

EL CRITERIO DE INTERNACIONALIDAD EN LA LEY 1563 DE 2012

JUAN PABLO CARDENAS MEJIA

Al regular el arbitraje internacional la ley 1563 de 2012 estableció una serie de criterios para definir cuándo el arbitraje tiene tal carácter. Algunos de estos fueron tomados de la ley modelo de Uncitral y otro de la jurisprudencia y legislación francesa.

La aplicación de estos criterios ha generado incertidumbre y por ello con el fin de contribuir al desarrollo del arbitraje, en el presente documento se pretende recoger los antecedentes y los ejemplos de aplicación de tales criterios para brindar herramientas que permitan lograr mayor claridad en el desarrollo del arbitraje internacional.

Desde esta perspectiva lo primero que conviene observar es que la ley 1563 no tomó la totalidad de los criterios propuestos en la ley modelo de arbitraje de Uncitral, pues tuvo en cuenta el criterio de la Corte Constitucional, la cual en sentencia C-347 de 1997 al revisar la ley 315 de 1996 declaró la inconstitucionalidad de una parte del artículo 4º de dicha ley, para lo cual señaló que no se puede acudir a un arbitraje internacional “sin que exista en la controversia un elemento extranjero”¹. En particular la ley no incluyó los siguientes criterios: que el arbitraje sea internacional porque la sede del arbitraje esté situada fuera del Estado en que las partes tiene su domicilio o que las partes han convenido expresamente que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado. Lo anterior porque en estos casos el carácter internacional depende de la voluntad de las partes y no de la presencia real de un elemento extranjero, lo que ha generado críticas a la ley modelo por parte de doctrina muy autorizada². De esta manera en la ley colombiana arbitrajes que podrían ser internacionales en otros países por razón de los dos criterios mencionados no lo serán.

¹ Dijo la Corte Constitucional al referirse al artículo 4º de la ley 315 que permitía el arbitraje incluso respecto de contratos celebrados entre entidades estatales y personas nacionales que “So pretexto de reconocer la autonomía de la voluntad, no puede permitirse el que las partes, en un contrato estatal, hagan a un lado la legislación nacional y se sometan a una extranjera, sin que exista en la controversia un solo elemento extranjero.” Vale la pena recordar que en dicha sentencia la Corte se negó a declarar la inconstitucionalidad del numeral 3º del artículo 1º de la ley 315 que contempla la posibilidad de un arbitraje internacional, “Cuando el lugar del arbitraje se encuentre fuera del Estado en que las partes tienen sus domicilios, siempre que se hubiera pactado tal eventualidad en el pacto arbitral”, señalado que era posible el arbitraje internacional aunque las dos partes estén domiciliadas en Colombia, si una de ellas es extranjera. Es importante destacar que la ley 1563 no tomó el criterio de la nacionalidad propuesto por la Corte, que no corresponde a la ley modelo y en general no se usa en el mundo.

² Ver Emmanuel Gaillard and John Savage (eds). Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 1999), párrafo número 103.

Por otra parte, el hecho de que la ley colombiana haya tomado igualmente el criterio de internacionalidad de la jurisprudencia francesa, conduce a ampliar el alcance de la internacionalidad frente a los criterios de la ley modelo contemplados en la ley colombiana. Así, un arbitraje podría ser internacional, aunque las dos partes estén domiciliadas en Colombia y el objeto del contrato se ejecute en Colombia, cuando el mismo afecte el comercio internacional en la forma que más adelante se expone. Además, el sistema colombiano también conduce a considerar internacionales arbitrajes que no lo serían exclusivamente bajo el criterio de la ley francesa. Así, en Francia no sería internacional una controversia cuando ella no afecta el comercio internacional, esto es, no implica transferencia de bienes, servicios o dinero, aun cuando las partes tuvieran su domicilio en estados distintos al suscribir el acuerdo de arbitraje, lo que si ocurre bajo la ley colombiana.

.

1 La aplicación de los criterios y la autonomía de las partes.

Lo primero que debe observarse es que los criterios de internacionalidad no dependen de la voluntad de las partes. En efecto, una de las grandes diferencias entre el régimen actual y el de la ley 315, consiste en que en esta última el arbitraje era internacional cuando se reunían los criterios fijados en la ley y, según ella expresaba, las partes así lo hubieran pactado. Si bien en la ley anterior existió discusión acerca de si era o no realmente necesario que se pactara que el arbitraje era internacional, en la nueva ley dicha referencia a la voluntad de las partes desapareció. Por consiguiente, en esta materia debería seguirse el criterio de la Corte de Casación Francesa³ que ha dicho:

“No corresponde a las partes modificar el régimen interno o internacional del arbitraje, cuya calificación se determina en función de la naturaleza de las relaciones económicas que dan origen al litigio”

2 La aplicación de los criterios de internacionalidad y la aplicación de la ley en el tiempo.

Se ha discutido si el arbitraje internacional es aplicable también respecto de pactos arbitrales celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 1563 de 2012. A este respecto debe observarse, en primer lugar, que como ya se dijo, la internacionalidad no depende de la voluntad de las partes.

³ Sentencia de la Corte de Casación del del 20 de noviembre de 2013. Ver en el mismo sentido Corte de Apelaciones de Paris, 14 junio 2001, Revue d'arbitrage 2001. página 773, nota C. Seraglini; Corte de Casación 1^{re} civ. 6 abril de 1994, Revue d'arbitrage 1995. Página 263, nota P. Level. Corte de Apelaciones de Paris, 24 abril de 1992, Revue d'arbitrage 1992. Página 598, nota C. Jarrosson.

En segundo lugar, debe recordarse que al determinar los efectos de la ley en el tiempo en materia de contratos, el artículo 38 de la ley 153 de 1887, dispone que “En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración”, pero al mismo tiempo establece una excepción en el numeral 1º para “Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato,...”, las cuales se sujetan entonces al principio del efecto general inmediato de la ley, como lo dispone el artículo 40 de la citada ley 153 de 1887, que fue modificado por el artículo 624 del Código General del Proceso. En todo caso debe recordarse que en materia de arbitraje existe una regla particular en materia de tránsito de ley procesal en el tiempo, pues de conformidad con la ley 1563 la misma sólo se aplica a los procesos iniciados con posterioridad a su entrada en vigencia.

Por consiguiente, en la medida en que las normas que regulan el arbitraje internacional se refieren a la forma de reclamar en juicio los derechos, la ley 1563 debe aplicarse a todo trámite que pueda calificarse de internacional de acuerdo con los criterios establecidos en la ley que se inicie a partir de su entrada en vigor.

Partiendo de lo anterior es pertinente examinar los criterios de internacionalidad consagrados por la ley.

3 Primer criterio. El domicilio de las partes.

El artículo 62 de la ley 1563 dispone respecto del primer criterio

“Artículo 62. ...

“Se entiende que el arbitraje es internacional cuando:

“a) Las partes en un acuerdo de arbitraje tengan, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus domicilios en Estados diferentes; o

“ ...

“Para los efectos de este artículo:

“1. Si alguna de las partes tiene más de un domicilio, el domicilio será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje.

“2. Si una parte no tiene ningún domicilio, se tomará en cuenta su residencia habitual.” (se subraya)

Lo primero que debe observarse es que la ley contiene una modificación de redacción frente a la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de Uncitral (en adelante la ley modelo).

La ley modelo dispone en lo pertinente lo siguiente:

“Artículo 1º...

*“3) Un arbitraje es internacional si:
“a) las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes,
o*

“ ...

*“4) A los efectos del párrafo 3) de este artículo:
“a) si alguna de las partes tiene más de un establecimiento, el establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje;
“b) si una parte no tiene ningún establecimiento, se tomará en cuenta su residencia habitual” (se subraya)*

Vale la pena señalar que la versión en inglés de la ley modelo emplea la expresión “place of Business”.

De esta manera, hay una diferencia entre el texto de la ley colombiana y la ley modelo, pues la primera se refiere a que las partes tengan su domicilio en estados diferentes, al paso que la segunda alude a que las partes tengan sus establecimientos en estados distintos.

Esta diferencia puede analizarse de dos maneras: una primera señalando que el legislador colombiano lo que quería era reproducir los criterios de la ley modelo, pero le pareció que desde el punto de vista del derecho colombiano era mejor utilizar el concepto de domicilio, que el de establecimiento. Otra perspectiva es examinar el cambio del texto como una voluntad de modificar el criterio mismo de la ley modelo.

La primera tesis tiene a su favor que en la historia de la ley no consta que se quisiera modificar el criterio de la ley modelo. El legislador quería simplemente adoptar la ley modelo, por lo que el cambio no pretendía una modificación sustancial. En tal sentido, por ejemplo, se expresa en la ponencia para primer debate del Proyecto de Ley en la Comisión Primera del Senado de la República: “...precisamente por la naturaleza internacional del arbitraje, se consideró como lo más prudente y sensato, acoger los estándares internacionales sobre la materia, con el fin de prevenir inconsistencias o asimetrías frente a las disposiciones generalmente aceptadas a nivel internacional en otras jurisdicciones”. La explicación del cambio de la expresión establecimiento por domicilio obedecería al hecho de que la ley colombiana se refiere al concepto de establecimiento de comercio, el cual tiene una noción específica que no necesariamente corresponde al concepto de establecimiento empleado por la ley modelo⁴.

