado determinado, la elección de las partes a estos efectos, tenderá a buscar una red de apoyo que tienda a dar eficacia al arbitraje y seguridad a las partes; (...)”¹⁰⁴

Se expone el hecho de que la figura del arbitraje comercial internacional, al no poseer tribunales supranacionales, necesariamente necesita de un derecho local. Este Derecho local o *lex fori*¹⁰⁵, por razones de facilidades debe de ser aquel donde el arbitraje se está desarrollando o sea la sede. La sede del arbitraje, es un elemento de libre determinación por las partes en consonancia con el principio de la autonomía de la voluntad. Sin embargo, la elección de convenciones internacionales con grandes adeptos a nivel internacional constituye

¹⁰⁴ Vásquez Palma, María Fernanda. *Relevancia de la sede arbitral y criterios que determinan su elección*. Revista Chilena de Derecho Privado, n°16, pág. 81.

¹⁰⁵ “La «lex fori» es un concepto propio del Derecho internacional privado, que significa la ley del juez que conoce el asunto. Cuando se presenta a un juez un asunto que reviste un carácter internacional, éste debe preguntarse sobre la ley aplicable a dicho asunto. En algunos casos se aplicará la *lex fori*. Tradicionalmente, la *lex fori* regula las cuestiones de procedimiento, cualquiera que sea la *lex causae*.” http://ec.europa.eu/civiljustice/glossary/glossary_es.htm#LexFori

una práctica recurrente entre los Estados que quieren promoverse como sede de arbitrajes, tal es el caso de la adopción de la Conv. de NY y de la LM.

Desde la óptica del D.I.Pr. el árbitro carece formalmente del poder de *imperium* y de la *lex fori*, como si la tiene un juez. Sin embargo, pese a que carezca de un vínculo formal con el ordenamiento jurídico de un foro (o sea de la jurisdicción de un Estado), el arbitraje comercial internacional no prescinde de la sede donde se realice éste. Un ejemplo de esto es cuando el árbitro aplicará el Derecho que las partes elijan, por ejemplo el Derecho procesal en la determinación del alcance de las intervenciones posibles respecto de un arbitraje, lo que atañe a cuestiones, tales como el acuerdo de arbitraje, la constitución y la competencia del tribunal arbitral, la sustanciación de las actuaciones, el contenido del laudo, las causales de nulidad del laudo, etc.

La sede del tribunal arbitral, a la vez, se vincula con la *lex fori* en la medida en la que tenga que dar forma y contenido incluso a elementos propios del desarrollo de arbitraje. Ejemplo de esto, es si el juez tiene que acudir a los tribunales ordinarios para pedir la interposición de una medida cautelar. Es así como en palabras de Fernández Rozas:

“(...) la sede del tribunal arbitral sigue ocupando por el momento un papel importante, hasta el punto que su determinación suele estar guiada por las concepciones del Derecho y jurisprudencia nacional respecto al arbitraje. Dicha determinación entraña, en efecto, consecuencias tan relevantes como la determinación de la ley aplicable al procedimiento arbitral, la

consideración de si un arbitraje es nacional o internacional y la arbitrabilidad de la materia.”¹⁰⁶

Se desprende de la cita anterior una gama de ejemplos donde se da la incidencia directa del derecho interno de un Estado en un procedimiento arbitral. Es por ello que la sede del arbitraje no juega un papel antojadizo, y en el marco del D.I.Pr., es importante que el árbitro tome en cuenta circunstancias propias del litigio y se sitúe en perspectiva con las consecuencias legales como es en el futuro reconocimiento y ejecución del laudo.

En materia del D.I.Pr. frente a una situación como la anteriormente descrita se habla de la llamada *localización adecuada de la relación*. Dicho postulado, propuesto por Savigny menciona la “*determinación de la naturaleza de la relación jurídica para encontrar su asiento y en la afirmación que las normas de conflicto deben ser bilaterales para aplicar a cada relación el derecho de este asiento.*”¹⁰⁷ Esto es parte de la metodología vigente actualmente para el D.I.Pr. A continuación, se profundiza más sobre este punto.

La doctrina de Savigny, en un primer momento, es innovadora por romper el esquema de lo que hasta el momento venían exponiendo los demás autores en la materia. En las siguientes interrogantes se observa la novedad del planteamiento al que quiere llegar Savigny “*(...) respecto a las reglas jurídicas: ¿cuáles son las relaciones de derecho sometidas á estas reglas?; y en cuanto á las relaciones de*

¹⁰⁶ Fernández Rozas, José Carlos. *Op. Cit.* Pág. 11.

¹⁰⁷ B. de Maekelt, Tatiana. *Op. Cit.* Pág. 428.

derecho: ¿á qué reglas se encuentran estas sometidas?(sic) (...)" ¹⁰⁸Lo que guía a un análisis, que va más allá del simple análisis del conflicto de leyes, para arribar a una posible solución de la controversia.

Savigny formula que ante un conflicto de leyes se solucione la controversia de manera casuística. A su vez, presenta que se debe "*buscar para cada relación de derecho el dominio jurídico a que esta relación pertenezca por su naturaleza (en donde tiene su asiento).*"¹⁰⁹ Esto claro está, como resultado de aceptar una *Comunidad de Estados* en Derecho Internacional, que no es otra cosa que la existencia de una convención en la materia.

