



Pontificia Universidad Javeriana  
Facultad de Ciencias Jurídicas  
Doctorado en Ciencias Jurídicas

Tesis Doctoral

**Límites a la voluntad y al principio de autonomía  
en el arbitraje doméstico colombiano: un estudio sobre su  
judicialización desde la perspectiva de los principios generales, el  
derecho iberoamericano y el arbitraje internacional**

Doctorando

Pablo Rey Vallejo

Director

Doctor Fernando Castillo Cadena

Bogotá, octubre de 2019

## TABLA DE CONTENIDO

<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	7
<i>Marco general y delimitación del tema</i> .....	10
<i>Importancia del tema y de su tratamiento</i> .....	13
<i>Objetivos generales y específicos de la investigación</i> .....	16
<i>Hipótesis de investigación</i> .....	17
<i>Metodologías implementadas</i> .....	19
<b>CAPÍTULO I</b>	
<b><i>EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y SUS ALCANCES EN EL ARBITRAJE</i></b> .....	25
<i>A. Caracterización de los mecanismos alternativos de solución de controversias y el papel de la autonomía de la voluntad</i> .....	26
<i>B. Las diversas corrientes sobre la naturaleza jurídica del arbitraje y el papel de la autonomía de la voluntad</i> .....	36
1. Visiones procesalistas y autonómicas .....	38
2. Visiones de base privatistas o contractualistas .....	41
3. La autonomía de la voluntad como principio fundacional del arbitraje .....	44
<i>C. Algunos instrumentos normativos del arbitraje internacional: técnicas regulatorias para reconocer el alcance de la autonomía de la voluntad</i> .....	51
1. La Convención de Nueva York de 1958 .....	53
2. La Ley Modelo de la CNUDMI .....	54
3. Arbitration Act de 1996 – Reino Unido .....	58
<i>D. Principales limitaciones a la autonomía de la voluntad en el arbitraje comercial internacional</i> .....	61
1. Límites generales .....	61
2. Límites particulares en el curso del procedimiento arbitral .....	67
a) Límites antes del inicio del arbitraje .....	67
b) Límites durante el curso del procedimiento .....	69
c) Límites a la autonomía de la voluntad que tienen efecto después de emitido el laudo arbitral .....	74
<i>E. Corolario</i> .....	76

## CAPÍTULO II

<b>LOS MODELOS REGULATORIOS DEL ARBITRAJE EN AMÉRICA LATINA ...</b>	<b>79</b>
A. <i>La alternativa regulatoria monista</i> .....	83
1. Monismo sobre la base de la Ley Modelo CNUDMI versión 1985 .....	85
2. Monismo sobre la base de la Ley Modelo CNUDMI versión 2006 .....	87
3. Monismo “autóctono” .....	89
B. <i>La alternativa regulatoria dualista</i> .....	90
1. Dualismo con normas nacionales “autóctonas” y referente de Ley Modelo CNUDMI en lo internacional .....	92
2. Dualismo con normas nacionales “autóctonas” sin referente de Ley Modelo CNUDMI en lo internacional .....	94
3. Dualismos especiales en el hemisferio .....	96
C. <i>Las “reservas” de las legislaciones nacionales. Algunas particularidades de los regímenes de arbitraje doméstico en el derecho latinoamericano</i> .....	96
1. La obligatoriedad del recurso a la vía arbitral .....	98
2. Forma y contenido del pacto arbitral .....	100
3. Las reglas del procedimiento arbitral .....	107
4. Atribución de imperium al tribunal arbitral .....	111
D. <i>Corolario</i> .....	114

## CAPÍTULO III

<b>PERSPECTIVAS CONSTITUCIONALES DEL ARBITRAJE</b> .....	<b>119</b>
A. <i>Diversas posturas acerca del proceso de constitucionalización del arbitraje</i> .....	123
1. Posturas en favor de la constitucionalización del arbitraje .....	124
2. Posturas en contra de la constitucionalización del arbitraje .....	127
B. <i>Algunas experiencias del derecho constitucional iberoamericano: el arbitraje como derecho fundamental</i> .....	131
1. La asimilación “directa” en el Texto Constitucional .....	133
2. La asimilación “indirecta” del arbitraje como derecho fundamental .....	144
3. Procedencia de las acciones de amparo o tutela constitucional .....	147
C. <i>Tratamiento constitucional del arbitraje en Colombia</i> .....	150
1. Primera etapa: La Carta Política de 1886 .....	150
2. La Constitución de 1991 .....	154
a) El arbitraje como mecanismo de “descongestión de despachos judiciales” ...	157
b) El carácter jurisdiccional del arbitraje y el árbitro como juez .....	159

c) El arbitraje como proceso y el laudo como sentencia judicial .....	165
d) Procedencia de las acciones de amparo o tutela constitucional .....	169
D. Corolario .....	170

## **CAPÍTULO IV**

### **LA NORMATIVA DE ARBITRAJE DOMÉSTICO COLOMBIANA: ALCANCE DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA Y LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD .....**

A. La autonomía del arbitraje doméstico colombiano.....	178
1. Incidencia del proceso constitucional y acción de tutela .....	180
a) Desarrollo jurisprudencial de la teoría de las vías de hecho frente a las decisiones judiciales y procedencia de la acción de tutela .....	181
b) La teoría de las vías de hecho y su aplicación específica a las decisiones Arbitrales .....	187
i) Vía de hecho por defecto sustantivo .....	190
ii) Vía de hecho por defecto fáctico .....	194
iii) Vía de hecho por defecto procedimental .....	197
iv) Vía de hecho por defecto orgánico .....	197
c) Reconocimiento del principio de autonomía judicial e imposibilidad de suplir otros medios de defensa .....	198
d) Aplicación extensiva de la Acción de Tutela como mecanismo complementario a los recursos propios del arbitraje .....	203
e) Nuevos alcances de la teoría de las vías de hecho y criterios extensivos para la aplicabilidad de la acción de tutela a las decisiones arbitrales .....	207
2. Incidencia de las normas de la Comunidad Andina de Naciones en la ampliación del alcance del recurso de anulación .....	218
a) Caso Comcel S.A. Vs. Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá – E.T.B. S.A. E.S.P. ....	223
b) Caso Telmex Colombia S.A. – UNE E.P.M. Comunicaciones vs. Dimayor ....	225
c) Efectos de los pronunciamientos “andinos” sobre el arbitraje doméstico ....	230
3. Características relevantes del sistema legal colombiano de arbitraje doméstico que inciden en la pérdida de autonomía: Dualismo y protección del <i>consumidor de justicia</i> .....	231
a) Dualismo bajo la normativa colombiana .....	232
b) La protección del consumidor de justicia .....	237
i) Las modalidades de arbitraje y las calidades de los árbitros .....	239

ii) Clases de arbitraje según el procedimiento y disposiciones aplicables ..	240
iii) El acuerdo de arbitraje .....	241
iv) Integración del tribunal arbitral .....	244
v) Inicio del proceso arbitral y reglas aplicables al procedimiento .....	246
vi) Medidas cautelares .....	247
vii) Recurso de anulación contra el laudo arbitral .....	248
viii) Otras particularidades del procedimiento arbitral doméstico ajenas a la normativa internacional .....	248
<i>B. La autonomía de la voluntad en el arbitraje doméstico colombiano.....</i>	<i>256</i>
1. La incertidumbre sobre la plena eficacia de la autonomía de la voluntad derivada de la jurisprudencia constitucional .....	258
2. Posibles alcances del artículo 58 de la Ley 1563 de 2012 .....	262
a) El carácter supletivo de algunas disposiciones de la Ley 1563 de 2012 .....	266
b) Formulación imperativa de algunas disposiciones del Estatuto Arbitral y de la normatividad procesal .....	269
i) Cláusulas escalonadas y acceso a la administración de justicia .....	269
ii) Juramento estimatorio y amparo de pobreza .....	271
iii) Trámite de la demanda, impedimentos y recusaciones .....	273
iv) Etapas del trámite arbitral, pruebas, medidas cautelares e intervención de terceros .....	275
v) Forma de nombrar los árbitros .....	279
vi) Términos y suspensión del proceso .....	280
vii) Motivación del laudo arbitral .....	281
c) Consecuencias de la aplicación de una deficiente técnica legislativa .....	282
<i>C. Riesgos de filtración de prácticas domésticas en el arbitraje internacional.....</i>	<i>284</i>
1. Riesgos asociados a la pérdida de autonomía .....	284
a) Acción de tutela .....	285
i) La sentencia SU-500 de 2015 .....	289
ii) Sentencia 6226-2018 - Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil .....	295
b) Interpretación prejudicial de la C.A.N. ....	298
2. Riesgos asociados a la limitación de la autonomía de la voluntad .....	301
<i>D. Corolario .....</i>	<i>303</i>

<b>CONCLUSIONES, RETOS Y PLANTEAMIENTOS .....</b>	<b>306</b>
<i>A. Conclusiones .....</i>	<i>306</i>
<i>La constitucionalización del arbitraje .....</i>	<i>306</i>
<i>Las legislaciones arbitrales en el contexto latinoamericano como punto de referencia .....</i>	<i>308</i>
<i>La autonomía de la voluntad en el arbitraje .....</i>	<i>310</i>
<i>La autonomía de la voluntad en el arbitraje doméstico colombiano .....</i>	<i>311</i>
<i>La autonomía del arbitraje doméstico en el ordenamiento jurídico colombiano ...</i>	<i>312</i>
<i>B. Retos y planteamientos .....</i>	<i>314</i>
<i>La exclusión del arbitraje del texto constitucional colombiano .....</i>	<i>314</i>
<i>Otras posibles fórmulas de constitucionalización .....</i>	<i>317</i>
<i>Aspectos asociados al marco regulatorio del arbitraje doméstico .....</i>	<i>318</i>
<i>Sobre el papel de la autonomía de la voluntad .....</i>	<i>319</i>
<i>La autonomía de la voluntad en el ordenamiento constitucional vigente: alternativas para dotar el proceso de seguridad jurídica .....</i>	<i>321</i>
Efectos del marco regulatorio del arbitraje doméstico sobre las normas de la Parte III de la Ley 1563 de 2012 .....	322
<b>Apéndice I. Comparativo de articulado Parte I y Parte III Ley 1563 de 2012</b>	<b>323</b>
<b>Apéndice II. Legislaciones basadas en la Ley Modelo de Arbitraje CNUDMI</b>	<b>338</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>339</b>

## INTRODUCCIÓN

Con la entrada en vigor del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional (Ley 1563 de 2012), Colombia ajustó su legislación sobre la materia tras más de catorce años de expedida la última gran reforma sustancial, mediante la Ley 446 de 1998. Esta última normativa, en consonancia con el Decreto 2279 de 1989, el Decreto 2651 de 1991, la Ley 23 de 1992 y la Ley 315 de 1996, preceptos que fueron a su vez compilados en el Decreto 1818 de 1998,<sup>1</sup> se constituyeron en el marco general del arbitraje que rigió los primeros veinte años de la Constitución Política de 1991.

Esta interacción del régimen legal y constitucional colombiano produjo un importante desarrollo jurisprudencial en este ámbito del derecho, que moldeó muchos aspectos de la práctica arbitral actual. No obstante, fueron muchas las novedades que el Estatuto introdujo, especialmente en el campo del arbitraje internacional, que se llenó de contenido y se ajustó a una serie de estándares reconocidos en la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil Internacional (en adelante Ley Modelo de la CNUDMI). Así, estas regulaciones modeladoras sirvieron de base para la redacción de la Parte III del mencionado Estatuto, correspondiente a las disposiciones sobre arbitraje con componentes extranjeros.

La Ley 1563 de 2012 forma parte de estrategias gubernamentales tendientes a fomentar el crecimiento de los negocios y la economía, así como la integración de los mercados internacionales en materia de inversión extranjera y transferencia de bienes y servicios, en el entendido que un entorno jurídico que propugne por una solución de controversias confiable, expedita y especializada favorece el entorno de

---

<sup>1</sup> A estas disposiciones se agregan: la Ley 44 de 1986, por medio de la cual se aprueba la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional; la Ley 39 de 1990, aprobatoria de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras; y la Ley 267 de 1995, por medio de la cual se aprueba el Convenio sobre arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados.

negocios, y potencia a los empresarios para acometer proyectos y asumir riesgos que repercutan en un incremento de las actividades mercantiles.<sup>2</sup>

Si bien el acogimiento de un marco normativo ajustado a las recomendaciones internacionales repercute favorablemente en el desarrollo del arbitraje, es indudable que este no es el único factor que conduce a que en el país exista una práctica que responda a las necesidades del tráfico comercial internacional. En efecto, la posibilidad de que las normas sean aplicadas adecuadamente por los operadores y que el sistema judicial se constituya en un verdadero apoyo en el ejercicio de la actividad de los árbitros son factores determinantes en la búsqueda

---

<sup>2</sup> El proyecto Doing Business proporciona una medición objetiva de las normas que regulan la actividad empresarial y su aplicación en economías y ciudades seleccionadas en el ámbito subnacional y regional. Dicho proyecto, lanzado por primera vez en 2002, analiza y compara las normas que regulan las actividades de las pequeñas y medianas empresas locales a lo largo de su ciclo de vida. Al recopilar y analizar detalladamente datos cuantitativos para comparar en el tiempo los marcos reguladores de distintas jurisdicciones, el Doing Business estimula la competencia entre las economías analizadas. También ofrece índices ponderables para incentivar procesos reformadores y constituye un recurso útil para investigadores universitarios, periodistas, investigadores del sector privado y otras personas interesadas en el clima empresarial de cada país. Los indicadores sobre el cumplimiento de contratos miden el tiempo y el costo para resolver una disputa comercial a través de un tribunal de primera instancia local, así como el índice sobre la calidad de los procesos judiciales, el cual evalúa si cada una de las economías que cubre el proyecto Doing Business ha adoptado una serie de buenas prácticas que promueven la calidad y la eficiencia en el sistema judicial.

El índice de resolución alternativa de disputas tiene seis componentes: 1) Si el arbitraje comercial doméstico se rige por una ley consolidada o un capítulo o sección consolidada del código de procedimientos civiles vigente, que abarque básicamente todos sus aspectos. 2) Si existe algún tipo de disputas comerciales —independientemente de aquellas relacionadas con el orden público, las políticas públicas, la quiebra, los derechos de los consumidores, las cuestiones laborales o de propiedad intelectual— que no pueden ser sometidas a arbitraje. 3) Si los tribunales locales hacen cumplir las cláusulas o los convenios de arbitraje en más del 50 % de los casos. 4) Si la mediación voluntaria, la conciliación o ambas son una forma reconocida de resolver disputas comerciales. 5) Si la mediación voluntaria, la conciliación o ambas se rigen por una ley consolidada o un capítulo o sección consolidada del código de procedimientos civiles vigente, que abarque básicamente todos sus aspectos. 6) Si existen incentivos financieros para que las partes intenten resolver las disputas comerciales a través de la mediación o la conciliación (por ejemplo, si la mediación o conciliación tuviera éxito, se reembolsan las costas judiciales, se otorga un descuento del impuesto a la renta, etc.). Banco Mundial. Doing Business. s. f. <http://espanol.doingbusiness.org/Methodology/-enforcing-contracts>



de este objetivo. Es por ello que a pesar de que muchos países de América Latina han acogido la normativa unificadora (Ley Modelo de la CNUDMI), ninguno de ellos se ha consolidado como una sede de arbitraje atractiva que compita con otros lugares tradicionalmente seleccionados por las partes y por las instituciones internacionales para instalar tribunales arbitrales, como lo anota Loukas A. Mistelis en el artículo “Arbitral Seats: Choices and Competition”, publicado en *Kluwer Arbitration Blog*, el 26 de noviembre de 2010.

Aunque las problemáticas del arbitraje internacional ameritan un tratamiento en profundidad, el tema del presente trabajo se circunscribe al ámbito del arbitraje doméstico y a ciertas de sus características que han derivado en prácticas que lo diferencian sustancialmente de las fórmulas regularmente acogidas en el escenario internacional.<sup>3</sup> Ahora, es relevante anotar que estas particularidades no han sido obstáculo para que el arbitraje local se haya convertido en un mecanismo ampliamente demandado por la comunidad jurídica y empresarial colombiana, mediante el cual se solucionan controversias de diversa índole y con un amplio margen de cuantías involucradas.

Actualmente en el país hay cerca de 340 centros de arbitraje y conciliación autorizados por el Gobierno, y esta cifra se viene ampliando con la intervención de un número importante de actores sectoriales, entre los que se encuentran, por ejemplo, la Superintendencia de Sociedades, la Superintendencia de Industria y Comercio y la Superintendencia Financiera. Solamente en la ciudad de Bogotá hay alrededor de 30 centros de arbitraje y algunos de ellos funcionan en diferentes sedes, lo que se convierte en un factor multiplicador. El principal Centro de Arbitraje es el de la Cámara de Comercio de Bogotá, que maneja alrededor del 75 % de los casos del país, con un promedio de 300 casos anuales.<sup>4</sup> Estos números son significativos si se comparan con los de instituciones internacionales como la Cámara de Comercio Internacional, que en el año 2016 administró una cifra récord

---

<sup>3</sup> Ver apéndice I.

<sup>4</sup> Abel Cárdenas, “El arbitraje en Colombia es de talla mundial”, *Portafolio*, agosto 19 de 2015, <http://www.portafolio.co/economia/finanzas/arbitraje-colombia-talla-mundial-37224>

de 966 casos, en un entorno global en el que se vincularon partes de 137 países del mundo.<sup>5</sup>

### ***Marco general y delimitación del tema***

En el presente estudio se plantea un análisis sobre el fenómeno de la judicialización del arbitraje doméstico en Colombia, esto es, sobre la connotación eminentemente jurisdiccional que tiene el trámite arbitral desde el momento en que se radica la convocatoria del tribunal de arbitramento, hasta cuando se produce el laudo arbitral, sus aclaraciones y complementaciones y, por supuesto, en instancias posteriores al momento en que los árbitros cesan en el ejercicio de sus poderes e intervienen otras instancias judiciales, como el juez de anulación o el juez encargado de tutelar los derechos constitucionales fundamentales. Todo lo anterior, sin perder de vista que en el ordenamiento jurídico colombiano se ha reconocido y reafirmado el carácter contractual y voluntario del arbitraje en lo que respecta a la libertad que les asiste a las partes de optar o no por resolver sus controversias por esta vía, sin que resulte admisible que las disposiciones legales suplan esa voluntad y obliguen a los particulares o al Estado a someterse a este mecanismo alternativo.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> Cámara de Comercio Internacional. *ICC reveals record number of new Arbitration cases filed in 2016*. (Paris, 2017), <https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-reveals-record-number-new-arbitration-cases-filed-2016/>

<sup>6</sup> “Una consecuencia importante del papel central de la voluntad autónoma de las partes dentro del sistema de arbitramento es que *cualquier circunstancia que vicie la voluntad de las partes de acudir a este mecanismo de resolución de conflictos afecta la legitimidad, tanto del tribunal arbitral, como de las decisiones que él adopte, y constituye un obstáculo indebido en el acceso a la administración de justicia*. De tal manera, el pacto arbitral debe resultar de la libre discusión y autónoma aceptación por las personas concernidas, sin apremio alguno, a la luz de su evaluación autónoma de las circunstancias que hacen conveniente recurrir a tal curso de acción, y no de una imposición que afecte su libertad negocial.

(...)

La Corte Constitucional ha otorgado especial importancia al principio de voluntariedad que rige al sistema arbitral al examinar la constitucionalidad de disposiciones legales que regulan la materia. *En consecuencia, ha declarado en varias oportunidades la inexistencia de normas que restringen o impiden la expresión autónoma y libre de la voluntad para acudir al arbitramento y*

Para tales efectos, se aborda el entorno constitucional colombiano alrededor del arbitraje, sus antecedentes y los pronunciamientos judiciales que incidieron en que el constituyente decidiera incorporar esta figura dentro del Texto Fundamental de 1991. Así mismo, se determina el alcance que la jurisprudencia de la Corte Constitucional le dio a la función de los árbitros y en general a la institución arbitral para inscribirla definitivamente dentro de un ámbito jurisdiccional, aunque limitado temporalmente y necesariamente antecedido de la habilitación de los interesados en comparecer a estas instancias.

---

en otras ocasiones ha declarado ajustadas a la Constitución las disposiciones legales acordes con el principio de habilitación voluntaria de los tribunales arbitrales.

Así, en la sentencia C-242 de 1997, la Corte examinó el artículo 19 de la Ley 142 de 1994, en virtud del cual las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios debían incluir en sus estatutos una cláusula arbitral. En criterio del demandante, la obligatoriedad de pactar esta cláusula privaba a los particulares del derecho de acceso a la administración de justicia por el Estado, si así lo preferían en casos concretos.

(...)

Posteriormente, la sentencia C-1140 de 2000 se pronunció sobre los artículos 35, 36 y 37 de la Ley 546 de 1999, que regulaban la conformación y el funcionamiento de tribunales de arbitramento pactados en contratos de crédito para construcción o adquisición de vivienda con entidades financieras.

(...)

Más tarde, en la sentencia C-060 de 2001, la Corte estudió un segmento del artículo 19 de la Ley 182 de 1995, en virtud del cual si no se llegaba a un acuerdo entre los concesionarios del servicio de televisión y las empresas de servicios públicos o el Estado sobre el uso de la infraestructura de redes de cableado, ductos y postes existentes para efectos de facilitar la transmisión de la señal, se habría de someter la controversia a arbitramento de conformidad con el Código de Comercio. La norma fue demandada por contrariar el principio de voluntariedad del arbitramento y por restringir el derecho de acceso a la administración de justicia.

(...)

En el mismo sentido, en la sentencia C-330 de 2000, este Tribunal Constitucional examinó las normas del Código Procesal del Trabajo (arts. 130 a 142) que consagran y regulan el arbitramento voluntario en materia laboral. La Corte señaló explícitamente que en el campo laboral es aplicable la figura del arbitramento voluntario, siempre y cuando en su regulación legal se respeten las garantías constitucionales mínimas que amparan a los trabajadores, así como el debido proceso, las reglas constitucionales que rigen el arbitramento, y el principio según el cual el recurso a un tribunal arbitral debe ser resultado de la libre manifestación de los contratantes, y no el producto de la presión ejercida por alguna de las partes con base en su superioridad de poder o negocial- caso en el cual se incurriría en un objeto ilícito. Con estas precisiones, las normas fueron declaradas ajustadas a la Constitución”. [Cursivas añadidas]. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-330 de 2000 (M. P.: Carlos Gaviria Díaz; marzo 22 de 2000).

Así mismo, la explicación del alcance de la judicialización del arbitraje demanda una revisión de sus disposiciones legales, especialmente de la estructura normativa que nuestro ordenamiento jurídico adoptó para regular esta institución. En efecto, el legislador colombiano optó por mantener el esquema de una regulación arbitral dualista, en la que las normas contenidas en la Parte I del Estatuto, relativa al arbitraje doméstico, se fundan principalmente en instituciones del derecho procesal, por lo que el trámite que se adelanta para resolver controversias entre partes nacionales, con relaciones jurídicas que no comprenden punto de contacto alguno con ordenamientos extranjeros, se estructura de forma muy similar a los procesos judiciales regulados en los códigos procesales, y se nutre de múltiples figuras e instituciones propias de esta particular rama del derecho.

El planteamiento de este marco conceptual permitirá entender los alcances que el fenómeno de la constitucionalización y del dualismo, en los términos en que fue adoptado en la legislación nacional, tuvo respecto de dos instituciones fundamentales del arbitraje, a saber:

- 1) La autonomía del arbitraje. Se determinará cómo y en qué intensidad el arbitraje doméstico colombiano resulta permeado por normativas e instituciones ajenas a las propias, que enmarcan esencialmente su funcionamiento. Esta característica de nuestro sistema, que se deriva principalmente del fenómeno de la judicialización arriba explicado, constituye en sí misma una afectación al principio de la autonomía del arbitraje, que propugna porque los trámites se rijan por disposiciones contenidas en un cuerpo de normas especializadas que respondan única y exclusivamente a su esencia y filosofía, impidiendo así la desnaturalización de esta institución.
- 2) La autonomía de la voluntad. Así mismo, todo este contexto constitucional y legal juega un papel importante en otra institución fundamental del derecho arbitral como es la autonomía de la voluntad, ya que por cuenta de una serie de pronunciamientos jurisprudenciales y en razón a la forma en que el legislador dispuso las normas que componen la regulación arbitral doméstica, esta

institución del derecho contractual no ve asegurada su plena eficacia. En tal sentido, la flexibilidad de los procedimientos arbitrales es limitada y difiere en gran medida de los alcances de los que dispone en otros ordenamientos internacionales.

Los objetivos planteados y el tema así delimitado suponen la exclusión de otros aspectos que resultan de suma importancia pero que, por efectos metodológicos y de la profundidad que exige el tratamiento de los contenidos definidos, exceden los alcances del presente trabajo.

En virtud de lo anterior, este estudio no está dirigido a demostrar que las experiencias del arbitraje doméstico, que suponen unas prácticas muy propias de un sistema local distanciadas de los usos internacionales reconocidos en los instrumentos de unificación y en las legislaciones más avanzadas en la materia, tengan una incidencia negativa en el crecimiento de esta figura en Colombia, dado que la evidencia demuestra un importante nivel de aceptación del mecanismo en el orden nacional, como arriba se señaló. En igual sentido, el presente trabajo tampoco se constituye en un análisis de eficiencia económica para poner de manifiesto la incidencia que ha tenido uno u otro sistema arbitral en la presencia de mayor o menor inversión, si se reducen o no los términos para el trámite de resolución de las controversias o cómo impacta al sistema jurídico interno y la economía doméstica la presencia de uno u otro sistema.

### ***Importancia del tema y de su tratamiento***

Las rígidas estructuras de los procesos civiles y el carácter imperativo de sus disposiciones propugnan por el cumplimiento de unas etapas mínimas, y la instauración de fórmulas que garanticen plenamente los derechos de las partes involucradas en juicio. El derecho procesal se convierte así en un importante instrumento para asegurar la satisfacción de los derechos sustanciales, mediante la estructuración y diseño de instancias preestablecidas que permiten que los debates se desarrollen en un plano de igualdad y de plenas garantías. Así, el Estado, mediante la prestación del servicio de administración de justicia, busca asegurar la

convivencia entre sus asociados y persigue fundar las bases para un mejor desarrollo en el plano político, económico y social.

No obstante lo anterior, las cifras de la congestión judicial en Colombia<sup>7</sup> resultan alarmantes, y esta irregularidad impacta directa y negativamente el ánimo de los particulares a la hora de acudir ante las instancias jurisdiccionales del Estado, por lo que la utilización de otros mecanismos de solución de controversias se constituye en una alternativa viable y atractiva.<sup>8</sup> Si bien el arbitraje no puede concebirse como un mecanismo de descongestión de despachos, pues por este medio no se pueden resolver las controversias que más incrementan las estadísticas del sistema judicial, este sí se constituye en un instrumento valioso para ciertos actores de la economía que están dispuestos a sacrificar las prerrogativas de gratuidad de la justicia estatal, en favor de un sistema oneroso pero que se caracteriza por una mayor efectividad en cuanto a tiempos y maximización de recursos.

Por otro lado, es de resaltar que el arbitraje está concebido como un mecanismo de solución de controversias que por naturaleza es ágil y flexible, características más relevantes y comúnmente recogidas en los textos nacionales e internacionales sobre la materia, por lo que incluir dentro de su cuerpo normativo estructuras, figuras e instituciones provenientes de otros campos del derecho puede derivar en afectaciones a aquellos presupuestos de celeridad e informalidad antes mencionados. Señala Monroy Cabra:

Esta es la razón más poderosa para que las partes en una controversia acudan al arbitraje. Un proceso que demora dos, tres, o más años, constituye un grave perjuicio para las partes. Aún los denominados *procesos abreviados* demoran

---

<sup>7</sup> Diego Younes Moreno. *Hacia el mejoramiento del acceso a la justicia* (Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2014), 173.

<sup>8</sup> Dentro de las principales conclusiones de una auditoría de la Contraloría General sobre la gestión de la Sala Administrativa de la Judicatura, en el 2015, se destacan las siguientes: 1) A pesar de que entre el 2010 y el 2015 el Consejo Superior de la Judicatura invirtió 2,3 billones de pesos (el 17 por ciento del presupuesto de la Rama Judicial) en la descongestión de procesos en los juzgados, no se cumplieron las metas para lograr mayor agilidad en el sistema judicial; 2) Se evidenció que la mayoría de despachos no cumplieron con el 100 por ciento de objetivos, situación que muestra ineficacia e ineficiencia en el proceso de descongestión de la justicia al día.

mucho tiempo. Se ha repetido que la justicia tardía no es justicia. En cambio el proceso arbitral es ágil y rápido.<sup>9</sup>

En tal sentido, identificar las causas que originan la afectación de la autonomía y determinar el grado de incidencia que las demás materias tienen en el derecho arbitral, permite reconocer cuáles estructuras constitucionales y legales resultan más propicias para favorecer la esencia liberal y volitiva que es inherente a este mecanismo de solución de controversias, en el escenario de una eventual reformulación del marco regulatorio.

Así mismo, las características enunciadas surgen en el arbitraje por cuenta de que las disposiciones de su cuerpo normativo suelen atender a nociones contractuales, y estas a su vez están profundamente inspiradas en el principio de la autonomía de la voluntad. En este orden de ideas, la afectación de la autonomía del arbitraje puede incidir negativamente en el alcance que tiene la autonomía de la voluntad en el escenario arbitral, ya que las disposiciones propias de otra clase de ordenamientos, como el procesal, pueden contribuir a la constitución de estructuras procedimentales más rígidas e inflexibles.

Ahora bien, no es posible desestimar que los principios autonómicos, de gran arraigo en el derecho contractual, cuentan con un reconocimiento particular en el Estatuto de Arbitraje colombiano. Sin embargo, resulta necesario determinar su ámbito de aplicación y destacar aquellos aspectos que representan una problemática en su práctica, pues la inexistencia de reglas claras no solo resulta un factor generador de inseguridad jurídica, sino que limita la posibilidad de que los operadores arbitrales y las partes lo desplieguen en toda su extensión y se beneficien de ellos.

Finalmente, el estudio del arbitraje doméstico en los términos en que se plantea en el presente trabajo, donde se identifican los presupuestos que dan lugar al fenómeno de la pérdida de la autonomía y a las limitaciones a la autonomía de la

---

<sup>9</sup> Marco Gerardo Monroy Cabra, Arbitraje Comercial, nacional e internacional (Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2017). 9.

voluntad, no solamente resulta relevante por la ausencia de estudios científicos sobre la materia en el entorno nacional, sino que además sugiere un llamado de atención para que las prácticas que son inherentes al arbitraje doméstico, que tienen origen en un muy particular marco normativo y jurisprudencial, no se repliquen en los escenarios del arbitraje internacional. En este último escenario, en el que se resuelven controversias con partes extranjeras o que tienen una estrecha relación con los negocios internacionales, se tiene presupuestado un entorno normativo que facilita la participación de actores provenientes de diversos sistemas jurídicos y diferentes culturas, para quienes resulta totalmente ajena la práctica local.

### ***Objetivos generales y específicos de la investigación***

Tal como se señaló en el acápite de *marco general y delimitación del tema*, el presente documento orbita alrededor de dos grandes temas principales: i) la autonomía del arbitraje doméstico en Colombia y ii) el alcance del principio de la autonomía de la voluntad en el mismo contexto. En virtud del tipo de investigación que se desarrollará, el objetivo general del estudio consiste en diagnosticar las problemáticas que comporta el actual sistema constitucional y legal colombiano respecto de estas dos grandes temáticas y así poder realizar una propuesta normativa que propugne por una potencialización de estas dos grandes y vitales instituciones del derecho arbitral.

De manera específica, mediante una revisión del entorno constitucional del arbitraje y de las experiencias derivadas del mismo, tanto a nivel local como en el contexto iberoamericano, se busca demostrar que la constitucionalización del arbitraje tiene una incidencia determinante en la forma en que opera en la práctica. Así, sin pretender desconocer que dicho fenómeno no tiene lugar única y exclusivamente porque el mecanismo de solución de controversias esté incorporado en el texto superior, se evaluará la fórmula contenida en la normativa actual y, con base en otras modalidades plasmadas en ordenamientos históricamente asimilables al nuestro por su origen y evolución, proponer alternativas que resulten menos



gravosas en términos del sacrificio de su autonomía y deriven en una potencialización del contenido volitivo de esta institución.

En igual sentido, otro aspecto de estudio obligado es el relativo a la regulación particular del arbitraje desde el plano legal. Si bien es claro, como se demostrará más adelante, que la estructura del sistema bajo un esquema monista o dualista no repercute necesariamente en beneficio o detrimento de la autonomía del arbitraje ni en la operatividad de la autonomía de la voluntad, en el entorno nacional existen diversos factores que operan conjuntamente a ese nivel y que comprometen las dos instituciones que son objeto de estudio. Así, un análisis de este marco regulatorio permitirá identificar aquellos factores incidentes y proponer una fórmula legal acorde con la evolución de la figura del arbitraje en nuestro entorno que repercuta favorablemente en su caracterización como un verdadero mecanismo alternativo de solución de controversias.