No sobra señalar que la ley 315 de 1996 al definir los criterios de internacionalidad, ya había utilizado también la expresión domicilio en lugar de

⁴ Marco Gerardo Monroy Cabra. Arbitraje Comercial Nacional e Internacional. 2ª ed. Legis, Bogotá, 1998, páginas 252 y 253, al analizar la ley modelo y la ley 315 de 1996 señalaba “que para fijar el concepto de establecimiento hay que acudir al derecho interno;...”.

establecimiento⁵, y bajo dicha ley se había señalado como una explicación del cambio el hecho de que la ley 315 no restringía su campo de aplicación a las controversias comerciales, como lo hace la ley modelo, por lo cual se dijo, se sustituye el concepto de establecimiento, “que es de contenido comercial, por haber eliminado la restricción, y en su lugar se adoptó el concepto de domicilio, que es general y comprende tanto lo civil como lo comercial”⁶.

Si no se quiso entonces cambiar el concepto básico, debería entonces tomarse en consideración el criterio del artículo 64 de la ley que dispone “*En la interpretación del arbitraje internacional habrán de tenerse en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe*”, el cual igualmente está consagrado en el artículo 7º de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías. Dicho criterio ha implicado en otros países que también han adoptado la ley modelo, que las Cortes al interpretar la ley examinen la aplicación que se ha hecho de la misma en otros países. Desde esta perspectiva es entonces procedente analizar la ley 1563 en materia internacional como desarrollo de la ley modelo y, por consiguiente, en relación con el criterio que se examina, hacer referencia a los antecedentes de la ley modelo y a la forma como la misma ha sido aplicada en diversos países.

En cuanto a los antecedentes de la ley modelo vale la pena señalar el documento A/cn.9/264 de la Uncitral titulado “Analytical Commentary on Draft Text of a Model Law on International Commercial Arbitration. Report of the Secretary—General” en el cual en relación con el criterio que se analiza, que ya aparecía en ese momento en el proyecto de la ley modelo, se explica que el mismo se tomó de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional, la cual dispone en su artículo 1º “La presente Convención se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes...”.

La solución de la ley modelo en materia de arbitraje busca la coherencia del régimen de derecho internacional privado, pues si para determinar si hay una compraventa internacional hay que establecer si las partes tienen su establecimiento en estados diferentes, para establecer si un arbitraje es internacional, es lógico tomar en cuenta un criterio análogo.

Por consiguiente, para precisar el concepto de establecimiento en los citados textos internacionales es pertinente acudir a la forma como se ha interpretado y aplicado la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional.

⁵ Decía el artículo 1º de la Ley 315 de 1996: “Artículo 1º. *Criterios determinantes.* Será internacional el arbitraje cuando las partes así lo hubieren pactado, siempre que además se cumpla con cualquiera de los siguientes eventos: 1. Que las partes, al momento de la celebración del pacto arbitral, tengan su domicilio en Estados diferentes.’ 2. Que el lugar de cumplimiento de aquella parte sustancial de las obligaciones directamente vinculada con el objeto del litigio se encuentre situado fuera del Estado en el cual las partes tienen su domicilio principal....” (se subraya)

⁶ Marco Gerardo Monroy Cabra. Ob cit, página 252.

En relación con este aspecto señala Schechtriem⁷, quien participó en la redacción de la Convención de Viena, que el término “place of business”, que en el texto oficial en español de la Convención corresponde a “establecimiento”, supone una presencia en un lugar con alguna duración y con poderes para comprometer por parte de quienes están en dicho lugar. Igualmente, Honnold, quien también participó en la redacción de la Convención, expresa que durante la negociación de la Convención algunos delegados estaban preocupados porque la expresión “place of business” pudiera ser interpretada para incluir la habitación del hotel u otro lugar en que un agente viajero podía conducir negociaciones. Agrega que la mayoría de los delegados concluyeron que una estadía temporal no permite establecer un “place of business”. Por ello señala Honnold que el término “place of business” que corresponde en el texto oficial francés a “établissement” y en texto oficial en español a “establecimiento”, es inconsistente con un lugar temporal.⁸ Así mismo otros analistas de la Convención de Viena han señalado⁹ que el establecimiento es el lugar donde está localizado el centro de la actividad de negocios, lo que se vincula con el Estado en el cual el negocio es dirigido, siempre que quien está allí tenga un poder autónomo, elemento clave en la definición.

En este sentido es pertinente señalar que en un fallo del 28 de febrero de 2000, la Corte de Stuttgart en Alemania analizó un caso en cual un comprador español negoció con una empresa en España, llamada D S.A. Madrid, un producto elaborado por una empresa alemana denominada D. La orden del comprador español fue enviada al vendedor español (D S.A Madrid) pero todas las demás comunicaciones fueron con el fabricante alemán (D) que envió el producto al comprador. La Corte consideró que el contrato era internacional y sujeto a la Convención de Viena. A tal efecto expresó que aunque la empresa española pudo haber actuado como si fuera el establecimiento, legalmente no tenía poderes para vincular al fabricante alemán. Además, consideró que aun si la empresa D Madrid fuera un establecimiento, la sede del fabricante alemán tenía más estrecha relación con la operación. Por ello consideró que las partes tenían su establecimiento en estados diferentes¹⁰.

Otro caso que se puede examinar es el fallado por la Corte de Köln en Alemania el 13 de noviembre de 2000. En este caso se trataba de un contrato celebrado entre una empresa italiana como vendedor y una empresa alemana como compradora. El contrato fue negociado por un agente en Alemania que actuó a nombre de la empresa italiana. La Corte señaló que el agente no tenía poder para celebrar el contrato, lo cual conocía la empresa alemana. Además, la empresa alemana si bien negoció con el agente de vendedor italiano, dirigió directamente la orden de compra al vendedor en Italia, así como otra correspondencia. Así mismo, los bienes que en opinión del comprador eran defectuosos fueron reenviados a Milán en Italia y no a Alemania para colocarlos

⁷ Uniform Sales Law - The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods disponible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem-10.html>.

⁸ John O. Honnold, Uniform Law for International Sales, 3rd ed., Kluwer (1999) página 132.

⁹ Allison E. Butler "Place of Business": Comparison between Provisions of the CISG (Article 10) and Counterpart Provisions of UNIDROIT (Article 1.10) August 2004. Disponible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles/uni10.html>.

¹⁰ Disponible en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000228g1.html>.

en las manos del vendedor italiano. Por todo ello consideró la Corte que las partes tenían su establecimiento en estados diferentes y la Convención de Viena era aplicable¹¹.

La jurisprudencia francesa por otra parte analizó el caso de una empresa francesa que ordenó varios componentes a una firma alemana a través de sus agentes en Francia. La parte alemana sostenía que no había venta internacional. La Corte de apelación de París en un fallo del 22 de abril de 1992 aplicó la Convención para lo cual consideró que la venta era internacional y que el establecimiento de la empresa alemana no estaba Francia. Señaló la Corte que la oficina francesa que actuaba por la empresa alemana no tenía un estatus corporativo propio y era simplemente una agencia comercial¹².

En un caso fallado por un tribunal arbitral bajo las reglas de la CCI¹³ se analizó el caso de una venta de una mercancía entre una empresa en China y otra en Austria. La empresa austriaca tenía una oficina de contacto en China, que estuvo envuelta en la negociación; sin embargo, el tribunal arbitral consideró que las partes tenían su establecimiento en estados diferentes (Austria y China) por lo que era aplicable la Convención

Todo lo anterior indica que bajo la perspectiva de la Convención de Viena no se considera un establecimiento las oficinas de una empresa que no tienen la capacidad de decidir el negocio y contratar, tampoco las instalaciones meramente transitorias.

Ahora bien, es claro que una empresa puede tener varios establecimientos y ello es lo que justifica que la Convención de Viena y la ley modelo hayan establecido una regla para este caso.

La Convención señala en su artículo 10 que cuando una de las partes tiene más de un establecimiento, el que se tome en cuenta para efectos de determinar si es una venta internacional, será el que guarde la relación más estrecha con el contrato y su cumplimiento, habida cuenta de las circunstancias conocidas o previstas por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración. Señala la doctrina que para efectos de determinar cuál establecimiento se toma la Convención rechazó la teoría de la principal sede negocios (theory of the principal place of business)¹⁴, para hacer referencia a la que tiene la relación más estrecha. Además de acuerdo con la Convención para saber cuál es el establecimiento con la relación más estrecha, deben tomarse en cuenta las circunstancias conocidas o contempladas por las

¹¹ Disponible en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/001113g1.html>.

¹² Fauba France FDIS GC Electronique v. Fujitsu Microelectronik GmbH. Disponible en <http://www.cisg.fr/decision.html?lang=fr>.

¹³ ICC Arbitration Case No. 7531 of 1994 (*Scaffold fittings case*) disponible en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/947531i1.html>.

¹⁴ Franco Ferrari. Specific Topics of the CISG in the Light of Judicial Application and Scholarly Writing. En sentido semejante el documento de Uncitral A/CN.9/264.

partes antes de la conclusión del contrato¹⁵. No importa que haya cambios después de la celebración del contrato. Lo anterior tiene por propósito dar certeza a las partes sobre el régimen aplicable al contrato. Es precisamente por ello que la Convención impone tener en cuenta las circunstancias conocidas o previstas por las partes al celebrar el contrato.

Ahora bien, en el documento de la Secretaria de Uncitral sobre la ley modelo de arbitraje¹⁶, ya citado, se señala que el criterio del establecimiento con la relación más estrecha, fue adoptado en la ley modelo porque es el que mejor toma en cuenta las expectativas de las partes y en particular para ser consistente con la Convención de Viena. Desde esta perspectiva debe observarse que el respeto a las expectativas de las partes impone sólo tomar en cuenta para determinar el domicilio o establecimiento al que se encuentra vinculado el acuerdo las circunstancias conocidas o previstas por las partes al celebrarlo.