Como parte de la conceptualización de los condicionantes de *la relación jurídica o de derecho* es importante hacer una distinción conceptual. Savigny alude a la existencia de una diferencia entre *la relación de derecho y la institución*. Esta distinción se encuentra basada en el aspecto de la necesidad del vínculo de la una con la otra.

En la relación de derecho, Savigny detalla la presencia de dos elementos:"(...) *el material y el formal; el primero se refiere a los vínculos que puede establecer la voluntad humana con respecto a las cosas u otras personas; y el segundo viene determinado por la aprehensión jurídica de ese vínculo.*"¹¹⁰

De la cita anterior se desprende la estipulación de Savigny de las relaciones de hecho (*vinculo material*) y las de derecho (*vinculo formal*). Las de hecho forman

¹⁰⁸ Karl Von Savigny, Friedrich *Op. Cit.* Pág. 124.

¹⁰⁹ Karl Von Savigny, Friedrich *Op. Cit.* Pág. 187.

¹¹⁰ Karl Von Savigny, Friedrich *Op. Cit.* Pág.139.

parte del mundo de los hechos y que si no tienen implicaciones con respecto de un ordenamiento, no tienen mayor trascendencia para el derecho. Cuando por el contrario sí encuentran asidero en un ordenamiento, entonces, se consideran como relaciones pertinentes para el Derecho.

Dichas relaciones de Derecho tienen un importante vínculo con *las instituciones*. Entiende Savigny la institución como “(...) *el modo de expresión sistemático de las reglas jurídicas.*”¹¹¹ Esto implica que las reglas cobran sentido en un plano sistemático y no de forma aislada.

En ese plano sistemático, es donde convergen la institución con las relaciones de derecho. Dicho sistema, comprende un conjunto de normas que generan para cada caso concreto una respuesta específica. Por lo que se tiene que una relación se vincula a un sistema en el cual debe de encontrar una regulación para el caso específico.

En palabras de la autora Mesa-Moles Martel:

*“Las normas son proposiciones aisladas que únicamente cobran sentido orgánico cuando se las analiza en sede del esquema que las agrupa. Es decir, en torno a los objetos sobre los que se proyectan sus respectivas acciones jurídicas, (derecho de familia, de cosas y de obligaciones, especialmente). Este conjunto de instituciones se integra, a su vez, en una estructura global que convierte al Derecho en un Sistema.”*¹¹²

¹¹¹Ibídem. Pág. 224.

¹¹² Mesa-Moles Martel, María Paz. *Op. Cit.* Pág. 301.

De acuerdo con lo anterior, se obtiene que para cada relación de derecho se encuentre su referente normativo dentro del *Sistema*. Este método no entra a hacer un análisis propiamente de la eficacia espacial de las normas o algún otro examen, sino que se centra en la relación de derecho y cómo cada una de éstas está sujeta por su propia conformación a uno u otro derecho. Es por esto que los hechos condicionan la norma y no viceversa¹¹³.

De acuerdo con esta aclaración conceptual, Savigny propone sus postulados en consonancia con el sujeto de derecho. Resalta en el análisis hecho por el jurista:

*“(...) el objeto directo e inmediato regido por la regla jurídica es la persona; y ante todo la persona en su existencia general como sujeto de todos los derechos; después la persona en cuanto por sus actos libres constituye en la mayor parte de los casos las relaciones de derecho ó contribuye á formarlas.”*¹¹⁴

Este análisis, que parte de la persona, permite a Savigny justificar la internacionalidad de las relaciones. La génesis de la regla jurídica centrada en la persona hace posible que se explore en otro nivel la relación entre el ámbito de disposición de los derechos de la persona y las cosas. Por ende, enriquece y justifica la vinculación de la posibilidad de los sujetos de involucrarse con un derecho extranjero.

¹¹³ Lo afirma de esta manera Savigny al mencionar: “*el derecho molda los hechos bajo su regla en lugar de ceder bajo los hechos*”. Karl Von Savigny, Friedrich *Op. Cit.* Pág. 233.

¹¹⁴ Karl Von Savigny, Friedrich *Op. Cit.* Pág.131.

El postulado anterior engloba el ámbito de libre disposición de los particulares en las relaciones privadas. Como parte de ese ámbito privado, se puede dar la extensión a relaciones con elementos extranjeros. Continúa Savigny reafirmando esto cuando expone:

“Pero la persona tiene además sus extensiones artificiales. Pretende dominar las cosas, y al penetrar en el círculo ocupado por estas cosas, se expone a entrar bajo el dominio de un derecho extraño (...) tiende además, por medio de las obligaciones, a dominar los actos de otro ó someter sus propios actos a una voluntad extraña.”¹¹⁵

En consecuencia, lo anterior perfila completamente a la rama del Derecho pertinente: al D.I.Pr. Ello por cuanto, propone un análisis desde la libre disposición de los derechos que tienen los sujetos privados, y, que como consecuencia de esto se puede converger con un derecho extraño. Lo que lleva a la necesidad de la aplicación de una regla orientada por satisfacer estos intereses.

“(...) la regla aplicable aparece principalmente como la sumisión de la persona de que se trata al imperio de un derecho determinado, las modificaciones más importantes y más variadas pueden provenir además de la relación que cosas, actos ó relaciones de familia determinadas establecen con otros derechos positivos.”¹¹⁶

Al incluir estas variables Savigny introduce la importancia de plantear el análisis por las categorías. Dichas categorías en relación del sujeto con las cosas,

¹¹⁵ Karl Von Savigny, Friedrich. *Op. Cit.* Pág.131.