### ***Hipótesis de investigación***

Previo estudio del entorno constitucional, jurisprudencial y legal doméstico, así como de algunas experiencias de sistemas jurídicos extranjeros, se estará en capacidad de confirmar las siguientes dos hipótesis, cada una de ellas principal y autónoma:

**PRIMERA: El constituyente colombiano consagró el arbitraje en la Carta Política de 1991 de un modo que derivó en su judicialización definitiva, lo que afectó en gran medida su autonomía e independencia.**

Para demostrar esta hipótesis, en el texto se abordarán y desarrollarán las siguientes afirmaciones:

1. La validez y eficacia del arbitraje no dependen de su reconocimiento expreso en el texto constitucional.
2. El fenómeno de la constitucionalización del arbitraje no se constituye, en sí mismo, en un factor positivo o negativo para la salvaguarda de la autonomía de este mecanismo.

3. Es posible inscribir el arbitraje en el texto constitucional bajo fórmulas que potencialicen su independencia y apuesten por promover una cultura favorable al arbitraje como mecanismo autónomo.

**SEGUNDA: Pese a que en Colombia se reconoció la operatividad del principio de la autonomía de la voluntad en el arbitraje, la fórmula legal escogida para regular este mecanismo de solución de controversias y los preceptos constitucionales que inspiran la materia no aseguran su plena efectividad.**

Para demostrar esta hipótesis, en el texto se abordarán y desarrollarán las siguientes afirmaciones:

1. El dualismo, como modelo regulatorio, en sí mismo, no es determinante de las limitaciones al principio de la autonomía del arbitraje ni de la judicialización de este instrumento.
2. Las normativas arbitrales dualistas permiten recoger, en el cuerpo de disposiciones que regulan el arbitraje doméstico, aspectos reservados y propios del ordenamiento jurídico local que el legislador no está dispuesto a equiparar a las prácticas internacionales sobre la materia.
3. El carácter jurisdiccional del arbitraje, plasmado en los términos de la Constitución de 1991, fue determinante en que las características de las normas de arbitraje doméstico, contempladas en la Parte I de la Ley 1563 de 2012, estuvieran estrechamente ligadas al ordenamiento procesal civil.
4. El legislador colombiano optó por regular el arbitraje mediante un sistema dualista, que afectó la autonomía del arbitraje, en aras de generar una mayor seguridad jurídica al “consumidor de justicia”.
5. El artículo 58 de la Ley 1563 de 2012, que consagra la plena libertad de las partes para acordar las reglas de procedimiento, tiene un efecto limitado derivado de una inadecuada conjunción de normas supletivas e imperativas que regulan el arbitraje doméstico y del fenómeno de la judicialización del arbitraje.

6. Para garantizar efectivamente el ejercicio de la autonomía de la voluntad y disminuir la incertidumbre sobre su aplicación, los sistemas jurídicos arbitrales que lo privilegian determinan con claridad aquellos aspectos del trámite que las partes pueden disponer y aquellos que resultan de obligatoria observancia.

### ***Metodologías implementadas***

La presente investigación comporta un análisis a profundidad de la naturaleza de la institución del arbitraje en Colombia y de las normas que fundamentan su autonomía e independencia, así como de las fórmulas que le dan operatividad a la autonomía de la voluntad como institución que hace particularmente conveniente la utilización de este mecanismo de solución de controversias. Así, se desarrollará un tipo de investigación fundada en la dogmática jurídica en la que se ahondará en las estructuras del derecho objetivo, haciendo particular énfasis en las dificultades prácticas que para las dos instituciones mencionadas ha significado la modalidad consagratória del arbitraje y su regulación particular en el derecho nacional.

Además de contemplar como objeto de estudio las estructuras del derecho positivo (normas jurídicas constitucionales, legislativas y reglamentarias) el presente trabajo abarcará un detallado análisis de la jurisprudencia y la doctrina específica sobre la materia, ya que en este campo la influencia de estas fuentes resulta incontrovertible. Todo lo anterior, con el propósito de diagnosticar prácticas mecanizantes que impiden la adecuada implementación de la autonomía en materia arbitral y formular correctivos que propugnen por su adecuado desarrollo. En tal sentido, el subtipo de investigación dogmática de la que trata este texto es también jurídico-propositiva.<sup>10</sup>

Como lo señala Tantaleán, “no toda investigación dogmática necesariamente es un estudio propositivo, ya que se puede hacer el análisis concienzudo de una institución jurídica sin necesidad de aterrizar en una propuesta. Por el contrario, un estudio propositivo, necesariamente tendría que ser dogmático, pues la

---

<sup>10</sup> Reynaldo Mario Tantaleán Odar, “Tipología de las investigaciones jurídicas”, *Revista Derecho y Cambio Social*, n.º 43 (2016): 1-37.

modificaci3n de una norma implica la alteraci3n de una instituci3n jur3dica, y una variaci3n de esta naturaleza implica una revisi3n de la dogm3tica del derecho”.

En Colombia, la pr3ctica del arbitraje dom3stico evidencia una profunda discordancia con algunos de los principios b3sicos que hist3ricamente han fundado esta figura en otras jurisdicciones. En los pa3ses en que este mecanismo ha encontrado mayor desarrollo, el funcionamiento del arbitraje, tanto nacional como internacional, conserva unos modelos b3sicos y unos factores comunes en lo que respecta a su independencia de otras areas del derecho (como el procesal) y en lo relativo a la plena efectividad de la autonom3a de la voluntad para acordar aspectos neur3lgicos del procedimiento. Una investigaci3n en la que se analice a profundidad la instituci3n del arbitraje y desemboque en una propuesta de normatividad mediante la que se asegure la integridad de los dos principios mencionados contribuye en la construcci3n de una instituci3n mucho m3s s3lida, independiente y ajustada a las necesidades del comercio moderno, cuyas fronteras entre lo nacional y lo internacional hoy en d3a se confunden.

En virtud de lo anterior, el car3cter dogm3tico propositivo de esta investigaci3n no puede agotarse exclusivamente en el plano local sino que debe atender tambi3n al contexto internacional. De esta manera, el texto plantea reflexiones contextualistas, sin involucrar la metodolog3a del derecho comparado, fundadas en el contenido de algunos derechos nacionales, especialmente iberoamericanos, e incluso del mismo arbitraje internacional.

El primero de los supuestos que justifica un an3lisis de la normatividad colombiana a la luz de la evoluci3n de los derechos del hemisferio sobre la materia, encuentra su sustento, entre otros aspectos, en los siguientes presupuestos:

Dentro de los legados recibidos, uno de los de mayor significaci3n fue y ha sido, sin la menor duda, la transmisi3n del derecho continental europeo y, muy especialmente, del derecho espa3ol. El derecho procesal y el comercial,

particularmente, han sido inspirados en Iberoamérica por la legislación, la doctrina y la jurisprudencia ibérica.

El arbitraje no ha sido una excepción; por el contrario, salvo casos aislados orientados por el derecho francés o el soviético, el sistema legal en esta materia ha sido, desde sus orígenes en Iberoamérica, fiel seguidor de los grandes lineamientos y principios fundamentales de la legislación española.<sup>11</sup>

Otro elemento que soporta la validez y la procedencia de un estudio con esta perspectiva resulta ser de carácter jurídico-político: en efecto, más recientemente, las dos últimas décadas del siglo XX se constituyeron en un período de grandes reformas constitucionales en Colombia y en el hemisferio.<sup>12</sup> Este fenómeno tuvo lugar, en gran medida, por cuenta de una transición estructural en los países de Latinoamérica, cuyos ordenamientos constitucionales se tornaron más favorables a la protección de los derechos individuales y de las economías de mercado fundadas en la salvaguarda de los derechos económicos, sociales y culturales.

Así, un gran número de Textos Fundamentales de la región incorporaron el arbitraje como una institución de carácter constitucional,<sup>13</sup> lo que contribuyó a un mayor reconocimiento de este instrumento como un sistema efectivo para la solución de controversias domésticas e internacionales. De forma paralela, estamentos internacionales como la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho

---

<sup>11</sup> Cámara de Comercio de Bogotá. Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles, *Panorama y perspectivas de la legislación iberoamericana sobre arbitraje comercial*, (Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 1993).

<sup>12</sup> Constitución de la Nación Argentina (1994); República de Bolivia, Constitución Política del Estado, Texto Acordado (1995); Constituição da República Federativa do Brasil (1988); Constitución Política de la República de Chile (1980); Constitución Política de Colombia (1991); Constitución Política de la República de Costa Rica (1949); Constitución Política de la República Dominicana (2002); Constitución Política de la República de Ecuador (1998); Constitución Política de la República de El Salvador (1983); Constitución Política de la República de Guatemala (1985); Constitución de la República de Honduras (1982); Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917); Constitución de Nicaragua (1987); Constitución Política de Panamá (1972); Constitución de la República de Paraguay (1992); Constitución Política del Perú (1993); Constitución de la República Oriental del Uruguay (1967).

<sup>13</sup> Ver capítulo III.

Mercantil Internacional (CNUDMI) promovieron instrumentos para unificar y organizar la práctica arbitral, que fueron de gran acogida por los legisladores del hemisferio. Este objetivo se materializó, en algunos casos, por cuenta de los trabajos y las misiones organizadas por instituciones como el Banco Interamericano de Desarrollo,<sup>14,15</sup> que propugnaron por la modernización de las legislaciones locales para permitir así un clima de apertura y mayor favorecimiento de la inversión extranjera. Este proceso ha sido descrito en los siguientes términos:

Es desde esa fecha en que los distintos organismos internacionales han asumido un compromiso con la región a los fines de diseñar y ejecutar proyectos y programas de apoyo a los procesos de reforma y modernización judicial en los distintos países de Latinoamérica; a los fines de contar con una vigencia efectiva de un estado de derecho, un orden jurídico moderno y un sistema de justicia fortalecido y de fácil acceso que permita una consolidación democrática y el funcionamiento eficiente y equitativo de una economía de mercado.

---

<sup>14</sup> “El proyecto BID surge como una necesidad de la sociedad colombiana ante la lentitud y acumulación de los procesos judiciales y el deseo de solucionar las controversias, diferencias y conflictos por vías rápidas y oportunas. En el desarrollo de una serie de acontecimientos, el país dispone hoy de un proyecto que busca fortalecer los métodos alternos para la solución de controversias. Como promotores visibles del proceso se encuentran las cámaras de comercio del país, las universidades y asociaciones entre otros, los cuales han desarrollado un importante esfuerzo para llevar servicios a la población demandante de éste.

Los antecedentes que llevaron a la formulación del presente proyecto se enmarcan a partir de la década de los ochenta, cuando el sistema judicial colombiano enfrentó lentitud y acumulación de procesos judiciales (...)”. Banco Interamericano de Desarrollo, *Programa de fortalecimiento de métodos alternos para la solución de controversias. Proyecto BID* (Bogotá: Banco Interamericano de Desarrollo, 1997).

<sup>15</sup> “El Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Comercio y Servicios de Nicaragua “Antonio Leiva Pérez”, fundado en el año 2006 por la Cámara de Comercio de Nicaragua con el apoyo de diversos Organismo Internacionales como USAID. (...) En su trayectoria el Centro ha emprendido numerosos proyectos y actividades destinados a la difusión e implementación de los Métodos Alternos de Solución de Controversias (MASC), (...) a través de sus proyectos PROGRAMA ESTADO DE DERECHO Y PROYECTO DE APOYO A LA IMPLEMENTACIÓN DEL CAFTA (PROCAFTA), y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID-FOMIN)”. Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Comercio y Servicios de Nicaragua “Antonio Leiva Pérez”. ¿Quiénes somos? <http://www.cmanicaragua.com.ni/index.php/quienes-somos/quienes-somos/>

En tal sentido organizaciones como el Banco Interamericano de Desarrollo a través del Fondo Multilateral de Inversiones (BID/FOMIN) inició en 1994 un programa de apoyo al uso de los Métodos Alternos de Solución de Conflictos en el ámbito regional que contribuyera a: a) Facilitar la resolución de controversias de carácter comercial, b) Favorecer la inversión privada tanto interna como externa y c) Proveer al sector privado con instrumentos alternos a la vía judicial, que permitiera la resolución de sus controversias con eficiencia y eficacia.<sup>16</sup>

Entonces, una multiplicidad de ordenamientos latinoamericanos migró hacia la incorporación de las disposiciones arbitrales en normas independientes de los decimonónicos códigos procesales civiles, mientras que otros sistemas conservaron normativas más clásicas, fundadas en aquellos principios que rigen las relaciones en el orden jurisdiccional. Como se verá más adelante, no hay en nuestro hemisferio una uniformidad regulatoria del arbitraje doméstico e internacional, por lo que los ejemplos que se analizarán de forma particular nos darán cuenta de las tendencias que, en mayor o en menor medida, han garantizado la autonomía del arbitraje respecto de las disposiciones propias de los sistemas de solución de controversias propios del aparato estatal, con eminente y natural raigambre procesal.

Otro referente de gran relevancia para estudiar la aptitud de las fórmulas que el legislador colombiano sentó en la redacción de la Parte I de la Ley 1563 de 2012, para favorecer la autonomía del arbitraje y el principio de la autonomía de la voluntad, es el arbitraje internacional, visto tanto desde la perspectiva de los más importantes instrumentos que regulan la materia como desde las mismas disposiciones que sobre el particular dispuso el legislador colombiano en la Parte III del referido Estatuto Arbitral. El análisis sobre la forma en que fueron concebidas las disposiciones de la Ley Modelo de la CNUDMI,<sup>17</sup> así como de algunos otros ordenamientos que se desmarcaron de dicha normativa modeladora

---

<sup>16</sup> Claudia Matute Morales, “El desarrollo de los métodos alternativos de solución de controversias en América Latina”, *Revista Anuario del Instituto de Derecho Comparado* 38, n.º 25 (2002): 3, <http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/idc25/25-3.pdf>

<sup>17</sup> Se ha promulgado legislación basada en la Ley Modelo de la CNUDMI en 75 Estados, en un total de 106 jurisdicciones (ver apéndice II).

pero que se fundan en sólidos pilares volitivos, permite demostrar que la manera en la que el legislador colombiano redactó las normas de arbitraje doméstico: 1) Atendió a la necesidad de entrar a proteger al “consumidor de justicia” que pudiere verse abocado a resolver sus diferencias ante un tribunal arbitral; y 2) Adoleció de fórmulas que permitieran diferenciar de manera clara las normas de carácter supletivo, susceptibles de ser pactadas en contrario para modelar el procedimiento arbitral, de aquellas de orden imperativo cuyo estricto cumplimiento resulta categórico tanto para las partes como para los tribunales que conducen el trámite arbitral.

Finalmente, es de anotar que esta perspectiva del arbitraje internacional, como objeto de estudio para analizar problemas de arbitraje doméstico, resulta plenamente justificable ya que su análisis abarca únicamente los aspectos relativos a la autonomía del arbitraje y a la prevalencia de la autonomía de la voluntad, instituciones que son de la misma esencia de la figura sin importar si esta se desarrolla en el plano puramente local o en un ámbito global. Más aún, como se verá más adelante, algunos ordenamientos jurídicos regulan estas dos esferas bajo una misma estructura normativa, lo cual resulta justificable bajo la premisa de que “arbitraje es arbitraje”.



## CAPÍTULO I

### ***EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y SUS ALCANCES EN EL ARBITRAJE***

El arbitraje, como una expresión de carácter convencional para la solución de controversias, se funda en el principio de autonomía de la voluntad contractual desde el momento en que las partes deciden someterse a una decisión que excluye de entrada la participación de los entes jurisdiccionales permanentes de un Estado. El principio de autonomía contractual permite a las partes planificar la mayoría de los aspectos del arbitraje, por lo que impregna y llena de contenido la materia arbitral, la cual deberá ser observada desde tal perspectiva para una comprensión integral.<sup>18</sup>

Históricamente, este principio no siempre fue bien recibido por las instancias jurisdiccionales, pues se veía como una amenaza a las funciones de los jueces y magistrados. Mientras en Inglaterra el panorama de la libertad contractual en el arbitraje siempre fue favorable, en otros países, como Suiza, dicho reconocimiento solo alcanzó plenos efectos hasta mediados del siglo XX. En los Estados Unidos, hasta la expedición de la Federal Arbitration Act de 1925 y de otras disposiciones de derecho internacional privado, las Cortes se inclinaban por desconocer los efectos del acuerdo de arbitraje por considerar que este contrariaba el orden público.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> Seyda Dursun, “A critical examination of the role of party autonomy in international Commercial Arbitration and an assessment of its role and extent”, *Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, n° 1 (2012): 161-188.

<sup>19</sup> Egbedi Tamara, *An analysis of the effect of public policy on party autonomy in international arbitration*, [http://docplayer.net/19635660-An-analysis-of-the-effect-of-public-policy-on-party-autonomy-in-international-arbitration-egbedi-tamara1-black\\_queen234-yahoo.html](http://docplayer.net/19635660-An-analysis-of-the-effect-of-public-policy-on-party-autonomy-in-international-arbitration-egbedi-tamara1-black_queen234-yahoo.html)

### ***A. Caracterización de los mecanismos alternativos de solución de controversias y el papel de la autonomía de la voluntad***

En el ámbito internacional, los ADR's (*Alternative Dispute Resolution*) son mecanismos de solución de controversias distintos de los procesos judiciales que adquieren la condición de alternativos por contraposición a aquellos sistemas e instrumentos tradicionales, ligados al poder público de administración de justicia. Dichos instrumentos emanan de la autonomía de la voluntad, en tanto constituyen

métodos de resolución de conflictos de naturaleza exclusivamente contractual y estructura más o menos determinada, en virtud de los cuales, uno o varios terceros, de forma auto compositiva o heterocompositiva, ayudan a las partes a solventar la controversia<sup>20</sup>

No obstante, para algún sector de la doctrina, el concepto de alternatividad se encuentra íntimamente ligado al carácter vinculante o facultativo del mecanismo utilizado, por lo que en muchos casos el arbitraje no se encuentra clasificado como una modalidad de resolución alternativa de conflictos. En palabras de Carroll y Dixon:

ADR, like litigation and arbitration, will often involve an independent third party but his function is fundamentally different from that of a judge or arbitrator and is best described as a neutral facilitator. He does not impose a decision on the parties but, on the contrary, his role is to assist the parties to resolve the disputes themselves. He may give opinions on issues in dispute but his primary function is to assist in achieving a negotiated solution.<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> Carolina Macho Gómez, "Los Alternative Dispute Resolution en el Comercio Internacional", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 5, No. 2, (2012): 406.

<sup>21</sup> Eileen Carroll y Giles Dixon, "Alternative Dispute Resolution Developments in London", *The International Construction Law Review*, (1990): 436-437.

En igual sentido, la Guía del ADR de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), reemplazada actualmente por las Reglas de Mediación, dispuso:

La Cámara de Comercio Internacional ha elaborado el Reglamento ADR de la CCI (en adelante el “Reglamento”) para uso de las partes que deseen resolver sus desavenencias o desacuerdos amigablemente con la ayuda de un Tercero neutral dentro de un marco institucional. Es debido a la naturaleza amigable de este proceso que la CCI ha preferido referirse, con las siglas ADR, a “amicable dispute resolution”, en lugar de “alternative dispute resolution”, noción hasta ahora más comúnmente utilizada. Por ello, el término ADR, en la acepción elegida por la CCI, no incluye el arbitraje, sino que contempla sólo un proceso que no da lugar a decisiones o laudos emitidos por un Tercero que sean susceptibles de ejecución legal.<sup>22</sup>

Valga anotar que, en el caso de las modalidades de resolución amigable de disputas cuyo resultado es una decisión de carácter obligatorio para las partes, la decisión puede ser ejecutada ante los jueces como cualquier otra obligación convencional. Por ello, la doctrina internacional también ha definido los mecanismos alternativos como instrumentos para resolver controversias sin la participación, en el curso del trámite, de jueces o árbitros, mediante el desarrollo de procedimientos informales.<sup>23</sup>

En el derecho constitucional moderno y en los sistemas jurídicos contemporáneos se ha superado la idea de que el proceso judicial constituye la única vía para el ejercicio de la jurisdicción y el desarrollo adecuado de la tutela judicial efectiva de los derechos individuales. Por el contrario, al permitir y promover la utilización de otros mecanismos e instrumentos diversos de los tradicionales, el Estado satisface de manera rápida y efectiva los derechos de los ciudadanos, salvaguardando, en

---

<sup>22</sup> Cámara de Comercio Internacional, *Guía de ADR de la CCI* (Paris: Centro Internacional de ADR de la CCI, 2001),

<http://www.cadeco.org/cca/documentos/lateral/4.2%20GUIA%20ADR%20de%20la%20CCI.pdf>

<sup>23</sup> Alan Redfern y Martin Hunter, *Law and practice of international commercial arbitration* (Londres: Sweet and Maxwell, 1999), 659.

todo caso, principios de honda estirpe constitucional como la igualdad y el debido proceso.

Estos sistemas alternativos, entre sí, responden a necesidades diferentes, se fundan en estructuras diversas y proponen resultados que no necesariamente apuntan a la solución definitiva del conflicto sino a contribuir en ese logro. No obstante, el elemento común que se evidencia en cada uno de ellos es la autonomía de la voluntad, bien sea que se trate de mecanismos autocompositivos o heterocompositivos, de origen legal o puramente contractual. Resulta entonces natural que, si los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias se constituyen en un camino paralelo a la jurisdicción estatal, estos se funden en presupuestos diferentes a los establecidos para los procesos judiciales.<sup>24</sup>

De esta manera, el papel de la autonomía de la voluntad no se limita a que las partes seleccionen uno u otro de los numerosos mecanismos existentes, sino en que los mismos pueden ser reglamentados o moldeados en los términos que resulten más efectivos para alcanzar los fines perseguidos según el tipo de controversia y el contexto general de conflicto a resolver. Así, la libertad configurativa puede abarcar aspectos tales como el grado de participación y las funciones del tercero, los términos y alcances del trámite, la duración de este, los efectos de la decisión, etcétera.

Estas características facilitan la gestión del conflicto o *conflict management*, cuya finalidad no se agota en la solución definitiva de las controversias suscitadas sino que se extiende a su prevención, mitigación y administración.<sup>25</sup> Este sistema se ha

---

<sup>24</sup> Marta Blanco Carrasco, *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos: Una visión jurídica*. (Madrid: Editorial Reus S.A., 2009), 399.

<sup>25</sup> “Es necesario y oportuno precisar que no es lo mismo administrar justicia que solucionar conflictos; en ambos casos, por los particulares como parte viva de un Estado Social de Derecho. Cuando se administra justicia: no siempre se soluciona un conflicto, en muchas ocasiones por no decir que en casi todas, los efectos posteriores al fallo o decisión judicial generan conflictos entre las mismas partes que sostuvieron el litigio jurídico y en oportunidades el conflicto, que aparentemente se resolvió, genera una escalada mayor y puede transferirse a terceros quienes pueden generar un nuevo conflicto”. Héctor Manuel Rodríguez Cortés, *Justicia alternativa y solución de conflictos* (Bogotá: Universidad INCCA de Colombia, 2014). 29.

estructurado para alcanzar diversos fines que los ritmos del comercio moderno demandan, dentro de los cuales se pueden destacar:

- La necesidad de disminuir costos transaccionales: Para las empresas y los comerciantes, la eficiencia en la prevención y la solución de las controversias a través de mecanismos de fácil acceso constituye una ventaja competitiva que les permite atender efectivamente sus negocios así como enfocarse en el emprendimiento de nuevos proyectos y en la asignación eficiente de recursos para su desarrollo.

- La búsqueda de una estandarización e informalización de los procedimientos: Los ritos y formalidades propios de los trámites judiciales traen consigo una ineludible inversión en tiempo y recursos; adicionalmente, comportan dificultades cuando las partes involucradas provienen de diferentes sistemas jurídicos y no se encuentran familiarizados con los términos y la cultura propia de un sistema judicial nacional. El carácter convencional y voluntario de los métodos alternativos contribuye significativamente a mitigar estas dificultades pues son los mismos interesados quienes regularmente concuerdan los términos y condiciones mediante los que actúan o delegan a terceros para que lo hagan, siempre tomando en consideración las particularidades del caso y las necesidades de los intervinientes.

- La importancia de la celeridad en la toma de decisiones y la eficiencia en su implementación: El ritmo de los negocios y las transacciones comerciales locales e internacionales se ha incrementado exponencialmente en el período de auge de la globalización. Es así como los actores económicos demandan con frecuencia imprimir un mayor dinamismo en las diferentes etapas que forman parte de su desarrollo empresarial, entre las que se encuentran las ineludibles instancias de confrontación técnica o jurídica. Los sistemas alternativos contribuyen no sólo a que las partes resuelvan sus dificultades de

manera definitiva sino que permiten reducir los tiempos de las negociaciones cuando se evidencia que las mismas pueden resultar infructuosas.<sup>26</sup>

- La contribución al desarrollo de los diversos sectores económicos y el fomento a la inversión: Estos sistemas, que tienen origen en el ámbito comercial y empresarial privado, facilitan el tránsito de los flujos de capital y generan ambientes favorables para los negocios. La intervención de terceros imparciales y especializados en la solución de controversias, como una alternativa adicional a los sistemas judiciales estatales, introduce nuevos espacios para incrementar la confianza de quienes acometen nuevos proyectos.

Para materializar el ideal de justicia, el legislador cuenta con la competencia para fijar las formas de composición de los conflictos tanto en el plano judicial como en el extrajudicial, todo de conformidad con los parámetros establecidos en la Carta Política. En el primer caso, define las características del proceso, que en palabras de Francesco Carnelutti es “el conjunto de actos coordinados y sucesivos realizados por los órganos investidos de jurisdicción y los demás sujetos que actúan, a fin de obtener la aplicación de la ley sustancial o material a un caso concreto.”<sup>27</sup> En el segundo, establece las particularidades y las fórmulas mínimas a partir de las cuáles los ciudadanos entre sí, o los ciudadanos y el Estado, someten sus controversias a mecanismos que no implican el ejercicio de la administración de justicia.

Sin embargo, para promover los mecanismos alternativos de solución de conflictos el legislador no requiere entrar a tipificar y a regular las singularidades de todas y cada una de las figuras que tienen como finalidad resolver un conflicto de manera definitiva o permitir un acercamiento entre las partes para llegar a ello. Mediante la puesta en práctica de los principios de voluntariedad y la autonomía de la voluntad,

---

<sup>26</sup> El mecanismo denominado Neutral Listener Agreement permite que las partes identifiquen sus verdaderas posibilidades de llegar a un acuerdo negociado o de vislumbrar, de manera definitiva, si sus conflictos deben ser sometidos al arbitraje o al litigio ante los jueces estatales.

<sup>27</sup> Francesco Carnelutti, *Sistema de derecho procesal civil*. Tomo IV (Buenos Aires: Uthea, 1944).

los interesados en zanjar sus disputas pueden configurar un sinnúmero de alternativas mediante las cuales, de manera ágil y con un mínimo de recursos invertidos, pueden alcanzar los presupuestos de convivencia pacífica sin necesidad de recurrir a las instancias judiciales.

Los métodos alternativos de solución de controversias se caracterizan entonces por su carácter informal y por la menor incidencia que tienen las normativas propias de los procesos que se adelantan en sede judicial. En este punto la autonomía de la voluntad juega un papel sustancial, ya que lo frecuente y regularmente aceptado es que sean las mismas partes o los terceros habilitados por ellas quienes dispongan las etapas y condiciones en las que se acceda a una pronta decisión o recomendación que permita la celebración de un acuerdo dispuesto por los mismos interesados.<sup>28</sup>

El Tribunal Constitucional español no ha dudado en señalar reiteradamente que la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, en la que se fundan los métodos alternativos, se encuentra constitucionalmente vinculada con la libertad como valor superior del ordenamiento.<sup>29</sup> Este principio de autonomía de la voluntad es, sin duda alguna, el principio básico en torno al que giran regularmente los procedimientos de los mecanismos que se encuentran consagrados en los diversos ordenamientos jurídicos.

Como lo menciona José Carlos Fernández Rozas, refiriéndose particularmente al arbitraje, es posible afirmar también que los métodos alternativos llegan

exclusivamente hasta donde alcanza la libertad, que es su fundamento y motor y ese ámbito de libertad también tiene un respaldo constitucional, concretamente en el art. 33 CE, que reconoce el derecho a la propiedad privada, fundamentado en los postulados de la libertad económica y de la autonomía de la voluntad, y en el

---

<sup>28</sup> Ver Capítulo I – A.

<sup>29</sup> España. Tribunal Constitucional. Sentencia 176/1996 de 11 de noviembre. Boletín Oficial del Estado.

art. 38 que estatuye el principio de libertad de empresa en el marco de la economía de mercado.<sup>30</sup>

Y es que esta clase de mecanismos son atractivos para los hombres de negocios y para la comunidad en general, entre otras razones, porque se encuentran desprovistos de excesivos formalismos y porque su libertad configurativa permite cumplir sus objetivos de manera expedita, con plena eficacia y seguridad. Estas consideraciones resultan plenamente aplicables para los llamados mecanismos autocompositivos, pero adquieren especial interés cuando los beneficios enunciados se revierten en mecanismos heterocompositivos o de “adjudicación”.

En el ámbito local, la Corte Constitucional ha reiterado en múltiples pronunciamientos que el propósito fundamental de la administración de justicia es hacer realidad los principios y valores que inspiran al Estado social de derecho, contenidos en el preámbulo y los artículos 1 y 2 de la Carta Política, entre los cuales se encuentran la paz, la tranquilidad, el orden justo y la armonía de las relaciones sociales. Para el alto Tribunal es claro que esas metas se hacen realidad no solo mediante el pronunciamiento formal y definitivo de un juez de la República, sino que también es posible lograrlas acudiendo a la intervención de un tercero que no forme parte de la rama judicial. Con la implementación de estos mecanismos alternativos de resolución de conflictos se evita a las partes poner en movimiento el aparato judicial del país, y se busca que a través de estas instituciones los interesados puedan llegar en forma pacífica y amistosa a solucionar determinadas diferencias, incluso aquellas que plantean la presencia de complejidades de orden jurídico.<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> José Carlos Fernández Rozas, “Arbitraje y jurisdicción: una interacción necesaria para la realización de la justicia”, *Derecho Privado y Constitución* 13, n.º 19 (2005): 55-91, [http://eprints.ucm.es/6573/1/ARBITRAJE\\_Y\\_JURISDICCION.pdf](http://eprints.ucm.es/6573/1/ARBITRAJE_Y_JURISDICCION.pdf)

<sup>31</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 1996. En este fallo la Corte revisa la constitucionalidad del Proyecto de ley N° 58/94 Senado y 264/95 Cámara: "Estatutaria de la Administración de Justicia". Si bien la Corte declara la exequibilidad formal del proyecto bajo análisis, dentro de su decisión agrupa los artículos que declara exequibles, los exequibles condicionadamente y los inexecutable.



El arbitraje se encuentra inscrito en los llamados métodos alternativos de solución de conflictos, dentro de los cuales solo la conciliación y el arbitraje tienen reconocimiento constitucional explícito, específicamente en el artículo 116 Superior. Por otro lado, figuras como la transacción, la amigable composición y la mediación han sido desarrolladas en el plano legal o, en el caso de esta última, en el meramente convencional.

La jurisprudencia constitucional, siguiendo lineamientos doctrinales sobre el particular, ha identificado dos modalidades de mecanismos sobre resolución de conflictos: en primera instancia, los denominados de autocomposición, integrados por aquellos medios en los que son las propias partes confrontadas las que resuelven sus desavenencias, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, ya sea de manera directa o asistidas por terceros neutrales que facilitan el diálogo y la búsqueda de soluciones al conflicto. Señala la Corte Constitucional que en este primer grupo se encuentran mecanismos como la negociación, la mediación y la amigable composición.<sup>32</sup>

En segundo lugar, se ha referido a los mecanismos heterocompositivos como aquellos en los que las partes enfrentadas someten la solución de sus conflictos a terceros que se encargan de resolverlos “independientemente de la autonomía de la voluntad de las partes”, es decir, sin mediar acuerdo de estas, y emitir así una solución definitiva, impuesta según el criterio formado por el tercero a lo largo del

---

<sup>32</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-1195 de 2001 (M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra; noviembre 15 de 2001). La Corte en esta sentencia decide sobre una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 35, 36, 37, 38, 39 y 40 de la Ley 640 de 2001 “Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones”, que se refieren al requisito de procedibilidad en general y asuntos de lo contencioso administrativo, civiles, laborales y de familia. El actor, Andrés Rodríguez Pizarro, considera que las disposiciones señaladas vulneran los artículos 1, 2, 6, 23, 84, 85, 228, 229 y 230 de la Constitución Política. La Corte resuelve estarse a lo resuelto en la sentencia C-893 de 2001, que declaró inexecutable las expresiones “requisito de procedibilidad” y “laboral”, contenidas en el artículo 35 de la Ley 640 de 2001 y el artículo 39 que regulaba la conciliación obligatoria en materia laboral. Además, declara executable las demás normas demandadas.

trámite. En esta segunda categoría la Corte ubica tanto los mecanismos de justicia formal como el arbitraje.<sup>33</sup>

Para el tribunal constitucional, los métodos alternativos pertenecen a una categoría de justicia “informal”,<sup>34</sup> que no tiene como finalidad sustituir la justicia estatal “formal” sino complementarla, por lo que considera necesario que el legislador desarrolle y propicie políticas de Estado tendientes a vincular a la sociedad civil en la construcción de estos espacios comunes.<sup>35</sup>

Adicionalmente, el alto Tribunal destaca la poca efectividad de la justicia “formal” cuando a esta el Estado no le provee recursos suficientes que permitan su funcionamiento adecuado. Igualmente, que la complejidad de algunos procedimientos, así como las dificultades que en ocasiones el mismo legislador dispone para el acceso a la administración de justicia dificultan el goce efectivo de los derechos de los ciudadanos. No obstante, para la Corte Constitucional, los mecanismos alternativos de resolución de conflictos no constituyen una expresión de desconfianza frente a la justicia estatal, sino que representan una opción con procedimientos menos formales para resolver sus disputas, especialmente aquellos de carácter autocompositivo.<sup>36</sup>

---

<sup>33</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-1195 de 2001.