En todo caso debe observarse una diferencia entre el criterio de la Convención de Viena sobre compraventa y el de la ley modelo de arbitraje, pues el primero hace referencia al establecimiento que tiene relación más estrecha con el contrato y su cumplimiento, en tanto que el segundo alude a la relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje, lo que implica tomar en cuenta exclusivamente su celebración.

En relación con el criterio que se analiza es pertinente señalar que la Corte Federal de Distrito del Distrito Norte de California en decisión del 30 de julio de 2001, analizó bajo las reglas de la Convención de Viena un contrato celebrado por un comprador situado en USA y un vendedor que tenía la característica de ser una empresa norteamericana que a su turno tenía establecimientos en Canadá y Estados Unidos. La Corte consideró que la controversia se sujetaba a la Convención de Viena sobre Compraventa para lo cual señaló que el bien era producido por el vendedor en Canadá, donde la empresa tenía su Dirección General, oficina de marketing, departamento de relaciones públicas y bodega principal. Además, el vendedor desarrolló la mayor parte de su actividad de diseño e ingeniería allí. Por ello la Corte consideró que Canadá era lugar más estrechamente relacionado, a pesar de la existencia de contratos con ingenieros en USA, cuando se desarrollaron y diseñaron los componentes. Agregó la Corte que a pesar de que comprador envió su orden de pedido a un distribuidor independiente en California, el acuerdo de garantía fue celebrado directamente con el vendedor¹⁷.

En sentencia del 20 febrero de 1997 proferida por un Tribunal suizo,¹⁸ se analizó el caso de una Compañía austriaca que celebró un contrato de compraventa con la oficina suiza de una empresa con sede en Liechtenstein para la compra y

¹⁵ Franco Ferrari, ob cit.

¹⁶ A/CN.9/264

¹⁷ Caso Sante Technologies, Inc. v. PMC-Sierra, Inc. Disponible en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/010727u1.html>.

¹⁸ Disponible en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970220s1.html>.

transporte de un bien a Rusia. Como el contrato no se cumplió, se discutió si la Convención de Viena era aplicable, pues Suiza es parte de la Convención, en tanto que no lo era Liechtenstein. El Tribunal suizo señaló que era la oficina en Suiza y no la que se encontraba en Liechtenstein el lugar con más estrecha relación con el contrato y su cumplimiento

En el 2003 la Corte de Singapur se pronunció sobre un caso¹⁹ referido a un contrato entre una empresa que había sido incorporada y tenía su oficina principal en Japón, pero que también tenía una oficina operacional en Singapur. La Corte consideró que dicha empresa tenía dos establecimientos y concluyó que el que tenía la relación más estrecha con el conflicto era Japón por las siguientes razones: porque el lugar de cumplimiento por parte de la empresa era Japón; el principal negociador de la empresa era de Japón y no de la oficina de Singapur, y cualquier comunicación formal a la empresa japonesa debía ser enviada a la casa principal en Japón. Adicionalmente en el contrato se usó la dirección de Japón y no Singapur.

En una sentencia del 12 de abril de 2016 de la Corte de Alberta en Canadá se analizó un caso²⁰ en el cual las demandadas tenían su sede en Canadá y la demandante afirmaba que tenía negocios en Tokio y en Houston. Una de las demandadas argumentaba que la demandante tenía su establecimiento en Canadá, y señalaba que la preparación y las reuniones respectivas se realizaron en Canadá a nombre de la demandante, que la demandante estaba registrada en Alberta como extra provincial y había comenzado a desarrollar negocios en esa provincia. Finalmente señaló la demandada que la demandante atendió el cierre de la transacción en Canadá

La Corte concluyó que las partes tenían diferentes establecimientos al concluir el acuerdo. Señaló la Corte canadiense que el establecimiento de la demandante era el lugar donde se tomaban sus decisiones de negocios y que en este caso fue Tokio o EEUU. La Corte rechazó el argumento que la sede de los negocios puede ser determinado por el lugar de incorporación.

De esta manera, cuando hay varios establecimientos para determinar aquél que tiene la más estrecha relación se toma en cuenta el lugar donde se toman las decisiones y se celebra el respectivo negocio, con quién se desarrollan las negociaciones, y no se toman en cuenta aquellas oficinas que simplemente sirven de enlace o representación. Tampoco se parte de la base que el establecimiento tiene que ser el lugar de incorporación de la empresa.

En todo caso conviene recordar que en el documento de Uncitral ya citado se señaló que se acudía al concepto de establecimiento para tomar en cuenta las expectativas de las partes, es decir que debe examinarse con quién entendía

¹⁹ Caso Mitsui Engineering and Shipbuilding Co. Ltd. v. PSA Corp, Keppel Engineering Pte. Ltd., High Court.

²⁰ Caso de Toyota Tsusho Wheatland Inc. (TTWI) contra Encana Corporation (Encana) y PrairieSky.

estar contratando la otra parte, si con el establecimiento que tiene su sede en su mismo país o con la que lo tiene en otro.

Este mismo análisis podría aplicarse para determinar en caso de pluralidad de domicilios el que tiene la más estrecha relación con el acuerdo de arbitraje, para determinar si el arbitraje es o no internacional.

De otra parte, como ya se expresó, en torno al cambio de la expresión establecimiento por el de domicilio en la ley 1563, otro análisis es posible, aunque el mismo no parece corresponder a los antecedentes de la ley, el cual parte de considerar que el legislador colombiano al cambiar la expresión prefirió acudir a un concepto distinto. Desde esta perspectiva lo primero que debe observarse es que en la medida en que se trataría de un cambio frente a la ley modelo, para determinar su alcance no se acudiría a la aplicación de la ley modelo, sino a la concepción propia del derecho nacional.

Por lo demás si se quiere analizar el problema desde la perspectiva del derecho internacional privado no sobra señalar que cuando la doctrina internacional en derecho internacional privado analiza el concepto de domicilio como criterio para determinar el ordenamiento jurídico competente señala que dicho domicilio debe ser determinado conforme a su legislación. Así en el caso francés se acude a los artículos 102 y siguientes del Código Civil Francés²¹.

Lo anterior confirma que, si se quiere dar un tratamiento particular al concepto de domicilio, se debe acudir a las reglas básicas que consagran los artículos 76 y siguientes del Código Civil y las normas pertinentes del Código de Comercio.

En este sentido el artículo 78 establece que el lugar donde un individuo “ejerce habitualmente su profesión u oficio, determina su domicilio civil o vecindad”. Agrega el artículo 79 que no se tiene domicilio por el solo hecho de habitar una casa, cuando en otra parte se tiene el hogar doméstico o si aparece que es accidental, como la del viajero, o la del que ejerce una comisión temporal, o la del que se ocupa en algún tráfico ambulante. Pero señala el artículo 80 que “se presume desde luego el ánimo de permanecer y avecindarse en un lugar, por el hecho de abrir en él tienda, botica, fábrica, taller, posada, escuela y otro establecimiento durable, para administrarlo en persona; por el hecho de aceptar en dicho lugar un empleo fijo de lo que regularmente se confieren por largo tiempo; y por otras circunstancias análogas.” Agrega el artículo 81 que “El domicilio civil no se muda por el hecho de residir el individuo largo tiempo en otra parte, voluntaria o forzosamente, conservando su familia y el asiento principal de sus negocios en el domicilio anterior.” Precisa el artículo 84 que cuando “ocurran en varias secciones territoriales, con respecto a un mismo individuo, circunstancias constitutivas de domicilio civil, se entenderá que en todas ellas lo tiene; pero si se trata de cosas que dicen relación especial a una de dichas secciones exclusivamente, ella sola será para tales casos el domicilio civil del individuo”

²¹ Pierre Mayer, Vicent Heuze, Droit International Prive. Ed Montchrestien, 8a ed. Paris 2004, página 129.

De esta manera, del texto del Código Civil se desprenden varias consideraciones importantes. De una parte, que el domicilio no corresponde al lugar en que una persona se encuentra de manera accidental, y de otra, que pueden existir varios domicilios y en tal caso se entenderá que el que corresponde es el que tiene relación con el asunto de que se trate.

Por su parte el artículo 86 del Código Civil establece que el domicilio de los establecimientos, corporaciones y asociaciones reconocidas por la ley, es el lugar donde está situada su administración o dirección, salvo lo que dispusieren sus estatutos o leyes especiales.

Si se revisa el régimen societario se aprecia que el mismo hace referencia al domicilio principal, así como al domicilio de las sucursales. Así, el artículo 110 del Código de Comercio dispone que los estatutos sociales deben contener “3o) El domicilio de la sociedad y el de las distintas sucursales que se establezcan en el mismo acto de constitución;...” Igualmente el artículo 111 establece la obligación de inscribir la escritura de la sociedad en su domicilio principal y “ Si se abren sucursales o se fijan otros domicilios, dicha escritura deberá ser registrada también en las cámaras de comercio que correspondan a los lugares de dichas sucursales, si no pertenecen al mismo distrito de la cámara del domicilio principal”.

Por su parte el artículo 471 del Código de Comercio establece que “Para que una sociedad extranjera pueda emprender negocios permanentes en Colombia, establecerá una sucursal con domicilio en el territorio nacional, para lo cual cumplirá los siguientes requisitos:...”. Así mismo, el artículo 472 del Código de Comercio señala que “La resolución o acto en que la sociedad acuerda conforme a la ley de su domicilio principal establecer negocios permanentes en Colombia, expresará:...“3o) El lugar escogido como domicilio;”.