¹¹⁶ Karl Von Savigny, Friedrich. *Op. Cit.* Pág.131.

actos o relaciones de familia. Es significativo este análisis ya que su variable son las relaciones y no el encuadramiento a una norma.

Para Savigny la localización adecuada pretende llegar al asiento o sede más conveniente para la relación. Es por ello que, acude a la naturaleza de la misma y su relación con los objetos, que para efectos de la investigación se podría tomar esos objetos como los elementos extranjeros. Lo que lleva al autor a proponer una serie de normas atributivas para cada relación de derecho.

Dichas categorías tienen una consideración que elabora una serie de condiciones no solo por el vínculo persona-ley, sino también, en las relaciones persona-objeto.

Para cada relación jurídica Savigny fija su sede o asiento. Es así como:

“(...) el derecho local aplicable en los casos de colisión es el del lugar en el que se ha reconocido el asiento de la relación jurídica, que es preciso distinguir cuidadosamente del domicilio de la persona. Véanse ahora las relaciones de hecho que pueden servir para determinar el asiento de la relación jurídica y de entre las cuales hay que elegir en cada caso”.¹¹⁷

En efecto, el autor propone una serie de normas atributivas para cada relación de derecho. Esto de acuerdo al objeto y naturaleza del mismo como se detalla a continuación.

¹¹⁷ Karl Von Savigny, Friedrich *Op. Cit.* Pág.194.

Para Savigny existe una serie de normas atributivas que determinarían la presencia de una determinada “*institución*” de acuerdo al *Sistema*. Los elementos para la definición de esas normas atributivas son tres: personas, objetos o actos. La presencia de estos condicionantes es lo que enmarca una situación determinada dentro de la regulación de una institución específica dentro del *Sistema*.

Estos elementos se entrelazan de manera que “*la sede natural es, pues, lo característico de estas normas conflictuales, también llamadas de atribución ya que atribuyen una ley concreta.*”¹¹⁸ Por lo tanto, estas relaciones delimitan y atribuyen la legislación aplicable. Con este propósito es que Savigny enmarca la categorización de estos hechos.

Propone Savigny la clasificación de las relaciones jurídicas de la siguiente manera:

- I. “*Estado de la persona por sí misma (capacidad jurídica, capacidad de obrar).*”
- II. *Derecho de las cosas.*
- III. *Derecho de las obligaciones.*
- IV. *Derecho de sucesión.*
- V. *Derecho de familia.*
 - a. *Matrimonio.*

¹¹⁸ Karl Von Savigny, Friedrich *Op. Cit.* Pág. 63.

b. Poder paterno.

c. Tutela.”

Una vez anunciada esta categorización, metodológicamente lo que corresponde es: “(...) *determinar ahora la regla aplicable a la colisión de los diferentes derechos locales.*”¹¹⁹ Para este paso, propone Savigny una regla general “(...) *el derecho local aplicable en los casos de colisión es el del lugar en que se ha reconocido el asiento de la relación jurídica, que es preciso distinguir cuidadosamente del domicilio de la persona.*”¹²⁰ Esta regla general pretende ser el principio general al abordar los casos de conflictos de leyes.

A su vez es, importante la alusión que se hace aquí sobre el domicilio: “*se considera como domicilio de un individuo el lugar donde reside constantemente y que ha elegido libremente como centro de sus negocios y de sus relaciones jurídicas.*”¹²¹ Estas condiciones implican un vínculo mucho más estrecho que el de la simple residencia o de la posesión territorial. Lo que involucra que el sujeto ha fijado un lugar físico y estable como su centro de operaciones.

Este supuesto es una realidad en la actualidad. En la mayoría de legislaciones de la Unión Europea se encuentra este postulado. Ejemplo de esto es la legislación Polaca: “*La regla general figura en el artículo 9, apartados 1 y 2, de la Ley, donde se establece que la capacidad jurídica de una persona física para realizar operaciones jurídicas depende de su Derecho nacional, mientras que la de*

¹¹⁹ Karl Von Savigny, Friedrich *Op. Cit.* Pág. 194.

¹²⁰ Karl Von Savigny, Friedrich *Op. Cit.* Pág. 194.

¹²¹ Karl Von Savigny, Friedrich *Op. Cit.* Pág. 158.

*una persona jurídica depende del Derecho del país en que tenga su domicilio social. La doctrina considera como sede de una persona jurídica el lugar en que estén situados sus principales órganos de gestión (por ejemplo, el consejo de administración)."*¹²²

Según se ha visto, este encuadramiento es un resultado normal en la órbita del ejercicio del Derecho Privado por las personas. Lo que lleva a Savigny a exponer que *"la constitución del domicilio con sus consecuencias jurídicas resulta de la voluntad libre unida con el hecho de la habitación, y no de una simple declaración de voluntad sin el referido hecho"*¹²³. Esto perfila, por lo tanto, al domicilio con el estado y la capacidad de las personas.

Savigny indica que, hay una serie de relaciones de hecho que pueden servir para determinar el asiento de la relación jurídica. Para la localización se debe de elegir en cada caso *"el domicilio de una de las personas á quien concierne la relación de derecho. El lugar donde está situada la cosa que constituye el objeto de dicha relación. El lugar de un acto jurídico realizado ó por realizar. El lugar del tribunal llamado á conocer de la relación jurídica (sic)."*¹²⁴ Las anteriores postulan la convergencia de elementos de extranjería.