<sup>34</sup> En el salvamento de voto de la Sentencia C-893 de 2001, se expresa: “En primer lugar, los medios alternativos de solución de conflictos no pueden denominarse “justicia informal” o “justicia consensual”. Además de estar previstos en la Constitución (art. 116), existe un procedimiento mínimo, se capacita a los conciliadores en técnicas apropiadas, se levanta un acta, y el acuerdo conciliatorio hace tránsito a cosa juzgada y presta mérito ejecutivo.”

<sup>35</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-893 de 2001 (M. P.: Clara Inés Vargas Hernández; agosto 22 de 2001). En esta sentencia la Corte Constitucional resuelve la acción pública de inconstitucionalidad de Andrés de Zubiría Samper, contra los artículos 12, 23, 28, 30, 35 y 39 (parciales) de la ley 640 de 2001 "Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones". Según arguyó el demandante, se violan los artículos 53, 116 de la Constitución, así como el principio de cosa juzgada constitucional. Al respecto, la Corte declara inexequibles los artículos 12, 30 y 39 de la ley en cuestión, así como las expresiones de las de los demás artículos que habían sido atacadas.

<sup>36</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-1195 de 2001.

En resumen, la jurisprudencia constitucional ha señalado que los mecanismos alternativos de resolución de conflictos alcanzan los siguientes objetivos: (i) buscan hacer efectivo uno de los fines constitucionales como el de la convivencia pacífica; (ii) permiten la participación directa de los interesados en la resolución de sus conflictos; (iii) son otra forma de hacer efectivo el derecho de acceso a la administración de justicia, y (iv) son un buen mecanismo para lograr la descongestión judicial.<sup>37</sup>

Por otro lado, además de reiterar los conceptos sobre la forma de clasificación de los mecanismos y señalar sus bondades, la jurisprudencia de la Corte ha vinculado inescindiblemente estas figuras con el derecho fundamental de acceso a la justicia, que a su vez forma parte del núcleo esencial del derecho al debido proceso. En tal sentido, resulta imperativo para la alta Corporación que estos mecanismos cuenten con

procedimientos idóneos y efectivos para la determinación legal de derechos y obligaciones, que las controversias planteadas sean resueltas dentro de un término prudencial y sin dilaciones injustificadas, que las decisiones sean adoptadas con el pleno respeto del debido proceso, que exista un conjunto amplio y suficiente de mecanismos para el arreglo de controversias, que se prevean mecanismos para facilitar el acceso a la justicia por parte de los pobres, que la oferta de justicia permita el acceso a ella en todo el territorio nacional.<sup>38</sup>

La Corte entiende que los mecanismos alternativos consagrados constitucionalmente pueden desarrollarse en el plano legal y que cuando ello ocurre deben respetarse, como es evidente, los lineamientos constitucionales. Dicha reglamentación de la materia resulta compatible con la Carta Política, y además

---

<sup>37</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-222 de 2013 (M. S.: María Victoria Calle Correa; abril 17 de 2013). En esta sentencia la Corte declara la exequibilidad del artículo 27 de la Ley 640 de 2001, por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones, el cual se refiere a la conciliación extrajudicial en materia civil. El demandante, Carlos Mario Cardona Acevedo, considera que esta norma es contraria al artículo 116 de la Constitución Política, en tanto confiere competencias judiciales a particulares, sin límite temporal. La Corte resuelve declarar exequible el artículo mencionado.

<sup>38</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-222 de 2013.

cumple con el objetivo de interpretar y desarrollar principios y valores que son transversales a la Constitución, tales como la búsqueda de la paz, la convivencia y el orden justo.<sup>39</sup>

No obstante lo anteriormente expresado, llama particularmente la atención que la Corte también ha dejado de presente ciertas reservas en lo que a estos mecanismos respecta. Así se puede entrever en la Sentencia C-893 de 2001, cuando manifestó:

*Con todo se han identificado algunos de los peligros que encierra la puesta en práctica de la justicia informal: las profundas desigualdades materiales entre las partes, que inclinaría la balanza a favor del más poderoso; la existencia de una justicia comunitaria de tipo sancionador; la trivialización de las demandas ciudadanas de cambio social; la desactivación de los movimientos de organización comunitaria mediante la judicialización de la participación social y la legitimación de una descarga de trabajo para la administración de justicia.*  
[Cursivas añadidas].

Frente al arbitraje en particular, la Corte ha desarrollado su jurisprudencia desde una perspectiva eminentemente jurisdiccional, pues la consagración que se hace de este mecanismo en el artículo 116 Superior así lo dispone. Estas consideraciones han derivado en un reconocimiento limitado del carácter contractual del arbitraje, circunscribiendo sus características convencionales a la suscripción del acuerdo de arbitraje, la configuración de algunos aspectos de su procedimiento y a su carácter voluntario, pero otorgándole un entramado eminentemente procesal al curso del trámite y a las funciones de los árbitros.

### ***B. Las diversas corrientes sobre la naturaleza jurídica del arbitraje y el papel de la autonomía de la voluntad***

Sin lugar a duda, uno de los debates que más interés cobra a la hora de tratar la temática de liberalización del arbitraje es el relativo a su naturaleza jurídica. Si bien las diferentes posturas son abordadas por la doctrina desde una perspectiva

---

<sup>39</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 1996 (M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa; febrero 5 de 1996).

académica, casi que eminentemente anecdótica, sin interés aparente a la hora de describir la realidad de la práctica arbitral, es evidente que estos discursos tienen incidencia tanto en el proceso regulatorio como en la creación de instrumentos que facilitan las “injerencias” judiciales. Es así como, a priori, se puede deducir que una visión más “contractualista” y “voluntarista” de la figura puede determinar unos parámetros de mayor libertad a la hora de definir las formas y el procedimiento, mientras que una visión más “jurisdiccional” normalmente tiende a imponer mayores límites y rigorismos al momento de implementar soluciones a las problemáticas enfrentadas. Las posturas híbridas, sincréticas o eclécticas también resultan ampliamente aceptadas en la actualidad por la doctrina vigente.

Sobre esta disquisición es llamativo el punto de vista de Bruno Oppetit, quien afirma:

En diversas hipótesis, la misión conferida al árbitro va más allá del marco de la función jurisdiccional clásica, que le es ordinariamente otorgada. El árbitro tiende a convertirse en una especie de regulador de un contrato en proceso de formación o de ejecución, respecto del cual se le encomienda, según el caso, completarlo, adaptarlo a las nuevas situaciones o ajustarlo para que supere las divergencias que existen entre las partes. Esto nos conduce a preguntarnos sobre el verdadero título, en virtud del cual interviene: ¿lo hace en calidad de árbitro, es decir, como un juez investido de poder jurisdiccional? O ¿simplemente en calidad de tercero que actúa en nombre de las partes, como un mandatario común o un experto?<sup>40</sup>

Para autores como Carlos Esplugues Mota,<sup>41</sup> el “arbitraje es arbitraje” y la discusión sobre la controvertida cuestión de su naturaleza es, hasta cierto punto, baldía. No obstante, de la posición expresada por Barona Vilar y la manera en que se examina la temática en las obras de Merino Merchán y Lew, es posible deducir que, por el

---

<sup>40</sup> Bruno Oppetit, *Teoría del arbitraje* (Bogotá: Legis, 2006), 289.

<sup>41</sup> Carlos Esplugues Mota, “Líneas generales de la regulación del arbitraje en Europa en las últimas décadas: paralelismos y divergencias con el proceso Latinoamericano”, en *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica: regulación, presente y tendencias del futuro*, dirs. Adriana Zapata de Arbeláez, Silvia Barona Vilar y Carlos Esplugues Mota (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010), 37-57.

contrario, resulta de particular trascendencia visualizarla para definir una postura particular en cuanto al alcance de las normas que lo regulan.

Esta impresión es consonante con la visión del tratadista Francisco González de Cossío,<sup>42</sup> quien opina sobre el particular:

La discusión sobre la naturaleza del arbitraje dista de ser Bizantina o una tormenta en un vaso de agua, con pocas ramificaciones prácticas. Tiene consecuencias prácticas importantes: la respuesta que los practicantes de la materia dan a problemas suscitados con esta materia. A su vez, la postura que las judicaturas locales deben tomar con respecto a esta institución.

(...)

El apoyo de una postura sobre otra conlleva el reconocimiento (sea implícito o expreso) de que uno de los diversos elementos del arbitraje tiene más importancia que los otros. Ello puede ocurrir por diversas razones, sea por la afinidad que un abogado o académico en particular sienta en base a su formación y experiencia personal, o simplemente porque se considere que un elemento pesa más como característico de la institución. Debemos de cerciorarnos que ello sea por el convencimiento sobre el papel que un elemento de la institución del arbitraje juega en su práctica, y no porque no se preste suficiente atención a lo que sucede en la vida real del arbitraje comercial internacional. Como resultado de un análisis desligado de la realidad.

## **1. Visiones procesalistas y autonómicas**

En la obra de Merino Merchán y Chillón Medina se da cuenta de las diferentes posturas, con especial énfasis en los doctrinantes españoles.<sup>43</sup> Exponen los autores citados que la doctrina más tradicional ubica el arbitraje en el terreno de lo procesal, porque el proceso trata de resolver conflictos mediante la decisión de un

---

<sup>42</sup> Francisco González de Cossío, *Arbitraje*, (México D. F.: Editorial Porrúa S.A., 2011).

<sup>43</sup> José Fernando Merino Merchán y José María Chillón Medina, *Tratado de derecho arbitral* (Cizur Menor, Navarra: Editorial Aranzadi S.A., 2006).

tercero que es un juez.<sup>44</sup> Y resumen diferentes posiciones como la de Fenech y la de Serra Domínguez, en los siguientes términos:

Para el Fenech, el estudio de la naturaleza del arbitraje no debe tomar como punto de partida la relación o el contrato existente entre las partes y los árbitros designados, sino más bien la función misma que estos desarrollan. En este orden de ideas, cuando las partes designan árbitros se comprometen a someterse a su decisión, admitiendo su obligatoriedad; por su parte, los árbitros resuelven una controversia jurídica —no económica— en la forma y con las características que lo hace un juez en una sentencia, es decir, con ejecutoriedad incondicionada y con efecto de cosa juzgada plena, poder que solo puede devenir a los árbitros del Estado.<sup>45</sup>

Para Serra Domínguez, los árbitros poseen autoridad pero no potestad, atributo exclusivo del Estado. Es por esta razón que los árbitros deberán solicitar el apoyo judicial respecto de aquellas decisiones que requieran la potestad, como la ejecución del laudo arbitral. Por consiguiente, aquellas decisiones con carácter meramente declarativo y constructivo, en sentido amplio, gozan de plena eficacia jurídica sin necesidad de intervención de ningún órgano estatal. En el mismo sentido que Fenech, Serra Domínguez vislumbra que el resultado del juicio jurídico impartido por el árbitro se encuentra provisto de la eficacia de la cosa juzgada,

---

<sup>44</sup> “Esta escuela enseña que los árbitros son unos verdaderos jueces, ahí está el imperio del Estado a través de los particulares investidos temporalmente de la facultad de administrar justicia, el arbitraje es una cuerda procesal en virtud de la cual unos particulares delegados por el Estado fallan”. Héctor Darío Arevalo Reyes, *Arbitraje: Arbitramento en derecho, en equidad, técnico, legal, institucional e independiente o ad hoc, el pacto arbitral, procedimiento, minutas y modelos* (Bogotá: Doctrina y Ley, 2012). 6.

<sup>45</sup> “La teoría jurisdiccional ignora el surgimiento del mecanismo arbitral como un fenómeno económico de carácter privado, el cual, lejos de emanar de una concesión del Estado, se ha desarrollado en el ámbito del comercio internacional. Si bien es cierto que la labor de los árbitros se asimila a la de los jueces, no lo es menos que la competencia de aquellos se deriva de la voluntad de las partes, lo cual, a su vez, acarrea una serie de limitaciones en el poder de los árbitros respecto del poder de los jueces”. Santiago Talero Rueda, *Arbitraje comercial internacional. Instituciones básicas y derecho aplicable* (Bogotá: Editorial Temis. 2008). 13.

según lo dispuesto en los artículos 1821 y 1818 del Código Civil español, sin que este tema sea objeto de debate por la doctrina.

Esta visión, más inclinada hacia los terrenos de lo procesal, es recogida por otros autores europeos: Walch y Hellwig en Alemania; Bonforte, Mortara y más recientemente Carnacini y Vechione, en Italia.<sup>46</sup> Valga anotar que estas mismas referencias son recogidas en el escenario colombiano en la obra de Jorge Hernán Gil Echeverri, quien además menciona como pertenecientes a esta corriente a Carneluti, Alcalá Zamora, Hernando Morales Molina, Gilberto Peña Castrillón y Néstor Humberto Martínez Neira,<sup>47</sup> en el ámbito latinoamericano.<sup>48</sup>

Por su parte, Lew, Mistelis y Kröll aluden a una de las más recientes visiones sobre la materia, atribuida a Rubellin-Devichi, según la cual el arbitraje tiene un carácter autónomo, que evoluciona bajo un régimen “emancipado”.<sup>49</sup> Según esta postura, la naturaleza del arbitraje debería ser determinada, de hecho y de derecho, atendiendo a su práctica y finalidades. En consecuencia, el arbitraje no puede clasificarse como eminentemente contractual o jurisdiccional, ni siquiera como una institución con carácter mixto.

Dicha posición propugna por un reconocimiento del arbitraje en razón a lo que en él se hace, a lo que apunta y a cómo y por qué funciona de la manera en que lo hace. En esta perspectiva, se reconoce que las normas aplicables al arbitraje se han desarrollado exclusivamente para permitir su adecuado funcionamiento.

---

<sup>46</sup> Merino Merchán y Chillón Medina. *Tratado de derecho arbitral*.

<sup>47</sup> Gilberto Peña Castrillón y Néstor Humberto Martínez Neira, *Pacto arbitral y arbitramento en conciencia* (Bogotá: Temis S.A., 2008).

<sup>48</sup> Jorge Hernán Gil Echeverry, *Re´gimen arbitral colombiano*. Parte General- Tomo I (Bogotá : Grupo Editorial Iba´n´ez, 2017), 106.

<sup>49</sup> Julian Lew, Loukas A. Mistelis y Stefan Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* (La Haya: Kluwer Law International, 2003), 953.



## 2. Visiones de base privatistas o contractualistas

En referencia a René David y a Philippe Fouchard, en la obra *Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration*,<sup>50</sup> se asegura que en Francia el arbitraje se ha definido como un instrumento con el que se resuelve una controversia cuyo interés radica en dos o más personas, que se somete al conocimiento de árbitro(s) que deriva sus poderes de un acuerdo privado, no de las autoridades de un Estado, y que debe resolver dicha controversia con base en el citado acuerdo.

En el mismo sentido, Gaillard y Savage, citando el texto *Répertoire de Droit International Privé Suisse*, de Bernard Dutoit, François Knoepfler, Pierre Lalive y Pierre Mercier, refieren a una definición similar a la anteriormente recogida, ahora en el ámbito del derecho suizo, en el que se identifica a esta figura como un método privado de solución de controversias, basado en el acuerdo de las partes, cuya principal característica es que involucra el sometimiento de las disputas a individuos escogidos directa o indirectamente por las partes. Concluyen los autores que esta definición es pertinente incluso en el ámbito del arbitraje local, en el que solo bastaría agregar que el caso sometido a arbitraje es excluido del conocimiento de los jueces.

En España, el profesor Jaime Guasp es considerado el abanderado de la postura privatista.<sup>51</sup> En su criterio, la incorporación del compromiso en el Código Civil, más particularmente en el apartado dedicado a los contratos, da lugar a plantear el interrogante sobre el puesto que dicha figura ocupa en el ámbito del derecho sustantivo del derecho privado. Para responder a dicho interrogante, el tratadista español realiza dos consideraciones: la primera, en el plano de lo funcional, en la que ubica el arbitraje dentro de aquellos contratos llamados de “decisión”. La segunda, en lo estructural, que antecede de una distinción entre los conceptos de

---

<sup>50</sup> Emmanuel Gaillard y John Savage, eds., *Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration* (Hague: Kluwer Law International, 1999), 1280.

<sup>51</sup> Jaime Guasp, *El arbitraje en el derecho español: su nueva regulación conforme a la ley de 22 de diciembre de 1953* (Barcelona: Bosch, 1956), 171.

procedimiento y proceso; en este sentido, afirma que no por el hecho de que el arbitraje se desarrolle por medio de un procedimiento, ello acarrea su adscripción al mundo del proceso. Por el contrario, considera que se trata de un contrato de tracto procedimental en el que los distintos contratantes escalonan procedimentalmente las diversas prestaciones que les corresponde ejecutar.

Gil Echeverry<sup>52</sup> ubica dentro de esta tendencia al tratadista italiano Alfredo Rocco, quien considera el arbitraje como una transacción anticipada, así como a Chiovenda y Betti, quienes estiman que los árbitros no ejercen función jurisdiccional y que el laudo arbitral, así tenga los mismos efectos de una sentencia judicial, no es de tal categoría.<sup>53</sup>

Silvia Barona Vilar realiza una serie de planteamientos históricos y jurídicos de gran relevancia, para explicar una “tercera vía” de la concepción de la naturaleza jurídica del arbitraje: la visión híbrida, sincrética o ecléctica.<sup>54</sup> Su posición sobre la precitada clasificación es de gran interés ya que no la considera baladí ni de alcance meramente teórico; por el contrario, sostiene que deviene esencial para integrar el sistema arbitral en su conjunto.

Según la mencionada autora, la concepción contractualista prevaleció esencialmente en las etapas en que el derecho privado dominaba el ordenamiento jurídico. No obstante, considera que en la actualidad, por lo menos en lo que respecta al derecho español, esta postura no se sostiene ya que los componentes

---

<sup>52</sup> Jorge Hernán Gil Echeverry, *Re´gimen arbitral colombiano...*, 105.

<sup>53</sup> “(...) la teoría contractualista tiene el inconveniente de limitar la efectividad del proceso arbitral. Al conferirle primacía al carácter privado y consensual del arbitraje, ignora que la labor de las cortes se hace necesaria, bien sea para asistir el proceso o bien para ejercer un control sobre la validez del laudo arbitral y del pacto arbitral. Así mismo, la teoría contractualista, reñiría con la asimilación del laudo arbitral a la decisión judicial, lo cual le podría restar eficacia al mecanismo. La ventaja, sin embargo, es la de reconocer que el mecanismo arbitral es de carácter privado, lo cual le permite a las partes y, eventualmente a los árbitros, una mayor libertad y flexibilidad a la hora de establecer cómo ha de ser resuelta la controversia”. Santiago Talero Rueda, *Arbitraje comercial internacional. Instituciones básicas y derecho aplicable...*, 15.

<sup>54</sup> Silvia Barona Vilar, “Arbitraje en España: A la búsqueda de un lugar adecuado en el marco de la justicia”, en *Arbitraje y justicia en el siglo XXI*, por Silvia Barona Vilar (Cizur Menor, Navarra: Aranzadi S.A., 2007), 25-28.

iuspublicistas, relativos a la naturaleza de la función del árbitro y los efectos atribuidos al laudo arbitral, no permiten abogar por una noción puramente iusprivatista, eminentemente convencional.

En lo referente a la posición jurisdiccionalista o procesalista, fundada en los argumentos funcionales arriba referidos y los relativos a la fuerza ejecutiva y de cosa juzgada del laudo arbitral, distingue la profesora Barona Vilar el primer concepto como aquel en el que se da preponderancia a la naturaleza de la función jurisdiccional del árbitro y a la ejecutabilidad del laudo, mientras que el segundo alude a la consideración de *proceso judicial* atribuida al trámite arbitral.

En relación con las dos posturas mencionadas, entiende la tratadista que estas han sido superadas en nuestros días y que la doctrina mayoritaria opta por una visión ecléctica que comparte elementos característicos de cada una de ellas. En efecto, resultan innegables las consideraciones contractuales que dan origen al nacimiento del pacto arbitral, al igual que aquellas que aluden a los visos jurisdiccionales del trámite y su conclusión con un laudo dotado de eficacia por ministerio de la ley. En este mismo sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional español en providencias ATC 259/1993, SSTC 288/1993 y 174/1995.

Esta misma postura del Tribunal Constitucional español es esgrimida por Gil Echeverry,<sup>55</sup> quien se funda en los textos de Merino Merchán y Chillón Medina,<sup>56</sup> y la refuerza con argumentos de Silva Melero, los cuales se cimientan sobre una división del arbitraje en tres etapas, a saber: 1) aquella en que las partes perfeccionan el contrato de compromiso, negocio de derecho privado; 2) otra en que la voluntad se plasma en un documento que asciende al nivel de mandato con la aceptación del encargo por parte de los árbitros; y 3) la fase en la que el árbitro, ungido de poder jurisdiccional, ejerce una actividad pública: la de juzgar.

Ahora bien, es importante resaltar que la visión sobre la naturaleza del arbitraje que predomine en una determinada jurisdicción no es criterio absoluto para

---

<sup>55</sup> Jorge Hernán Gil Echeverry, *Re´gimen arbitral colombiano...*, 107.

<sup>56</sup> Merino Merchán y Chillón Medina, *Tratado de derecho arbitral*.

delinear sus alcances prácticos y la manera en la cual opera. Es de anotar, como ejemplo, que en escenarios diversos, en los que el arbitraje es concebido como una figura de carácter jurisdiccional o mixto, las soluciones legislativas y prácticas que definen sus alcances, por ejemplo, en cuanto a la mayor o menor libertad que tienen las partes para determinar los aspectos particulares del procedimiento arbitral y la procedencia de ciertos controles de índole jurisdiccional, divergen de un lugar a otro.

Al respecto, Fernando Mantilla Serrano, quien reconoce la naturaleza contractual del arbitraje y su tramitación jurisdiccional extrajudicial (postura ecléctica), aludiendo al caso colombiano cuya jurisprudencia ha optado por esta misma postura, señala:

Parece mentira que al comienzo del siglo XXI, mientras que en Europa y Estados Unidos se discuten cuestiones de actualidad en materia de arbitraje, como la vigencia del requisito escrito tanto para el acuerdo de arbitraje como para el laudo, la posibilidad de reconocer y ejecutar laudos que han sido anulados en su país de origen, la viabilidad de una instancia internacional para conocer de los recursos contra los laudos, etcétera, nos veamos aún obligados en ciertas latitudes a discutir y justificar lo que es el fin mismo del arbitraje: la posibilidad que tienen las personas capaces para, en materia sobre la cual tienen libre disposición, decidir la forma como su conflicto debe ser resuelto.<sup>57</sup>

### **3. La autonomía de la voluntad como principio fundacional del arbitraje**

En el ámbito de los negocios internacionales el arbitraje se ha constituido en el escenario natural para la solución de conflictos entre empresas y particulares de diferentes Estados, que buscan un espacio neutral para debatir sus diferencias de manera ágil y especializada. Uno de los factores que más ha ayudado a encumbrar el arbitraje en el lugar de preferencia de los comerciantes es la flexibilidad de sus procedimientos, característica que se deriva precisamente del principio de

---

<sup>57</sup> Fernando Mantilla Serrano, “El principio de autonomía y su aplicación al procedimiento arbitral”, *Jurisconsulta* 5, (2002).

autonomía de la voluntad. En efecto, la alternativa de acudir a las Cortes nacionales es por lo general poco atractiva para ellos, dado que son instancias consideradas por algunos como sospechosas, altamente impredecibles, costosas, sesgadas e ineficientes.<sup>58</sup>

Este principio de libertad contractual, extensible al arbitraje, se remonta en general al siglo XIX y se ha desarrollado en mayor medida en el ámbito del arbitraje internacional. En este campo, las partes no solamente son libres para determinar lo relativo a la conducción de los procedimientos, sino que al excluir cualquier clase de intervención de las Cortes mediante el pacto arbitral, pueden definir las normas sustanciales mediante las cuales el tribunal resolverá sus diferencias, entre otros aspectos. En este orden de ideas, el contrato de arbitraje se convierte en la manifestación más evidente de esa libertad, y así lo reconocen diversos instrumentos internacionales y leyes nacionales sobre la materia.<sup>59</sup>

Este principio fue resaltado en una resolución sobre arbitraje internacional del Instituto de Derecho Internacional, en la que se señaló:

The parties have full autonomy to determine the procedure and substantive rules and principles that are to apply in the arbitration. In particular, 1) a different source may be chosen for the rules and principles applicable to each issue that arises and 2) these rules and principles maybe derived from different national legal systems as well as from non-national sources, such as principles of International law, general principles of law and the usages of international commerce.<sup>60</sup>

Dado el reconocimiento universal del que es objeto el principio de la autonomía de la voluntad, este ha sido considerado como un derecho en sí mismo, al punto que

---

<sup>58</sup> Saul Perloff, "The Ties that Bind: The Limits of Autonomy and Uniformity in International Commercial Arbitration", *University of Pennsylvania Journal of International Law* 13, n.º 2 (Julio 1995): 323-350.

<sup>59</sup> Dursun, "A critical examination of the role of party autonomy in international Commercial Arbitration and an assessment of its role and extent".

<sup>60</sup> Instituto de Derecho Internacional. Resolución 13, 1989 (XVI YBCA 236 (1991) 238).

en legislaciones como la alemana es calificado como un derecho fundamental, reconocido constitucionalmente, así como en la Unión Europea en donde es parte de sus principios generales.<sup>61</sup>

En Estados Unidos, la Corte Suprema reconoció en 1974 plenos efectos a la voluntad de las partes de someter sus controversias a arbitraje, en el reconocido caso *Scherk v. Alberto Culver Co.* El primero, de nacionalidad alemana, y una empresa estadounidense, firmaron un contrato para la transferencia de la propiedad de unas empresas y unos derechos asociados de propiedad industrial. El contrato contenía un acuerdo de arbitraje para resolver las controversias ante la Cámara de Comercio Internacional, pero la parte norteamericana inició una acción judicial ante la Corte Federal del Distrito de Illinois. Scherk presentó una solicitud para atajar los procedimientos judiciales y que se reconociera el acuerdo de las partes de optar por el arbitraje. Tras una serie de pronunciamientos de instancia, la Corte sostuvo que la adopción y ratificación de la Convención de Nueva York y su artículo II (1) proporcionaban una fuerte evidencia de la política del Congreso para hacer cumplir los acuerdos internacionales de arbitraje. Además, declaró que el acuerdo de las partes para arbitrar cualquier disputa derivada de su transacción comercial internacional debía ser respetado y aplicado por los tribunales federales, de conformidad con las disposiciones explícitas de la Ley Federal de Arbitraje. En dicha decisión, la Corte reversionó “siglos de hostilidad judicial frente al acuerdo de arbitraje” y reconoció la autonomía de la voluntad de las partes para determinar la ley aplicable a su contrato.<sup>62</sup>

Posteriormente, en *Volt Information Science, Inc. v Board of Trustees of Leland Stanford Junior University*, la Corte reiteró la importancia del principio de autonomía en el ámbito arbitral y la relevancia de la Federal Arbitration Act (FAA) como sustento fundamental de dicho principio. En ese caso, las partes celebraron un contrato de construcción de un sistema de conductos eléctricos en la

---

<sup>61</sup> Tamara, “An analysis of the effect of public policy on party autonomy in international arbitration”.

<sup>62</sup> United States. Supreme Court. *Scherk v. Alberto-Culver Co.*, (1974) No. 73-781 Argued: April 29, 1974. Decided: June 17, 1974. Disponible en: <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/417/506.html>

Universidad de California. El contrato incluía una cláusula de arbitraje en la que se previó resolver las diferencias "de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la Industria de la Construcción de la Asociación Americana de Arbitraje." Dicha cláusula de arbitraje no especificó si el procedimiento se regía por lo contenido en las reglas de la FAA o por la ley estatal. También incluía una cláusula general de elección de la ley, que preveía la aplicación de la ley del lugar donde se ubicaba el proyecto. Una vez surgió la controversia, Volt inició una demanda de arbitraje mientras que la Universidad demandó a Volt ante un tribunal del estado de California. La Universidad logró suspender el procedimiento arbitral de su contraparte basándose en las normas del Código de Procedimiento Civil de California, que permitía suspender el trámite arbitral ante la existencia de una prejudicialidad. Por su parte, Volt apeló la decisión ante la Corte Suprema alegando que las disposiciones procesales entorpecían los alcances y finalidades de la FAA, a lo que la Corte respondió negativamente, ya que la escogencia por las partes de las reglas estatales de arbitraje, dentro de las que se encontraba la disposición que permitía detener los procedimientos arbitrales, debía ser respetada así el resultado fuera contrario a la viabilidad de un procedimiento arbitral. En dicho fallo, la Corte manifestó:

Where, as here, the parties have agreed to abide by state rules of arbitration, enforcing those rules according to the terms of the agreement is fully consistent with the goals of the FAA, even if the result is that arbitration is stayed where the [FAA] would otherwise permit it to go forward.<sup>63</sup>

El caso *Mastrobuono v. Shearson Lehman Hutton, Inc.* se constituyó en otro referente del derecho norteamericano en materia de reconocimiento a la autonomía de la voluntad en el ámbito arbitral, pese a que en este se precisaron algunos alcances del caso Volt y se sentaron otras reglas importantes que condujeron a entender, de una manera mucho más adecuada, este principio

---

<sup>63</sup> United States Supreme Court. *Volt Info. Sciences V. Leland Stanford Jr. U.*, (1989) No. 87-1318 Argued: November 30, 1988, Decided: March 6, 1989, <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/489/468.html>

fundamental.<sup>64</sup> En este caso, un tribunal de arbitramento con sede en Chicago emitió un laudo arbitral, en el que condenó al demandado al pago de unos perjuicios punitivos sobre la base de que la norma sustancial escogida por las partes en un contrato financiero era la ley del Estado de Nueva York. La Corte Federal del Distrito de Illinois negó el reconocimiento de dichos perjuicios dentro del laudo, pues entendió que la escogencia de la ley de un Estado no solamente incluye las disposiciones sustanciales que rigen la relación contractual, sino también las reglas de arbitraje contenidas en la legislación de ese Estado. Valga anotar que las normas de arbitraje del estado de Nueva York prohíben a los árbitros reconocer esta clase de perjuicios.<sup>65</sup>

Visto lo anterior, la Corte entendió que la regla del caso Volt, consistente en que la ley seleccionada en el contrato involucraba no solo los aspectos sustanciales sino también algunos instrumentales, como las reglas de arbitraje, y que ello estaba en realidad afectando aspectos importantes relacionados con el principio de autonomía de la voluntad. En consecuencia, este tribunal anotó que si las partes expresamente habían acogido el principio de los daños punitivos para su caso, la FAA debería primar sobre las reglas de arbitraje del estado de Nueva York y permitir al tribunal dar aplicación a dicha institución. De esta forma, estableció la premisa de que en el futuro las Cortes debían asegurarse de que la escogencia por las partes en un contrato de una determinada ley aplicable, en realidad apuntaba a una preferencia no solo de las normas sustanciales sino también de las reglas de arbitraje del Estado referido. En otras palabras, estatuyó la presunción de que la escogencia de ley aplicable no lleva implícita la escogencia de las reglas de arbitraje de los Estados, ya que ello puede impactar las funciones y poderes de los árbitros de manera nunca prevista o deseada por las partes.<sup>66</sup>

---

<sup>64</sup> Keith Highet y George Kahale III, "International decisions", *American Journal of International Law* 88, n.º 1 (1994): 105-109.

<sup>65</sup> Thomas J. Stipanowich, "Punitive Damages in Arbitration - Garrity v. Lyle Stuart, Inc. Reconsidered", *Boston University Law Review* 66, n.º 1 (1986).

<sup>66</sup> "We think the best way to harmonize the choice-of-law provision with the arbitration provision is to read "the laws of the State of New York" to encompass substantive principles that New York



Doctrinalmente, la obra de Redfern y Hunter refiere al principio de autonomía de la voluntad en el arbitraje en los siguientes términos:

La autonomía de las partes es el principio rector para determinar el procedimiento a seguir en el arbitraje comercial internacional. Es un principio que ha sido respaldado no sólo en las leyes nacionales, sino por las instituciones y organizaciones internacionales de arbitraje. La historia legislativa de la Ley Modelo muestra que el principio fue aprobado sin oposición [Traducción libre].