De esta manera, a la luz del derecho colombiano parece posible sostener que el domicilio no es sólo el domicilio principal sino que las sucursales también generan un domicilio.

En esta medida es discutible la tesis que sostiene que en tratándose de sociedades, para determinar la existencia de un arbitraje internacional sólo puede tomarse en cuenta el domicilio principal. En efecto, la ley no limitó el concepto de domicilio a este último, lo cual por su naturaleza incluye el de las sucursales, y la propia ley 1563 parte de la base que las partes pueden tener varios domicilios, caso en el cual debe establecerse cuál es el domicilio que guarda una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje.

En este punto debe observarse que en la medida en que la ley toma en cuenta si las partes al momento de celebración del acuerdo tienen domicilio en estados diferentes, cuando existen varios domicilios la determinación de cuál es el que tiene la relación más estrecha debe hacerse tomando en consideración la situación existente al suscribir el acuerdo de arbitraje, y para ello podría acudir

a los criterios que se han empleado al aplicar la Convención de Viena sobre Compraventa y la ley modelo, a los que se ha hecho referencia.

Finalmente no sobra destacar que durante la discusión de la ley modelo se debatió si debía incluirse como criterio de internacionalidad que la propiedad de la empresa fuera extranjera o que existiera un sustancial control extranjero, pero dichos criterios no se incluyeron, por el carácter controversial de los mismos²².

De esta manera en relación con el primer criterio son posibles las siguientes conclusiones:

1. El legislador no utilizó en este criterio la misma terminología que emplea la ley modelo, pues en lugar de referirse al establecimiento hizo referencia al domicilio, lo cual puede interpretarse de una de dos formas: la primera, en el sentido de que el legislador buscó emplear un término claro en derecho colombiano y evitar confusiones, pero no alterar el sentido de la ley modelo, o la segunda, que el legislador colombiano se apartó en este punto de la ley modelo. La historia de la ley muestra que lo que se buscaba era adoptar la ley modelo con algunos ajustes teniendo en cuenta la jurisprudencia de la Corte Constitucional, por lo que parece preferible el primer criterio.
2. Si se considera que el término domicilio busca reflejar jurídicamente el concepto de establecimiento de la ley modelo, debe recordarse que el término establecimiento fue tomado de la Convención de Viena de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional. En la aplicación de este último instrumento internacional la doctrina y la jurisprudencia han tomando en cuenta que el establecimiento no debe corresponder a una presencia ocasional o transitoria y supone el poder de comprometer a una empresa y tomar una decisión de contratar.
3. Si se considera que el legislador modificó el criterio de la ley modelo al emplear la expresión establecimiento, debe observarse que el domicilio debe definirse en los términos del Código Civil, y por lo mismo en el caso de personas naturales corresponde al lugar en que una persona ejerce habitualmente su profesión u oficio. Así mismo, la ley presume la existencia de un domicilio donde se tiene un establecimiento durable para administrarlo en persona. En el caso de sociedades, el domicilio corresponde al fijado en los estatutos, pero las sucursales dan lugar también a un domicilio.
4. De acuerdo con la ley una persona puede tener varios domicilios, y en tal caso debe tomarse en cuenta el que guarde relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje. Si se toma en cuenta la aplicación de la Convención de Viena sobre Compraventa y la ley modelo para determinar dicha relación más estrecha, se concluye que se toma en cuenta el domicilio

²² Howard M. Holtzmann and Joseph E. Neuhaus , A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 1989) página 31.

correspondiente a la sede que tomó la decisión de contratar. Es importante destacar que en la discusión de la Convención de Viena se rechazó como criterio el que implica tomar exclusivamente la sede principal de los negocios, por lo que en cada caso debe hacerse un examen sobre cuál domicilio tiene una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje.

5. En todo caso para determinar cuál domicilio guarda mas estrecha relación con el acuerdo de arbitraje deben tomarse en cuenta las circunstancias que las partes conocían al celebrar el acuerdo.

4 Segundo criterio. El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, está situado fuera del Estado en el cual las partes tienen sus domicilios.

El artículo 62 en lo pertinente dispone:

“Artículo 62. ...

“Se entiende que el arbitraje es internacional cuando:

“ ...

“b) El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, está situado fuera del Estado en el cual las partes tienen sus domicilios;

o

“ ... ”

En relación con este criterio lo primero que debe observarse es que el mismo contiene dos reglas distintas: la primera, que “el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones... está situado fuera del Estado en el cual las partes tienen sus domicilios”, y la segunda, que “el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, está situado fuera del Estado en el cual las partes tienen sus domicilios”.

En cuanto se refiere a la primera regla en el Reporte de la Secretaría General de Uncitral sobre el proyecto de ley modelo se señaló²³ que este elemento puede presentarse en el caso en el que dos partes ubicadas en un país concluyen un acuerdo para distribución en un mercado extranjero o cuando un contratante emplea a un subcontratista para ejecutar ciertas partes de un proyecto de construcción en el exterior. Agregó la Secretaría que como el acuerdo arbitral puede cubrir cualquier disputa vinculada con la relación no es necesario que la disputa misma se refiera al elemento internacional.

²³ Report of the Secretary-General (A/CN.9/264) página 13.

En este punto en el caso *Fung Sang Trading Limited v Kai Sun Sea Products and Food Company Limited*, decidido en 1991 por la High Court de Hong Kong, la misma precisó que si bien el contrato se había celebrado entre dos partes de Hong Kong, el contrato tenía por objeto suministrar soya en China, luego una parte sustancial de las obligaciones se ejecutaba fuera de Hong Kong, por lo que era internacional²⁴.

La segunda regla que se deriva del criterio que se analiza toma en cuenta que el “lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, está situado fuera del Estado en el cual las partes tienen sus domicilios”. En este caso es posible que la parte sustancial de las obligaciones derivadas del contrato se ejecute en el mismo lugar en que las partes tienen sus establecimientos, pero la controversia se refiera al cumplimiento de una obligación que no era la parte sustancial del contrato y la misma tiene una relación más estrecha con otro estado, porque se ejecutó allí. En tal caso la controversia sobre este asunto dará lugar a un arbitraje internacional.

En el caso *D Heung and Associates, Architects and Engineers v Pacific Enterprises (Holdings) Company Limited*, fallado por la Corte de Hong Kong en 1995, la misma se refirió a un contrato entre dos empresas de Hong Kong, cuyo objeto era el diseño de un proyecto en China. A pesar de que parte de las obligaciones se ejecutaron en Hong Kong, la Corte consideró que era internacional, porque la materia en disputa estaba más relacionada con China y porque una parte sustancial de las obligaciones del demandado era el diseño y supervisión de ese proyecto.

En otro caso decidido por las Cortes de Singapur el 19 de octubre de 2009²⁵ se discutía si era internacional un arbitraje que versaba sobre la terminación de un contrato entre dos empresas en Singapur, la Corte señaló, además de otros criterios, que la materia de la disputa estaba estrechamente conectada con Singapur porque la terminación del contrato de distribución se hizo en Singapur, las partes eran entidades de Singapur, la sede del arbitraje era Singapur y la ley aplicable era Singapur. Sin embargo, concluyó que deberían aplicarse las reglas de arbitraje internacional, teniendo en cuenta un criterio que se encuentra en la ley modelo y en la ley de Singapur, pero no en la ley colombiana y que consiste en que “las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado”. A tal efecto señaló la Corte que las partes pactaron que se aplicarían las SIAC Rules 2007 lo cual para la Corte significó que las partes habían acordado que se aplicaría la parte II de la IAA, relativa al arbitraje internacional²⁶.

²⁴ Citada por Nadja Alexander , *International and Comparative Mediation, Global Trends in Dispute Resolution, Volume 4* (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2009) página 393.

²⁵ *Cars & Cars Pte Ltd v. Volkswagen AG*, High Court, 960/2008, RA 136/2009, 19 October 2009 en Michael Hwang, *Cars & Cars Pte Ltd v. Volkswagen AG*, High Court, 60/2008, RA 136/2009, 19 October 2009, A contribution by the ITA Board of Reporters. Kluwer.

²⁶ Disponible en <http://www.singaporelaw.sg/sglaw/laws-of-singapore/case-law/free-law/high-court-judgments/13871-car-amp-cars-pte-ltd-v-volkswagen-ag-and-another-2009-sghc-233>.

En un caso fallado el 26 de septiembre de 2013, la Corte de Ontario²⁷ se pronunció sobre la naturaleza del arbitraje en una controversia entre dos empresas canadienses que eran parte en un contrato en que una parte vendía a la otra zanahorias para que ésta la procesara y se las revendiera. Se discutió si el arbitraje era internacional, porque el comprador del producto procesado lo vendía a una empresa de California. La Corte consideró que el lugar con más estrecha relación con la controversia era Ontario, pues la relación jurídica existía entre dos empresas de Ontario y el comprador de California era simplemente un consumidor de una de las partes.

Finalmente, en relación con los criterios de la ley modelo se debe señalar que el elemento internacional debe tener importancia en el caso concreto.

En este sentido la Corte Suprema de Justicia de Chile en un fallo del 28 de julio de 2008 señaló²⁸: “no todo elemento extranjero transforma el caso en internacional, sino que es menester que las consecuencias de los hechos demanden una reglamentación que corresponda a su carácter internacional. Por consiguiente, para que se trate de un auténtico caso de derecho internacional, ese elemento extranjero debe ser relevante, esto es, importante o significativo”.

Por otra parte, como se verá a continuación las cortes francesas en algunos casos ha excluido tomar en cuenta para calificar el arbitraje un elemento extranjero que no tiene trascendencia frente a la controversia.