Una vez que se elija uno de estos elementos se debe de analizar la naturaleza de la relación. Es así como, el autor acudiendo a los estatutos, expone la naturaleza de la situación en tres grupos:

¹²² Red judicial Europea. s.f. http://ec.europa.eu/civiljustice/applicable_law/applicable_law_pol_es.htm#III.3. (último acceso: 30 de Mayo 2013). Un caso de la CURIA que desarrolla este punto es la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), en el asunto C-497/10 PPU de 22 de diciembre de 2010.

¹²³ Karl Von Savigny, Friedrich *Op. Cit.* Pág. 160.

¹²⁴ Karl Von Savigny, Friedrich *Op. Cit.* Pág. 194.

1. *“Los estatutos personales son las leyes que tienen principalmente por objeto (principaliter) la persona y su estado, aunque contengan disposiciones accesorias relativas a los bienes.”*
2. *Se llaman estatutos reales las leyes que tratan de las cosas, es decir, de los inmuebles (...)*
3. *Los estatutos mixtos son, según algunos autores, las leyes que no se refieren a las personas ni a las cosas, si no a los actos, según otros son las que se refieren al mismo tiempo a las personas y a las cosas. (...)¹²⁵”*

A raíz de los estatutos, Savigny postula para cada uno el análisis para la solución de un conflicto de leyes. Esto implica la exposición en este punto de los efectos prácticos.

El postulado (1) implica una naturaleza competente al estado y la capacidad de las personas. La regla por seguir de acuerdo con su naturaleza es la de *“los estatutos personales se aplican a todas las personas que tienen su domicilio en los Estados del legislador aunque estas personas comparezcan ante un juez extranjero.”*¹²⁶ Esta disposición es más acorde con la relación de derecho que se quiere tutelar. Esto implica que, a una persona extranjera la envolverá siempre la ley de su domicilio, lo que se supone le brinda una mayor certeza y conocimiento a la persona.

¹²⁵ Karl Von Savigny, Friedrich *Op. Cit.* Pág. 195. El subrayado no es del original.

¹²⁶ Karl Von Savigny, Friedrich *Op. Cit.* Pág. 195.

El postulado (2) comprende todo lo relativo al derecho de las cosas. El lugar lo constituye el lugar de su situación, tanto para mueble como inmuebles. “*Los estatutos reales se aplican a todos los inmuebles situados en los Estados del legislador, cualquiera que sea el juez llamado a decidir, tanto nacional como extranjero.*”¹²⁷ La justificación es que se debe regir por el Derecho territorial donde se encuentre la cosa.

Como parte de la justificación de esto, se tiene que:“(...) *el que quiere adquirir o ejercitar un derecho sobre una cosa se trasporta con esta intención al lugar que ocupa y para esta especial relación jurídica, se somete al derecho de la localidad.*”¹²⁸ Es así como resultado de la remisión a la naturaleza del vínculo objeto-derecho se tiene que los derechos reales se juzgan según el derecho del lugar en que la cosa se encuentra.

Igualmente, existe un vínculo en la justificación del asiento del estado de las personas y del derecho de las cosas. Lo anterior, en el sentido de que ambas siguen el principio de la sumisión voluntaria de las partes para su determinación.

El postulado (3) se debe abordar a partir del lugar de la ejecución, con admisión de un papel preponderante a la voluntad de las partes:“(...) *los estatutos mixtos se aplican á todos los actos verificados en el Estado del legislador, cualquiera que sea el país donde la decisión haya de dictarse.*”¹²⁹

¹²⁷Karl Von Savigny, Friedrich *Op. Cit.* Pág.195.

¹²⁸ Karl Von Savigny, Friedrich *Op. Cit.* Pág. 223.

¹²⁹ Karl Von Savigny, Friedrich *Op. Cit.* Pág. 195.

Con respecto de la ejecución de las obligaciones¹³⁰, se debe “(...) *saber cuál es el verdadero asiento de la obligación, el recinto donde está localizada en el espacio, porque una vez determinado este asiento, este lugar, sabremos cuál es la jurisdicción especial llamada conocer de ella y el derecho local a que se encuentra sometida.*”¹³¹

En relación con fijar el asiento para el matrimonio “*el verdadero asiento del matrimonio no da lugar a dudas de ninguna especie; reside en el domicilio del marido a quien el derecho de todos los tiempos ha reconocido como el jefe de la familia.*”¹³²

En síntesis, para Savigny, el punto de partida no puede ser la Ley sino la relación jurídica, de la que se tratará de buscar su mejor localización. El método de la localización adecuada de la relación jurídica, comprende una segunda etapa de análisis de la naturaleza de la relación. Encontrada ésta, se investigará su posicionamiento más ajustado a Derecho, cada relación jurídica tendrá su asiento o sede. El fin de la localización adecuada de la relación con respecto de la práctica jurídica es que en cuanto al análisis de buscar la ley que se adecue a la naturaleza propia y esencial de la situación jurídica y aplicarla, tal sería el caso para un arbitraje comercial internacional. Esto, por lo tanto, justifica el poder que tiene un juez y, eventualmente, el árbitro para aplicar a un conflicto una ley extranjera.