A lo anterior, los autores se refieren expresamente al artículo 19 (1) de la Ley Modelo de la CNUDMI, el cual reza: “Con sujeción a las disposiciones de la presente Ley, las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones.”<sup>67</sup>

Es posible afirmar la existencia de una verdadera autonomía cuando un individuo tiene la capacidad de hacer una elección entre alternativas reales, y dicha elección se realiza de tal manera que este se sienta conforme con la decisión tomada. Otros autores han definido dicho principio como “la libertad de las partes para la construcción de su relación contractual en la forma que estimen conveniente” o el “acuerdo sobre las relaciones jurídicas de los individuos de acuerdo con su respectiva voluntad”. Todo lo anterior apunta, al final de cuentas, al derecho que recae en cabeza de las partes para acordar los términos en que adelantarán su arbitraje, sin que exista ninguna clase de injerencia externa. Como se mencionó anteriormente, esta preeminencia de la autonomía de la voluntad en materia arbitral se funda en el derecho de los contratos, por lo que, en principio, las partes están en capacidad de escoger las normas que gobiernan su arbitraje, así como la sede, el número de árbitros, etc. Sin embargo, el hecho de que existan tales libertades no puede dar cabida a que toda clase de pacto resulte admisible, pues las

---

courts would apply, but not to include special rules limiting the authority of arbitrators. Thus, the choice-of-law provision covers the rights and duties of the parties, while the arbitration clause covers arbitration; neither sentence intrudes upon the other”. United States Supreme Court. *Mastrobuono v. Shearson Lehman Hutton, Inc.*, (1995) No. 94-18. Argued: January 10, 1995 Decided: March 6, 1995. Disponible en: <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/514/52.html>

<sup>67</sup> Redfern y Hunter, *Law and practice...*

diferencias económicas, financieras o sociales que en la práctica pueden darse entre las partes determinan desequilibrios evidentes a la hora de negociar, y es allí donde las limitaciones a la autonomía cobran sentido.<sup>68</sup>

En este punto resulta relevante resaltar que la autonomía refiere a la potestad que radica en cabeza de las partes, para que con total independencia organicen, mas no conduzcan, el arbitraje, ya que esta última atribución recae exclusivamente en los árbitros seleccionados. Ahora bien, no en todos los casos esta premisa resulta aplicable, pues, por ejemplo, en el arbitraje institucional, la institución administradora del trámite ha prediseñado unas reglas mediante las cuales se organiza el arbitraje, por lo que el principio de autonomía de las partes se plasma en la manifestación de los intervinientes de adherir a dichas reglas y someterse a que el arbitraje sea conducido en los términos que estas determinen.<sup>69</sup> Es de anotar que, por lo menos en lo que atañe al arbitraje internacional, la mayoría de las instituciones arbitrales no admiten modificaciones a los procedimientos conducidos a su amparo, pues ello puede acarrear consecuencias negativas que afecten su buen nombre y reputación.<sup>70</sup> Por el contrario, en el arbitraje *ad hoc* el marco procedimental es definido integralmente por las partes y la autonomía privada se hace patente no solo al momento de la selección del tipo de arbitraje que estas deseen adelantar, sino en el curso mismo del trámite arbitral, lo que acarrea menores limitaciones que las expuestas en el caso del arbitraje institucional.<sup>71</sup>

Finalmente, del principio de autonomía de la voluntad se desprenden efectos que resultan especialmente atractivos para las partes en disputa, tal como el carácter

---

<sup>68</sup> Tamara, “An analysis of the effect of public policy on party autonomy in international arbitration”.

<sup>69</sup> Tamara, “An analysis of the effect of public policy on party autonomy in international arbitration”.

<sup>70</sup> Edita Beganovic, ed., *International Commercial Arbitration – Is there a possibility for clients to abuse procedure?*, 2013, <http://www.defactual.com/wp-content/uploads/2013/10/Commercial-Arbitration.pdf>

<sup>71</sup> En el arbitraje doméstico en Colombia, el carácter institucional o *ad hoc* no se define por el tipo de reglas que rigen el procedimiento arbitral sino por el ente ante quien se promueven y adelantan las acciones arbitrales, ej. ante una institución o ante árbitros individualmente considerados.

confidencial de sus procedimientos. Esta particularidad cobra especial relevancia en el ámbito del arbitraje internacional, pero también se extiende al entorno del arbitraje doméstico en jurisdicciones en las que se privilegia el carácter contractual de este mecanismo. Así mismo, las partes que regularmente concurren a esta clase de trámites son compañías multinacionales o empresas con grandes presupuestos y estrategias comerciales, que prefieren optar por mantener en secreto tanto algunos aspectos de sus negocios como el hecho de que se encuentran incursas en litigios o controversias. La suscripción de pactos arbitrales en tales entornos es común, dado que recurrir a la jurisdicción de los Estados significa necesariamente ventilar las diferencias en foros públicos, circunstancia que puede derivar en afectaciones a sus nombres y a sus relaciones mercantiles.

Esta característica del arbitraje, que como se ha dicho no es propia de la jurisdicción, puede reforzarse por vía de acuerdos contractuales en que las partes dispongan fórmulas para evitar que los detalles del caso entren en el terreno de lo público, por cuenta de declaraciones que las partes o sus abogados efectúen en escenarios diferentes al trámite arbitral. Lo anterior tiene lugar precisamente por cuenta de la incidencia del principio de la autonomía de la voluntad en este sistema de solución de controversias, cuyo carácter privado y contractual es generalmente reconocido en las legislaciones internacionales.

### ***C. Algunos instrumentos normativos del arbitraje internacional: técnicas regulatorias para reconocer el alcance de la autonomía de la voluntad***

Las partes, en un contrato comercial internacional, se tornan normalmente reacias a resolver sus diferencias por medio del litigio ante las Cortes nacionales de los Estados, por varias razones: una, esas Cortes pueden ser las del Estado de uno de los contratantes, por lo que el desequilibrio entre ellas resultaría evidente; dos, las formalidades propias de estas instancias jurisdiccionales resultan dispendiosas e

incompatibles con sus necesidades.<sup>72</sup> Por el contrario, la flexibilidad del arbitraje comercial internacional permite a las partes formular el procedimiento según las necesidades específicas que cada caso demande, lo que hace de esta figura una institución ágil, costo-eficiente y menos compleja para resolver controversias de contenido esencialmente económico. Estas libertades especialmente previstas para el procedimiento traen consigo una serie de limitaciones, como por ejemplo el principio de neutralidad, el de buena fe y algunos otros que se considerarán más adelante.<sup>73</sup>

Como es evidente, todo lo anterior se funda en el principio de la autonomía de la voluntad contractual que, como se ha mencionado, resulta análogamente extensible al arbitraje. La finalidad de este principio y de su aplicación al ámbito arbitral es la de preservar los derechos de las partes para determinar el alcance de los poderes del tribunal para decidir los asuntos a su cargo. Mediante el establecimiento de estas libertades, las partes se vinculan contractualmente tanto entre sí como con los árbitros, generándose un alto grado de certeza sobre la manera en que será conducido el trámite arbitral, además de confianza entre los intervinientes.<sup>74</sup>

Como se verá más adelante, no existen grandes restricciones a la autonomía de la voluntad en el arbitraje internacional, por lo que las partes adquieren un gran control sobre el procedimiento y las funciones de los árbitros, ya que recae en cabeza de aquellas tanto la organización del trámite como el nombramiento de estos. Aun en aquellos casos en que se escogen reglas preestablecidas, como las de un centro de arbitraje, las partes tienen la potestad de modificarlas cuando el reglamento así lo permite, o incluso complementar dichas disposiciones cuando las circunstancias lo requieran. Más aún, cuando las partes no ejercen su autonomía para determinar aspectos del procedimiento que resulta necesario cubrir, esa

---

<sup>72</sup> Dursun, “A critical examination of the role of party autonomy in international Commercial Arbitration and an assessment of its role and extent”

<sup>73</sup> Pallavi Bajpai, “Limitations of Party Autonomy in International Regime of Arbitration”, *Law Mantra Journal* 2, n.º 4 (2015).

<sup>74</sup> Bajpai, “Limitations of Party Autonomy in International Regime of Arbitration”.

deficiencia se torna en una obligación de actuar para el tribunal arbitral que debe suplir ese acuerdo; no obstante, si aquellas, conjuntamente, discrepan de esas decisiones y deciden modificarlas, la naturaleza volitiva de la figura les reasigna la posibilidad de redirigir el rumbo del trámite.

Puede incluso afirmarse, como lo aseveran algunos autores, que el poder regulatorio de las partes es de tal entidad, que pueden sustituir a los árbitros cuando son ellos quienes se oponen a las modificaciones que se quieren realizar al procedimiento previamente definido.<sup>75</sup>

### **1. La Convención de Nueva York de 1958**

Instrumentos internacionales tan relevantes para el arbitraje, como la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (Convención de Nueva York de 1958), recogen el principio de la autonomía de la voluntad como uno de sus elementos centrales. Dicha Convención, en su artículo II insta a los Estados Contratantes a reconocer

el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje,

por lo que obliga a los tribunales nacionales ante quienes se someta una diferencia cubierta por un pacto arbitral, a remitir a las partes a este procedimiento alternativo. Por otro lado, esta misma Convención, cuya finalidad es la de permitir el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales en el ámbito internacional, determina como una de las causales para denegar este reconocimiento que la

---

<sup>75</sup> Beganovic, *International Commercial Arbitration...*

constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se hayan ajustado al acuerdo celebrado entre las partes.<sup>76</sup>

## **2. La Ley Modelo de la CNUDMI**

En el mismo sentido, la Ley Modelo de la CNUDMI adoptó el principio de la autonomía de la voluntad con muy pocas limitaciones, especialmente en lo relacionado con la manera de definir los procedimientos arbitrales. En tal virtud, en el artículo 19.1) dispuso: “Con sujeción a las disposiciones de la presente Ley, las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones”.<sup>77</sup> Así mismo, lo refuerza en el artículo 5 en que determina: “En los asuntos que se rijan por la presente Ley, no intervendrá ningún tribunal salvo en los casos en que esta Ley así lo disponga”, garantizando de esta manera el respeto a la manifestación de voluntad de las partes, de que su asunto sea resuelto exclusivamente en instancias arbitrales y desechando posibles intervenciones indeseadas por parte de la autoridad judicial del Estado en el que tiene lugar el arbitraje.

Como resulta evidente, la Ley Modelo de la CNUDMI también impone una serie de restricciones a los árbitros, cuyo propósito es garantizar que los acuerdos de las partes no sean vulnerados, ni las condiciones previamente impuestas resulten alteradas en la conducción del procedimiento arbitral.<sup>78</sup> Para tal efecto, contiene un juego de reglas que sirve como guía en la organización del trámite, pues incluye referencias sobre el acuerdo arbitral, la integración del tribunal, su competencia, la

---

<sup>76</sup> Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. Nueva York: CNUDMI, 1958, artículo V d)

<sup>77</sup> Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Ley Modelo de la CNUDMI..., con las enmiendas aprobadas en 2006.

<sup>78</sup> “*Artículo 28. Normas aplicables al fondo del litigio.* 1) El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes. (...) 4) En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso.”

definición del procedimiento, etc. No obstante, la característica fundamental de la mencionada ley radica en el hecho de que sus disposiciones son mayoritariamente supletivas, y únicamente operan en ausencia de un acuerdo expreso entre las partes.

En este orden de ideas, los límites a la autonomía de la voluntad estarían dados por las escasas normas de carácter imperativo que la Ley Modelo de la CNUDMI dispone en su versión original, o aquellas que el legislador del país adoptante de esta decida incorporar dentro del estatuto al fijarla a su legislación nacional. Para brindar mayor seguridad jurídica resulta de fundamental importancia que las versiones nacionales de la Ley Modelo de la CNUDMI dispongan de instrumentos que permitan identificar claramente esas disposiciones imperativas.

En lo que refiere específicamente a la Ley Modelo de la CNUDMI, el texto legal es claro al definir expresamente el carácter supletivo de las normas ahí contenidas, fórmula que refuerza y da claridad al alcance de la autonomía privada. Adicionalmente, dentro de dicho cuerpo normativo es posible identificar el carácter imperativo de algunos de sus artículos, lo que facilita a las partes y a los árbitros definir el papel que juegan cuando en ellos recae algún aspecto definitorio del esquema procedimental. A manera de ejemplo: el artículo 11. 2), relativo a la designación de árbitros, establece que las partes podrán acordar libremente el procedimiento para el nombramiento del árbitro o los árbitros, sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 4) y 5) del mencionado artículo. Dichos numerales refieren a la función de la autoridad judicial de apoyo, cuya tarea específica en este estado del procedimiento es destrabar posibles bloqueos del trámite, derivados de la imposibilidad de constituir integralmente el tribunal arbitral.<sup>79</sup> Estas

---

<sup>79</sup> “Artículo 11. Nombramiento de los árbitros. (...) 4) Cuando en un procedimiento de nombramiento convenido por las partes, a) una parte no actúe conforme a lo estipulado en dicho procedimiento, o b) las partes, o dos árbitros, no puedan llegar a acuerdo conforme al mencionado procedimiento, o c) un tercero, incluida una institución, no cumpla una función que se le confiera en dicho procedimiento, cualquiera de las partes podrá solicitar al tribunal u otra autoridad competente conforme al artículo 6 que adopte la medida necesaria, a menos que en el acuerdo sobre el procedimiento de nombramiento se prevean otros medios para conseguirlo.

disposiciones, que enmarcan la función de los tribunales nacionales en aspectos puntuales del trámite, tienen un carácter imperativo y, por ende, no son susceptibles de ser modificadas o pactar en su contra.

En lo relativo a la sustanciación de las actuaciones arbitrales, la Ley Modelo de la CNUDMI estatuye un principio básico del arbitraje, como es el trato equitativo de las partes. El artículo 18 contempla la necesidad de que tanto el tribunal como las partes mismas, en sus acuerdos, deben garantizar el trato igualitario, y que se dé a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos. Si bien este principio no está expresamente señalado como de carácter imperativo, es evidente que tanto por su contenido en materia jurídica como por la manera en que fue consagrado, tiene un carácter inderogable absolutamente incontestable. En tal sentido, no pueden las partes establecer que en su arbitraje una parte tenga más prerrogativas que la otra para contestar la demanda, controvertir las pruebas, presentar recursos, etc.<sup>80</sup>

Otros aspectos formales de gran trascendencia, cuyo carácter imperativo parece desprenderse del texto de la Ley Modelo de la CNUDMI, son aquellos tendientes a garantizar el debido proceso en su sentido más amplio, como son: la obligación de notificar a las partes con suficiente antelación, la celebración de las audiencias y las reuniones del tribunal arbitral que tengan como finalidad examinar mercancías u otros bienes o documentos (art. 24 num. 2); el hecho de que deba darse traslado a la otra parte de todas las declaraciones, documentos o demás información que una de las partes suministre al tribunal arbitral, así como poner a disposición de ambas

---

5) Toda decisión sobre las cuestiones encomendadas en los párrafos 3) o 4) del presente artículo al tribunal u otra autoridad competente conforme al artículo 6 será inapelable. Al nombrar un árbitro, el tribunal u otra autoridad tendrá debidamente en cuenta las condiciones requeridas para un árbitro por el acuerdo entre las partes y tomará las medidas necesarias para garantizar el nombramiento de un árbitro independiente e imparcial. En el caso de árbitro único o del tercer árbitro, tendrá en cuenta asimismo la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes.”

<sup>80</sup> Howard M. Holtzmann y Joseph E. Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary* (Deventer: Kluwer Law and Taxation, 1994), 583.



partes los peritajes o los documentos probatorios en los que el tribunal arbitral pueda basarse al adoptar su decisión (art. 24 num. 3).

Finalmente, otro ámbito en que este principio del debido proceso queda garantizado sobre la base de una disposición con carácter aparentemente imperativo, es el referente al laudo arbitral. Para ello, la Ley Modelo de la CNUDMI dispone que el laudo deberá dictarse por escrito, ser firmado por el árbitro único o la mayoría de los árbitros en caso de un tribunal plural, conste en él la fecha y el lugar en que se dictó, y que el tribunal lo notifique mediante la entrega de una copia de este. Todos estos preceptos tienen como finalidad que las partes interesadas puedan identificar claramente el juez competente para interponer los medios de impugnación que correspondan según el caso.<sup>81</sup>

Esta necesidad de identificar adecuadamente las disposiciones imperativas cobra especial relevancia, dado que la misma norma modelo dispone en su artículo 34, en lo referente al recurso de anulación de los laudos arbitrales, lo siguiente:

Artículo 34. La petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral (...)

2) El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por el tribunal indicado en el artículo 6 cuando:

a) la parte que interpone la petición pruebe: (...)

iv) que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta Ley de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley;

Por consiguiente, es posible afirmar que el hecho de que en una ley de arbitraje las disposiciones que tienen un carácter imperativo no resulten fácilmente identificables aumenta la incertidumbre sobre el futuro del procedimiento previamente diseñado por las partes. Esta circunstancia, a su vez, puede conllevar una limitación a la autonomía privada, ya que al no saber si su procedimiento será

---

<sup>81</sup> Ley Modelo de la CNUDMI, artículo 31, numerales 1, 3 y 4.

impactado por una norma de esta categoría, las partes normalmente tenderán a regirse por las disposiciones preestablecidas.<sup>82</sup>

### **3. Arbitration Act de 1996 – Reino Unido**

Tomando en consideración lo anteriormente señalado, resulta pertinente para los efectos de este texto ilustrar la manera en que otras jurisdicciones han resuelto el problema de la incertidumbre de las normas de carácter imperativo. Un ejemplo de mecanismo efectivo es la Arbitration Act de 1996, del Reino Unido. Valga anotar que esta normatividad no siguió los designios de la Ley Modelo de la CUNDMI, sin embargo se cuenta dentro de una de las jurisdicciones mayormente seleccionadas a la hora de resolver controversias internacionales por esta vía.<sup>83</sup>

En el mencionado estatuto, el principio de autonomía de la voluntad cobra especial importancia y se hace patente desde la misma fórmula de redacción del articulado. Así, por ejemplo, la Sección 1 b) dispone: “The parties should be free to agree how their disputes are resolved, subject only to such safeguards as are necessary in the public interest.” Este precepto fundamental se constituye en el principio rector de la interpretación de la ley, y abarca desde la escogencia y definición de las normas de procedimiento hasta la determinación de la normativa sustancial aplicable, como es natural en el escenario del arbitraje internacional. Por otro lado, esta premisa se plasma en los diferentes artículos en los que se destacan reglas como las

---

<sup>82</sup> Bajpai, “Limitations of Party Autonomy in International Regime of Arbitration”.

<sup>83</sup> En octubre de 2015 se publicó el quinto estudio de la Universidad Queen Mary de Londres, realizado en asocio con el despacho White & Case, titulado *Encuesta 2015 sobre arbitraje mercantil internacional: mejoras e innovaciones en arbitraje internacional*. En dicha encuesta se mide, entre otras cosas, la preferencia en la escogencia de sede para el arbitraje con los siguientes resultados: Londres 45 %, París 37 %, Hong Kong 22 %, Singapur 19 %, Ginebra 14 %, Nueva York 12 %, Estocolmo 11 %. Paul Friedland, *International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration* (Washington: White & Case, 2015),

<http://www.whitecase.com/publications/insight/2015-international-arbitration-survey-improvements-and-innovations>

siguientes: “The parties are free to agree”,<sup>84</sup> “Unless the parties otherwise agree”,<sup>85</sup> y “Unless otherwise agreed by the parties.”<sup>86</sup>

Esta construcción legislativa, en la que se resalta a manera de principio general la autonomía de la voluntad, y por otro lado se destaca en cada sección la condición supletiva de las disposiciones, se complementa con una fórmula definitoria de normatividad imperativa que no deja lugar a dudas sobre el alcance de la voluntad contractual. En tal sentido, el apéndice 1 de la Arbitration Act de 1996 establece que no es posible pactar en contra de disposiciones que contienen temas tales como: 1) la obligación de detener los procedimientos judiciales ante las Cortes, en aquellos casos que están amparados por un acuerdo de arbitraje válido; 2) la extensión, por parte de las Cortes, de los tiempos acordados por las partes para resolver directamente la controversia antes de impulsar la acción arbitral; 3) los poderes de las Cortes para remover árbitros; 4) la imposibilidad de extender los poderes de los árbitros fallecidos a terceras personas; 5) las obligaciones adquiridas por las partes en relación con los honorarios y expensas de los árbitros; 6) la inmunidad de los árbitros; 7) los términos para expresar las objeciones relacionadas con la jurisdicción del tribunal; 8) la autoridad de las Cortes para determinar ciertas cuestiones relacionadas con la jurisdicción del tribunal; 9) los deberes del tribunal de actuar imparcialmente y dar un trato justo y equitativo a las partes; 10) la obligación de los árbitros de pagar los honorarios de los expertos

---

<sup>84</sup> Reino Unido. Arbitration Act 1996. Sección 14: “Commencement of arbitral proceedings. (1) The parties are free to agree when arbitral proceedings are to be regarded as commenced for the purposes of this Part and for the purposes of the Limitation Acts.”

<sup>85</sup> Reino Unido. Arbitration Act 1996. Sección 17: “Power in case of default to appoint sole arbitrator. (1) Unless the parties otherwise agree, where each of two parties to an arbitration agreement is to appoint an arbitrator and one party (“the party in default”) refuses to do so, or fails to do so within the time specified, the other party, having duly appointed his arbitrator, may give notice in writing to the party in default that he proposes to appoint his arbitrator to act as sole arbitrator.”

<sup>86</sup> Reino Unido. Arbitration Act 1996. Sección 7: “Separability of arbitration agreement. Unless otherwise agreed by the parties, an arbitration agreement which forms or was intended to form part of another agreement (whether or not in writing) shall not be regarded as invalid, non-existent or ineffective because that other agreement is invalid, or did not come into existence or has become ineffective, and it shall for that purpose be treated as a distinct agreement.”

asesores del tribunal; 11) los deberes de las partes de actuar de manera diligente ante los requerimientos del tribunal; 12) el deber de las partes de asegurar la presencia de testigos ante el tribunal, por medio de procedimientos judiciales; 13) la potestad de los árbitros para reservarse la emisión del laudo en caso de no pago de sus honorarios; 14) la imposibilidad de pactar, con anterioridad al surgimiento del conflicto, que solo una de las partes sufrague los gastos del tribunal; 15) la ejecutabilidad del laudo arbitral; 16) el alcance del recurso de anulación; 17) los derechos de las partes que no concurren al trámite arbitral a impugnar ciertas decisiones y pedir la nulidad del laudo; 18) la renuncia al derecho a objetar; 19) la inmunidad de las instituciones arbitrales; 20) la habilitación de las Cortes para asegurar el pago de los honorarios de los abogados.

Todo lo anterior pone de presente la existencia, entre otras cosas, de un esquema de trámite en el que las partes tienen total claridad sobre aquellos aspectos del procedimiento que se pueden acordar, disminuyendo así la incertidumbre y los riesgos de establecer fórmulas que en instancias posteriores sean consideradas improcedentes y el resultado del tribunal arbitral quede en suspenso. Para tales efectos, la sección 4 del citado estatuto arbitral dispone que los acuerdos que vulneren la normatividad imperativa contenida en el apéndice 1 se entenderán por no escritas, y primará lo dispuesto en aquel apartado, así como el hecho de que el resto del articulado de la sección solo será aplicable en caso de que las partes no decidan acordar fórmulas contrarias a lo ahí dispuesto. Este último apartado es de gran importancia, dado que permite a las partes tanto disponer reglas de su autoría como seleccionar un reglamento de una institución arbitral.

Por último, la técnica de listar las normas imperativas contribuye igualmente a que el tribunal arbitral tenga un referente a la hora de determinar aspectos relativos al procedimiento. Como sucede en la mayoría de estatutos modernos, en la Ley Modelo de la CNUDMI y en las reglas de los centros de arbitraje, los árbitros tienen la potestad de definir las reglas de procedimiento a seguir en aquellos casos en que

las partes no se pongan de acuerdo para formularlas, y que las disposiciones de carácter supletivo guarden silencio sobre el particular.<sup>87</sup>

#### ***D. Principales limitaciones a la autonomía de la voluntad en el arbitraje comercial internacional***

Como se ha visto, la autonomía de la voluntad es un aspecto esencial en el arbitraje, sin embargo, las normativas nacionales e incluso los instrumentos modeladores establecen limitaciones a la libertad contractual, regularmente plasmadas en disposiciones de carácter imperativo. Adicionalmente, existen principios generales consagrados en el ámbito doméstico y en tratados internacionales que complementan este panorama de restricciones. Como ocurre con todos los derechos y libertades, estos no pueden ser absolutos y sus limitantes tienen como finalidad mantener la uniformidad y la estandarización de los procedimientos, así como la práctica arbitral a nivel global.

Contrario a lo que podría pensarse, estas restricciones resultan benéficas para la institución arbitral, pues evitan que las partes abusen de sus prerrogativas y que el arbitraje se desarrolle en un ambiente de caos, lejano a los principios de justicia que por naturaleza persigue.<sup>88</sup>

##### **1. Límites generales**

La primera y más evidente gran restricción es la concerniente al trato equitativo de las partes o el respeto al derecho de contradicción. Generalmente, legisladores y jueces son conscientes de que las diferencias económicas, sociales o culturales que existen entre las partes que concurren al arbitraje pueden derivar en negociaciones

---

<sup>87</sup> Reino Unido. Arbitration Act 1996. Sección 33. “General duty of the tribunal. (1) The tribunal shall— (a) act fairly and impartially as between the parties, giving each party a reasonable opportunity of putting his case and dealing with that of his opponent, and (b) adopt procedures suitable to the circumstances of the particular case, avoiding unnecessary delay or expense, so as to provide a fair means for the resolution of the matters falling to be determined. (2) The tribunal shall comply with that general duty in conducting the arbitral proceedings, in its decisions on matters of procedure and evidence and in the exercise of all other powers conferred on it.”

<sup>88</sup> Bajpai, “Limitations of Party Autonomy in International Regime of Arbitration”.

injustas o marcadamente favorables a alguna de ellas. No en vano, esta resulta ser una de las principales causas por las que las normatividades de ciertos países optan por regular de manera diferente el arbitraje doméstico y el internacional, cargando así de mayores controles y limitaciones a la autonomía de la voluntad, en aquellos conflictos en que las partes son todas nacionales de un Estado (o “consumidores de justicia” locales como también se les ha identificado). En tal sentido, vale la pena resaltar lo expresado por la Corte Constitucional colombiana, que en Sentencia C-893 de 2001 se pronunció así: “Con todo se han identificado algunos de los peligros que encierra la puesta en práctica de la justicia informal: las profundas desigualdades materiales entre las partes, que inclinaría la balanza a favor del más poderoso (...). O en palabras del profesor Pallavi Bajpai: “Unlimited freedom is a myth because it is improbable for the parties to have similar negotiating power or be equal economically or logically, which is the reason why there are limitations to this freedom.”<sup>89</sup>

En caso de materializarse una situación de esta índole, los tribunales arbitrales tienen la potestad de recomponer el equilibrio perdido y, en caso de que ello no ocurra, serán las Cortes nacionales las encargadas de tomar cartas en el asunto, bien sea a través de los mecanismos regularmente dispuestos en materia arbitral, como el recurso de anulación o los sistemas de reconocimiento y ejecución, bien a través de instrumentos no convencionales para el arbitraje, como las acciones de amparo o tutela constitucionales, como sucede en algunos países, especialmente de América Latina.

Valga anotar que en ciertas ocasiones las reglas seleccionadas por las partes pueden no ser del todo claras e incluso susceptibles de ser interpretadas en el sentido de no garantizar un trato plenamente equitativo; esta situación debe alertar a los árbitros y obligarlos a tomar las medidas necesarias para impedir la ocurrencia de esta irregularidad. Evidentemente, en la práctica arbitral la violación de ciertas reglas básicas del procedimiento puede derivar en faltas determinantes de invalidez de las actuaciones arbitrales. En caso de presentarse esta situación, el derecho de las

---

<sup>89</sup> Bajpai, “Limitations of Party Autonomy in International Regime of Arbitration”.

partes a ser notificadas adecuadamente, participar del curso del procedimiento, asistir a las audiencias, presentar pruebas, argumentar y objetar los argumentos de la contraparte son presupuestos incontestables del contrato de arbitraje.<sup>90</sup> Es importante resaltar que estos postulados no pueden ser pactados en contrario por las partes ni ser irrespetados por el tribunal arbitral, lo que no significa que si una de las partes renuncia a esas prerrogativas se contravenga el deber de trato equitativo.<sup>91</sup>

Una segunda restricción a la autonomía de la voluntad tiene que ver con los terceros ajenos al trámite arbitral. Por tratarse de un acuerdo que conlleva una renuncia a hacer valer ciertos derechos ante la jurisdicción permanente y de un acuerdo eminentemente contractual que, en principio, solo incumbe a sus suscribientes, la posibilidad de hacer comparecer al trámite a personas diferentes resulta normalmente limitada. En primer lugar, en el arbitraje comercial internacional existen restricciones para que el tribunal arbitral pueda hacer que no signatarios del pacto participen como partes o como testigos, produzcan documentos, realicen ciertas acciones o paguen determinadas sumas de dinero. Estas eventualidades solo podrían tener lugar en tanto las normas de la sede del arbitraje lo permitan, y mediante la intervención de “jueces de apoyo” con autoridad sobre aquellos que se pretenda vincular, normalmente en la condición de testigos. Por consiguiente, mediante la autonomía de la voluntad de las partes no es posible modificar estas reglas, y aquellos que son ajenos al vínculo arbitral no pueden ser alcanzados por tales acuerdos.<sup>92</sup>

En tercer lugar, las limitaciones más comunes a la autonomía de la voluntad en el arbitraje se dan en el plano de las normas de orden público, entendidas estas como principios básicos inderogables por los acuerdos privados. Sobre este particular es importante anotar que el orden público puede ser de carácter doméstico o

---

<sup>90</sup> Beganovic, *International Commercial Arbitration...*

<sup>91</sup> Cámara de Comercio Internacional. *Reglamento de Arbitraje*. Artículo 26. 2) “Si una de las partes, a pesar de haber sido debidamente convocada, no comparece sin excusa válida, el tribunal arbitral podrá celebrar la audiencia”.

<sup>92</sup> Beganovic, *International Commercial Arbitration...*

internacional. No obstante, en ambos casos su papel es determinante pues sus principios deben ser acatados por las partes en sus convenciones y por los árbitros en la conducción del procedimiento. En tal sentido, los actores del arbitraje internacional se enfrentan continuamente a disposiciones con carácter imperativo, como aquellas ya mencionadas en este texto, que no necesariamente forman parte del llamado orden público internacional, sino que se quedan en el plano de lo eminentemente doméstico.

En lo que concierne al orden público internacional, las limitaciones que emergen de este resultan de mayor entidad en el ámbito del arbitraje internacional, debido a que este principio se convierte en referente obligatorio que determina la efectividad de un laudo arbitral del cual se pretenda su reconocimiento y ejecución.<sup>93</sup> Este asunto cobra particular interés en lo relativo a la libertad de escogencia de ley aplicable a los contratos, que a su vez encuentra uno de sus fundamentos más importantes en la jurisprudencia inglesa, concretamente en el caso *Vita Food Products Inc v. Unus Shipping Co. Ltd.* En dicho pronunciamiento, el Tribunal Supremo de Nueva Escocia analizó un asunto en el que un barco registrado en esa provincia transportaba una carga de arenques hacia Nueva York y encalló debido a una navegación negligente. Por cuenta de los daños sufridos en la carga, el demandante inició una acción por daños y perjuicios. El contrato de transporte, regido por la ley inglesa, contenía un término plenamente válido bajo dicha ley que eximía al acusado de su responsabilidad por una pérdida negligente. El tribunal encontró que la elección expresa de dicha ley como el derecho propio del contrato debían surtir plenos efectos, aunque las partes y el contrato no tuvieran ninguna relación con Inglaterra, siempre y cuando dicha escogencia hubiera sido hecha de buena fe, de forma legal y sin que existiera sustento para rechazarla sobre la base del orden público. En consecuencia, la exención contractual de responsabilidad por

---

<sup>93</sup> Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958). Artículo V. “2. También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, comprueba: (...) b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país.”



pérdida, debido a la negligencia del transportador, excluyó la reclamación del demandante, por lo que se dio plena efectividad a la autonomía de la voluntad.<sup>94</sup>

Aunque la finalidad del presente apartado no es describir a profundidad el tema del orden público en el arbitraje internacional, sí es posible calificar esta institución como una de buena fe, encargada de proteger a la sociedad de que no se violen sus principios fundamentales, tendiente a limitar intentos de “descriminalizar” contratos ilegales o contrarios a las buenas costumbres. Esta restricción obedece al concepto de soberanía que cada Estado se encarga de delimitar, por lo que no es posible acercarse a una definición precisa y única. En consecuencia, es posible afirmar que se trata de un concepto derivado de tradiciones culturales, sociales y económicas ligadas a la moral y a la equidad de los pueblos. En otras palabras, que los pactos alcanzados o las decisiones tomadas por el tribunal no deben atentar contra las bases mínimas de la existencia de los Estados.