De lo expuesto se desprende en relación con este criterio:

1. De acuerdo con el mismo el arbitraje será internacional si el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones se encuentra fuera del estado en que las partes tienen sus domicilios. De conformidad con los antecedentes de la norma, basta esta circunstancia para que el arbitraje sea internacional, así el punto en controversia no tenga que ver con el elemento internacional.
2. Igualmente, el arbitraje es internacional cuando a pesar de que parte sustancial de las obligaciones se ejecute en el mismo estado en que las partes tienen su domicilio, el objeto del litigio tiene relación más estrecha con un lugar distinto al estado en que tienen domicilio las partes.

5 Tercer criterio: La controversia sometida a decisión arbitral afecte los intereses del comercio internacional.

El tercer criterio adoptado por la ley 1563 establece:

“Se entiende que el arbitraje es internacional cuando:

²⁷ Henri C. Alvarez, R & G Draper Farms (Keswick) Ltd v. 1758691 Ontario Inc. (c.o.b. ATV Farms), Court of Justice of Ontario (OCJ), CV-12-449220 Case Date 26 September 2013, A contribution by the ITA Board of Reporters, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International).

²⁸ Mar lex Limitada con European Industrial Engineering, Corte Suprema de Chile, Rol 2026-2007, 28 de julio de 2008.

“ ...

“c) La controversia sometida a decisión arbitral afecte los intereses del comercio internacional.

“ ...”

En este punto conviene recordar que este criterio es tomado del derecho francés, donde inicialmente fue formulado por la jurisprudencia²⁹ y posteriormente fue adoptado por el legislador³⁰. Este criterio ha sido criticado entre nosotros por su vaguedad, pero si se examina la jurisprudencia francesa se encuentra que en la mayoría de los casos su aplicación es muy clara.

5.1 El criterio general

Ha señalado la jurisprudencia francesa que el criterio que se analiza hace referencia a una “definición exclusivamente económica del arbitraje internacional de conformidad con la cual es suficiente que el litigio sometido al árbitro se refiera a una operación que no se desarrolla económicamente en un solo estado”³¹.

Así mismo se ha dicho que “el carácter internacional del arbitraje debe ser determinado en función de la realidad económica del proceso con ocasión del cual se pone en marcha; a este respecto es suficiente que la operación económica realice una transferencia de bienes, servicios o fondos a través de las fronteras; la nacionalidad de las partes, la ley aplicable al contrato o al arbitraje, así como el lugar del arbitraje son por el contrario inoperantes”³².

Debe señalarse que la jurisprudencia francesa ha precisado que la noción de comercio internacional no guarda relación con la noción de acto de comercio del Código de Comercio³³, sino con una operación de intercambio de bienes o de servicios o dinero.

²⁹ El criterio aparece por primera vez en 1927 en las conclusiones del abogado general Matter en el proceso *Pélissier du Besset v. The Algiers Land and Warehouse Co. Ltd.*, D.P., Pt. I, at 25 en el que se dijo: “Para que pueda ser así calificado, es necesario que el contrato produzca un movimiento de flujo y reflujo más allá de las fronteras, de consecuencias recíprocas en un país y en otro”. Posteriormente la jurisprudencia va a dejar de exigir el flujo y reflujo a través de las fronteras, para limitarse a una transferencia.

³⁰ El artículo. 1492 del Nuevo Código de Procedimiento Civil Francés dispone: “Es internacional el arbitraje que pone en juego los intereses del comercio internacional”.

³¹ Sentencias de la Corte de Apelaciones de París, del 17 de enero de 2002, *Revue d'arbitrage* 2002. página 391, nota J.-B. Racine, y 14 junio de 2001, *Revue d'arbitrage* 2001. Página 805, 9e esp., obs. Y. Derains. En el mismo sentido sentencia del 22 de noviembre de 2007.

³² Corte de Apelaciones de París (1re Ch. suppl.) del 14 de marzo de 1989, *Société Murgue Seigle v. société Coflexip*.

³³ Corte de Apelaciones de París (1Ch. C), sentencia del 13 June 1996, *Société KFTCIC v. société Icori Estero et autre*, *Revue de l'Arbitrage*, 1997, Volume 1997 Issue 2) páginas 251 – 257.

Es importante destacar que en el derecho francés el arbitraje será doméstico si el único elemento no francés es el hecho de que una de las partes no es francesa³⁴ o que las compañías francesas son controladas por entidades no francesas³⁵ o que el arbitraje se desarrolla ante instituciones arbitrales internacionales como la CCI³⁶.

Por consiguiente, lo que se toma en consideración en derecho francés para determinar si una controversia afecta el comercio internacional es la realidad económica a la que se refiere y no otros aspectos del arbitraje o sus consecuencias. Así es irrelevante que para poder pagar la eventual condena una empresa demandada en un arbitraje debiera recurrir a sus socios en el exterior.

Es de agregar que la doctrina ha señalado que existe una correlación estrecha entre el contrato y el arbitraje. En tal sentido señala Philippe Leboulanger³⁷ que es porque el contrato es internacional que el arbitraje lo será. Es decir que la internacionalidad del arbitraje procede de la internacionalidad del contrato al cual se refiere la controversia.

5.2 No se requiere que la controversia afecte exclusivamente los intereses del comercio internacional, pero si la afectación debe ser relevante.

De acuerdo con el texto la ley 1563 si se presenta alguno de los criterios fijados por la ley, el arbitraje es internacional, aun cuando no se presenten los otros. Ahora bien, en un caso concreto pueden existir elementos que afecten el comercio internacional y otros que no lo hagan. En la medida en que la ley sólo exige que la controversia afecte los intereses del comercio internacional, y no que lo haga exclusivamente, pueden existir otros elementos de carácter nacional en la controversia, que no impiden que el arbitraje sea internacional. En este mismo sentido es pertinente señalar que la Corte de Apelaciones de Paris en un fallo del 29 de marzo de 2001 se pronunció en relación con un arbitraje que versaba sobre tres contratos de coproducción de películas, dos de ellos calificados de internacionales. Por acuerdo de las partes se adelantó un solo arbitraje. La Corte consideró que se trataba de un arbitraje internacional, a pesar de que uno de los contratos no era internacional. Señaló la Corte que un arbitraje sólo puede ser objeto de una calificación sea la de internacional o interno³⁸. Lo

³⁴ Corte de Apelaciones de Paris, Sentencia del 26 de mayo de 1992, Guyapêche v. Abba Import Aktiebolag, 1993 Revue d'arbitrage, página 624.

³⁵ Corte de Apelaciones de Paris, sentencia del 28 de noviembre de 1996, CN France v. Minhal France, 1997 Revue d'arbitrage, página 380.

³⁶ Corte de Apelaciones de Paris, sentencia del 11 de abril de 1996, OIP v. Pyramide, Revue d'arbitrage 1996, página 467. Emmanuel Gaillard and John Savage (eds), Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 1999), párrafo número 122.

³⁷La notion d'interets" du commerce international. Revue d'arbitrage. 2005, página 501 .

³⁸ Corte de Apelaciones de Paris 29 mars 2001, Carthago Films c/ Babel Productions, Rev. arb. 2001. 543, nota D. Bureau.

anterior llevó a la doctrina a señalar que el hecho de que haya algunos elementos de carácter interno o doméstico no impide que haya un arbitraje internacional.³⁹

Sin embargo, el hecho de que exista un elemento internacional no le otorga tal carácter al arbitraje, cuando tal elemento carece de relevancia.

Así, en un caso fallado el 12 de noviembre de 1993 por la Corte de Apelaciones de París se analizó un arbitraje relativo a una controversia entre dos empresas francesas sobre las cuentas por la coproducción de una película francesa, en la cual el elemento extranjero consistía en que una escena se había rodado en el exterior y se habían hecho algunas ventas al exterior. La Corte consideró que el arbitraje era doméstico.⁴⁰

Así mismo, en sentencia del 12 de enero de 2011 la Corte de Casación señaló que la afectación de los intereses del comercio internacional no debe ser puramente contingente o accesoria respecto del litigio sometido al arbitraje⁴¹.

En este caso, la decisión de la Corte se refirió a una controversia entre un abogado inscrito en la barra de París, así como en Nueva York, y asociado en dos sociedades de derecho inglés, cuyos estatutos contenían una cláusula compromisoria. El abogado fue retirado de dichas sociedades y se inició un proceso arbitral que concluyó con un laudo cuya anulación se solicitó.

La Corte señaló que “es internacional el arbitraje que pone en juego los intereses del comercio internacional; sin embargo, cuando la puesta en tela de juicio de los intereses del comercio internacional es puramente contingente o accesoria respecto del litigio sometido a arbitraje, este debe ser considerado como interno en cuanto los elementos fundamentales del litigio son extraños a los intereses del comercio internacional”. Advirtió la Corte que en caso concreto, al limitarse la corte de apelaciones a considerar que el arbitraje ponía en juego los intereses del comercio internacional por cuanto “la remuneración de la señora X...en cuanto asociada provenía en su origen de una cuenta bancaria situada en Inglaterra, de manera que una transferencia de fondos se había producido, sin examinar como se demandó expresamente..., si la circunstancia que en el litigio oponía a un asociado francés de una oficina de abogados establecida en Francia e inscrito en la barra del París, implicaba violación de diversas reglas profesionales propias de los abogados franceses”. Señaló la Corte que para calificar el arbitraje no se debía considerar un elemento puramente accesorio, como es el hecho de que la remuneración haya dado lugar al movimiento de fondos transfronterizos, por lo que el arbitraje debía ser considerado como interno.