¹³⁰ Este postulado aún está vigente y se encuentra en la jurisprudencia de la CURIA. Para más información consultar En el asunto C-256/00, del 19 de febrero de 2002

¹³¹ Karl Von Savigny, Friedrich *Op. Cit.* Pág. 242.

¹³² Karl Von Savigny, Friedrich *Op. Cit.* Pág. 316.

En este punto, se puede deducir que este análisis permite, inclusive, aplicar una ley extranjera en tutela de una relación jurídica. Es por esto que al aplicar la *lex fori*, “el juez debe de aplicar a la relación jurídica la ley, sea nacional o extranjera, “que esté más conforme con su naturaleza propia y esencial” ”¹³³ Esta afirmación apoya el hecho, de que en procedimiento arbitral, el árbitro pueda aplicar incluso la costumbre comercial o mejor denominada *lex mercatoria* para la solución del fondo del asunto. Siempre y cuando las partes no hayan fijado un Derecho Aplicable.

SECCIÓN III. La aplicación por el árbitro de la *lex mercatoria* como fruto de los postulados de Savigny

La costumbre es la repetición de conductas dentro de un plazo determinado. Éste suele ser largo, ya que dicha repetición conlleva a que la costumbre se convierta en un hábito y que goce de una aceptación generalizada. Esto conlleva, que se genere la convicción en quienes las practican que son obligatorias o vinculantes.

En materia de comercio internacional, dicha costumbre lleva el nombre de *lex mercatoria*. Se entiende como:

“(...) un conjunto de reglas de comportamiento y cláusulas de interpretación uniformes y típicas que se propagan de manera constante y reiterada en el comercio internacional y que son asumidas por los particulares en virtud de

¹³³ Karl Von Savigny, Friedrich *Op. Cit.* Pág. 316.

la existencia de una convicción de su carácter vinculante. Se trata de lo que genéricamente se califica de <usos y costumbres del comercio internacional>.”¹³⁴

Las costumbres a las que se hace alusión se dan en los múltiples ámbitos del Derecho Comercial Internacional. Esto como condicionante “(...) *de la efectividad de un derecho autónomo del comercio, nacido de las propias exigencias de éste, que se ha desarrollado con independencia de los sistema jurídicos nacionales.*”¹³⁵ Lo que lleva a que se haya desarrollado en el plano del comercio internacional.

El arbitraje internacional se ha relacionado en años recientes con la llamada “*nueva lex mercatoria*”. El calificativo de nueva se debe a que la *lex mercatoria* como tal, data desde la Edad Media¹³⁶, y esta nueva *lex mercatoria* presenta un remozamiento de ésta. Esto lleva a enmarcar la *nueva lex mercatoria* y su relación con los principales instrumentos internacionales vigentes¹³⁷.

En estos términos ofrece su concepto el autor Pérez Vargas:

“La llamada “nueva lex mercatoria” esta constituida fundamentalmente por los principios mercantiles, que han ido desarrollándose en diversas formas: como jurisprudencia arbitral, como elementos para la interpretación de los

¹³⁴Fernández Rozas, José Carlos. «*El Derecho del comercio internacional en el contorno de la globalización.*» Revista del Colegio de Notarios del Estado de México, n 5, 2000: pág. 176.

¹³⁵Fernández Rozas, José Carlos. *Ídem.*

¹³⁶“*Si el Derecho común de los comerciantes de la Edad Media se basaba fundamentalmente “en la práctica y usos universalmente aceptados por los participantes en el comercio internacional”, la nueva lex mercatoria se caracteriza por el hecho de que sus fuentes son de carácter “internacional”. Op. Cit 65.*

*tratados y contratos, como uso y costumbres aplicados por la jurisprudencia ordinaria y como reglas implícitas entre los comerciantes (...).*¹³⁸

Esta cita, da un claro concepto de lo que se entiende por *nueva lex mercatoria*. Por lo tanto, los elementos que encasillan dicha costumbre es que se da en un ámbito internacional, supranacional, e involucra diversos instrumentos jurídicos en su quehacer. Estas dos características llevan a enlazar esta costumbre internacional con el fomento que le ha dado el arbitraje internacional.

Los autores Calvo y Carrascosa mencionan el vínculo de ambas figuras cuando exponen:

*“El arbitraje comercial internacional, desde la óptica de la Nueva Lex Mercatoria, coincide y concuerda con los postulados del D.I.Pr.. Los sistemas de éste no son hostiles frente a los postulados de la Nueva Lex Mercatoria, ya que ambos pretenden facilitar las relaciones privadas internacionales.”*¹³⁹

Ambas figuras se han desarrollado y han sido un complemento en el escenario del D.I.Pr. Dicho carácter de internacionalidad se deriva de que *“tiene su existencia en la idea de un verdadero sistema normativo de normas transnacionales cuyo propósito es regular los conflictos que se deriven de situaciones jurídicas internacionales de tinte comercial.”*¹⁴⁰ Esto implica que no se

¹³⁸ Pérez Vargas, Víctor. *Op. Cit.* Pág. 1.

¹³⁹ Calvo Caravaca, Alfonso, y Javier Carrascosa González. *Derecho Internacional Privado: volumen I*. Granada: Editorial Comares, 2000, pág. 46

¹⁴⁰ González Martín, Nuria, y Sonia Rodríguez Jiménez. *Op. Cit.*

sujeten a un Estado en específico, sino que todos contribuyen en la formación de esta costumbre.