En igual sentido, la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en Sentencia SC-12467 de 2016 estableció:

El Ordenamiento Público Internacional es el límite que fija el legislador o el constituyente a la autonomía de la voluntad en el marco de las relaciones obligatorias que entrelaza a los diferentes sujetos de derecho en el territorio constitucional y legal que se imponen como obligatorias para las partes cuando estipulan actos jurídicos, porque no pueden ser derogadas ni desconocidas en las convenciones que celebren.<sup>95</sup>

---

<sup>94</sup> Nueva Escocia. The Supreme Court of Nova Scotia en Banc. *Vita Food Products Inc. (Appeal No. 82 of 1938) v. Unus Shipping Company Limited in liquidation* (Nova Scotia) [1939] UKPC 7 (30 January 1939), [http://www.bailii.org/uk/cases/UKPC/1939/1939\\_7.pdf](http://www.bailii.org/uk/cases/UKPC/1939/1939_7.pdf)

<sup>95</sup> Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC-12467-2016, Radicación n.º 11001-02-03-000-2014-02737-00 (M. P. \_ Luis Armando Tolosa Villabona; septiembre 7 de 2016). A través de esta sentencia la Corte Suprema de Justicia reconoce el laudo arbitral del 14 de octubre de 2010, proferido por el Árbitro Único de la Dirección de Arbitraje Administrativo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado de, Perú, en virtud de la solicitud de la Empresa de Generación Eléctrica del Sur S.A. Dicho laudo, producto del proceso emprendido por el Consorcio Pisco -conformado por Gas Consultores Ltda. (sucursal Perú), Ingeniería y Aguas S.A. (sucursal

Esta limitación a la autonomía de la voluntad debe encaminarse a evitar que la decisión del tribunal resulte a todas luces violatoria de las nociones más básicas de moralidad y justicia de los Estados. Morris y Collins, en su obra *The Conflict of Laws*, se refirieron a este punto en los siguientes términos:

Para que tenga éxito un argumento basado en el orden público tiene que demostrarse que existe algún elemento de ilegalidad o que el reconocimiento o la ejecución del laudo serían claramente nocivos para el bien público, o, también posiblemente, que el reconocimiento o la ejecución serían completamente ofensivos para aquel miembro del público que es corrientemente razonable y está completamente informado y en cuyo nombre se ejercen los poderes del Estado.<sup>96</sup>

Finalmente, otro elemento que escapa al principio de autonomía es el relacionado con las materias susceptibles de ser sometidas a arbitraje o arbitrabilidad objetiva. La prerrogativa de fijar dichos asuntos corresponde exclusivamente a los Estados, y es a través de las normativas nacionales que se delimitan estas fronteras. La determinación por vía convencional de resolver controversias no arbitrables bajo un determinado ordenamiento jurídico puede derivar en la invalidez de dicho acuerdo, especialmente cuando el único objeto del pacto celebrado corresponde a la resolución de materias vedadas. Todo lo anterior va de la mano de una limitante que también proviene de los derechos nacionales: la arbitrabilidad subjetiva. Por esta se entiende la capacidad de las personas para ser parte en un tribunal arbitral, cuya regulación proviene de los derechos personales de estas y no de algún otro derecho seleccionado por tales personas para escapar a la restricción.<sup>97</sup> En tal

---

Perú) y Arios Contratistas Generales S.A.C- contra la solicitante y en razón del *Contrato N° EGESUR 024-2008* del 17-03-2008, condenó a aquel al pago de unas sumas de dinero.

<sup>96</sup> Citados por Paulsson, Jan. “El orden público como criterio para negar el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales”. En *El arbitraje comercial internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario*, directores Guido Tawil y Eduardo Zuleta. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008.

<sup>97</sup> En *State of Ukraine v. Norsk Hydro ASA* la Corte de Apelaciones sueca se pronunció sobre un contrato suscrito entre una parte noruega y una parte ucraniana sometido a la ley sueca. En dicho caso, la parte ucraniana sostuvo que no se encontraba vinculada al acuerdo de arbitraje, dado que sus representantes habían suscrito el acuerdo de una manera que no correspondía a las disposiciones formales de la ley de ese país. No obstante, el tribunal arbitral encontró que por vía de

sentido, los instrumentos que prevén las normativas arbitrales para restituir las cosas a un estado de juridicidad son el recurso de anulación<sup>98</sup> y las normas sobre reconocimiento y ejecución.<sup>99</sup>

## **2. Límites particulares en el curso del procedimiento arbitral**

A continuación se identifican las diferentes etapas en las que es posible ejercer la autonomía privada en el ámbito arbitral, así como las más comunes limitantes que ocurren antes, durante y después del curso del trámite. En lo relativo a las limitaciones que se presentan en el desarrollo del procedimiento resulta necesario diferenciar si se trata de un arbitraje administrado por una institución arbitral o un arbitraje ad hoc, conducido por los árbitros mediante reglas definidas por las partes.

### **a) Límites antes del inicio del arbitraje**

Para acceder al arbitraje es necesario que las partes interesadas realicen una manifestación de voluntad inequívoca de su deseo de derogar transitoriamente la

---

la aplicación de la ley sueca el pacto arbitral les era extensible. El laudo arbitral fue anulado por la mencionada Corte de Apelaciones, al considerar que la capacidad legal está fundada en la ley de origen de las partes y no en la ley escogida por estas para regular su relación. [Traducción no oficial]. SVEA Court of Appeal, Department 02, División 0204. Caso n.º T 3108-06, <http://www.arbitration.sccinstitute.com/Views/Pages/GetFile.ashx?portalId=89&cat=95791&docId=1023798&propId=1578>

<sup>98</sup> Ley Modelo de la CNUDMI 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006. Artículo 34. “2) El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por el tribunal indicado en el artículo 6 cuando: a) la parte que interpone la petición pruebe: i) que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 estaba afectada por alguna incapacidad (...) b) el tribunal compruebe: i) que, según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje (...).”

<sup>99</sup> Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958). Artículo V “1. Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución: a) Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que les es aplicable (...) 2. También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, comprueba: a) Que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje.”

competencia de los jueces para conocer sobre su controversia. Con excepción de algunos países en los que el arbitraje es obligatorio para resolver ciertas materias (p. e. Chile), las normativas nacionales y los tratados internacionales disponen la necesidad de que se suscriba un acuerdo de arbitraje como presupuesto indispensable para adelantar dicho trámite. La Convención de Nueva York de 1958, por ejemplo, establece en su artículo II el requisito formal de que el pacto arbitral conste por escrito para permitir su reconocimiento en los Estados contratantes. Este requisito de carácter formal se constituye en una limitación a la autonomía de la voluntad, pues no permite que las partes opten por una fórmula diferente a la establecida. Por otro lado, la Ley Modelo de la CNUDMI en su versión original de 1985, y más específicamente en la versión de 2006, en el artículo 7 flexibilizó estos requisitos y permitió que el acuerdo de arbitraje fuera suscrito, incluso, de forma verbal.<sup>100</sup> Pero no todos los países del mundo han optado por dicha regulación, y en muchas de las normativas nacionales actuales se conserva el requisito del escrito en sentido clásico, e incluso en algunos los requisitos del pacto van más allá de la mera expresión de voluntad, como es el caso de Nicaragua.<sup>101</sup> Estas limitaciones de carácter formal son mucho más comunes en el ámbito del arbitraje doméstico; incluso, en países como Francia, la falta del requisito formal de que el pacto conste por escrito deriva en la nulidad del pacto arbitral.<sup>102</sup> Estas limitantes cobran especial relevancia por cuenta de que las normas sobre anulación, reconocimiento y ejecución prestan especial atención a la validez de los acuerdos de arbitraje, y al hecho de que los laudos no hayan sido anulados en el lugar en que fueron dictados.

---

<sup>100</sup> (*Opción 1*) Artículo 7. *Definición y forma del acuerdo de arbitraje (Aprobado por la Comisión en su 39 período de sesiones, celebrado en 2006)*. “(...) 2) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. 3) Se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.”

<sup>101</sup> Nicaragua. Ley No. 540 de 2005. Artículo 27.- DEFINICIÓN Y FORMA DEL ACUERDO DE ARBITRAJE. “En el acuerdo escrito, las partes deberán establecer expresamente los términos y condiciones que regirán el arbitraje, de conformidad con esta Ley. En caso de que no se establezcan reglas específicas, se entenderá que este acuerdo podrá ser objeto de complementación, modificación o revocación entre las partes en cualquier momento, mediante convenio especial.”

<sup>102</sup> Francia. *Code of Civil Procedure*. Art. 1443. “A peine de nullité, la convention d'arbitrage est écrite.”

Una vez suscrito el acuerdo, las partes son libres de escoger la clase de arbitraje que estimen pertinente, sea institucional o ad hoc, en razón al tipo de procedimiento seleccionado. En la escogencia de una de estas dos alternativas se plasma la segunda manifestación de la autonomía de la voluntad en el escenario arbitral. En lo que respecta a la primera modalidad, el arbitraje institucional constituye una fórmula que, de antemano, llena de contenido el procedimiento que se adelanta, y que se constituye hacia el futuro en la primera barrera para que las partes puedan intervenir en su formulación. Si las partes se acogen a un procedimiento administrado deben tomar en consideración que dichas reglas no permiten, en muchos casos, pactos en contrario, por lo que esa decisión de primera instancia se constituye en una barrera autoimpuesta al ejercicio posterior de la autonomía. Por el contrario, el arbitraje ad hoc es una modalidad de arbitraje en el que las partes, por ausencia de entidad administradora, conservan la prerrogativa de ajustar el procedimiento a su conveniencia, a medida que se adelanta el trámite.

Tras la escogencia de la clase de arbitraje que las partes consideran más adecuado a sus necesidades, estas son libres de determinar el número de árbitros, sus características profesionales, la facultad de estos para definir el procedimiento a falta de un acuerdo y los tiempos a los que deberá ajustarse el tribunal en las diferentes etapas, así como para emitir el laudo que definirá las controversias de manera definitiva.

Durante el período comprendido entre el perfeccionamiento del acuerdo y el inicio del trámite arbitral, las partes son libres de modificar el pacto de la manera que estimen conveniente, pues en dicho periodo no se ha generado vínculo alguno con terceros, esto es, con árbitros o instituciones arbitrales.

### **b) Límites durante el curso del procedimiento**

Una vez surgidas las diferencias y habiéndose constituido el tribunal arbitral, el ámbito contractual que caracterizó la etapa de suscripción del pacto adquiere unos matices diferentes. Si se toma en consideración el hecho de que los árbitros se vinculan como partes al contrato de arbitraje, debe entenderse igualmente que ellos

quedan encargados de cumplir unas obligaciones tendientes a resolver la controversia, y que se constituyen en sujetos de derechos derivados de dicho vínculo. No obstante lo anterior, es menester precisar que en el escenario doctrinal ha habido debate sobre si los derechos y las obligaciones de los árbitros surgen directamente de su aceptación a los términos del acuerdo arbitral o directamente de la ley. De conformidad con la obra de Gaillard y Savage, *Fouchard, Gaillard y Goldman...*, citada por Michael Pryles,<sup>103</sup> entre las partes y los árbitros surge un verdadero contrato bilateral que puede incluso devenir en plurilateral, cuando de por medio se encuentra una entidad administradora ante quien se adelanta el trámite.

Esta perspectiva contractual se sustenta en el hecho de que los árbitros, al aceptar su encargo y comprometerse a resolver la controversia, se someten a los términos y condiciones del acuerdo de arbitraje, verdadero contrato para las partes. En tal sentido, el acto de adherir mediante aceptación de funciones compromete a los árbitros a realizar todos los esfuerzos razonables para resolver de manera definitiva una controversia de libre disposición en el marco de un trámite, lo que constituye una verdadera obligación de prestar un servicio profesional con la debida diligencia y cuidado que amerita del encargo. En contraprestación, y en medio de la ejecución de este acuerdo, los árbitros adquieren el derecho a una remuneración justa por la prestación del servicio, cuyo pago se efectúa en los términos y condiciones que corresponda según el acuerdo, bien sea que se trate de un arbitraje ad hoc o institucional.

Este marco conceptual, cuyo sustento resulta a todas luces consistente en aquellos países en los que la visión contractualista del arbitraje ha prevalecido, genera inquietudes sobre los posibles límites que surgen para las partes en aquellos puntos que tocan los términos de cumplimiento de las obligaciones de los árbitros, en particular, la forma y los tiempos para emitir sus decisiones. Desde esta

---

<sup>103</sup> Michael Pryles, "Limits to party autonomy in arbitral procedure", *Journal of International Arbitration* 24, n.º 3 (June 2007): 327-339.

perspectiva, Pryles<sup>104</sup> ha identificado dos escenarios conflictivos en los que se puede ver comprometida la libertad de las partes para modificar los acuerdos arbitrales sobre este particular: el primero, refiere a aquellos casos en que las partes, directa o indirectamente a través de un reglamento, definen un término preciso para que el tribunal emita el laudo arbitral; el segundo, alude a cuando no existe un término preciso pero las partes tienen la potestad de definir los aspectos relativos al procedimiento arbitral, por ejemplo, mediante la aplicación del artículo 19 de la Ley Modelo de la CNUDMI.<sup>105</sup>

Respecto de la primera situación, Pryles considera que al ser el arbitraje un contrato que vincula a los árbitros, un cambio de condiciones en los términos en que estos ejecutan sus obligaciones debe necesariamente estar sometido a una manifestación de voluntad de su parte. De esta manera, si al momento en que los árbitros aceptan su encargo el pacto arbitral reconoce unos tiempos para el cumplimiento de ciertas etapas o para la emisión del laudo arbitral, no resulta posible para las partes modificar dichas condiciones sin contar con la anuencia del tribunal, ya que acortar o alargar estos límites temporales trae para estos profesionales consecuencias de carácter personal y profesional que no tienen por qué estar obligados a asumir.

En segundo lugar, cuando las partes no acogen una reglamentación que dispone etapas y este tipo de límites dentro del proceso, se entiende, *prima facie*, que estas pueden definirlos durante su curso, en cualquier tiempo. No obstante, es dable considerar que las partes no podrían imponer unos términos salidos de lo común (varios años para proferir el laudo), ya que con ello estarían vulnerando las expectativas razonables que los árbitros tienen al momento de aceptar un encargo de tal naturaleza. De ser así, la limitación podría plasmarse en que los árbitros

---

<sup>104</sup> Pryles, “Limits to party autonomy in arbitral procedure”, 327–339.

<sup>105</sup> Ley Modelo de la CNUDMI 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006. “*Artículo 19. Determinación del procedimiento.* 1) Con sujeción a las disposiciones de la presente Ley, las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones.”

podrían desacatar dicho acuerdo y fijar ellos unos tiempos justificables en términos de impartición de justicia o renunciar a la labor encomendada.<sup>106</sup>

Por otro lado, en lo que concierne a las funciones de los árbitros, el principio de la autonomía de la voluntad tiene una operatividad que no se reconoce en el escenario del proceso judicial propiamente dicho. Lo anterior, debido a la diferencia funcional que existe entre jueces y árbitros, que conlleva que las partes pueden conferir o limitar ciertos poderes a estos últimos, mientras que las competencias de los primeros se encuentran estrictamente definidas en la ley. Dichos poderes y limitaciones pueden implementarse de manera directa cuando se trata de arbitraje ad hoc, o de manera indirecta mediante la escogencia de un reglamento institucional. Sin embargo, la capacidad de las partes para otorgar poderes a los árbitros encuentra sus límites, normalmente, en las disposiciones de la sede del arbitraje. Un ejemplo concreto consiste en la imposibilidad de que las partes otorguen a los árbitros la facultad de adoptar medidas cautelares; tal como lo expone Marcela Rodríguez Mejía:

En la esfera internacional comparada aún hay países que no contemplan en sus normativas internas que los árbitros tengan competencia en materia cautelar, otorgando la exclusividad de la misma a los jueces. Pueden servir como ejemplo, sin ánimo de exhaustividad, el caso de Italia, China, Argentina, Honduras y Brasil.<sup>107</sup>

Tales barreras se encuentran regularmente dispuestas en las normativas locales como preceptos de carácter imperativo, por lo que la suscripción de pactos en el sentido de atribuir dichos poderes al tribunal puede resultar inoperante a la luz de esos sistemas normativos particulares.

Finalmente, en el ámbito del arbitraje institucional, una de las restricciones más comunes a la autonomía de la voluntad es la relacionada con la imposibilidad de

---

<sup>106</sup> Pryles, “Limits to party autonomy in arbitral procedure”.

<sup>107</sup> Marcela Rodríguez Mejía, “Sujetos y procedimiento para adoptar medidas cautelares en el proceso arbitral”, en *Medidas cautelares en el proceso arbitral*, por Marcela Rodríguez Mejía (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013), 95-179.



alterar los procedimientos “prediseñados” de las instituciones administradoras de trámite arbitral. Dichas organizaciones alcanzan un nivel de prestigio y de efectividad debido a la experticia de su personal, y de las constantes revisiones que realizan a sus reglamentos para ponerlos a tono con los más altos estándares internacionales imperantes en la materia. La limitación para alterar el procedimiento puede ocurrir solo respecto de ciertos aspectos del reglamento, en la medida en que la entidad considere que se trata de reglas características de su trámite o que resultan necesarias para la adecuada prestación del servicio. Si bien la autonomía de la voluntad cobra un papel determinante en la escogencia de la institución arbitral administradora, las partes deben estar al tanto de que dicha manifestación se constituye en una camisa de fuerza para formular acuerdos posteriores relacionados con la manera de adelantar el trámite.

A manera de ejemplo cabe destacar que el reglamento de la CCI comprende normas con carácter supletivo, susceptibles de pacto en contrario,<sup>108</sup> pero no reconoce de manera explícita el carácter imperativo de otras que, en principio, resultan fundamentales para su funcionamiento. Es el caso, entre otros, de la revisión previa y formal del laudo arbitral contemplada en el artículo 33 de dichas reglas, cuya formulación no se identifica dentro del texto como de carácter imperativo para las partes, pero que la Corte de Arbitraje no estaría dispuesta a pretermitir por vía de un acuerdo privado, dado que su finalidad es asegurar la calidad del laudo y minimizar la posibilidad de que resulte inaplicable.<sup>109</sup>

---

<sup>108</sup> Ejemplo: Reglamento de Arbitraje y de ADR. Corte Internacional de Arbitraje. “ARTÍCULO 28. Medidas cautelares y provisionales. Salvo acuerdo de las partes en contrario, el tribunal arbitral podrá, desde el momento en que se le haya entregado el expediente, ordenar, a solicitud de parte, cualesquiera medidas cautelares o provisionales que considere apropiadas.”

<sup>109</sup> Reglamento de Arbitraje. Corte Internacional de Arbitraje. “ARTÍCULO 33. Examen previo del laudo por la Corte. Antes de firmar un laudo, el tribunal arbitral deberá someterlo, en forma de proyecto, a la Corte. Esta podrá ordenar modificaciones de forma y, respetando la libertad de decisión del tribunal arbitral, podrá llamar su atención sobre puntos relacionados con el fondo de la controversia. Ningún laudo podrá ser dictado por el tribunal arbitral antes de haber sido aprobado, en cuanto a su forma, por la Corte.”

Desde otro punto de vista, algunos autores consideran que la entrada en operación de las reglas “imperativas” de los reglamentos no puede ser vista como una limitación a la autonomía privada, dado que estas producen efecto como consecuencia, precisamente, de una manifestación de voluntad clara y expresa de las partes de adherirse al reglamento correspondiente.

### **c) Límites a la autonomía de la voluntad que tienen efecto después de emitido el laudo arbitral**

Los acuerdos posteriores a la emisión del laudo arbitral, diferentes al establecimiento de fórmulas de cumplimiento de las obligaciones derivadas de este, resultan normalmente atípicos. Si el resultado de la decisión se ajusta a los intereses de una de las partes, un eventual acuerdo sobre la procedencia de un recurso contra el laudo, diferente al de anulación, resultaría a todas luces inviable, por lo menos desde un punto de vista práctico. En el mismo sentido, la decisión de limitar total o parcialmente la procedencia del recurso de anulación no surge en estos casos de un acuerdo de voluntades, sino de la decisión unilateral del titular del derecho a ejercerlo. En virtud de lo anterior, es posible afirmar que las partes ejercen su autonomía para definir si el laudo es o no susceptible de algún recurso en una etapa anterior a su emisión, normalmente dentro de la cláusula compromisoria misma.

En lo que respecta a los recursos de la “vía ordinaria”, léase apelación o revisión, estos pueden estar dispuestos en las normativas nacionales, y la posibilidad de renunciar a ellos estará dada por cuenta de las normas imperativas de las legislaciones locales. El caso de la normatividad salvadoreña es claro ejemplo de ello, ya que en la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje se establece:

Artículo 66-A: El laudo arbitral pronunciado en el arbitraje en derecho es apelable con efecto suspensivo, dentro de los siete días hábiles siguientes a la notificación del mismo o de la providencia por medio de la cual se aclara, corrige o adiciona, para ante las Cámaras de Segunda Instancia con competencia en materia civil, del domicilio del demandado o el de cualquiera de ellos si son varios. En los demás,

en cuanto a la tramitación del recurso se estará en lo aplicable, a lo regulado por el derecho común. Contra la providencia de la Cámara de Segunda Instancia no cabrá recurso alguno.

Ahora bien, la jurisprudencia salvadoreña determinó en un pronunciamiento del año 2011,<sup>110</sup> la viabilidad de renunciar a dicho recurso, incluso de manera previa al inicio del trámite arbitral, a pesar de que la ley no contempla esa posibilidad de manera expresa. Esta misma situación la prevé la normatividad argentina sobre arbitraje, en el Código Procesal Civil y Comercial, con la salvedad de que la misma norma admite su renuncia.<sup>111</sup> Como consecuencia de lo anterior, la mayoría de los reglamentos arbitrales establecen como premisa el carácter final y definitivo de los laudos arbitrales, significando con ello una renuncia anticipada a cualquier recurso ajeno a la naturaleza del trámite arbitral.<sup>112</sup>

No obstante lo anterior, la regla general del arbitraje es que el recurso de anulación se constituye en el único control “natural” de la figura, por lo que son las normas nacionales las encargadas de regularlo, generalmente desde una perspectiva formal que no permite que los jueces se pronuncien sobre aspectos sustanciales de la decisión emitida por los árbitros. En relación con esta institución, las disposiciones sobre arbitraje de cada Estado suelen definir de manera explícita el alcance de la autonomía privada para suprimirlo de antemano o variar el alcance de sus causales. En el caso colombiano, las normas de arbitraje internacional

---

<sup>110</sup> El Salvador. Corte Suprema de Justicia, Sentencia 11-2010/11.

<sup>111</sup> Argentina. Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. “Art. 758.- Contra la sentencia arbitral podrán interponerse los recursos admisibles respecto de las sentencias de los jueces, si no hubiesen sido renunciados en el compromiso.”

<sup>112</sup> Cámara de Comercio Internacional. *Reglamento de Arbitraje*. “ARTÍCULO 34. Notificación, depósito y carácter ejecutorio del laudo. (...) 6 Todo laudo es obligatorio para las partes. Al someter su controversia a arbitraje según el Reglamento, las partes se obligan a cumplir sin demora cualquier laudo que se dicte y se considerará que han renunciado a cualesquiera vías de recurso a las que puedan renunciar válidamente.”

International Center for Dispute Resolution. *Reglamento de Mediación y de Arbitraje*. “Artículo 30: Tiempo, Forma y Efecto del Laudo. 1. El tribunal dictará su laudo por escrito mismo que será definitivo y obligatorio para las partes.”

contempladas en la Parte III de la Ley 1563 de 2012 establecen la siguiente fórmula:

Artículo 107. La anulación como único recurso judicial contra un laudo arbitral. (...) Cuando ninguna de las partes tenga su domicilio o residencia en Colombia, las partes podrán, mediante declaración expresa en el acuerdo de arbitraje o mediante un acuerdo posterior por escrito, excluir completamente el recurso de anulación, o limitarlo a una o varias de las causales contempladas taxativamente en la presente sección.

Un sistema similar de renuncia al recurso de anulación, limitado por la nacionalidad de las partes, está contemplado en las legislaciones de Bélgica, Suiza, Suecia y Túnez. En las normativas francesa y panameña sobre arbitraje internacional, en las que aparece explícita la posibilidad de renunciar a dicho recurso, no se contemplan límites basados en el origen de las partes, como sucede en los casos antes señalados.

Visto lo anterior, es claro que el ejercicio de la autonomía de la voluntad en lo que respecta a la renuncia o limitación al recurso de anulación se contempla con mayor o menor alcance, pero de manera explícita, en varias legislaciones nacionales sobre la materia. En tal sentido, cuando en una legislación las normas que regulan el recurso de anulación se entienden como de carácter imperativo, como en el caso del Reino Unido, no será posible desestimar la procedencia del recurso por acuerdo privado, mientras que en aquellos casos en que la legislación guarda silencio sobre el particular, surge una dificultad mayor para comprender el alcance de la autonomía, que seguramente tendrá que develarse a partir de la jurisprudencia, los antecedentes o demás normas de orden procesal que complementen el arbitraje.

### ***E. Corolario***

La autonomía de la voluntad es el principio fundacional del arbitraje. La principal razón por la que las partes acuden a solucionar sus diferencias por la vía arbitral es que los procedimientos diseñados directamente por estas, o mediante la escogencia de un reglamento de un centro de arbitraje, se ajustan a las necesidades

particulares que el tráfico mercantil internacional demanda. Sin lugar a dudas, cada una de las ventajas que la doctrina y la jurisprudencia han identificado como características del arbitraje se soporta en este principio esencial. La posibilidad de optar por una alternativa diferente a la jurisdicción permanente, la determinación del número de árbitros y sus características, la definición de la estructura y tipo de procedimiento a seguir, el idioma en que se conducirá el proceso, la alternativa de escoger unas normas sustanciales aplicables al fondo, el alcance del laudo, entre otras tantas particularidades del arbitraje, confluyen en el precepto de la autonomía contractual para materializarse en ventajas de celeridad, efectividad, universalidad, y otras que han hecho de este mecanismo el escenario natural para la solución de controversias mercantiles internacionales.

La materialización de una cultura arbitral a nivel global surgió de una serie de procesos de unificación y armonización de normas, por medio de tratados internacionales y leyes modelo que llevaron a que las legislaciones nacionales se construyeran sobre la base de principios comunes que permiten una práctica arbitral estandarizada, en la mayoría de los casos. Todo esto nos arroja una idea preliminar de que el arbitraje es un sistema completamente autónomo, que se funda exclusivamente en la autonomía de la voluntad privada, y completamente desprendido de los mandatos de las leyes locales de los Estados; en otras palabras, un sistema de solución de controversias anacional sustentado exclusivamente en los principios de la libertad económica.

No obstante, los tratados internacionales como la Convención de Nueva York de 1958 y la Ley Modelo de la CNUDMI contienen referencias de diversa índole a los sistemas legales nacionales de los Estados, que distan mucho de constituir un derecho armónico o unificado. En este sentido, es posible afirmar que, desde un punto de vista práctico, el arbitraje todavía conserva vínculos relevantes con los sistemas legales nacionales y no se halla completamente emancipado de los designios de los legisladores. En tal sentido, no obstante estar ubicados en el ámbito del arbitraje internacional, las leyes o sistemas jurídicos nacionales regulan aspectos como la materia arbitrable o arbitrabilidad objetiva, el alcance del

concepto de orden público, los criterios bajos los que un laudo arbitral es obligatorio para las partes, las normas de procedimiento arbitral que resultan indisponibles o de obligatorio cumplimiento y los criterios de validez de los laudos arbitrales. Estos factores se constituyen, entonces, en elementos que de una u otra manera deben observarse a la hora de componer acuerdos en el arbitraje internacional.<sup>113</sup>

Adicionalmente, en muchos países los legisladores han optado por regulaciones diferenciales para tratar casos domésticos, por un lado, y materias relacionadas con el comercio exterior, por el otro, en lo que se conoce como sistemas dualistas del arbitraje. En estos casos, las ventajas y libertades reseñadas no necesariamente se extienden a todos los casos en que las diferencias se someten a arbitraje, pues el derecho procesal “judicial” tiene todavía un impacto significativo en algunos casos, especialmente en los que comportan elementos esencialmente domésticos.

En tal sentido, las características propias de cada sistema jurídico y sus particulares tradiciones han determinado que las normas de los Estados se reserven la posibilidad de permitir ciertas libertades, por lo que los límites a la autonomía de la voluntad varían en cada legislación. Ahora bien, la determinación de las normas imperativas, no susceptibles de pacto en contrario, divergen según la fórmula que el legislador escoja para identificarlas. Aun así, en ocasiones los modelos normativos no son lo suficientemente explícitos en aras de aclarar a los operadores de arbitraje cuáles disposiciones pueden derogar y cuáles no en el curso de un trámite arbitral.

---

<sup>113</sup> Giuditta Cordero-Moss, “Limits to Party Autonomy in International Commercial Arbitration”, *Oslo Law Review*, n.º 1 (2014): 47-66, <http://dx.doi.org/10.5617/oslaw979>

## CAPÍTULO II

### ***LOS MODELOS REGULATORIOS DEL ARBITRAJE EN AMÉRICA LATINA***

Por cuenta del acelerado crecimiento del comercio internacional en la última parte del siglo XX, el arbitraje ha experimentado un importante avance en la región, particularmente representado en la modernización de las normas sobre resolución de conflictos interestatales y, en una menor proporción, aunque significativo, en las disposiciones que regulan el trámite en el que se involucran partes y negocios eminentemente domésticos.<sup>114</sup>

Es de resaltar que la tradición arbitral de los diversos países de la región no era en lo absoluto inexistente, especialmente en el caso del arbitraje doméstico o nacional. Tal es el caso de Argentina, país con una de las legislaciones más antiguas y minuciosas, que en su primer código de procedimientos (del 20 de agosto de 1880) incorporaba diversas normas sobre la materia, las cuales parecieron, incluso, bastante avanzadas para la época.<sup>115</sup> Igualmente en Chile, la figura del arbitraje forzoso, que aún hoy se encuentra contemplada en la legislación de arbitraje doméstico (artículo 227 del Código Orgánico de Tribunales), se remonta a la Ley de Organización de los Tribunales de 1875 y esta a su vez al derecho medieval castellano.<sup>116 117</sup>

---

<sup>114</sup> “The practice of international arbitration has thus developed in a manner to allow parties from different linguistic, legal and cultural backgrounds to resolve their disputes with minimum interference from the courts”. V. K. Bhatia, Christopher Candlin, y Maurizio Gotti, *Discourse and Practice in International Commercial Arbitration: Issues, Challenges and Prospects* (England: Ashgate, 2012). 3.

<sup>115</sup> Cámara de Comercio de Bogotá, *Panorama y perspectivas...*

<sup>116</sup> Eduardo Jequier Lehuedé, “Chile”, en *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica: regulación, presente y tendencias del futuro*, dirs. Adriana Zapata de Arbeláez, Silvia Barona Vilar y Carlos Esplugues Mota (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010), 211-253.

<sup>117</sup> “Chile has had a long and uninterrupted experience in both domestic and international arbitration.<sup>1</sup> Arbitration was adopted by a law of 1875 which regulated the organization and attributions of the courts and judges and whose Title xi applied to arbitrators (defined as judges). As

En materia constitucional también se encuentran referentes de vieja data; es el caso de Venezuela que, en su Carta Política de 1830, que siguió el modelo de la Constitución española de 1812, consignó la libertad que tenían sus ciudadanos de terminar sus diferencias por árbitros aunque estuvieren iniciados los “pleitos”. Esta fórmula fue reproducida en la Constitución de 1857 y de 1858.<sup>118</sup>

En Colombia, los primeros antecedentes se ubican en el llamado Código Judicial, contenido en la Ley 105 de 1931, que reguló el juicio arbitral en el país; posteriormente la Ley 103 de 1923 recogió todas las disposiciones sobre compromiso y procedimiento arbitral, así como la Ley 28 de 1931 que facultó a las Cámaras de Comercio para solucionar controversias entre comerciantes. En 1938, la Ley 2ª reconoció las cláusulas compromisorias en los contratos celebrados por personas capaces de transigir, y el Código de Procedimiento Civil de 1970 y el Código de Comercio de 1971 dieron un mayor desarrollo al tema.<sup>119</sup>

En los últimos años, los avances en materia de regulación arbitral en la región, tanto del orden doméstico como internacional, encontraron un impulso determinante en algunas instituciones de carácter público y privado que promovieron y financiaron proyectos para la promulgación de normativas nacionales y la creación de centros de arbitraje.

En primer lugar, cabe destacar la labor emprendida por el Fondo Multilateral de Inversiones del Banco Interamericano de Desarrollo, quien desde los años ochenta y noventa del siglo pasado adelantó programas que, con la participación de expertos internacionales en la materia, actualizaron un número importante de legislaciones latinoamericanas y contribuyeron al crecimiento institucional de

---

early as 1878, cases concerning arbitration began to reach our Supreme Court and have continued arriving until our days. There is, thus, a long-standing jurisprudence on arbitration matters”. Omar E. García-Bolívar y Hernando Otero, *Recognition and Enforcement of International Commercial Arbitral Awards in Latin America: Law, Practice and Leading Cases* (Leiden: Brill Nijhoff, 2014). 49.

<sup>118</sup> Fernández Rozas, *Tratado del arbitraje comercial en América Latina* (Madrid: Iustel, 2008), 1368.

<sup>119</sup> Cámara de Comercio de Bogotá, *Panorama y perspectivas...*, 16.



centros de arbitraje en países como Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Guatemala, Nicaragua, Paraguay, Perú y Uruguay.