Agregó igualmente la Corte que “el arbitraje que versa sobre un litigio relativo al ejercicio de la profesión sobre el territorio nacional que ponen juego las reglas profesionales y deontológicas de los abogados debe ser considerado como

³⁹ Nota de Dominique Bureau, *Revue de l'Arbitrage*, 2001, Volume 2001 páginas 543 – 558.

⁴⁰ Corte de Apelaciones de París, sentencia del 12 de noviembre de 1993, *Alexandre Films v. Partners Production*, *Revue d'arbitrage* 1995, página 68.

⁴¹ Disponible en <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000023435511>

interno, poco importa que se pongan en juego de forma accesorio o contingente los intereses del comercio internacional, en la medida en que la Corte de Apelaciones debe ser investida de plena jurisdicción cuando conoce de un recurso contra la sentencia, de manera que pueda ejercer el control más amplio que le es reconocido sobre los abogados inscritos en la barra...”

Como se puede apreciar, en esta sentencia la Corte reconoce que, si lo realmente importante de la controversia no guarda relación con el elemento internacional, sino con elementos puramente internos, no debe considerarse que haya lugar a un arbitraje internacional. En todo caso no sobra destacar que en este caso se trataba de aplicar reglas imperativas propias del ejercicio de la profesión, sobre cuya aplicación consideró la Corte debía mantenerse la competencia plena de la jurisdicción francesa.

5.3 La afectación al comercio internacional debe existir al iniciarse el arbitraje

Ha señalado la jurisprudencia⁴² y la doctrina francesa que la noción de internacionalidad se debe examinar al momento en que se comienza el arbitraje. Por ello, si durante la ejecución del contrato y antes del inicio del arbitraje se produce la cesión por una de las partes de un contrato celebrado entre dos sociedades francesas a una parte extranjera, el arbitraje podría llegar a ser internacional⁴³, pero ello a mi juicio obviamente implica que por la cesión la ejecución del contrato implique transferencia de bienes, servicios o dinero a través de una frontera. Por el contrario, una operación que inicialmente podía ser internacional, puede dar lugar bajo este criterio a un arbitraje nacional, cuando la controversia se refiere sólo a los aspectos vinculados a un país. El caso Tapie fallado en Francia se refiere a un mandato otorgado a unas sociedades francesas para que vendieran la matriz alemana del señor Bernard Tapie que tenía una participación en ADIDAS. El señor Tapie convocó un tribunal arbitral para establecer la responsabilidad de sus mandatarios franceses. Producido el laudo y para determinar si el mismo era susceptible de recurso de revisión ante los jueces franceses, la Corte analizó si era internacional y concluyó que en este caso el arbitraje no era internacional, pues el mismo se refería a una acción de responsabilidad entre el señor Tapie y las empresas francesas mandatarias.

⁴² Fallo de la primera Sala Civil de la Corte de Casación Francesa del 30 de junio de 2016, en el caso Tapie, en el cual la Corte de apelaciones se colocó en el momento del compromiso para determinar el carácter interno del arbitraje y señaló que los litigios no se referían sino a operaciones que se desarrollaban económicamente en Francia, por lo que no afectaban los intereses del comercio internacional. En el comunicado de prensa sobre este caso la Corte señala que es en el momento del arbitraje que se aprecia la internacionalidad de este.

⁴³ Dominique Hascher, Arbitrage du commerce international. Encyclopédie Dalloz, Droit International. Actualizada a 2015. Párrafo número 3. Vale la pena agregar que Hascher es magistrado de la Corte de Apelaciones de París.

Desde esta perspectiva, el análisis de este criterio muestra un contraste con el primero. En efecto, de conformidad con el primer criterio establecido en la ley, el domicilio de las partes que se toma en cuenta para establecer la internacionalidad del arbitraje se examina al momento de la celebración del acuerdo, en tanto que en este caso la afectación al comercio internacional se toma en cuenta al momento de iniciar el arbitraje.

La diferencia entre los dos criterios obedece a que los mismos tienen origen distinto. El primero deriva de la ley modelo, en tanto que el segundo proviene del derecho francés. El primero hace énfasis en la previsibilidad para las partes al celebrar el acuerdo del carácter internacional del mismo. El segundo hace referencia a la real afectación del comercio internacional. En todo caso es importante destacar que el hecho de que en el criterio francés se tome en cuenta la internacionalidad al iniciar el arbitraje no genera incertidumbre, porque en principio desde la celebración del contrato las partes conocen si el mismo implicará movimiento de dinero, servicios o bienes a través de una frontera. Para que tal circunstancia cambie es necesario que exista una modificación de la relación por acuerdo de las partes, o que la controversia finalmente se refiera a un aspecto que no guarda relación con dicho movimiento de servicios, bienes o dinero.

5.4 En todo caso cabe anotar que ello puede generar controversias. Intrascendencia de que en la realidad no se haya producido un movimiento a través de una frontera, cuando debió producirse si se hubiera ejecutado el contrato.

Es importante destacar que en la aplicación del criterio que se examina no tiene consecuencias que el contrato no haya sido ejecutado o que el movimiento de servicios o fondos a través de la frontera realmente no haya tenido lugar. Lo importante es que la operación controvertida involucra una transferencia de esa clase.

Así lo decidió la Corte de Apelaciones de París en la providencia del 25 de noviembre de 1993⁴⁴. El litigio se refería a una licencia exclusiva de explotación en el mundo entero de diferentes marcas y de un logotipo en el dominio inmobiliario. En el caso concreto una parte sostuvo que el litigio debía ser calificado de interno, porque en la ausencia de explotación de la licencia no existieron pagos transfronterizos. La Corte de París consideró que resultaba del conjunto de los elementos que la operación económica implicaba un movimiento de bienes a través de las fronteras y que el arbitraje tenía un carácter internacional y la inejecución del contrato y su terminación no hacían perder este carácter al arbitraje.

⁴⁴ Corte de Apelaciones de París (1re Ch. C) 25 novembre 1993 - Société Paco Rabanne Parfums et société Paco Rabanne v. société Les Maisons Paco Rabanne.

5.4.1 La necesidad de tomar en cuenta la realidad de la operación económica

El concepto de internacionalidad tiene en cuenta la realidad de la operación económica. En este sentido es importante el caso Aranella fallado por la Corte de Apelaciones de París. Se trataba de un contrato de compraventa de un navío celebrado entre dos sociedades italianas, una de las cuales se encontraba controlada por accionistas extranjeros y que solo sirvió de instrumento para realizar la operación de transferencia de fondos⁴⁵. Señala la doctrina que en este caso la Corte advirtió que el comprador estaba bajo control extranjero y no pudo haber financiado la adquisición sin el aporte de capital de su matriz⁴⁶. La Corte de Apelaciones de París señaló “bajo la apariencia creada por la forma jurídica de la sociedad compradora, hay un movimiento de capitales y bienes a través de las fronteras”. Es claro que en todo caso en estos eventos tal circunstancia debe ser clara para las dos partes.

5.4.2 En ciertos casos la operación es parte de un complejo que debe tomarse en cuenta en su conjunto

Cuando se trata de un contrato que forma parte de un grupo de contratos la calificación de internacional de la operación puede resultar de la operación en su conjunto en la cual por razón de las circunstancias son inseparables los distintos contratos.

Es el caso decidido por la Corte de Apelaciones de París el 5 de abril de 1990 en relación con una controversia relativa a un contrato de licencia entre sociedades francesas⁴⁷. En este caso se había cedido la participación mayoritaria en una sociedad francesa que desarrollaba actividades en materia de alta costura a una sociedad japonesa. La operación fue autorizada por el Ministerio de Economía Francés, con la condición de que las marcas se mantuvieran bajo control de una sociedad económicamente francesa. Por ello la sociedad André Courrèges, que con la autorización ministerial quedaba bajo control japonés, cedió sus marcas a una sociedad francesa Courrèges Design c/, constituida por los esposos Courrèges. La sociedad con control mayoritario japonés conservó el derecho a explotar las marcas con una licencia. Surgió una controversia entre las dos sociedades Courrèges sujeta al derecho francés. La Corte de Apelaciones consideró que la controversia afectaba el comercio internacional, pues el contrato de licencia estaba vinculado a la operación de toma de control de una sociedad francesa por inversionistas extranjeros.

⁴⁵ Corte de Apelaciones de París, 26 de abril de 1985, Aranella c/Italo Ecuatoriana, Revue d'arbitrage 1985, página 311, nota E. Mezger.

⁴⁶ Fouchard, ob cit, nota 227, página 58

⁴⁷ Corte de Apelaciones de París. Courrèges Design c/André Courrèges et autres, Revue d'arbitrage 1992. Página 110

Como se puede apreciar, en este caso no se analizó el contrato celebrado entre dos sociedades francesas aisladamente sino en su conjunto, como parte de una operación más compleja.

5.5 Tipología de casos que afectan el comercio internacional

En aplicación del criterio general se han considerado internacionales los siguientes casos:

5.5.1 Operaciones en las cuales se transfieren bienes a través de una frontera.

Así se ha considerado que hay arbitraje internacional en numerosos casos en los que se venden bienes de un país otro, como la exportación de carne de pavo de Francia a Alemania⁴⁸, venta por una compañía suiza a una francesa de trigo para la Unión Soviética⁴⁹, etc.

5.5.2 Transferencia de servicios

Igualmente se ha considerado que hay arbitraje internacional cuando se prestan servicios en otro país, como cuando el conflicto se refiere al pago de una comisión a un intermediario fuera de Francia por la venta de un inmueble en París⁵⁰.