El arbitraje internacional se ha visto muy unido a la *lex mercatoria*, principalmente por la cantidad de escenarios transnacionales que posee. A la vez que esto se respalda ante la posibilidad que tienen las partes de la escogencia del Derecho aplicable al fondo del asunto. Apoyándose, a la vez, en la flexibilidad de que puede estar un sistema legal nacional o no.

La formación de dicha costumbre tiene diversas fuentes. Las autoras González Martín y Rodríguez Jiménez exponen que algunas de sus fuentes en el marco de la comunidad del Derecho que exponía Savigny son “*el Convenio de Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, los principios de Unidroit o las leyes modelo de UNCITRAL.*”¹⁴¹ Al hacer alusión a dichos instrumentos internacionales se tiene que el común denominador es que se trata de reglas que las partes hacen propias en una relación jurídica. Esto conlleva que se convierta en obligatorias para las partes o bien, estas reglas son aceptadas por organizaciones de comerciante y esto va generando un uso repetitivo y, por ende, deviene en la costumbre.

Esta *lex mercatoria* sirve para que un árbitro fundamente el fondo de un proceso, si las partes así lo quieren. A la vez, constituye una vasta fuente para los problemas sometidos a los árbitros. La razón deriva de la primacía del Derecho espontáneo en la regulación de las transacciones privadas internacionales. Esto reduce las posibilidades de que los árbitros tengan que ocuparse de las soluciones

¹⁴¹González Martín, Nuria, y Sonia Rodríguez Jiménez. *Op. Cit.* Pág. 149.

propias del llamado método de atribución del D.I.Pr. Las legislaciones nacionales recientes permiten al árbitro la localización de la ley sustantiva a la controversia sin necesidad de poner en marcha el mecanismo conflictual.

CONCLUSIONES

A partir el problema de investigación, el objetivo general y específicos, y las hipótesis planteadas en esta investigación, se concluye que:

1. Un proceso arbitral es una herramienta de resolución de conflictos de naturaleza privada y debe expresar claramente la voluntad de las partes. Es de esta condición de donde se deriva el poder del árbitro de resolver todas las cuestiones surgidas o que puedan surgir de sus relaciones jurídicas entre las partes.
2. Lo que determina un arbitraje como internacional está enmarcado por los elementos de extranjería que presenta el conflicto y las partes entre sí. Estas condiciones están establecidas en el artículo 1 de la LM de la CNUDMI. El arbitraje internacional contiene los siguientes elementos: un carácter privado, la presencia de elementos de extranjería e internacionalidad, unos límites a su aplicación y la existencia de un acuerdo arbitral válido entre las partes.
3. En esta investigación se confirmó la hipótesis planteada ya que es los postulados del autor Friedrich Karl Von Savigny para el Derecho Internacional Privado presentan un fundamento doctrinario para la solución de conflictos internacionales por medio del arbitraje internacional. Conforme a los postulados del autor Friedrich Karl von Savigny para el Derecho Internacional Privado en el arbitraje internacional, se puede hacer un abordaje de este mecanismo de solución de conflictos por los postulados de la *Comunidad de*

Derecho y de la localización adecuada de la relación. Estos se encuentran regulados en la obra *Sistema de Derecho Romano Actual*, en su tomo octavo.

4. La obra de Savigny constituye una influencia de suma importancia a través del tiempo. Gracias a sus significativos aportes en la conformación doctrinaria de la *Comunidad del Derecho* o una comunidad jurídica internacional que es justo el contexto donde se desenvuelve el arbitraje internacional. La existencia de dicha comunidad fomenta el tráfico jurídico y genera seguridad en las relaciones transfronterizas. A la vez, la existencia de dicha comunidad es acorde con los elementos internacionales y privados presentes en la materia.
5. El postulado de la *localización de la relación jurídica*, se convierte en la clave del razonamiento propio del D.I.Pr. Consiste en establecer un vínculo entre la situación y un orden jurídico. Es así como se proponen que un conflicto de leyes se resuelva con la ley que mantiene con el caso los lazos de mayor proximidad. Este razonamiento funciona de modo perfectamente bilateral. En tanto exista una comunidad de principios compatibles entre los órdenes jurídicos en contacto, es posible designar la ley aplicable mediante un elemento localizador.
6. Esto fundamenta la posibilidad que tiene el juez de aplicar la *lex mercatoria* en la resolución de una controversia. A la vez soluciona, el denominado conflicto de leyes, objeto de estudio del D.I.Pr. Esto porque el conflicto de leyes parte en opinión de Savigny, de la existencia de una comunidad de ideas fundada en relaciones de origen y de creencias religiosas. Considera que en virtud de una

rigurosa soberanía solo se podría ordenar que un juez/ arbitro aplique solamente su propio derecho, pero esta prescripción tiene que ser rechazada.

7. Al establecer como fundamento del Derecho Internacional Privado la convivencia de los Estados dentro de la comunidad de Estados, que se basa en la fe Cristiana y en las ventajas mutuas, Savigny, señala también, los dos objetivos que son de importancia para esta rama del derecho: el tratamiento igualitario de todos los derechos, lo cual a su vez, constituye la igualdad de tratamiento para las personas; y la seguridad de que la misma relación jurídica tenga igual solución, cualquiera que sea el país donde se produzca el laudo. Apoyando con estas afirmaciones la vigencia de instrumentos normativos, como la LM de la CNUDMI y la Convención de Nueva York.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

I. CONVENIOS INTERNACIONALES

Ley Modelo de la CNUDMI de Arbitraje Internacional. (CNUDMI, 21 de Junio de 1985).

Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. (Convención de Nueva York, 1958).

II. JURISPRUDENCIA NACIONAL

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 2307-95 de las dieciséis horas del nueve de mayo de mil novecientos noventa y cinco.

III. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL (Tribunal de Justicia Europeo)

Sala Primera, Tribunal de Justicia. Asunto C-497/10 PPU.

Tribunal de Justicia. Asunto C-256/00.

IV. LIBROS

Artavia Barrantes, Sergio. Derecho procesal civil, tomo III. San José: Costa Rica, 1995.

Bachellier, Jobard ; Marie-Noëlle y Bachellier, Xavier. *La technique de cassation.* París: Dalloz, 2006.

Bernad Mainar, Rafael. *Aproximación histórica al estudio del Derecho Internacional Privado*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 1999.

Briseño Sierra, Humberto. *El arbitraje en el derecho privado, situación internacional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1963.

Calvo Caravaca, Alfonso, y Javier Carrascosa González. *Derecho Internacional Privado: volumen I*. Granada: Editorial Comares, 2000.

Contreras Vaca, Francisco José. *Derecho Internacional Privado: parte general*. México DF: Editorial Mexicana, 1998.

Derrupé, Jean y Laborde, Jean-Pierre. *Droit international privé*. Paris: Dalloz, 2011.

Duncker Biggs, Federico. *Derecho Internacional Privado (parte general)*. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1967.

Esplugues Mota, Carlos, y José Luis Iglesias Buhigues. *Derecho Internacional Privado*. Valencia, 2012.

Fernández- Flores, José Luis. *Manual de Derecho Internacional Privado: conflicto de nacionalidad, conflictos de jurisdicciones, conflicto de leyes*. Madrid: Editorial revistas de Derecho Privado, 1995.

Fernández Rozas, José Carlos, Rafael Arenas García, y Pedro Alberto De Miguel Asensio. *Derecho de los negocios internacionales*. Madrid: Editorial Iustel, 2007.

Fernández Rozas, José Carlos, Julio González Campos, Alfonso Calvo Caravaca, Miguel Virgós Soriano, Miguel Amores Conradí y Pilar Domínguez Lozano. *Derecho internacional privado*. Madrid: Editorial Beramar S.A, 1993.

Goubeaux, Guilles y Philippe, Bihr. *Les épreuves écrites en droit civil*. París : L.G.D.J, 2001.

Gonzalo Quiroga, Marta. *Las normas imperativas y el orden público en el arbitraje internacional privado*. Madrid: Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2000.

Karl Von Savigny, Friedrich. *Sistema de Derecho Romano Actual*, tomo VI. Madrid: (Traducción de Mesía y Poley), 1878.

Lezcamo Miranda, Martha Eugenia. *La justicia de todos, mecanismos alternativos de solución de conflictos*. Antioquía: Biblioteca Jurídica Diké, 2011.

Mesa-Moles Martel, María Paz. *Génesis y formación del D.I.Pr., una aproximación histórica*. Madrid: Tesis doctoral, Universidad Rey Juan Carlos, 2007.

Medina Mora, Raúl. *Cláusula y acuerdo arbitrales, arbitraje comercial internacional*. México D.F: Editorial Doctrina Jurídica Contemporánea, 2000.

Mojica Gómez, Liseth. *Manual práctico Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires: Universidad del Rosario, 2003.

Moreno Baldivieso, Ramiro. *El arbitraje comercial en Bolivia*. Moreno-Baldivieso Abogados, 2000.

Monroy Cabra, Marco Gerardo. *Arbitraje Comercial*. Bogotá: Editorial Temis, 1982.

Pérez Vargas, Víctor. *Compromiso arbitral*. San José: Ediciones jurídicas, 2000.

Picand Albónico, Eduardo. *Arbitraje Comercial Internacional*: tomo I. Santiago: Editorial Jurídica Chile, 2005.

Redenti, Enrico. *El compromiso y la cláusula compromisoria*. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa- América, 1961.

Robert, Jean. *Arbitrage Civil et Commercial en Droit Interne et Droit International Privé*. París: Librairie Dalloz , 1967.

Sánchez Bustamante, Antonio. *D.I.Pr.*. Habana: Editorial cultural S.A, Tomo I. pág.54.

Siqueiros, José Luis. *El arbitraje y los órganos judiciales*. México D.F: Doctrina Jurídica Contemporánea, 2000.

Siqueiros, José Luis. *La persona humana y el arbitraje internacional de naturaleza privada*. México D.F: Doctrina Jurídica Contemporánea, 1998.

Schöne, Wolfgang. *Técnica jurídica, método para la resolución de casos penales*. Asunción: BIJUPA, 2010.

V. REVISTAS

Bentolila, Dolores. «*Hacia una jurisprudencia arbitral en el arbitraje internacional de inversiones*». Anuario Mexicano de Derecho Internacional, n|º 2012: pág. 373-420.

Laclau, Martín. «*Interpretación del derecho e intuición en el pensamiento de Savigny*». Anuario de Derechos Humanos, n° 11, 2010: pág. 225-252.

Fernández Rozas, José Carlos. «*El Derecho del comercio internacional en el contorno de la globalización.*» Revista del Colegio de Notarios del Estado de México, n° 5, 2000: pág 176.