Por otro lado, destaca Christian Leathley en su obra *International Dispute Resolution in Latin America: An Institutional Overview*,<sup>120</sup> el papel jugado por la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC)<sup>121</sup> y la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI);<sup>122</sup> la primera a través de sus reglas de

---

<sup>120</sup> Christian Leathley, *International Dispute Resolution In Latin America: An Institutional Overview* (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2007), 406.

<sup>121</sup> La Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC o IACAC por sus siglas en inglés), institución de carácter privado, nació en 1934 como respuesta a la necesidad de crear un sistema interamericano de arbitraje y conciliación, para solucionar de manera especializada y eficaz las controversias comerciales que se suscitaban dentro de la comunidad empresarial internacional.

Desde esta época y en los últimos años, la CIAC ha contado con el apoyo de los principales centros de métodos alternativos de solución de conflictos de América, España y Portugal, los cuales se han hecho parte de esta organización como sección nacional o sección asociada, permitiendo difundir y consolidar este sistema idóneo de solución de controversias.

Actualmente hacen parte de la CIAC: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, España, Estados Unidos, Honduras, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Portugal, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial. *Acerca de la CIAC*, <http://www.ciac-iacac.org/portal/default.aspx>

<sup>122</sup> “Sus trece países miembros comprenden a Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Cuba, Ecuador, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. (...) El Tratado de Montevideo 1980 (TM80), marco jurídico global constitutivo y regulador de la ALADI, fue suscrito el 12 de agosto de 1980, estableciendo los siguientes principios generales: pluralismo en materia política y económica; convergencia progresiva de acciones parciales hacia la formación de un mercado común latinoamericano; flexibilidad; tratamientos diferenciales en base al nivel de desarrollo de los países miembros; y multiplicidad en las formas de concertación de instrumentos comerciales.

La ALADI propicia la creación de un área de preferencias económicas en la región, con el objetivo final de lograr un mercado común latinoamericano, mediante tres mecanismos:

- Una preferencia arancelaria regional que se aplica a productos originarios de los países miembros frente a los aranceles vigentes para terceros países.
- Acuerdos de alcance regional (comunes a la totalidad de los países miembros).
- Acuerdos de alcance parcial, con la participación de dos o más países del área.

Tanto los acuerdos regionales como los de alcance parcial (Artículos 6 a 9) pueden abarcar materias diversas como desgravación arancelaria y promoción del comercio; complementación económica; comercio agropecuario; cooperación financiera, tributaria, aduanera, sanitaria; preservación del medio ambiente; cooperación científica y tecnológica; promoción del turismo; normas técnicas; y muchos otros campos previstos a título expreso o no en el TM 80 (artículos 10 a 14).” Asociación Latinoamericana de Integración. *Acerca de ALADI*,

[http://www.aladi.org/nsfaladi/arquitec.nsf/VSITIOWEB/quienes\\_somos](http://www.aladi.org/nsfaladi/arquitec.nsf/VSITIOWEB/quienes_somos)

procedimiento, que incluso se constituyeron en referente obligado de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional —Convención de Panamá— y la segunda a través del favorecimiento de los procesos de integración que desembocaron en índices de mayor confianza para el desarrollo del arbitraje en la región.

En el presente capítulo se plasman los resultados de una investigación sobre derecho arbitral, principalmente latinoamericano, que permitirá abordar más adelante, en el último capítulo de este documento, un estudio concienzudo sobre la estructura legal del arbitraje doméstico colombiano y determinar si esta formulación legislativa, por sí misma, contribuye o no a limitar el alcance del principio de la autonomía de la voluntad en el diseño de los procedimientos arbitrales.

Para ello se divide la estructura del capítulo en tres grandes partes: la primera, relativa a la contextualización del panorama latinoamericano, en donde se resaltan las principales experiencias codificadoras en el continente y se reconoce qué países han optado por regular el arbitraje doméstico e internacional en una única normativa, en lo que se conoce como los sistemas monistas.

La segunda parte está dedicada a identificar, caracterizar y describir los alcances de aquellas regulaciones del continente que han optado por separar los asuntos propios del arbitraje local de aquel que contiene elementos extranjeros, lo que se denomina un sistema dualista.

Finalmente, se identifican aquellos aspectos del arbitraje doméstico que más se diferencian de los principios y fundamentos contenidos en las normas de arbitraje internacional, comúnmente reconocidas en instrumentos unificadores del derecho transnacional. En este sentido se describen y sistematizan aquellos elementos de las normativas del arbitraje doméstico latinoamericano a los que se les da un tratamiento legislativo regularmente atado a los estatutos procesales locales.

El objetivo final es demostrar que la estructura legal de un estatuto arbitral, especialmente el dualista, suele asociarse con normas de arbitraje doméstico que limitan en mayor medida la autonomía de la voluntad y que son más propensas a las influencias del derecho procesal. No obstante, se concluye que este no es el factor único y determinante de que las disposiciones del arbitraje nacional estén sometidas a mayores limitaciones originadas en disposiciones insustituibles por la voluntad privada.

Por consiguiente, en el último capítulo, dedicado particularmente a la legislación colombiana, se identificarán aquellos elementos del arbitraje doméstico que difieren sustancialmente de las regulaciones de arbitraje internacional y que constituyen claras limitantes a un principio fundamental y característico del arbitraje: la autonomía de la voluntad privada. Así mismo, se determinará qué tan particular es nuestra legislación de arbitraje doméstico en relación con el entorno latinoamericano, y en qué medida se aparta o acerca de los ejercicios legislativos emprendidos en el entorno latinoamericano.

#### ***A. La alternativa regulatoria monista***

Los procesos evolutivos de las leyes nacionales responden, en cada caso, a procesos históricos de diversa índole y su materialización reviste características que divergen de un lugar a otro. Sin embargo, dentro del mencionado proceso de “modernización”, la alternativa regulatoria más comúnmente utilizada en las legislaciones estatales latinoamericanas es la denominada monista, que en un único cuerpo normativo regula el arbitraje nacional y el internacional.

Esta clase de ordenamientos suele fundarse en la Ley Modelo de la CNUDMI, lo que significa que los trámites adelantados en estas sedes, independientemente de su nacionalidad, se rigen por un cuerpo normativo idéntico que tiende a ser bastante flexible y adaptado a estándares internacionales en cuanto a las funciones de los árbitros, la flexibilidad del procedimiento, los recursos existentes frente a las decisiones del tribunal arbitral, entre otros aspectos.

Para Esplugues Mota, la voluntad de incorporar soluciones flexibles que faciliten recurrir al arbitraje se plasma en la mayoría de las normativas europeas que optaron por la citada opción, ya que este tipo de regulaciones, en lo que respecta al arbitraje internacional, se limitan a introducir ciertos matices y reglas específicas cuyo contenido y grado de especialidad varían de país a país.<sup>123</sup>

El monismo no presupone una coincidencia integral entre el arbitraje nacional y el internacional. Tomando en cuenta que el entorno en que se desarrollan ambos arbitrajes es diverso, las mismas normas pueden disponer que ciertos aspectos del cuerpo regulador solo apliquen para el uno o para el otro. De ahí que las distinciones se hayan reducido considerablemente en la práctica, ya que solo algunos elementos del arbitraje internacional parecen completamente ajenos al arbitraje local; un ejemplo de ello puede ser el relativo a la posibilidad de determinar libremente las normas sustanciales aplicables al fondo de la relación contractual.

Por lo demás, para algunas legislaciones pareciera que la aptitud de la regulación internacional del arbitraje es perfectamente extensible al ejercicio de la práctica doméstica. En este mismo sentido se pronunció la CNUDMI en la nota explicativa de la Ley Modelo:

Si bien se ha concebido para regir casos de arbitraje comercial internacional, la Ley Modelo contiene un repertorio de normas básicas que, de por sí, no son inadecuadas para regular casos de arbitraje de otra índole. Así pues, tal vez los Estados deseen considerar la posibilidad de hacer extensivo el ámbito de aplicación de la Ley Modelo a las controversias en el plano interno, como ya lo han hecho varios Estados promulgantes.

---

<sup>123</sup> Esplugues Mota, “Líneas generales de la regulación del arbitraje en Europa en las últimas décadas: paralelismos y divergencias con el proceso Latinoamericano”, 37-57.

## **1. Monismo sobre la base de la Ley Modelo de la CNUDMI versión 1985**

El desarrollo último de las legislaciones arbitrales se destaca particularmente en el hecho que en los años ochenta, noventa y comienzos del siglo XXI, las modificaciones rompieron con los esquemas normativos tradicionales en los que la figura se consagraba en los códigos de procedimientos civiles. En un número importante, estas normas dieron paso a las regulaciones unificadoras promovidas por la CNUDMI, y concretamente por la Ley Modelo de Arbitraje de 1985, que fue posteriormente revisada en el año 2006.

Este es el caso de países como Nicaragua, cuyas normas sobre arbitraje seguían los pasos de la Ley de Enjuiciamiento Civil española y consagraba todas sus reglas sobre el tema en el Código de Procedimiento Civil. Esta normativa fue íntegramente derogada mediante la Ley 540 de 2005, de Mediación y Arbitraje, que reguló en una ley monista, basada en la Ley Modelo de la CNUDMI, todo lo concerniente a la materia.

Es igualmente el caso de Venezuela, cuyas normas sobre arbitraje contenidas en los artículos 608 y ss. del Código de Procedimiento Civil han sido catalogadas como “poco útiles en la práctica por vetustas y obsoletas”.<sup>124</sup> Las disposiciones ahí contenidas regulan de manera anacrónica aspectos tan importantes como el convenio arbitral, ya que según estas no basta con que las partes suscriban un acuerdo para someter sus diferencias al arbitraje, sino que adicionalmente es necesario que recurran ante la autoridad judicial competente de primera instancia para formalizar dicho acuerdo; adicionalmente, la parte que formaliza el acuerdo

---

<sup>124</sup> Eugenio Hernández-Bretón e Ivette Esis Villarroel, “Venezuela”, en *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica: regulación, presente y tendencias del futuro*, dirs. Adriana Zapata de Arbeláez, Silvia Barona Vilar y Carlos Esplugues Mota, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010), 719-748.

arbitral puede iniciar un trámite destinado a que el juez determine la validez de este, decisión que a su vez está sujeta al recurso de apelación.<sup>125</sup>

Tales disposiciones, inútiles en la práctica, dieron paso a la Ley No. 36.430 de 1998 de Arbitraje Comercial, disposición inspirada en la Ley Modelo de la CNUDMI, que se constituyó en una legislación mucho más ajustada a las necesidades del tráfico mercantil moderno, por cuanto recogió principios como la autonomía de la voluntad, *Kompetenz-Kompetenz*, y separabilidad y autonomía del acuerdo de arbitraje. Esta normativa, que parece plantear algunas discusiones en cuanto a su aplicabilidad, por cuenta de que no contiene una definición de arbitraje internacional, es definitivamente una regulación encaminada a establecer normas sobre arbitraje doméstico e internacional mediante el proceso de unificación normativa.

Esta forma de monismo, fundamentalmente construido sobre la base de la Ley Modelo de la CNUDMI de 1985, se replica en el caso de la normativa mexicana, cuyo título cuarto del Código de Comercio, en materia de arbitraje comercial contiene lo siguiente:

Artículo 1415.- Las disposiciones del presente título se aplicarán al arbitraje comercial nacional, y al internacional cuando el lugar del arbitraje se encuentre en territorio nacional, salvo lo dispuesto en los tratados internacionales de que México sea parte o en otras leyes que establezcan un procedimiento distinto o dispongan que determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje.

Es de anotar que el Código de Comercio de dicho país tiene un alcance nacional y solo existe uno de esta naturaleza, a pesar de la estructura federal del Estado mexicano, y que las normas que regulan el arbitraje comercial (la regulación del arbitraje civil tiene su escenario en las normas de las entidades federativas),

---

<sup>125</sup> Ramón Alvins Santi y Pedro Saghy Cadenas, “El acuerdo de arbitraje en el derecho venezolano: Estudio crítico sobre su eficacia en la jurisprudencia reciente de los tribunales venezolanos”, en *Tratado de Derecho Arbitral. El Convenio Arbitral*, dir. Carlos Alberto Soto Coaguilla (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas/Grupo Editorial Ibáñez/Instituto Peruano de Arbitraje, 2011), 811-833.

contienen una serie de remisiones al Código Federal de Procedimientos Civiles para efectos de complementar el sistema en asuntos que requieran de asistencia de los jueces, tales como: i) La solicitud de designación de árbitros; ii) La solicitud de asistencia para el desahogo de pruebas; y iii) La consulta sobre los honorarios del tribunal arbitral cuando fuere necesario. Adicionalmente, existen otros cuerpos normativos que regulan el arbitraje en algunos campos específicos como servicios financieros, concesiones, petróleos, servicios públicos, entre otros. A pesar de lo anterior, ni el hecho de que las normas sobre arbitraje comercial dispongan remisiones a las normas procesales para casos específicos (lo cual es usual como se verá más adelante), ni el hecho de que exista una regulación especial para el arbitraje en algunos campos particularmente sensibles, desvirtúan el carácter eminentemente monista de esta legislación.

Ejemplos como los mencionados se replican en el escenario latinoamericano en países como Paraguay y Guatemala, legislaciones en que la dicotomía entre arbitraje nacional e internacional se zanjó en favor de una regulación en que las consideraciones de nacionalidad resultan prácticamente indiferentes. Tal como se mencionó anteriormente, las disposiciones de la Ley Modelo de la CNUDMI que dieron paso a esta fórmula de unificación se han adaptado en muchos casos a entornos domésticos, y sus características han permitido el desarrollo del arbitraje local sin mayores distanciamientos de la práctica internacional.

## **2. Monismo sobre la base de la Ley Modelo de la CNUDMI versión 2006**

Por otro lado, la historia de las más recientes legislaciones arbitrales peruanas merece particular atención por las consideraciones políticas y jurídicas que se hicieron en diversos momentos del desarrollo legislativo, y que resultan altamente pertinentes de evidenciar por la finalidad del presente trabajo. La Ley No. 26572 de 1996 (Ley General de Arbitraje), fue promulgada en un entorno en el que muchas voces llamaban a la unificación del régimen arbitral nacional e internacional, por cuenta de la simplicidad que implicaba una regulación monista. Sin embargo, la posición mayoritaria del momento aprobó un esquema dualista cuyo fundamento

no fue otro que el de la practicidad: dado que la razón principal era atraer posibles casos de arbitraje internacional al Perú, resultaba más atractivo para estos potenciales operadores una ley de arbitraje internacional sin asomo alguno de “contaminación” de normas de arbitraje doméstico que pudieran enrarecer su ejercicio. Por esta razón, el arbitraje nacional y el internacional se regularon en un mismo cuerpo normativo pero en dos secciones diferentes, la última, de arbitraje internacional, profundamente inspirada en la Ley Modelo de la CNUDMI.<sup>126</sup>

La citada normatividad fue posteriormente derogada por la Ley de Arbitraje que se promulgó mediante Decreto Legislativo 1071 del 27 de junio de 2008, que entró en vigencia el 1º de septiembre del mismo año. Pese a que la normativa derogada mereció en su momento grandes elogios por su aptitud para desarrollar y consolidar el arbitraje en el país, la nueva regulación se constituyó en un texto de una mejor técnica legislativa que recogió los últimos avances de las reformas realizadas a la Ley Modelo de la CNUDMI en 2006, además de los avances que en su momento expresaron legislaciones como la española, sueca, belga, alemana, inglesa, suiza y norteamericana.<sup>127</sup> Se trata entonces de una ley que podría

---

<sup>126</sup> Fernández Rozas, *Tratado del arbitraje...*

<sup>127</sup> Carlos Alberto Soto Coaguila, “Presentación”, en *Instituto Peruano de Arbitraje. Decreto Legislativo No. 1071. Nueva Ley Peruana de Arbitraje 2008* (Lima: Ediciones Magna, 2009), 4-5.

Para el mencionado autor, las novedades más importantes de esta normativa fueron las siguientes: “i) Adopción de la tesis monista, que regula de manera unitaria el arbitraje nacional e internacional; ii) Se establece la prelación de las reglas aplicables a las actuaciones arbitrales. Así, ha de aplicarse, en primer orden, el acuerdo de las partes; luego, el reglamento arbitral o las reglas que considere apropiadas el tribunal arbitral; iii) Eliminación de la formalidad ad *solemnitatem* exigida al convenio arbitral, ahora bastará probar el consentimiento de las partes; iv) Extensión del convenio arbitral hacia las partes no signatarias; v) Precisiones sobre el principio *kompetenz-kompetenz* a fin de salvaguardar el carácter autónomo del arbitraje y del tribunal arbitral para dirimir los diversos cuestionamientos que se susciten al interior de las actuaciones arbitrales; vi) Restricción a la intervención del Poder Judicial, limitándola al recurso de anulación de laudo y siempre *ex post* de las actuaciones arbitrales; vii) Facultad implícita del gerente general o administrador de las personas jurídicas para celebrar convenios arbitrales y representarlas en arbitrajes; viii) Condiciones para ser árbitro; así, por ejemplo, en el arbitraje internacional no se requiere ser abogado y, en el arbitraje doméstico, cuando se solicite la calidad de abogado, éste no debe pertenecer a ninguna asociación o gremio de abogados nacional o internacional; ix) Otorgamiento de facultades a las Cámaras de Comercio para la designación de árbitros en ausencia de acuerdo de las partes y la potestad para resolver en forma residual las recusaciones arbitrales; x) Facultad de las



considerarse como CNUDMI “plus”, que ha sido calificada por muchos autores como una de las más modernas del mundo, cuya principal característica estructural es que acogió la tesis monista mediante la cual se reguló unitariamente el arbitraje doméstico y el internacional.

### **3. Monismo “autóctono”**

En el entorno latinoamericano se encuentran ejemplos en los que un régimen monista no necesariamente hunde íntegramente sus raíces en la normativa unificadora. Es el caso de Brasil, donde la Ley 9307 de 1996, compuesta por cuarenta y cuatro artículos, dividida en siete capítulos,<sup>128</sup> es expresión de un sistema jurídico muy marcado por la tradición formalista, en el que permanentemente se reafirma el carácter jurisdiccional del arbitraje.

El régimen arbitral brasilero, del que algunos autores destacan que sus incentivos se explican más fácilmente por la lentitud del poder judicial que por las ventajas que teóricamente ofrece el arbitraje,<sup>129</sup> contiene otra particularidad en su

---

partes para modificar o ampliar la demanda o su contestación, siempre que lo actuado esté incluido dentro de los alcances del convenio arbitral; xi) Respecto de las medidas cautelares, éstas se deberán comunicar a la otra parte, salvo que ello pueda frustrar su eficacia; también se abre la posibilidad de solicitar al Poder Judicial la remisión del expediente cautelar iniciado con antelación al arbitraje; xii) Permitir que el tribunal arbitral resuelva la controversia en un solo laudo o en varios laudos parciales; xiii) Recoge la tendencia internacional de que los arbitrajes sean de derecho, salvo pacto en contrario de las partes; xiv) Respecto del recurso de anulación del laudo, se establece que su interposición no suspenderá la ejecución del laudo; empero, la parte que lo solicite deberá cumplir con presentar una garantía de cumplimiento (carta fianza bancaria solidaria, incondicional y de realización automática). Este requisito está orientado a desincentivar la interposición de recursos de anulación inoficiosos que tienen la finalidad de dilatar la ejecución del laudo; xv) En materia de inversiones se incluye una norma expresa para la ejecución de laudos CIADI de conformidad con el Convenio de Washington de 1965.”

<sup>128</sup> Disposiciones generales, del convenio de arbitraje y sus efectos, de los árbitros, del procedimiento arbitral, de la sentencia arbitral, del reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras y disposiciones finales.

<sup>129</sup> Welber Barral Oliveira y Adriana Silva Maillart, “Brasil”, en *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica: regulación, presente y tendencias del futuro*, dirs. Adriana Zapata de Arbeláez, Silvia Barona Vilar y Carlos Esplugues Mota (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010), 18 -209.

estructura normativa que resulta importante referenciar: se trata de un sistema monista en el que no se distingue el arbitraje nacional del internacional. Solo el artículo 34 define el concepto de laudo arbitral extranjero, como aquel que es pronunciado fuera del territorio nacional, para imponer la necesidad de ser reconocido a través del sistema de homologación ante el Supremo Tribunal Federal. Esta regulación, al igual que la venezolana a la que ya se hizo referencia, al no distinguir entre arbitraje doméstico e internacional supone la aplicación de todas sus normas (salvo el artículo 34) de manera indiferente a esas dos clases de arbitraje.

Otro caso de monismo “autóctono” pero completamente distinto del brasilero es el panameño, donde el arbitraje tanto doméstico como internacional está regulado por el Decreto Ley No. 5 del 8 de julio de 1999, parte de cuyos aspectos se inspiran en la Ley Modelo de la CNUDMI y en la Convención de Nueva York, instrumentos de los que retoma literalmente algunos artículos, mientras en otros se aleja añadiendo conceptos de la cosecha del legislador. A diferencia del caso brasilero, esta normativa contiene criterios identificadores del arbitraje internacional y determina la aplicación de ciertos artículos solo a esta clase de arbitraje, por ejemplo, el relativo a la posibilidad de renunciar al recurso de anulación del laudo arbitral.

### ***B. La alternativa regulatoria dualista***

En una de las más importantes obras del arbitraje comercial internacional, Alan Redfern y Martin Hunter no dudan en calificar al arbitraje internacional como un método de solución de controversias eminentemente privado, efectivo y con aspiraciones de instrumento universal para resolver controversias en el ámbito del comercio internacional.<sup>130</sup> No obstante, señalan los reconocidos autores, existen diferencias económicas y jurídicas de fondo entre los arbitrajes que tienen un carácter internacional y aquellos que comportan una connotación eminentemente local, que derivan en que su práctica se desenvuelva en entornos y presupuestos

---

<sup>130</sup> Redfern y Hunter, *Law and practice...*,

completamente diferentes. Bajo estos razonamientos, consideran justificable, en ciertos casos, la aplicación de criterios diferenciadores para favorecer o limitar la liberalización del arbitraje y la existencia de ciertos controles jurisdiccionales en su trámite.

En primera instancia, es menester precisar que todos los arbitrajes son “nacionales” en el sentido de que se llevan a cabo en un determinado foro, o sede del arbitraje, y que se deben someter a las normas imperantes en este. Sin embargo, las normativas que regulan el arbitraje en los diferentes Estados pueden divergir, en el sentido de que otorgan un tratamiento diferencial dependiendo de si el arbitraje que se adelanta en ese lugar se enmarca o no dentro de los criterios de internacionalidad que su propia ley prevé. Estos ordenamientos, que consagran regulaciones diversas en uno y otro caso, se denominan dualistas.

En este orden de ideas, en los arbitrajes con “vocación” de internacionalidad, las partes envueltas en la relación jurídica no suelen tener vínculo alguno con el lugar en el que se adelanta el arbitraje, dado que precisamente la sede de este se escoge tomando en cuenta factores de neutralidad en relación con los extremos conflictuales y la controversia misma. Asimismo, el hecho de que los actores de los arbitrajes internacionales sean, por regla general, grandes compañías o entes con capacidad para desarrollar sofisticadas transacciones transnacionales, añade un ingrediente adicional para que las legislaciones que regulan esta clase de arbitraje en el entorno local resulten bastante más laxas o permisivas en cuanto a la fijación de reglas de procedimiento, escogencia de la ley aplicable, forma de nombramiento de árbitros, manera de conducir el arbitraje, entre otras.

Por el contrario, cuando de arbitraje local se trata, es frecuente observar que los Estados tienen mayor cautela a la hora de regular la práctica de este mecanismo. En consecuencia, podría afirmarse que el arbitraje doméstico guarda mayor prudencia en cuanto a permitir ciertas “libertades”, ya que se halla de por medio un elemento subyacente de “protección al consumidor de justicia”. Esta cautela se puede materializar, en mayor o en menor medida, en “camisas de fuerza” que prescriben procedimientos rigurosos, en la existencia de controles (incluso de

“supervisión” como lo mencionan Redfern y Hunter) y en la procedencia de acciones de orden constitucional que permiten a los jueces intervenir en la actividad desarrollada por el tribunal arbitral.

A pesar de las aparentes ventajas que encarna la unicidad legislativa y la transformación evidente que dicha opción le ha imprimido a las normativas de arbitraje doméstico de algunos países latinoamericanos, no todos ellos han optado por este camino. De ahí que los esquemas regulatorios dualistas se constituyan en una alternativa para aquellos Estados cuya visión sobre la forma en la que debe desarrollarse el arbitraje doméstico dista significativamente de los postulados propios de los sistemas de solución de conflictos que tienen lugar en el escenario del comercio internacional.

Lo anterior no es obstáculo para que la mayoría de países latinoamericanos que adoptan este esquema regulen las cuestiones propias del arbitraje internacional a partir de las normativas unificadoras, más o menos modificadas. La otra alternativa dentro del dualismo, menos comprensiva de los estándares internacionales, la constituye la sola incorporación al derecho interno de tratados internacionales que contienen disposiciones sustanciales con aptitud para regular algunos aspectos de la materia.

### **1. Dualismo con normas nacionales “autóctonas” y referente de Ley Modelo de la CNUDMI en lo internacional**

En la normativa chilena las disposiciones de arbitraje doméstico, contenidas en los artículos 222 a 243 del Código Orgánico de Tribunales y 628 a 644 del Código de Procedimiento Civil, conservan incólumes los postulados jurisdiccionales del arbitraje. Las normas de arbitraje internacional están consagradas en la Ley 19.971 de 2004, fundadas en la Ley Modelo de la CNUDMI. La última normativa (Ley 19.971 de 2004) fue promovida por cuenta de que en el país existía un vacío legal en lo referente al arbitraje internacional, puesto que el ordenamiento jurídico solo contenía normas para regular el arbitraje doméstico y disposiciones de los tratados internacionales de arbitraje firmados y ratificados por Chile. En la publicación

*Historia de la Ley 19.971 sobre arbitraje comercial internacional*, el mensaje presidencial expone:

Considerando que las normas internas actuales, por estar concebidas para un arbitraje de derecho interno, son inadecuadas para los casos internacionales, es posible concluir que hay un vacío legal del derecho chileno que es necesario llenar en materia de arbitraje comercial internacional. En efecto, las normas del derecho chileno a propósito del arbitraje comercial internacional son claramente insuficientes y no recogen el carácter particular y específico del derecho del arbitraje en materia internacional. Esta insuficiencia e inadecuación normativa es doble, pues dice relación tanto con el carácter comercial del arbitraje como con su internacionalidad.<sup>131</sup>

Como puede observarse, el legislador optó por regular separadamente el arbitraje internacional pero dejar incólumes las normas sobre arbitraje doméstico, en el entendido de que estas gozaban de cabal salud, ya que su historia y su tradición se encontraban fuertemente arraigadas en la cultura jurídica del país. El comentarista y abogado chileno Gonzalo Biggs comentó dicha estructura legal y la consolidación de un sistema dualista, en los siguientes términos:

A diferencia del sistema dualista seguido por el proyecto chileno, que regula separadamente el arbitraje internacional y el doméstico, la ley española ha seguido la metodología monista o unitaria bajo la cual ambos arbitrajes quedan sujetos a una misma ley. En nuestra opinión, las razones que existieron en España para adoptar esa metodología no se justifican en absoluto en Chile. Como lo demuestran más de cien años de aplicación, nuestra legislación arbitral ha cumplido con extraordinaria eficiencia sus objetivos en el plano doméstico y no percibimos razón alguna para modificarla. La técnica seguida por los redactores

---

<sup>131</sup> Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley 19.971 sobre arbitraje comercial internacional*, septiembre 29 de 2004, [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4\\_uibd.nsf/22B0881816F8250A05257D020067D686/\\$FILE/HL19971.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/22B0881816F8250A05257D020067D686/$FILE/HL19971.pdf)

del proyecto chileno, que permite la coexistencia separada de ambos cuerpos legales, ha sido, por consiguiente, la correcta.<sup>132</sup>

Otro sistema dualista que conserva cierta raigambre en el arbitraje local, y que funda su regulación de arbitraje internacional en la Ley Modelo de la CUDMI es el costarricense. En su origen, la Ley de solución alterna de conflictos y promoción de la paz social (Ley 7727 de 27 de diciembre de 1997) regulaba tanto lo concerniente al procedimiento arbitral como las materias relativas a la conciliación y a la mediación. Si bien esta disposición y la jurisprudencia constitucional costarricense reconocieron principios clásicos del derecho arbitral, como los de la privacidad, especialidad, celeridad, inmediatez e informalidad, así como el hecho de que el texto legal autoriza a las partes a someterse a las reglas y procedimientos de entidades administradoras o a las que ellas definan convencionalmente, omiten referencias y particularidades del arbitraje internacional, por lo que su alcance resulta limitado y poco específico para las necesidades de la práctica en un escenario con efectos más allá de lo interno. Tomando en cuenta lo anterior, se promulgó la Ley No. 8937 sobre Arbitraje Comercial Internacional, que entró en vigor el 25 de mayo de 2011, con la finalidad de regular específicamente el arbitraje comercial internacional. Con lo anterior, Costa Rica configura un sistema dualista en el que su ley de arbitraje internacional se funda en la normativa unificadora del año 2006, parcialmente modificada y adicionada por el legislador en aspectos que no riñen con la esencia de esta.

## **2. Dualismo con normas nacionales “autóctonas” sin referente de Ley Modelo de la CNUDMI en lo internacional**

A diferencia de Chile y Costa Rica, la experiencia legislativa boliviana toma un rumbo diferente a la hora de acoger las normativas unificadoras para el arbitraje internacional en el escenario de un sistema dualista. La Ley 1770 de 1997 (Ley de Arbitraje y Conciliación) constituyó un importante avance al régimen del Código de Procedimiento Civil, el anterior Código de Comercio y otras normas dispersas que

---

<sup>132</sup> Gonzalo Biggs, “Arbitraje Comercial Internacional: una tarea pendiente”, *Revista del Abogado*, n.º 30 (2004).

integraban un sistema que no ofrecía la claridad necesaria para el ejercicio adecuado de la actividad arbitral. La Ley 1770 de 1997 se encuentra dividida en dos grandes títulos, el primero dedicado al arbitraje doméstico, caracterizado por contener normas propias del procedimiento jurisdiccional que no se hacen extensivas al arbitraje internacional; y el segundo al arbitraje comercial internacional propiamente dicho. Esta normativa, en su apartado internacional, se desmarca de la Ley Modelo de la CNUDMI por cuenta de la introducción de algunas particularidades que hiciera su legislador. Además de contener un escueto enunciado de disposiciones especiales sobre esta clase de arbitraje, la norma se nutre de una remisión directa a los siguientes instrumentos internacionales: 1. El Convenio Interamericano sobre Arbitraje Comercial Internacional, aprobado en Panamá el 30 de enero de 1975 (Convención de Panamá); 2. La Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, aprobado en Nueva York el 10 de junio de 1958 (Convención de Nueva York); 3. El Convenio Interamericano sobre Eficacia Extraterritorial de Sentencias y Laudos Extranjeros, previa ratificación, aprobado en Montevideo el 8 de mayo de 1979 (Convenio de Montevideo); 4. El Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Naciones de otros Estados, aprobado en Washington el 18 de marzo de 1965 (Convención de Washington).

Algo igualmente particular sucede en el caso de la legislación ecuatoriana, cuyas normas sobre arbitraje doméstico e internacional se encuentran consagradas en la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación, las primeras en los artículos 1 a 40 y las segundas en los artículos 41 a 42. Como se verá más adelante, las normas de arbitraje local se encuentran sumamente ligadas a conceptos propios de la actividad judicial, mientras que las disposiciones internacionales se limitan a enunciar, como normas aplicables, las convenciones, protocolos y demás actos de derecho internacional, así como a privilegiar la autonomía de la voluntad para pactar el procedimiento.

En esta categoría de dualismo, con alguna que otra particularidad local de menor envergadura en sus normas de arbitraje doméstico e internacional, se pueden ubicar las legislaciones de El Salvador y Honduras.

### **3. Dualismos especiales en el hemisferio**

En la actualidad, algunos países aún conservan la totalidad de su legislación en las codificaciones procesales. Es el caso de Argentina, donde el arbitraje nacional o doméstico está contenido principalmente en los artículos 736 a 772 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, norma asimilada por la mayoría de provincias, con excepción de Santa Fe y Mendoza. Para algunos autores, el hecho de que este país no cuente con una ley general de arbitraje, a pesar de que tuvieron lugar un sinnúmero de proyectos, es una “asignatura pendiente”.<sup>133</sup> Por esta razón las leyes ordinarias internas, de carácter procesal, son las vigentes para regular la materia en el escenario doméstico, mientras que los tratados internacionales — Convención de Nueva York, Convención de Panamá y el Acuerdo Arbitral del Mercosur (AAM)— son las únicas disposiciones que se refieren el arbitraje internacional. Caso similar es el de la legislación uruguaya, en la que sus disposiciones de arbitraje doméstico se encuentran en el Código General del Proceso y las de arbitraje internacional en los instrumentos mencionados para el caso de Argentina.