En sentencia del 10 de julio de 1992 la Corte de apelaciones de Paris consideró⁵¹ que el contrato celebrado entre un abogado y su cliente para defender a este en un arbitraje internacional era internacional (se trataba de un proceso relativo a un contrato de obra entre el Gobierno de Kuwait y dos empresas francesas e italianas) y por ello era válido el pacto quota litis, que se encontraba prohibido para un proceso doméstico en Francia. Además, consideró que como el pacto no era excesivo no violaba el orden público internacional francés.

Igualmente, en fallo del 19 de octubre de 2000⁵² la Corte consideró internacional el arbitraje relativo a unos acuerdos de cooperación y colaboración técnica para

⁴⁸ Corte de Apelaciones de Paris, 19 de febrero de 1988, Firme Peter Biegi v. Britannia, Revue d'arbitrage 1990, página 657.

⁴⁹ Corte de Apelaciones de Paris, June 15, 1989, Granomar v. Compagnie Interagra, Revue d'arbitrage 1992, página 80.

⁵⁰ Corte de Apelaciones de Paris, 5 de abril de 1990, Damon v. Abu Nasser, Revue d'arbitrage 1990, página 875.

⁵¹ Corte de Apelaciones de Paris Revue de l'Arbitrage, 1992 páginas 609 - 614, nota Ph. Leboulanger.

⁵² SARL HEC Ecole des Hautes Etudes Commerciales v. SA Citcom, Corte de Apelaciones de Paris (1re Ch. C), 19 Octobre de 2000.

desarrollar en Marruecos una visión de enseñanza y nuevas tecnologías multimedia.

En sentencia del 10 de junio de 1993 la Corte de Apelaciones de París consideró internacional un arbitraje relativo al arriendo de un inmueble que estaba destinado a permitir el ejercicio en Francia de la actividad de una compañía aérea extranjera. Agregó la Corte que el establecimiento de la compañía en París no tenía personería jurídica ni autonomía financiera, y que el pago de los arriendos implicaba una transferencia de fondos a través de la frontera⁵³.

En sentencia de 24 de febrero de 1994 la Corte de Apelaciones de París consideró internacional un arbitraje en relación con un contrato de obras públicas celebrado por una entidad pública de Tunes con una empresa de tunecina y una empresa francesa en virtud de una licitación internacional, contrato que era financiado por un tercer estado (Kuwait)⁵⁴.

Igualmente, en una sentencia del 13 de junio de 1996 la corte de apelaciones de París consideró internacional un arbitraje relativo a un contrato de construcción de una embajada italiana en Alger. En este caso la Corte señaló que el contrato era internacional porque la ejecución el contrato requería la importación a Argelia de materiales y equipos, y que el precio se pagaría en dólares americanos, liras italianas y dinares argelinos. Agregó la Corte que aun cuando el contratante había actuado en calidad de operador público, la operación litigiosa es un contrato de construcción internacional que pone en juego los intereses del comercio internacional⁵⁵.

En un fallo de la corte de apelaciones de París del 17 de enero de 2002 la misma se refirió a un contrato en el cual una sociedad que suministraba bienes a grandes superficies obtuvo que un agente comercial acudiera a los mercados asiáticos para obtener proveedores de dicha región. La controversia se originó porque la sociedad francesa solicitó a los proveedores asiáticos no negociar con el agente.

Se sostuvo que la operación no era internacional porque si bien había movimiento de fondos o bienes a través de la frontera entre los proveedores asiáticos y la sociedad francesa, no existía ninguna transferencia al agente comercial por parte del adquirente francés, pues el agente era remunerado por los proveedores asiáticos y no por la sociedad francesa.

La corte considero que el arbitraje era internacional porque el objeto era obtener proveedores asiáticos y permitir que se establecieran relaciones entre los proveedores asiáticos y la sociedad francesa.⁵⁶

⁵³ Corte de Apelaciones de París, 10 juin 1993, Revue d'arbitrage 1995. página 448.

⁵⁴ Ministère tunisien de l'Équipement v. société Bec Frères, Corte de Apelaciones de París (1Ch. C), 24 de febrero de 1994, Revue de l'Arbitrage, 1995, páginas 277 – 289.

⁵⁵ Revue Société KFTCIC v. société Icori Estero et autre, Corte de Apelaciones de París (1Ch. C), 13 junio 1996 Revue de l'Arbitrage 1997, página 251 y siguientes.

⁵⁶ SA Omenex v. Hugon, Corte de Apelaciones, 17 de enero de 2002.

En sentencia 13 noviembre de 1992 la Corte de Apelaciones de Paris consideró que era internacional la licencia de transferencia de know how al exterior⁵⁷ pues implicaba la transferencia de know how y dinero a través de la frontera.

En providencia del 20 de junio de 1996 la Corte de Apelaciones de Paris consideró internacional, el contrato de seguro celebrado entre dos empresas francesas para cubrir el riesgo vinculado a la transferencia de acciones entre dos empresas argelinas⁵⁸.

5.5.3 Transferencia de dinero

En un caso fallado el 26 de enero 2011⁵⁹ la Corte de Casación Francesa consideró internacional una operación en virtud de la cual una entidad francesa y una fundación noruega celebraron un acuerdo para la construcción de un centro de investigación en Francia, con una financiación en su mayor parte por parte de la fundación noruega, lo que implicaba el movimiento de fondos de la Fundación Noruega a través de la frontera. Dicha calificación de internacional, dijo la Corte, es independientemente de la capacidad y nacionalidad de las partes.

5.5.4 Contratos entre empresas francesas de comercio internacional

Otro aspecto que conviene analizar es el caso de los contratos celebrados entre empresas francesas, cuando por sus condiciones son contratos para exportación.

Así, por ejemplo, en un fallo del 22 de enero de 1988 la Corte de Apelaciones de Paris analizó un contrato entre empresas francesas,⁶⁰ por el cual una de ellas vendió a la otra un producto C.A.F. puerto francés tomando el contrato tipo n° 100 de la G.A.F.T.A. (*The Grain And Feed Trade Association*) el cual tenía una cláusula de arbitraje. La Corte consideró que el carácter internacional de la operación resultaba del movimiento de bienes a través de la frontera, por cuanto se trata de la venta CAF Puerto Francés, lo que constituye una venta de importación.

Así mismo, en un fallo de la Corte de casación del 14 de junio de 2001 la Corte se pronunció sobre una controversia relativa a un contrato de venta de trigo francés FOB en Rouen, según las condiciones generales de Synacomex

⁵⁷ Société Casco Nobel France v. Sico inc. et Kansa, Corte de Apelaciones de Paris (1Ch. suppl.), 13 de noviembre de 1992 Revue d'arbitrage 1993, página 632.

⁵⁸ Corte de Apelaciones de Paris, 20 juin 1996, Revue d'arbitrage 1996, página 657.

⁵⁹ Inserm v. Foundation Letten F. Saugstad. Disponible en https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/71_26_1.

⁶⁰ Corte de Apelaciones de Paris CFID c. Etablissements Arnaud, 22 de enero de 1988, Revue d'arbitrage 1989, página 251, nota Derains.

(Syndicat National du Commerce Extérieur) entre dos sociedades francesas operadoras de negocios internacionales.

Se sostuvo por una de las partes que el arbitraje era interno porque no había transferencia de bienes, servicios o fondos; porque el contrato era celebrado sobre trigo francés entre dos sociedades francesas y debía ejecutarse en Francia, entregando el bien en Rouen y pagando el precio por un giro de una cuenta bancaria francesa a otra cuenta bancaria francesa. Se agregó que el hecho de que el comprador quisiera enviar la mercancía al extranjero no debía tener incidencia en la calificación del arbitraje.

En este caso la Corte consideró⁶¹ que el arbitraje era internacional y para ello señaló que las condiciones de los contratos de venta eran internacionales; que se celebró entre dos sociedades que son operadores de negocios internacionales; que era FOB, es decir libre a bordo, en el sentido de los términos de la Cámara de Comercio internacional, y que este tipo de contrato impone al vendedor cumplir los requisitos de aduanas para la exportación y obtener a sus propios riesgos y costos la licencia de exportación y certificados de puesta en consumo en el país de destino, lo que supone que la mercancía ha pasado la frontera desde que es entregada al comprador. Agregó que el pago debía ser en dólares americanos y que el pago de una deuda en divisas se efectúa obligatoriamente por un banco extranjero en el país de la divisa de pago, por lo que la operación económica de base no se desarrolló solo en un estado.

Expresó la Corte que la internacionalidad de la operación no era afectada por la nacionalidad francesa de las dos partes, ni por la circunstancia particular que en el caso concreto la operación se resolvió por un pago de la diferencia del precio por compensación, en aplicación de una cláusula de las condiciones generales de la convención.

5.5.5 Subcontratos

Los subcontratos pueden dar lugar a un arbitraje internacional, en ciertos casos.

En sentencia del 8 de diciembre de 1988 la Corte de apelaciones de París, señaló que la subcontratación de trabajos para ser realizados en el exterior pone en juego los intereses del comercio internacional⁶²;

En sentencia del 4 de abril de 1991 la Corte de apelaciones de París se refirió a una controversia relativa a un subcontrato entre dos empresas francesas para ser ejecutado al exterior y la consideró internacional⁶³.

⁶¹ SA Compagnie commerciale André v. SA Tradigrain France, Cour de cassation (1re Ch. civ.), 14 Junio 2001, Revue de l'Arbitrage, 2001, páginas 773 – 781.

⁶² Chantiers modernes c. CMGC, 8 décembre 1988, Revue d'arbitrage 1989, página 111.