Fernández Rozas, José Carlos. «*Extranjería: principios de Derecho Internacional general.*» Revista del Colegio de Notarios del Estado de México, n° 11, 1991: pág. 39-51.

Sibaja Guillén, Luis. «*Comentarios sobre el acuerdo arbitral internacional en Costa Rica*». Revista Judicial, Costa Rica, n°99, Marzo 2011.

Vallet de Goytisolo, Juan Berchmans. «*Los tres conceptos claves de la ciencia expositiva y explicativa del Derecho en el sistema de Savigny*». Anuario da Facultade da Universidade da Coruña, n° 10, 2006, pág. 1195-1208.

Vásquez Palma, María Fernanda. «*Relevancia de la sede arbitral y criterios que determinan su elección*». Revista Chilena de Derecho Privado, n°16, 2011. pág. 81.

VI. DICCIONARIOS

Diccionario Manual Jurídico Abeledo- Perrot. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 2007.

Diccionario de la Real Academia Española.
<http://lema.rae.es/drae/?val=m%C3%A9todo>

VII. TRABAJOS FINALES DE GRADUACIÓN

Cartín Feoli, Carlos Manuel, y Agosto Solís Rodríguez . *Tesis final de grado, El arbitraje internacional en Costa Rica: análisis a la luz del proyecto de ley número 17.593.* Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, San Pedro: Universidad de Costa Rica, 2010.

De León Melgar, José Luis. *Tesis final de grado, Métodos activos en la enseñanza de las ciencias jurídicas.* Ciudad de Guatemala, 1971.

Ramírez Calderón, Ana Lucía. *Tesis final de grado, La creación de una jurisprudencia arbitral difusa, y el análisis casuístico como método de estudio de laudos arbitrales costarricenses.* Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, San Pedro: Universidad de Costa Rica, 2007.

VIII. REFERENCIAS ELECTRÓNICAS

Espinar Vicente, Jose María. «*Tratado Elemental de D.I.Pr.*» s.f.
http://scholar.google.co.cr/scholar?hl=en&q=Espinar+Vicente%2C+internacional+privado&btnG=&as_sdt=1%2C5&as_sdtp (último acceso: 28 de Diciembre de 2012).

Faya Rodríguez, Alejandro. «*La nueva lex mercatoria: naturaleza y alcances*» s.f
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/34/pr/pr5.pdf> (último acceso: 30 de Diciembre de 2012).

Feldstein de Cárdenas, Sara. «*Los beneficios del arbitraje comercial internacional*». s.f <http://enj.org/portal/biblioteca/penal/rac/60.pdf> (último acceso: 30 de mayo de 2013).

González Martín, Nuria, y Sonia Rodríguez Jiménez. «*D.I.Pr., parte general.*» vlex. <https://sibdi.ucr.ac.cr/http://international.vlex.com/vid/derecho-concepto-caracteres-contenido-270435122> (último acceso: 29 de Diciembre de 2012).

Haderspock Gutiérrez, Brian. «*El arbitraje: aspectos generales.*» s.f.<http://www.monografias.com/trabajos-pdf4/arbitraje-aspectos-generales/arbitraje-aspectos-generales.pdf> (último acceso: 30 de Diciembre de 2012).

Mereminskaya, Elina. «*Apuntes de arbitraje comercial internacional*». s.f
https://www.google.co.cr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&ved=0CCoQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.camsantiago.cl%2Farticulos_online%2F56_Apuntes_arbitraje.pdf&ei=IKvMUcHmPIWG9gTAx4CoAw&usg=AFQjCNHWUPTTh125GRCnya5QRRW-toUczqg&sig2=pnW5wY3xW-STI9PphEfdxQ&bvm=bv.48572450,d.eWU (último acceso: 30 de Mayo de 2013).

Morineau, Marta. «*Instituto de investigaciones jurídicas.*» n.d. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/hisder/cont/16/art/art7.pdf> (último acceso: Marzo 1, 2013).

Oviedo Albán, Jorge. «< *Aplicaciones de los principios de Unidroit a los contratos comerciales internacionales.* » s.f. https://www.google.co.cr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=6&cad=rja&ved=0CFcQFjAF&url=http%3A%2F%2Frcientificas.uninorte.edu.co%2Findex.php%2Fderecho%2Farticle%2Fdownload%2F2563%2F1681&ei=k6rMUZSGHYXO9gSvuoHwBw&usg=AFQjCNGyk3gNHKjHk6l-KHpdgNxzkhbMkw&sig2=-0pPG14_B_5wb490_mSZsg&bvm=bv.48572450,d.eWU (último acceso: 29 de Diciembre de 2012).

Rearte, Martín «*Arbitraje internacional en el nuevo macro-orden transnacional.* » s.f. <http://ebookbrowse.com/sa/sanabria-mm?page=20> (último acceso: 10 de febrero de 2013).

Red judicial Europea. s.f. http://ec.europa.eu/civiljustice/applicable_law/applicable_law_pol_es.htm#III.3. (Último acceso: 30 de Mayo 2013).

Sánchez Sixto, Lorenzo. «<<*Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional*>>. s.f. <http://digibug.ugr.es/bitstream/10481/19920/1/derecho%20aplicable%20en%20arbitraje.pdf> (último acceso: 18 de febrero 2013).

Vitta, Eduardo. «*La regla de conflicto.*» s.f.
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/15/pr/pr23.pdf> (último
acceso: 29 de Diciembre de 2012).