#### ***C. Las “reservas” de las legislaciones nacionales. Algunas particularidades de los regímenes de arbitraje doméstico en el derecho latinoamericano***

Descritas las características más relevantes de los sistemas mediante los cuales se regula el arbitraje nacional e internacional y la ilustración en cada caso con algunos ejemplos de la realidad latinoamericana, este apartado se dedica a la identificación

---

<sup>133</sup> Raúl Anibal Etcheverry, “El Acuerdo Arbitral y el Sistema Argentino”, en *Tratado de Derecho Arbitral. El Convenio arbitral*, dir. Carlos Alberto Soto Coaguilla (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas/Grupo Editorial Ibáñez/Instituto Peruano de Arbitraje, 2011), 105-130.



de aquellos temas del arbitraje doméstico frente a los cuales las legislaciones se reservan una reglamentación particular, diversa de la del arbitraje internacional.

El punto de partida para desarrollar esta temática será fundamentalmente el de las legislaciones dualistas, dado que las normatividades que se fundan en esquemas monistas no presentan la problemática de la “calificación” del arbitraje como doméstico o internacional, pues su regulación es unitaria y las soluciones previstas para uno y otro son idénticas. No obstante, aquellas reglas monistas “autóctonas” serán igualmente revisadas cuando en ellas estén contenidas fórmulas cuya raigambre eminentemente local merezca una especial atención.

Para empezar, es importante mencionar que en el escenario de las regulaciones dualistas, así como en algunas monistas que contienen ciertas reglas que solo aplican al arbitraje nacional o al internacional, cobran especial vigencia los llamados “criterios de internacionalidad”. Estos criterios se constituyen en los parámetros para clasificar un arbitraje en una u otra categoría y determinar las normas que le serán aplicables. La doctrina ha identificado básicamente tres grandes grupos de criterios, a saber: i) Criterios económico-materiales y objetivos; ii) Criterios jurídicos o formales; y iii) Criterios mixtos, que involucran una combinación de los anteriores. Dentro de los primeros, el ejemplo más relevante es el artículo 1504 de la Ley de Enjuiciamiento Civil francesa, que dispone: “Art. 1504. Será internacional el arbitraje que afecte a intereses del comercio internacional”.<sup>134</sup> Como modelo de los segundos se pueden ubicar los que aluden al lugar de los establecimientos de las partes al momento de suscribir el pacto arbitral, a la sede del arbitraje, al lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial, entre otros.<sup>135</sup>

---

<sup>134</sup> López Ortiz Alejandro y Ana Morales, trads., “Ley Francesa de Arbitraje de 13 de enero de 2011”, *Revista del Club Español de Arbitraje*, n.º 11 (2011): 9-24.

<sup>135</sup> La Ley Modelo de la CNUDMI consagra los criterios mencionados, en los siguientes términos: “Artículo 1. *Ámbito de aplicación.* (...) 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 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

Cada Estado regula sus criterios de internacionalidad según su propia autonomía legislativa, por lo que el resultado puede variar de un lugar a otro; a pesar de ello, en la actualidad los criterios de la Ley Modelo de la CNUDMI son ampliamente reconocidos, al igual que el principio contenido en el artículo 1504 del ordenamiento francés arriba referido, el cual ha sido reproducido en un sinnúmero de legislaciones nacionales.

Una vez realizado el “test” de internacionalidad podrán deducirse las normativas aplicables al arbitraje, las cuales serán las de arbitraje internacional si el test arroja un resultado positivo, o las de arbitraje nacional o doméstico si el resultado es contrario.

### **1. La obligatoriedad del recurso a la vía arbitral**

El carácter contractual del arbitraje internacional riñe, en ocasiones, con la trascendencia jurisdiccional que ciertos ordenamientos jurídicos le otorgan al arbitraje nacional. Uno de los ejemplos más patentes es el de la legislación chilena, en la que el carácter eminentemente jurisdiccional de algunos instrumentos arraigados en los decimonónicos códigos de procedimientos civiles obligó a promover una regulación especial para el arbitraje internacional, que se desarrolló de forma paralela a las disposiciones sobre arbitraje doméstico.

Las normas chilenas de arbitraje nacional se encuentran dispuestas, como se mencionó en el primer acápite de este capítulo, en el Código Orgánico de Tribunales y en el Código de Procedimiento Civil. Este sistema distingue dos clases de arbitraje en el plano local: el arbitraje forzoso y el arbitraje voluntario.

El arbitraje forzoso, que es el que incumbe en este apartado, no contiene una regulación específica en las disposiciones mencionadas. Su consagración se encuentra en los artículos 227 y 228 del Código Orgánico de Tribunales:

---

de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje; ii) 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; o c) las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado”. [Cursivas en el original].

Art. 227. Deben resolverse por árbitros los asuntos siguientes: 1. La liquidación de una sociedad conyugal o de una sociedad colectiva o en comandita civil, y la de las comunidades; 2. La partición de bienes; 3. Las cuestiones a que diere lugar la presentación de la cuenta del gerente o del liquidador de las sociedades comerciales y los demás juicios sobre cuentas; 4. Las diferencias que ocurrieren entre los socios de una sociedad anónima, o de una sociedad colectiva o en comandita comercial, o entre los asociados de una participación, en el caso del artículo 415 del Código de Comercio; 5. Los demás que determinen las leyes. Pueden, sin embargo, los interesados resolver por sí mismos estos negocios, si todos ellos tienen la libre disposición de sus bienes y concurren al acto, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 645 del Código de Procedimiento Civil. – Art. 228. Fuera de los casos expresados en el artículo precedente, nadie puede ser obligado a someter al juicio de árbitros una contienda judicial.

Casos similares de arbitraje obligatorio se encuentran en la normativa argentina y uruguaya. En el caso de Argentina, para resolver algunas cuestiones muy específicas del derecho civil (artículos 1627 y 1781 del Código Civil), comercial (artículo 491 Código de Comercio) y de liquidación de sentencias judiciales (artículo 516 Código Procesal Civil). Y en el Uruguay, el Código General del Proceso en su artículo 474.1 reinstauró de manera genérica el arbitraje forzoso, que había sido derogado previamente por la Ley 14.476 de 1975, por lo que hoy en día es posible encontrar esta forma de arbitraje en normas como la Ley de Participación Público-Privada (PPP).

Respecto de lo anterior es posible afirmar que pese a algunas críticas que se han expresado por lo ajeno que resulta el arbitraje forzoso a la concepción eminentemente voluntarista de la figura, un sector de la doctrina comulga con dicha práctica. En este sentido se han pronunciado algunos autores, al expresar:

el arbitraje forzoso constituye la única vía que la ley consagra para resolver conflictos cuya naturaleza particular requiere de una justicia amigable y eficiente,

liberando con ello, al mismo tiempo, a los tribunales ordinarios de pleitos cargados de detalles minuciosos.<sup>136</sup>

En la misma línea hay quienes consideran que se trata de un mecanismo práctico y eficaz que realmente ha contribuido en la historia de algunos países a la búsqueda de la paz social.<sup>137</sup>

## **2. Forma y contenido del pacto arbitral**

Fuera del entorno regulatorio local se pueden encontrar referencias a la forma y al contenido del pacto arbitral en las convenciones internacionales sobre la materia, particularmente en la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York de 1958)<sup>138</sup> y en las convenciones regionales sobre el particular, como la Convención Interamericana Sobre Arbitraje Comercial Internacional (Convención de Panamá de 1975).<sup>139</sup> A su vez, la Ley Modelo de la CNUDMI, en sus versiones de 1985<sup>140</sup> y 2006,<sup>141</sup> configuró

---

<sup>136</sup> Elina Mereminskaya, "Arbitraje doméstico e internacional en Chile: en búsqueda de la armonía", en *Arbitraje y mediación en las Américas. Teoría y práctica*, coords. Juan Enrique Vargas Viancos y Francisco Javier Gorjón Gómez (Santiago de Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas/Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, 2003), 98.

<sup>137</sup> Mereminskaya, "Arbitraje doméstico e internacional en Chile: en búsqueda de la armonía", p. 14.

<sup>138</sup> "Artículo II - 1. Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.

2. La expresión "acuerdo por escrito" denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.

3. El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable."

<sup>139</sup> "Artículo 1. Es válido el acuerdo de las partes en virtud del cual se obligan a someter a decisión arbitral las diferencias que pudiesen surgir o que hayan surgido entre ellas con relación a un negocio de carácter mercantil. El acuerdo respectivo constará en el escrito firmado por las partes o en el canje de cartas, telegramas o comunicaciones por télex."

<sup>140</sup> "Artículo 7. Definición y forma del acuerdo de arbitraje. 1) El "acuerdo de arbitraje" es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas

diversas propuestas de definición del concepto de acuerdo de arbitraje, para ser recogidas por las normativas nacionales en una forma armónica con los tratados y convenciones que forman parte de la espina dorsal del arbitraje a nivel internacional.

En lo referente a la normativa armonizadora, adoptada incluso para el arbitraje interno por muchos de los países latinoamericanos, la versión de 1985 siguió la pauta establecida por la Convención de Nueva York, en el sentido de que el acuerdo de arbitraje debía constar por escrito. Para la CNUDMI, previa consulta con

---

controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

2) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por otra. 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.”

<sup>141</sup> “Artículo 7. (Opción I) Definición y forma del acuerdo de arbitraje. 1) El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

2) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito.

3) Se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.

4) El requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito se cumplirá con una comunicación electrónica si la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por “comunicación electrónica” se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por “mensaje de datos” se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.

5) Además, se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra.

6) La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria constituye un acuerdo de arbitraje por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.”

expertos en la materia, el hecho de que las partes convengan someter sus diferencias a arbitraje sin observar el mencionado requisito de forma puede implicar que se invoque una excepción de incompetencia del tribunal arbitral, cuestión que resulta inconveniente ya que en ocasiones la elaboración de un documento por escrito resulta imposible o poco práctica.<sup>142</sup>

Por lo anterior, la CNUDMI aprobó en el año 2006 dos opciones para reglamentar la definición y forma del acuerdo de arbitraje, para estar más acorde con las prácticas contractuales internacionales. La primera opción replica la estructura del texto original de 1985, que conserva la exigencia de la Convención de Nueva York en el sentido que el acuerdo de arbitraje conste por escrito; sin embargo, amplía el sentido tradicional del concepto al equiparar la forma escrita con todo otro medio “que deje constancia de su contenido en cualquier forma”. En virtud de ello, el acuerdo de arbitraje se puede concretar incluso de forma verbal, siempre y cuando se deje constancia de su contenido. En conclusión, la propuesta de regulación desgrava al pacto arbitral de una serie de exigencias formales como la firma o el intercambio de comunicaciones, y lo moderniza mediante la incorporación de un vocabulario alusivo a las disposiciones del comercio electrónico. Igualmente, aclara la viabilidad de la remisión al derecho de los contratos para determinar el grado de consentimiento necesario para que una parte quede obligada por un acuerdo de arbitraje.<sup>143</sup> En la segunda opción define el acuerdo de arbitraje de una manera que omite todo requisito de forma.<sup>144</sup>

En lo que respecta al panorama latinoamericano, las soluciones adoptadas en las normas que regulan el arbitraje doméstico sobre este particular son variadas.

---

<sup>142</sup> Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Nota explicativa de la secretaría de la CNUDMI acerca de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, en su versión enmendada en 2006* (Nueva York: CNUDMI, 2008).

<sup>143</sup> Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. *Nota explicativa...*, 23.

<sup>144</sup> “Artículo 7. (Opción II), *Definición del acuerdo de arbitraje*. El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no.”

Países con estructuras monistas como México, Guatemala, Paraguay y Venezuela, que recogen la propuesta modeladora CNUDMI de 1985, optan por la solución del pacto arbitral escrito que esta normativa prevé (con más o menos referencias a formas tradicionales como la firma), y que se funda en las raíces de las disposiciones de la Convención de Nueva York. Abordajes similares se repiten en legislaciones dualistas como las de Bolivia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador y Honduras, que con fórmulas de redacción “autóctonas” persiguen objetivos alineados con los instrumentos internacionales mencionados. Algo similar sucede en el caso de la legislación uruguaya, que dispone la obligatoriedad del requisito escrito pero le agrega la sanción de nulidad por el no cumplimiento de este.<sup>145</sup>

Referencia especial merece la normativa monista peruana que adoptó parcialmente las modificaciones propuestas por la CNUDMI en el año 2006, e incorporó a su legislación la interpretación extensiva del concepto “escrito”, referente a la forma del pacto arbitral, al disponer en su artículo 13:

Artículo 13. (...) 3. Se entenderá que el convenio arbitral es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio. 4. Se entenderá que el convenio arbitral consta por escrito cuando se cursa una comunicación electrónica y la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. (...) 5. Se entenderá además que el convenio arbitral es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte, sin ser negada por la otra.

Si bien en dicha normativa eludió la expresión “ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente”, contenida en la Ley Modelo de la CNUDMI de 2006, su texto resulta bastante más comprensivo que el de aquellas disposiciones que reproducen los elementos básicos de la norma unificadora de 1985.

---

<sup>145</sup> El artículo 1443 del Código de Procedimiento Civil francés, sobre arbitraje doméstico, consagra la misma sanción.

Por otro lado, existen algunos casos especiales en el escenario del arbitraje doméstico latinoamericano que marcan una significativa distancia frente a los requisitos de las normativas referenciadas. Estas particularidades se pueden encontrar incluso en países como Nicaragua, que adoptaron el sistema monista fundado en la Ley Modelo de la CNUDMI, en la que se dispone la exigencia de fórmulas adicionales al pacto arbitral, en los siguientes términos:

*Artículo 27. (...) En el acuerdo escrito, las partes deberán establecer expresamente los términos y condiciones que regirán el arbitraje, de conformidad con esta Ley. En caso de que no se establezcan reglas específicas, se entenderá que este acuerdo podrá ser objeto de complementación, modificación o revocación entre las partes en cualquier momento, mediante convenio especial. No obstante; en caso de que decidan dejar sin efecto un proceso de arbitraje en trámite, deberán asumir los costos correspondientes, de conformidad con la presente Ley.*

Aunque las disposiciones nicaragüenses sobre pacto arbitral que rigen el arbitraje doméstico se inspiran en la Ley Modelo de la CNUDMI, la incorporación de requisitos adicionales siembra dudas en cuanto al alcance y eficacia del acuerdo, cuando este es defectuoso o limitado y no es posible lograr consensos posteriores para su complementación o modificación.

Otro elemento destacable en la legislación nicaragüense, para el tema objeto de estudio, es el requisito dispuesto en artículo 39 de la Ley 540 de 2005, relativo al convenio arbitral con proceso judicial en curso. Dispone la norma en cuestión que cuando esta situación se presenta, las partes que deciden voluntariamente someter el asunto a un convenio arbitral deben presentar ante el juez un escrito con todas las firmas debidamente autenticadas por notario, adjuntando copia del convenio arbitral. Si bien es entendible que se pretenda salvaguardar cierto grado de seguridad en el desarrollo de la práctica judicial, el requisito que impone el despliegue de la actividad notarial es a todas luces gravoso y ajeno a los parámetros sugeridos por las normativas modeladoras.



Algo similar parece evocar la normativa monista brasilera (Ley 9307 de 1996), en sus artículos 5 y 6, al establecer:

Artículo 5. En el caso en que las partes, en la cláusula compromisoria, se sometan a las reglas de una institución arbitral o una entidad especializada, el arbitraje será establecido y llevado a cabo de conformidad con tales normas, pudiendo, igualmente, las partes establecer en la propia cláusula, o en otro documento, la forma de sometimiento a la institución de arbitraje. - Artículo 6. Si no hay acuerdo sobre cómo establecer el arbitraje, la parte interesada manifestará a la otra parte su intención de iniciar el arbitraje, por correo o por cualquier otro medio de comunicación con acuse de recibo convocándola para la fecha, hora y lugar con el fin de firmar el compromiso arbitral. Párrafo único – No compareciendo la parte convocada o, compareciendo, se niega a firmar el compromiso arbitral, la otra parte podrá proponer la demanda a que alude el art. 7 de esta Ley, ante el órgano del Poder Judicial en el que originariamente correspondería decidir el caso.

Lo dispuesto en las normas señaladas es lo que la doctrina ha identificado como cláusulas arbitrales llenas (*cheias*) y vacías (*vazias*). Las primeras pueden incluir todas las disposiciones y condiciones para el arbitraje, bien sea a partir de la referencia a una institución arbitral y a sus reglas, bien mediante acuerdo directo de las partes. Las segundas son cláusulas que solo refieren a la voluntad de las partes de resolver sus diferencias por la vía arbitral. Llama particularmente la atención el tratamiento de estas últimas, ya que la ley, en lugar de disponer de reglas que ayuden a complementar la cláusula, remite a las partes al poder judicial para la suscripción de un compromiso arbitral, incrementando así los escenarios para el florecimiento de la litigiosidad.

Otro escenario en el que la legislación doméstica referente al pacto arbitral aporta ingredientes para el incremento de la judicialización es el chileno. La libertad configurativa por la que se caracteriza la Ley 19.971 de 2004, para el arbitraje internacional, diverge ampliamente de las normas sobre arbitraje interno contenidas en el Código Orgánico de Tribunales. En lo que atañe al punto particular del acuerdo de arbitraje, estas últimas disposiciones no definieron la

cláusula compromisoria y sí el compromiso arbitral, por lo que algunos autores proclamaron la inexistencia de la primera y le atribuyeron efectos exclusivos de contrato preparatorio. Esta posición se decantó con el tiempo y finalmente terminó reconociéndose su existencia y validez.<sup>146</sup>

Mientras tanto, las normas que definieron el compromiso le atribuyeron la condición de contrato solemne, que deberá celebrarse por escrito y contener los siguientes requisitos: 1) *El nombre y apellido de las partes litigantes*; 2) *El nombre y apellido del árbitro nombrado*; 3) *El asunto sometido al juicio arbitral*; 4) *Las facultades que se confieren al árbitro, y el lugar y tiempo en que deba desempeñar sus funciones*. Como bien lo manifiesta un sector de la doctrina, el cumplimiento de esta exigencia ha derivado en dificultades que han puesto en evidencia el formalismo en el arbitraje local, ya que son comunes las impugnaciones que se fundan en la falta de este requisito, para perseguir la nulidad de lo actuado en el trámite arbitral. Adicionalmente, por virtud del carácter personalizado del compromiso, si alguno de los árbitros designados no puede cumplir con su función el acuerdo pierde efectos y resulta necesario recurrir a la jurisdicción permanente.

Infortunadamente, los casos en los que se imponen exigencias especiales a los acuerdos de arbitraje no se agotan en los hasta ahora mencionados. La legislación argentina sobre arbitraje doméstico señala en su artículo 739 del Código Procesal, Civil y Comercial de la Nación, que una vez surja la controversia deberá formalizarse por escritura pública o instrumento privado, o por acta extendida ante el juez, compromiso que deberá contener, bajo pena de nulidad, los siguientes requisitos: i) Fecha, nombre y domicilio de los otorgantes; ii) Nombre y domicilio de los árbitros; iii) Las cuestiones que se sometan al juicio arbitral, con expresión de sus circunstancias; y iv) La estipulación de una multa que deberá pagar, a la otra

---

<sup>146</sup> Alejandro Romero Seguel, “La Convención de Arbitraje en Chile”, en *Tratado de Derecho Arbitral. El Convenio Arbitral*, dir. Carlos Alberto Soto Coaguila, (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas/Grupo Editorial Ibáñez/Instituto Peruano de Arbitraje, 2011), 386 -397.

parte la que dejare de cumplir los actos indispensables para la realización del compromiso. Además, menciona unos requisitos facultativos en el artículo 741.

Vemos entonces que dicha legislación procesal regula el viejo sistema del doble acuerdo: cláusula, y compromiso y convenio arbitral.<sup>147</sup> Dicha normativa es a todas luces ajena a la práctica arbitral moderna, razón por la cual la jurisprudencia ha tenido que otorgarle por esa vía efectos al convenio arbitral o cláusula compromisoria sin necesidad de otorgar el mencionado requisito. Otra forma de evitar incurrir en dicha carga es someterse a un reglamento de arbitraje que no exija la suscripción de ese instrumento para poder recurrir al arbitraje.<sup>148</sup>

### **3. Las reglas del procedimiento arbitral**

En el arbitraje internacional, así como en la mayoría de casos del arbitraje doméstico, uno de los presupuestos básicos en los que se funda la práctica es el relativo a la flexibilidad del procedimiento y a la libertad de las partes para determinarlo. Es así como la Ley Modelo de la CNUDMI dispone este precepto en sus artículos 18 y 19, sobre la base de que deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad para hacer valer sus derechos.

Estas disposiciones contienen igualmente una serie de fórmulas para que, a falta de acuerdo entre las partes, sea el tribunal arbitral quien decida los términos en que haya de dirigirse el arbitraje. Estas facultades, conferidas por la normativa modeladora, incluyen la posibilidad de que el tribunal arbitral determine “la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas”, sin las limitaciones impuestas por las normas procesales que regulan los procesos ante la jurisdicción permanente.

---

<sup>147</sup> Etcheverry, “El acuerdo arbitral y el sistema argentino”, 105-130.

<sup>148</sup> Beatriz Pallarés y Jorge Albornoz, “Argentina”, en *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica: regulación, presente y tendencias del futuro*, dirs. Adriana Zapata de Arbeláez, Silvia Barona Vilar y Carlos Esplugues Mota (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010), 85-147.

Para el ejercicio de la práctica arbitral, estos principios básicos pretenden lograr una mayor flexibilidad y adaptabilidad del trámite a las necesidades que tengan las partes en un momento determinado y en relación con el conflicto específico que les atañe. Con ello, se desprenden de las ataduras propias de los sistemas procesales tradicionales que, en ocasiones, pueden ser engorrosas y poco compatibles con las necesidades de una justicia informal, expedita, económica y eficaz.

Dentro del medio latinoamericano se encuentran algunas disposiciones del arbitraje doméstico que se distancian de los preceptos enunciados, referidas principalmente a: i) normas que imponen disposiciones procesales para adelantar los trámites arbitrales sin posibilidad de acuerdo en contrario; y ii) normas que admiten una regulación procedimental por las partes pero que a falta de acuerdo someten a los árbitros a un trámite específico.

El caso chileno presenta también en este punto una serie de particularidades en sus normas de arbitraje local. Si bien la Ley 19.971, de arbitraje internacional, adopta los preceptos de la Ley Modelo de la CNUDMI en cuanto a libertad de reglas de procedimiento y habilitación a los árbitros para definir las ante el desacuerdo de las partes, las disposiciones de arbitraje doméstico, a partir de un sistema de clasificación de los tipos de árbitros, recoge múltiples soluciones al tema planteado. Los árbitros se clasifican en tres grandes grupos: i) árbitros de derecho; ii) árbitros arbitradores o amigables compondores (arts. 223 del Código Orgánico de Tribunales; 628 a 635 del Código de Procedimiento Civil); y iii) árbitros mixtos (arts. 636 a 644 del Código de Procedimiento Civil). En el caso de los árbitros de derecho, estos “se someterán, tanto en la tramitación como en el pronunciamiento de la sentencia definitiva, *a las reglas que la ley establezca para los jueces ordinarios*, según la naturaleza de la acción deducida” (art. 628 del Código de Procedimiento Civil). Los árbitros arbitradores fallan, en cuanto al fondo, según su criterio de equidad y justicia pero adelantan el procedimiento de acuerdo con las normas establecidas por las partes; a falta de acuerdo entre estas, los artículos 637 a 641 del Código de Procedimiento Civil disponen de un procedimiento especial

que no puede ser derogado por los amigables componedores.<sup>149</sup> Finalmente, los árbitros mixtos actúan como árbitros de derecho en cuanto al sustento de la sentencia definitiva, pero se sujetan a las reglas procedimentales dispuestas para los árbitros arbitradores.

En el caso de la normativa costarricense, el artículo 39 de la Ley 7727 de 1997 sobre arbitraje doméstico, consagra la libertad de procedimiento para que las partes configuren, según su mejor conveniencia, el trámite arbitral. Sin embargo, las normas nacionales han dispuesto una serie de etapas irrenunciables, aparentemente contentivas del “debido proceso”, que en términos de Gómez Rodas y Gómez Fonseca “podría llevarnos a pensar que no existe el deseo de desjudicializar el arbitraje”. Estas etapas son, en sus palabras: i) Otorgamiento de un plazo para formular pretensiones y aportar pruebas; ii) Plazo para contestar las pretensiones y oponerse a estas, a los hechos y los fundamentos de la demanda; iii) Audiencia para la evacuación de las pruebas, que debe contar necesariamente con

---

<sup>149</sup> Chile. Código de Procedimiento Civil. “Art. 637. (794). El arbitrador oír a los interesados; recibirá y agregará al proceso los instrumentos que le presenten; practicará las diligencias que estime necesarias para el conocimiento de los hechos, y dará su fallo en el sentido que la prudencia y la equidad le dicten. Podrá oír a los interesados por separado, si no le es posible reunirlos. Art. 638. (795). Si el arbitrador cree necesario recibir la causa a prueba, decretará este trámite. Es aplicable a este caso lo dispuesto en los artículos 633 y 634. Art. 639. (796). El arbitrador practicará solo o con asistencia de un ministro de fe, según lo estime conveniente, los actos de substanciación que decrete en el juicio, y consignará por escrito los hechos que pasen ante él y cuyo testimonio le exijan los interesados, si son necesarios para el fallo. Las diligencias probatorias concernientes al juicio de compromiso que se practiquen ante los tribunales ordinarios se someterán a las reglas establecidas para éstos. Art. 640. (797). La sentencia del arbitrador contendrá: 1°. La designación de las partes litigantes; 2°. La enunciación breve de las peticiones deducidas por el demandante; 3°. La misma enunciación de la defensa alegada por el demandado; 4°. Las razones de prudencia o de equidad que sirven de fundamento a la sentencia; y 5°. La decisión del asunto controvertido. La sentencia expresará, además, la fecha y el lugar en que se expide; llevará al pie la firma del arbitrador, y será autorizada por un ministro de fe o por dos testigos en su defecto. Art. 641. (798). Si son dos o más los arbitradores, deberán todos ellos concurrir al pronunciamiento de la sentencia y a cualquier otro acto de substanciación, salvo que las partes acuerden otra cosa. Cuando no haya acuerdo entre los arbitradores, se llamará al tercero, si lo hay; y la mayoría formará resolución. No pudiendo obtenerse mayoría en el pronunciamiento de la sentencia definitiva o de otra clase de resoluciones, quedará sin efecto el compromiso si no puede deducirse apelación. Habiendo lugar a este recurso, se elevarán los antecedentes a los arbitradores de segunda instancia, para que resuelvan como estimen conveniente sobre la cuestión que motiva el desacuerdo.”

la participación tanto de las partes como de los árbitros; iv) El establecimiento de un plazo razonable para la formulación de las conclusiones; v) La posibilidad de recurrir el laudo y las resoluciones interlocutorias.<sup>150</sup>

Las etapas ineludibles dentro del curso del trámite arbitral otorgan a este un carácter eminentemente jurisdiccional, con entidad suficiente para fomentar su litigiosidad, más aún si se agrega un ingrediente de referencia a las normas procesales del país que contiene el último inciso del artículo 39 de la Ley 7727 de 1997 que dispone: “Las normas procesales de la legislación costarricense integrarán, en lo que resulte compatible, el procedimiento arbitral”. Valga anotar, igualmente para este caso, que las normas sobre arbitraje internacional costarricense en este particular, contenidas en la Ley 8937 de 2011, se enmarcan en los parámetros de la Ley Modelo de la CNUDMI que unifica y armoniza gran parte del sistema arbitral latinoamericano.

Finalmente, las legislaciones de Ecuador, Argentina y Uruguay hacen un reconocimiento igualmente explícito sobre la libertad de las partes para fijar reglas de procedimiento; no obstante, en ellas también se hace evidente la obligación de los árbitros de recurrir a las normas procesales del respectivo país cuando los acuerdos arbitrales adolecen de esta referencia.

En el caso ecuatoriano, a pesar de que la jurisprudencia ha reconocido el carácter contractual del arbitraje, y sobre esa base la libertad configurativa de las partes para definir el procedimiento incluso modificando las normativas legales, también es cierto que los pronunciamientos judiciales no han sido ajenos a reconocer su carácter jurisdiccional. En este sentido, el alcance del artículo 38 de la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación, en cuanto a que el arbitraje podrá sujetarse al procedimiento establecido en los centros de arbitraje, al determinado en el convenio arbitral o al que las partes escojan, ha sido plenamente reconocido en el país. Ahora bien, es de destacar que el artículo 37 también se refiere a que, a falta

---

<sup>150</sup> Gómez Rodas y Gómez Fonseca, “Costa Rica”.

de acuerdo de las partes, en los arbitrajes en derecho, los árbitros aplicarán lo dispuesto en la ley y supletoriamente las normas del Código de Procedimiento Civil.

Argentina y Uruguay contienen disposiciones similares, en el sentido de que el acuerdo de arbitraje podrá contener reglas de procedimiento fijadas por las partes; sin embargo, la falta de acuerdo en este sentido las remite, no a reglas supletorias definidas por los árbitros, sino a las disposiciones del “juicio ordinario o sumario (...) teniendo en cuenta la naturaleza e importancia económica de la causa” en el primer caso, o a las disposiciones establecidas para el proceso ordinario en el Código General del Proceso, en el segundo.<sup>151</sup>

#### **4. Atribución de *imperium* al tribunal arbitral**

Por regla general, las legislaciones arbitrales domésticas e internacionales disponen de un sistema de “comunicación” entre los tribunales de arbitramento y la jurisdicción estatal. Ese mecanismo permite el desarrollo de la actividad arbitral con un soporte o acompañamiento que el juez realiza para permitir la plena efectividad de las decisiones de los árbitros.

La mencionada labor de apoyo se manifiesta básicamente en tres escenarios del arbitraje, a saber: i) La integración del tribunal de arbitramento cuando, una vez surgidas las diferencias, una de las partes es renuente a cumplir con su cometido de designar árbitros y dicha labor no ha sido encomendada previamente a un centro de arbitraje o a una institución de otra índole que pudiese cumplir tal misión; ii) La práctica de pruebas, que podrá consistir en la práctica de la prueba ante el juez competente o en la adopción por este de las medidas necesarias para que la prueba pueda ser practicada ante los árbitros; y iii) La adopción de medidas cautelares que requieran de la participación del juez para hacerlas efectivas.

---

<sup>151</sup> Artículos 751 Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Argentina); artículo 490 del Código General del Proceso (Uruguay).

En los casos referentes a las pruebas y a las medidas cautelares se evidencia que el papel de los jueces consiste en suplir el *imperium* del que carece el árbitro, lo que no significa un desconocimiento de su jurisdicción, para hacer efectivas decisiones que alguna de las partes o un tercero no están dispuestas a asumir y que son necesarias para el adecuado desarrollo del trámite arbitral. En palabras de Merino Merchán y Chillón Medina “el arbitraje alcanza su límite como función juzgadora de los árbitros pero éstos carecen obviamente, por ser jueces privados, de la potestad de ejecutar lo juzgado, que corresponde exclusivamente a la jurisdicción del Estado”.<sup>152</sup>

No obstante lo anterior, es posible encontrar casos en los que las legislaciones no solo le reconocen a los tribunales de arbitramento la función jurisdiccional, sino también la *auctoritas* que es propia de los funcionarios y tribunales estatales permanentes. Esta particularidad, completamente ajena al arbitraje internacional, ha sido objeto de discusión por algún sector de la doctrina, siendo para algunos una prerrogativa innovadora y positiva, mientras que para otros constituye una expresión *ultra vires* que desnaturaliza la función del árbitro.<sup>153</sup>

Ejemplo de lo anterior es el artículo 9º de la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana, que establece:

Artículo 9. (...) Para la ejecución de las medidas cautelares, los árbitros, siempre que las partes así lo estipularen en el convenio arbitral, solicitarán el auxilio de los funcionarios públicos, judiciales, policiales y administrativos que sean necesarios, sin tener que recurrir a Juez ordinario alguno del lugar donde se encuentren los bienes o donde sea necesario adoptar las medidas.

Esta disposición, consagrada en las normas sobre arbitraje doméstico, impone a las autoridades estatales la obligación de cumplir las instrucciones impartidas por los

---

<sup>152</sup> Merino Merchán y Chillón Medina, *Tratado de derecho arbitral*.

<sup>153</sup> Juan Manuel Marchán y Javier Andrade Cadena, “El arbitraje comercial Internacional en Ecuador: marco legal y jurisprudencial”, en *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica*, coords. Cristian Conejero Roos, Antonio Hierro, Valeria Machia y Carlos Soto Coaguila (Bogotá: Legis Editores S. A., 2009), 319-348.



árbitros en el ejercicio de sus funciones, lo que implica que frente a ellos se extiende el principio de la autonomía de la voluntad de las partes concretada en el convenio arbitral.

Llama igualmente la atención la manera en la cual se tratan las cuestiones probatorias en el derecho arbitral doméstico ecuatoriano. Si bien estas normativas no regulan de manera específica lo relacionado con estos temas, al aplicar el Código de Procedimiento Civil, como norma supletiva, se entiende que si las partes solicitan el decreto de una prueba y el tribunal accede, corresponde a los árbitros exigir su cumplimiento, incluso, haciendo comparecer a testigos mediante el uso de la fuerza pública.<sup>154</sup>

Sorprende también la normativa local chilena en lo relativo a la ejecución del laudo arbitral. Si bien la regla general, tanto en el arbitraje doméstico como en el internacional es que los árbitros que pronuncian su sentencia definitiva pierden todo poder para ejecutarla, por el hecho de que su función es temporal y porque carecen de *imperium*, el artículo 635 del Código de Procedimiento Civil dispone un presupuesto particular:

Artículo. 635 (792). *Para la ejecución de la sentencia definitiva se podrá ocurrir al árbitro que la dictó, si no está vencido el plazo por que (sic) fue nombrado, o al tribunal ordinario correspondiente, a elección del que pida su cumplimiento.*  
[Cursivas y negritas en el original].