⁶³ Icart c. Quillery, 4 avril 1991, Revue d'arbitrage 1991, página 659.

En otro caso fallado el 14 de marzo de 1989 la Corte de Apelaciones de París⁶⁴ consideró que “es internacional el arbitraje relativo a un contrato celebrado entre un empresario principal y un subcontratista francés, cuando el subcontrato que es la fuente del litigio está estrechamente vinculado al contrato principal para cuya ejecución se celebró el subcontrato, y que si bien la entrega y el pago debía tener lugar en Francia, el litigio nace esencialmente a propósito de las exigencias técnicas de diseño de la obra extranjera que el contratista principal retransmite al subcontratista.”

En providencia del 22 de abril de 1992 ⁶⁵ la Corte señaló que es internacional el arbitraje relativo un subcontrato entre dos partes con sede en Francia cuando el subcontrato se inscribe en un conjunto contractual destinado a la realización del trabajo en el extranjero. Vale la pena anotar que el profesor Jarrosond al comentar el fallo precisa que tal hecho es insuficiente y que la internacionalidad resulta en este caso de la transferencia al extranjero de personal del subcontratista, materiales o tecnología⁶⁶.

5.5.6 Compraventa de acciones

En diferentes casos se ha considerado internacional la compra de las acciones de una sociedad francesa gobernada por la ley francesa, cuando la inversión se origina en el exterior e implica un movimiento de fondos de un país extranjero a Francia⁶⁷

Se ha considerado internacional la compraventa de acciones entre una sociedad extranjera y una francesa, así como la toma de control de una sociedad francesa por accionistas extranjeros o por una sociedad controlada por extranjeros⁶⁸.

Sin embargo en un fallo del 21 de febrero de 1984⁶⁹ la Corte de Paris no consideró internacional una controversia relativa a una gestión transitoria por parte de una sociedad alemana de una sociedad francesa como paso previo a la operación de adquisición de control de dicha sociedad francesa, pues consideró que la nacionalidad del adquirente no le daba ese carácter. En todo caso en su nota sobre la sentencia, Fouchard señala que la Corte omitió considerar que la sociedad alemana tenía su sede en Alemania, la operación y la gestión transitoria correspondía a una inversión extranjera en Francia, por lo que había movimiento

⁶⁴ Société Murgue Seigle v. société Coflexip, Corte de Apelaciones de Paris (1re Ch. suppl.), 14 de marzo de 1989, Revue de l'Arbitrage, 1991, páginas 345 – 355.

⁶⁵ Société Sermi v. Me Hennion ès qualités, Corte de Apelaciones de Paris (1Ch. suppl.), 24 de abril de 1992, Revue de l'Arbitrage, 1992, páginas 598 – 600.

⁶⁶ Charles Jarrosson, Nota- Corte de Apelaciones de Paris (1re Ch. suppl.) 24 de abril de 1992 - Société Sermi v. Me Hennion ès qualités, Revue de l'Arbitrage, 1992, páginas 601 – 608.

⁶⁷ Ver Corte de Apelaciones de Paris, 5 de abril de 1990, Courrèges Design, Corte de Apelaciones de Paris, 29 de noviembre de 1990, Payart v. Morgan Crucible Co., 1991 Revue d'arbitrage 659, 1st decision, a Corte de Apelaciones de Paris, Jan. 24, 1991, Salice v. Haas, 1992 Revue d'arbitrage 158, nota por D. Cohen; Legrand contra European Country Hotels 14 de noviembre 1991 Revue d'arbitrage 1994, página 545.

⁶⁸ D. COHEN, Arbitrage et société, t. 229, 1993, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, página 79, No 172 et s. citado por Dominique Hascher Arbitrage du commerce international, ya citada

⁶⁹ Revue d'arbitrage 1986. Página 65, nota de P. Fouchard.

internacional de servicios y la condena a la firma alemana daba lugar un movimiento de fondos de Alemania a Francia.

Por otra parte, en el caso fallado el 25 de marzo de 1999⁷⁰, la Corte de París analizó una controversia relativa a la cesión de acciones emitidas por una sociedad francesa que tendría lugar a favor de ciudadanos alemanes. Se alegó que el arbitraje no se podía considerar internacional porque la cesión no se realizó. La Corte consideró que la controversia era internacional. Lo anterior en la medida en que, aunque la cesión no se realizó, la misma si se hubiera cumplido hubiera implicado una afectación al comercio internacional.

Así mismo se consideró internacional el arbitraje relativo al ejercicio de un derecho de preferencia entre accionistas franceses y extranjeros a propósito de la regularidad de una cesión de acciones de una sociedad francesa cuyos estatutos contiene un pacto arbitral⁷¹

Igualmente, la Corte de Apelaciones de París en fallo del 26 de enero de 1990 consideró internacional el arbitraje relativo a un contrato concluido entre partes francesas, sometido a la ley francesa que crea una sociedad en participación cuyo objeto es la obtención y ejecución de contrato en un país extranjero, pues el mismo afecta el comercio internacional⁷²

En sentencia del 22 de noviembre de 2007 la Corte de Apelaciones de París considero internacional una operación relativa a un contrato de préstamo entre partes francesas otorgado para adquirir una sociedad extranjera en nuevo México⁷³.

Sin embargo, la Corte de Apelaciones consideró que la cesión de un derecho en un contrato, con las acciones judiciales vinculadas al derecho cedido, a una persona extranjera y el compromiso del cesionario de proseguir a sus riesgos el procedimiento arbitral no afecta la calidad del arbitraje, pues el litigio relativo a un contrato entre sociedades francesas no comporta la transferencia de personas bienes o servicios a través de las fronteras, por lo que el arbitraje es interno, y la nacionalidad extranjera de una parte como consecuencia de la cesión no tiene influencia en el litigio⁷⁴.

⁷⁰ Consorts Häusler v. société européenne de Meunerie (Eurem), Corte de Apelaciones de Paris (1re Ch. C.), 25 de marzo de 1999 Revue de l'Arbitrage, 2003, páginas. 123 – 126.

⁷¹ Corte de Apelaciones de Paris, 5 junio de 2003, 2 fallos, RG n° 2002/16318 et n° 2002/01711, citada por Dominique Hascher, párrafo No 6.

⁷² Société Bocard v. S.A.R.L. Stapem et autres, Corte de Apelaciones de Paris (1Ch. suppl.), 26 enero de 1990, Revue de l'Arbitrage, 1991, página 111.

⁷³ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Paris del 22 de noviembre de 2007 disponible en <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000018671852>.

⁷⁴ Guayapeche contra Abba 26 de mayo de 1992 Revue d'arbitrage 1993, página 624.

5.5.7 No se afecta el comercio internacional por el simple hecho que las partes sean filiales de empresas extranjeras

La Corte de Apelaciones de París en fallo del 28 de noviembre de 1996 consideró que no era internacional un litigio relativo a las condiciones de ejecución y terminación de un contrato celebrado en Francia para la explotación de un establecimiento de comercio hotelero situado en París entre dos sociedades francesas, aun cuando las mismas eran emanación de sociedades o de grupos extranjeros, porque la operación no implica en ella misma el movimiento de bienes, servicios ni ningún pago a través de las fronteras y no pone en juego los intereses del comercio internacional⁷⁵.

5.5.8 Conclusión

De conformidad con lo expuesto se puede señalar lo siguiente en relación con este criterio:

1. Para determinar si la controversia afecta el comercio internacional lo que debe examinarse es si la operación económica a la cual se refiere implica una transferencia de bienes, servicios o fondos a través de las fronteras.
2. Para que el arbitraje sea internacional basta que se afecten los intereses del comercio internacional, pero no se requiere que únicamente se afecten los intereses del comercio internacional, por lo que el arbitraje será internacional así en la controversia existan aspectos que no tengan que ver con el comercio internacional. Sin embargo, en todo caso la afectación al comercio internacional de la controversia debe ser relevante.
3. La afectación del comercio internacional debe existir al comienzo del arbitraje.
4. Cuando la operación económica implica un movimiento de dinero, servicios o fondos a través de la frontera, la misma afecta el comercio internacional, así finalmente dicha transferencia no se haya producido por incumplimiento.
5. Para determinar si se afecta el comercio internacional debe tomarse en cuenta la realidad de la operación y por ello puede ocurrir que operaciones que aparentemente son domésticas en el fondo sean internacionales, pues en el fondo se produce una transferencia de fondos. En todo caso ello debería ser conocido por ambas partes al momento de la operación.
6. Cuando una operación es compleja e involucra distintos acuerdos, todos los cuales están unidos entre sí, determinar si la controversia afecta el comercio internacional puede implicar tomar en cuenta el conjunto de tales acuerdos.

⁷⁵ Société CN France v. société Minhal France, Corte de Apelaciones de Paris (1Ch. C), 28 de noviembre de 1996.

6 Consideración final

Del examen de los criterios de internacionalidad a los que se ha hecho referencia, se desprende que la jurisprudencia y doctrina internacionales suministran elementos de juicio valiosos que pueden reducir la incertidumbre en la aplicación de dichos criterios y contribuir así al desarrollo sin sobresaltos del arbitraje. Sin embargo, como en cualquier tema jurídico pueden generarse dudas y controversias, cuya solución implicará tomar en cuenta la razón de la existencia del arbitraje internacional y su régimen particular, incluyendo la posibilidad de escoger la norma aplicable para resolver la controversia, por lo que como dice la Corte Suprema de Chile el elemento extranjero debe ser relevante, pues ello es lo que impone la posibilidad de aplicar un régimen extranjero.