Sin embargo, la norma admite que si el cumplimiento de tal medida exige algún procedimiento de “apremio”, el empleo de “medidas compulsivas” o “haya de afectar a terceros que no sean parte en el compromiso”, se debe acudir a la justicia ordinaria para materializar dicha ejecución. Este último apartado matiza los alcances de lo que en una primera aproximación pareciera ser una manifestación inequívoca de *imperium*, pero que en la práctica no resulta ser nada diferente a una

---

<sup>154</sup> Armando Serrano Puig, “La autonomía de la voluntad en el convenio arbitral. Alcances y limitaciones. El caso ecuatoriano”, en *Tratado de derecho arbitral. El convenio arbitral*, dir. Carlos Alberto Soto Coaguila, 541-580, II. (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas/Grupo Editorial Ibáñez/Instituto Peruano de Arbitraje, 2011).

disposición representativa de un sistema arbitral doméstico dotado de características muy particulares, bastante ajenas a la práctica internacional.

#### **D. Corolario**

Como lo sostienen Merino Merchán y Chillón Medina, no todos los países han entendido de la misma manera la autonomía del arbitraje, ni la necesidad de legislar específicamente sobre la materia.<sup>155</sup>

Los cuestionamientos que se derivan de esta dicotomía son planteados por estos autores en los siguientes términos:

¿Es necesario que los ordenamientos jurídicos nacionales reglamenten el arbitraje internacional de manera diferente al doméstico? ¿Lo que es bueno para el arbitraje interno es bueno para el internacional? Las condiciones y necesidades que alientan el tratamiento diferenciado del arbitraje internacional, ¿no son también las que deben orientar el desenvolvimiento del arbitraje interno?,

La exposición de motivos de la ley española de arbitraje se expresa sobre el particular, en los siguientes términos:

En lo que respecta a la contraposición entre arbitraje interno y arbitraje internacional, esta ley opta claramente por una regulación unitaria de ambos. Dentro de lo que se ha dado en llamar la alternativa entre dualismo (que el arbitraje internacional sea regulado totalmente o en gran medida por preceptos distintos que el arbitraje interno) y monismo (que, salvo contadas excepciones, los mismos preceptos se apliquen por igual al arbitraje interno e internacional), la ley sigue el sistema monista. Son pocas y muy justificadas las normas en que el arbitraje internacional requiere una regulación distinta de la del arbitraje interno. Aun con la conciencia de que el arbitraje internacional responde en muchas ocasiones a exigencias distintas, esta ley parte de la base —corroborada por la tendencia actual en la materia— de que una buena regulación del arbitraje internacional ha de serlo también para el arbitraje interno, y viceversa. La Ley Modelo, dado que se gesta en el seno de la CNUDMI/UNCITRAL, está concebida

---

<sup>155</sup> Merino Merchán y Chillón Medina, *Tratado de derecho arbitral*, 910.

específicamente para el arbitraje comercial internacional; pero su inspiración y soluciones son perfectamente válidas, en la inmensa mayoría de los casos, para el arbitraje interno. Esta ley sigue en este aspecto el ejemplo de otras recientes legislaciones extranjeras, que han estimado que la Ley Modelo no sólo resulta adecuada para el arbitraje comercial internacional, sino para el arbitraje en general.<sup>156</sup>

La normativa española en comento fue impulsada tras una serie de consideraciones relativas a que el derecho interno, no unificado, se consideraba inadecuado desde el punto de vista técnico para regular las relaciones del tráfico mercantil internacional. Así lo manifestó José Carlos Fernández Rozas en uno de sus textos:

Los desarrollos sectoriales del arbitraje en España, por su fuerte incidencia del poder público, vacían de contenido la institución no aportando en la práctica las suficientes garantías a las partes en litigio. Dicha tendencia ha de ser corregida a través de una reglamentación de carácter general. Si esto es así en el plano interno, la actual situación del arbitraje en España no se acomoda a las necesidades del tráfico externo.<sup>157</sup>

Resulta evidente que existen algunos aspectos del arbitraje internacional y del arbitraje interno que no podrían tratarse ni medirse con el mismo rasero, ya que los intereses y las condiciones que dan origen a uno y a otro son diferentes, en su naturaleza. Ejemplo de ello puede ser lo relativo al tratamiento del orden público<sup>158</sup> y el que se les da a los recursos de apelación o de anulación de los laudos arbitrales.<sup>159</sup>

De lo anteriormente expuesto es posible evidenciar dos visiones sobre el debate de la dicotomía, que se podrían resumir en los siguientes términos:

---

<sup>156</sup> Gobierno de España, Ministerio de la Presidencia, “Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. Exposición de motivos”, *Boletín Oficial del Estado* 309 (26 de diciembre del 2003).

<sup>157</sup> José Carlos Fernández Rozas, “La situación actual de arbitraje comercial en España: perspectivas de futuro”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje* 3, (1986), 29-52.

<sup>158</sup> Robert Jean, *L'arbitrage: Droit interne, Droit international Privé* (París: Dalloz, 1993), 478.

<sup>159</sup> Merino Merchán y Chillón Medina, *Tratado de derecho arbitral*, 911.

La primera, fundada en el concepto de la autonomía del arbitraje internacional, en la que el debate no consiste en contraponer monismo a dualismo sino en establecer hasta qué punto una determinada legislación de arbitraje internacional, tiene más o menos efectos derogatorios de la regulación de arbitraje doméstico.<sup>160</sup> El problema, así planteado, supone la implantación de un baremo a las normas de arbitraje internacional para determinar el nivel de autonomía logrado respecto del arbitraje local, en ese específico marco regulatorio.

La segunda, soportada en que el modelo legislativo (monista o dualista) tampoco es el centro de debate, que se concentra en discutir hasta qué punto las normas de arbitraje nacional acogen una mayor o menor cantidad de estándares propios del arbitraje internacional. Esta visión cobra especial protagonismo en aquellos entornos en que la visión del arbitraje doméstico es supremamente rigorista y procesalista, al punto de considerar que, por ejemplo, la libertad configurativa del procedimiento arbitral es un elemento propio del arbitraje internacional y no un órgano vital de la figura misma.<sup>161</sup>

En lo que concierne al panorama latinoamericano, es posible afirmar que cuestiones políticas y sociales de diversa índole, la mayor o menor incidencia del comercio internacional dentro de las fronteras, así como cuestiones que subyacen de su diversa tradición jurídica, se constituyen en factores que no determinaron una expansión uniforme del arbitraje en estos países y, en general, de los métodos alternativos de solución de conflictos. Así lo afirma Guillermo Palao Moreno:

De un detallado análisis de la realidad legal y práctica actual en la que se mueve esta importante institución resulta complicado extraer demasiados elementos comunes en relación con tales países; fundamentalmente debido a las diferencias –de todo tipo– que han condicionado su respuesta normativa y que, en definitiva,

---

<sup>160</sup> Merino Merchán y Chillón Medina, *Tratado de derecho arbitral*, 907.

<sup>161</sup> Fernando Mantilla Serrano entiende como elementos para identificar una regulación arbitral como adecuada, los siguientes: 1) validez y eficacia del convenio arbitral; 2) amplios poderes a los árbitros; 3) intervención judicial solo como apoyo al arbitraje; 4) intangibilidad del laudo arbitral. Fernando Mantilla-Serrano, *La Ley de Arbitraje: Una perspectiva internacional*, (Madrid: Iustel, 2005), 408.

se manifiestan en el peso que finalmente se le ha otorgado al arbitraje –así como al arbitraje comercial internacional- y su caracterización definitiva.<sup>162</sup>

Aun así, es posible identificar una tendencia generalizada en cuanto a que el arbitraje doméstico se rige por disposiciones cuyos estándares son los propios del arbitraje internacional, como sucede en el caso de aquellos países que adoptaron un régimen monista fundado en la Ley Modelo de la CNUDMI, en cualquiera de sus versiones. Dentro del grupo de países en los que esta premisa tiene lugar, están Nicaragua (con algunas especificidades locales respecto de la forma del pacto arbitral), Venezuela, México, Paraguay y Guatemala, cuya legislación se funda en la Ley Modelo de la CNUDMI original de 1985, y el caso especial de Perú que consagró una moderna legislación inspirada en las modificaciones que sufrió la normativa unificadora en el año 2006.

Por otro lado, existe una serie de países en los que la legislación de arbitraje doméstico se caracteriza por no estar plenamente fundada en los principios de la Ley Modelo de la CNUDMI, dado que optaron por caracterizarla de conformidad con una tradición legal propia. Los casos aquí comprendidos pueden dividirse básicamente en dos grandes grupos:

El primero, en el que se encuentran legislaciones como la de Bolivia, El Salvador y Honduras, que se caracterizan porque sus normas de arbitraje doméstico comportan los más importantes rasgos de la práctica arbitral internacional. El segundo, conformado por legislaciones en las que el arbitraje local funciona a partir de principios, estructuras y mecanismos que distan significativamente de los preceptos contenidos en las normas unificadoras, dentro del cual figuran Chile, Ecuador, Argentina, Uruguay, y en menor medida Costa Rica.

Frente a casos excepcionales a la clasificación anterior, como son Brasil y Panamá, cuyo sistema es monista con rasgos propios de su tradición local, es posible afirmar

---

<sup>162</sup> Guillermo Palao Moreno, “Nuevas tendencias en materia de arbitraje comercial internacional en América Latina”, en *Arbitraje y justicia en el siglo XXI*, por Silvia Barona Vilar (Cizur Menor, (Navarra: Thomson Civitas, 2007).

que el primero se caracteriza por una práctica judicializada con elementos bastante ajenos a los estándares internacionales que fija la Ley Modelo de la CNUDMI, mientras que el segundo encaja dentro del grupo de países en que la práctica doméstica se encuentra generalmente alineada con los preceptos más importantes que señala la normativa unificadora.

## CAPÍTULO III

### ***PERSPECTIVAS CONSTITUCIONALES DEL ARBITRAJE***

La constitucionalización del derecho privado es un fenómeno cuyo estudio ha cobrado un auge significativo en los últimos años. Acertadamente, Mourre lo caracterizó como uno en el cual se revelan evoluciones y contradicciones profundas entre autonomía privada e interés general, que nos invita a una reflexión transversal sobre la tensión entre valores colectivos y libertad individual. Entonces, esta forma de *sacralización* de esta rama del derecho integra los principios de la autonomía contractual a un cuerpo de normas imperativas que sirven de base para la organización misma del Estado.<sup>163</sup>

Si bien la temática de fondo no involucra ahondar en los orígenes de la constitucionalización del derecho privado, es menester resaltar que dicho proceso hunde sus raíces, entre otras, en razones de índole política y cultural. Señala Mourre, desde la primera perspectiva, que el debilitamiento del poder público en favor de la creciente competencia de los mercados ha generado, en alguna medida, mayores preocupaciones por el impacto social que esa dinámica lleva implícita y, por consiguiente, una tendencia hacia el regreso de ciertas formas de nacionalismo, especialmente en el ámbito latinoamericano. La segunda arista se caracteriza por un mayor grado de relativismo, contrapuesto a algunos absolutismos generadores de grandes injusticias del siglo pasado, y de un especial cuidado por los derechos individuales, particularmente protegidos en las actuales cartas políticas de la región.<sup>164</sup>

---

<sup>163</sup> Alexis Mourre, “Los méritos de la "constitucionalización" del procedimiento civil y del derecho del arbitraje”, en *Constitucionalización del derecho privado. Actas del Tercer Congreso Internacional de la Association Andrés Bello Des Juristes Franco-Latino-Américains*, por Christian Larroumet, Sebastián Ríos Labbé, Paulina Andrés y Association Andrés Bello des Juristes Franco-Latino-Américains (Bogotá: Universidad Externado de Colombia/Universidad del Rosario/Convenio Andrés Bello, 2007).

<sup>164</sup> Mourre, “Los méritos de la "constitucionalización" del procedimiento civil y del derecho del arbitraje”.

Especial consideración merece igualmente lo relativo a la constitucionalización del derecho procesal, dada la cercanía que con esta área del derecho tiene el arbitraje en algunas jurisdicciones. Bajo esta perspectiva, puede entenderse que la constitucionalización en el ámbito procesal conlleva la constitucionalización indirecta de una rama específica del derecho privado como lo es el arbitraje. En efecto, si en un ordenamiento jurídico se reconocen el acceso a la administración de justicia y el debido proceso como derechos constitucionales inalienables, y a la vez se le atribuye a los tribunales de arbitramento el desempeño de funciones jurisdiccionales y a los laudos el carácter de sentencia judicial, surge en ese caso una inescindible relación entre el derecho derivado de la Carta Fundamental y este mecanismo de solución de controversias.

Ahora bien, para algunos autores esta vinculación entre el arbitraje y el Texto Constitucional guarda una estrecha relación con el hecho de que el primero se “inscribe en el tema de la justicia” y más específicamente en el derecho de acceso a la justicia y a los órganos del sistema nacional que la instrumentan.<sup>165</sup> Sin embargo, resulta discutible en muchas jurisdicciones que el arbitraje forme parte de dicha estructura, por lo que la respuesta a esta problemática puede variar de una normativa a otra según las consagraciones constitucionales, legales y reglamentarias que reconocen este medio alternativo.

Entonces, el arbitraje y el derecho de acceso a los órganos de administración de justicia no necesariamente deben confundirse, ya que si bien esta relación es clara en algunos sistemas, no necesariamente puede afirmarse que en todo caso el arbitraje haga parte de estos o que se trate de la misma cosa, si bien ambos participan de valores en común.<sup>166</sup>

---

<sup>165</sup> Eugenio Hernández-Bretón, “Significado constitucional del arbitraje en Venezuela”, en *Constitucionalización del derecho privado. Actas del Tercer Congreso Internacional de la Association Andrés Bello Des Juristes Franco-Latino-Américains*, por Christian Larroumet, Sebastián Ríos Labbé y Association Andrés Bello des Juristes Franco-Latino-Américains (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007), 578.

<sup>166</sup> Francisco Victoria-Andreu, “Virtudes de la constitucionalización del procedimiento civil y del arbitraje”, en *Constitucionalización del derecho privado. Actas del Tercer Congreso Internacional*



El anterior escenario plantea la necesidad de abordar el tema de la constitucionalización del arbitraje desde una perspectiva contextualista, que permita reflexionar acerca de las diferentes variables existentes en el tratamiento de esta materia y el impacto que dichas fórmulas tienen en la práctica arbitral. Se brindará especial atención a algunos sistemas jurídicos latinoamericanos en los que, al igual que en el caso colombiano, el desarrollo de la figura se debe en gran parte al impulso determinante de instituciones de carácter público y privado que promovieron y financiaron proyectos para la promulgación de normativas nacionales y la creación de centros de arbitraje. Es el caso, entre otros, del Fondo Multilateral de Inversiones del Banco Interamericano de Desarrollo, que desde los años ochenta y noventa del siglo pasado adelantó programas en los que, con la participación de expertos internacionales en la materia, se actualizaron un número importante de legislaciones latinoamericanas que contribuyeron al crecimiento de instituciones promotoras de este mecanismo alternativo.

Adicionalmente, es de anotar que en el entorno latinoamericano se encuentra abundante literatura relacionada con la constitucionalización del arbitraje, dado que dicho fenómeno está presente en un sinnúmero de ordenamientos, tanto por la inclusión de la figura por vía directa en el Texto Constitucional o por el reconocimiento de esta como de categoría constitucional, como por cuenta de la jurisprudencia.<sup>167</sup>

Señala Conejero Roos que la relación entre las constituciones políticas de los países latinoamericanos y el arbitraje es de larga data, y encuentra su origen tanto en normativas anteriores a la época de las independencias como en textos constitucionales posteriores a ellas. En efecto, estos vínculos entre Constitución y arbitraje, en los que se hace patente la tensión Estado-orden público-autonomía

---

*de la Association Andrés Bello Des Juristes Franco-Latino-Américains*, por Christian Larroumet, Sebastián Ríos Labbé y Association Andrés Bello des Juristes Franco-Latino-Américains (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007).

<sup>167</sup> Francisco González de Cossío, “Chauvinism rejected: Mexican Supreme Court upholds the constitutionality of the Mexican Arbitration Statute”, *Journal of International Arbitration* 22, n.º 2 (2005): 163-166.

privada, sumados a una serie de consideraciones históricas, han derivado en críticas a la utilización del arbitraje en algunos países de la región. Este fenómeno es aún perceptible en algunos Estados en los que el arbitraje es objeto de reparos que permiten desviar la atención sobre debates que son, en su esencia, de mayor relevancia en el campo de lo político, lo económico o lo social.<sup>168</sup>

No obstante, esta tendencia no es del todo generalizada. Cairns y Cremades resaltan que a pesar de que es conocida la reputación “antiarbitraje” que han tenido históricamente algunos países de América Latina, la adopción de leyes modernas y la ratificación de convenciones internacionales sobre la materia han sido esenciales para superarla, y han ayudado a que algunos de estos países alcancen los estándares impuestos por la economía global.<sup>169</sup>

Como se analizará más adelante, la tentación por constitucionalizar el arbitraje no constituye el único vehículo para reconocer esta figura como un instrumento válido dentro del ordenamiento jurídico. Por el contrario, algunos aseguran que su incorporación en el Texto Superior no es en absoluto necesaria para que su reconocimiento en el plano legal o reglamentario derive en su plena eficacia y operatividad. El cotejo de las normas de inferior rango con una Carta Política en la que su reconocimiento brilla por su ausencia no puede resultar en una inexorable sanción por inexequibilidad, dado que sus raíces se entrelazan con principios de honda jerarquía constitucional como los de la libertad contractual y económica.

La decisión libre y soberana del constituyente por vincular la figura del arbitraje al Texto Fundamental ha revestido diversas formas a lo largo de los últimos años. Evidentemente, no todos los textos constitucionales integran de manera unívoca este sistema de solución de conflictos, por el contrario, existen casos en los que el constituyente optó por incorporar la figura al sistema orgánico jurisdiccional,

---

<sup>168</sup> Cristian Conejero Roos, “El arbitraje comercial en Iberoamérica: un panorama general”, en *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica*, coords. Cristian Conejero Roos, Antonio Hierro Hernández Mora, Valeria Macchia y Carlos Soto Coaguila (Bogotá: Legis Editores S. A., 2009).

<sup>169</sup> David Cairns y Bernardo Cremades, “El arbitraje en la encrucijada entre la globalización y sus detractores”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje* 17, n.º 2002 (2002): 15-62.

mientras que, en otros casos, la visión se encaminó a asimilarla a un derecho de categoría fundamental.

A primera vista, las consecuencias prácticas derivadas de la opción “constitucionalizadora” son diversas: en el primer caso, la asimilación del arbitraje a un proceso judicial conlleva la aplicación al trámite arbitral de una serie de normas de carácter procesal, así como su ineludible vinculación con principios como el del libre acceso a la administración de justicia o la protección del debido proceso. Por otro lado, la consagración del arbitraje como derecho fundamental, resulta en que su protección puede darse en un plano de respeto a la libertad contractual, sin que necesariamente puedan invocarse figuras o procedimientos propios de la jurisdicción para favorecer o entorpecer el acceso a la vía arbitral. Sin embargo, como se verá más adelante, estas asociaciones no son absolutas en todos los casos.

Sentadas las anteriores consideraciones, en este capítulo se aborda la temática de la constitucionalización del arbitraje en los siguientes términos: en primera instancia, se analizan parte de las posiciones más relevantes que los doctrinantes nacionales e internacionales han expuesto en relación con el fenómeno de la constitucionalización (A), haciendo especial énfasis en las visiones en favor (sección 1) y en contra de este (sección 2); en un segundo apartado se exponen algunas experiencias iberoamericanas en las que las fórmulas constitucionales consagratorias del mecanismo lo reconocen, directa o indirectamente, como un derecho fundamental (B); finalmente, lo relativo al tratamiento constitucional del arbitraje en Colombia, sus antecedentes y el desarrollo a la luz de la actual Carta Política (C).

### ***A. Diversas posturas acerca del proceso de constitucionalización del arbitraje***

La definición que los textos constitucionales hacen del arbitraje, así como su desarrollo legal y las posturas históricas que la jurisprudencia y la doctrina han adoptado respecto de este, contribuyen en mayor o menor medida a la

determinación de sus formas y a su práctica. Así mismo, es claro que el proceso de constitucionalización de esta figura ha contribuido a que los estamentos de control constitucional asuman posiciones que tienden a favorecer su autonomía o que, por el contrario, fomenten instrumentos que permiten la existencia de mayores controles e injerencias por parte de las autoridades estatales.

Igualmente, que la calificación del arbitraje como un instrumento de carácter jurisdiccional, con sus variantes, así como las concepciones contractualistas que fundan su percepción desde una perspectiva prevalentemente privada y de alcance particular, son una innegable consecuencia de las formas en las que el ordenamiento jurídico ha optado por configurarlo. En este camino resulta trascendental, por no decir preeminente, la manera en que el Texto Constitucional lo consagra, cuando así lo hace, aunque hoy en día esto no se puede desligar del activo papel que desempeñan los tribunales constitucionales.

### **1. Posturas en favor de la constitucionalización del arbitraje**

Una corriente importante que alimenta esta tendencia es la proveniente de las mismas esferas constituyentes de los países que optaron por esta fórmula, así como de sus entes legislativos y organismos jurisdiccionales que fundan sus decisiones en esta opción configurativa.

A manera de ejemplo podemos señalar la Exposición de motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en la que se afirma:

Se incorporan al sistema de justicia, los medios alternativos para la resolución de controversias, tales como el arbitraje, la mediación y la conciliación, todo ello con el objeto de que el Estado los fomente y los promueva sin perjuicio de las actividades que en tal sentido puedan desarrollar las academias, universidades, cámaras de comercio y la sociedad civil en general (...). Asimismo, siendo que la administración de justicia no es monopolio exclusivo del Estado, aunque solo éste puede ejercer la tutela coactiva de los derechos, es decir, la ejecución forzosa de las sentencias, la Constitución incorpora al sistema de justicia a los ciudadanos

que participan en el ejercicio de la función jurisdiccional *integrando jurados o cualquier otro mecanismo que la ley prevea*.<sup>170</sup>

En este mismo sentido y de forma complementaria, la Corte Suprema de Justicia de ese país, en Sentencia del 17 de octubre de 2008 se pronunció sobre el particular, así:

Desde una perspectiva histórico estructural del ordenamiento jurídico, la constitucionalización del arbitraje como medio alternativo de solución de conflictos, es el resultado de la tendencia en el foro venezolano de reconocer al arbitraje como un medio idóneo y eficaz para la resolución de conflictos, lo cual se recogió en diversos textos legislativos (aún antes de la entrada en vigor de la vigente Constitución).

A lo que añadió:

A juicio de esta Sala, al ampliar la Constitución el sistema de justicia con la inclusión de modos alternos a la resolución de conflictos –entre los que se encuentra el arbitraje– al de la función jurisdiccional ordinaria que ejerce el Poder Judicial, se replanteó el arquetipo del sistema de justicia, lo cual si bien implica un desahogo de la justicia ordinaria, comporta que el arbitraje no pueda ser considerado como una institución ajena al logro de una tutela jurisdiccional verdaderamente eficaz y, por lo tanto, excluye la posibilidad que el arbitraje y demás medios alternativos de resolución de conflictos sean calificados como instituciones excepcionales a la jurisdicción ejercida por el Poder Judicial.<sup>171</sup>

En el caso peruano, la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional adoptó una posición intermedia, en el sentido de que la consagración constitucional de la figura no debía llevar aparejada una concepción

---

<sup>170</sup> Asamblea Nacional Constituyente. Exposición de motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial n.º 5.453. Extraordinario de fecha 24 de marzo del año 2000.

<sup>171</sup> Venezuela. Corte Suprema de Justicia. Expediente No. 08-0763. (M. P.: Luisa Estella Morales Lamuño; octubre 17 de 2008).

jurisdiccional, lo cual determinaría unos alcances diferentes en cuanto a su tratamiento:

Se debe eliminar la referencia a una jurisdicción arbitral ya que técnicamente es inadecuada. Ello no descarta la conveniencia de un reconocimiento constitucional expreso de los diferentes medios alternativos de resolución de conflictos: arbitraje, negociación y conciliación.<sup>172</sup>

No obstante lo anterior, el constituyente peruano optó por la constitucionalización y la “jurisdiccionalización” del arbitraje, al disponer en el artículo 139, inciso 1, capítulo VIII. Poder Judicial, lo siguiente:

Artículo 139. - Son principios y derechos de la función jurisdiccional: La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral. No hay proceso judicial por comisión o delegación.

Para Jaime David Abanto Torres,<sup>173</sup> el texto constitucional peruano tiene un problema de “sistemática”. En su parecer, el arbitraje, como medio alternativo de solución de controversias, nada tiene que ver con la justicia ordinaria. Si bien considera positiva la inclusión de un artículo sobre medios alternativos de resolución de conflictos en el texto constitucional, este, según su parecer, debería ubicarse en el capítulo de los derechos de la persona. En efecto, sostiene, la libertad es un derecho fundamental que se puede materializar en la voluntad libre que tienen las personas de solucionar sus conflictos y que tiene una estrecha vinculación con su dignidad. El acceso al poder judicial debería ser la última alternativa, aunque para muchos resulte la única. El llamado “interés para obrar”, así definido por Monroy Gálvez, según cita de Abanto Torres, tiene lugar cuando la

---

<sup>172</sup> Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú. *Lineamientos para una reforma constitucional*,

[http://www.congreso.gob.pe/comisiones/2002/debate\\_constitucional/bases.htm](http://www.congreso.gob.pe/comisiones/2002/debate_constitucional/bases.htm)

<sup>173</sup> Jaime David Abanto Torres, “El arbitraje en las sentencias del Tribunal Constitucional y la procedencia del amparo contra laudos arbitrales”, *Revista Peruana de Arbitraje*, n.º 3 (2006): 137-194.

persona ha agotado todos los medios para satisfacer su pretensión material y no le queda otra alternativa que recurrir al órgano jurisdiccional.

Otro sector de la doctrina peruana<sup>174</sup> considera que si bien la “hiperconstitucionalización” del arbitraje puede traer más consecuencias negativas que positivas, la importancia del reconocimiento constitucional de la institución en este país suramericano ha permitido que el Tribunal Constitucional blinde al arbitraje de interferencias judiciales y de otro orden, como en el caso de la sentencia dictada en el caso *Cantuarias Salaverry y Algamarca*.<sup>175</sup>

## **2. Posturas en contra de la constitucionalización del arbitraje**

Santistevan de Noriega<sup>176</sup> se cuestiona sobre qué tan significativo es que el arbitraje esté reconocido constitucionalmente y qué tanto aporta este proceso para el desarrollo de este método de solución de controversias en el sistema jurídico de cada país. En estricto sentido, considera el autor que no lo es, y alude al hecho de que ningún país europeo tiene semejante precepto constitucional sobre el arbitraje y que esta condición no ha impedido un desarrollo vigoroso de la institución. Menciona que tampoco lo tienen los países de Norteamérica, incluyendo los de tradición anglosajona, ni los del Asia y África. En estos lugares del mundo, afirma, el arbitraje debe su funcionamiento al principio de libertad contractual y a entornos legales que favorecen su desarrollo.

En efecto, la no consagración de la figura en el texto constitucional no parece presentar desventaja alguna a la hora de su inclusión y efectivo desarrollo en el

---

<sup>174</sup> Jorge Santistevan de Noriega, “Arbitraje y jurisdicción desde la perspectiva del Tribunal Constitucional del Perú”, *Revista Peruana de Arbitraje*, n.º 2 (2006): 15-66.

<sup>175</sup> Perú. Tribunal Constitucional. *Caso Fernando Cantuarias Salaverry*. Expediente No 6167-2005-PHC/TC, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados García Toma, Presidente; Gonzales Ojeda, Vicepresidente; Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen y Landa Arroyo, con el voto discrepante en el Fundamento No 20, pero coincidente en el fallo, del magistrado Gonzales Ojeda.

<sup>176</sup> Jorge Santistevan de Noriega, “La habilitación constitucional para el arbitraje con el Estado y su desarrollo en el Perú”, *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones* 3, n.º 1 (2010): 43-83.

plano legal.<sup>177</sup> Tal es el caso, entre muchos otros, del ordenamiento español, en el que la Ley 60 de 2003, que regula lo relativo al arbitraje nacional e internacional, no encuentra referente o soporte alguno en la Norma Superior. Sobre el particular, José Fernando Merino Merchán critica con severidad aquellas posiciones que reniegan del arbitraje y claman por su inconstitucionalidad por el mero hecho de no existir mención de este en la Carta Política.<sup>178</sup> En palabras del renombrado tratadista, la prescripción relativa a la exclusiva potestad de los jueces y tribunales para juzgar y ejecutar lo juzgado se refiere a los diversos tipos de procesos judiciales y el arbitraje no tiene un origen procesal en sí mismo, sino que se funda en la inderogable autonomía de la voluntad de los ciudadanos como sujetos libres, lo que no implica su renuncia al derecho fundamental de acceso a la jurisdicción.

Santistevan de Noriega<sup>179</sup> se pregunta entonces: ¿En qué radica la importancia del reconocimiento constitucional y cuáles son las diferencias prácticas entre los sistemas que constitucionalizan el arbitraje y en los que no? Desde su punto de vista, resulta apresurado proponer corolarios ya que no es posible concluir que el reconocimiento constitucional, *per se*, incentive o desincentive el arbitraje. Sin embargo, refiere a la preocupación esgrimida por algunos autores como Eduardo Zuleta Jaramillo<sup>180</sup> y Fernando Mantilla Serrano, en cuanto a las consecuencias paralizantes que genera que la Constitución encuadre la figura en el marco de la jurisdicción oficial. De igual manera, recoge la posición de Fernando Cantuarias Salaverri y Roger Rubio, quienes a pesar de destacar el caso de la Constitución de Costa Rica como un evento particular en Latinoamérica, ya que en el Texto Superior la facultad de arbitrar se constituye en un derecho fundamental

---

<sup>177</sup> Las discusiones sobre la constitucionalidad del arbitraje han tenido lugar tanto en países en donde este se reconoce en la Constitución como en países en los que dicha circunstancia no opera. Fernández Rozas, *Tratado del arbitraje...*

<sup>178</sup> José Fernando Merino Merchán, “Fundamentos públicos y constitucionales del arbitraje”, en Curso de derecho arbitral, dir, José Fernando Merino Merchán (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2009), 21-50.

<sup>179</sup> Santistevan de Noriega, “La habilitación constitucional para el arbitraje con el Estado y su desarrollo en el Perú”.

<sup>180</sup> Eduardo Zuleta Jaramillo, “Special Constitutional Action to Preserve International Arbitration”, *Journal of International Arbitration* 18, n.º 4 (2001): 475-480.



reconocido en el artículo 43 de la Carta Política, ello no necesariamente deriva en un adecuado desarrollo de la práctica arbitral.

De una manera más enfática, Alfredo De Jesús O. alude al proceso de constitucionalización del arbitraje como parte de un fenómeno más amplio de constitucionalización de las diferentes ramas de los derechos nacionales, que ha venido entabando la estabilidad de los sistemas de derecho civil por varias décadas.<sup>181</sup> En su criterio, el problema de mayor envergadura consiste en la tendencia de reemplazar la legislación, como fuente primaria de derecho, por jurisprudencia constitucional, la cual es ampliamente conocida por su contenido político y sociológico, más que por su sustrato técnico-jurídico. En este orden de ideas, las controversias relativas al arbitraje no son resueltas por los estatutos legales sino por disposiciones de rango constitucional o, lo que es peor, por principios constitucionales definidos en las Cartas Políticas y en la jurisprudencia constitucional.

Para el citado autor, la constitucionalización del arbitraje solo puede ser vista como un fenómeno positivo en la medida en que las normas y los principios constitucionales sobre el particular se entiendan como meras guías de carácter político y no como normas supremas que puedan entrar en conflicto con otras de carácter infraconstitucional, como las normas especiales de arbitraje, y supraconstitucional, como los tratados internacionales sobre la materia.

Particularizando la problemática, Conejero Roos<sup>182</sup> encuentra que las consecuencias más preocupantes que se deducen del binomio arbitraje-Constitución en América Latina, se pueden concretar en cuatro grandes manifestaciones:

Primera, la pretendida búsqueda de protección efectiva de los derechos individuales o garantías fundamentales en el escenario arbitral. Dentro de esta

---

<sup>181</sup> Alfredo De Jesús O., “The impact of constitutional law on international commercial arbitration in Venezuela”, *Journal of International Arbitration* 24, n.º 1 (2007): 69-80.

<sup>182</sup> Conejero Roos, “El arbitraje comercial en Iberoamérica: un panorama general”, 94.

categoría de decisiones se refiere el caso *Corporación Todosabor, C. A. vs. Hageendaz International Shoppe Company, Inc.*, en el que una Corte venezolana revisó un laudo arbitral extranjero, dictado conforme a las reglas AAA en Miami, a través de una acción constitucional de amparo con la que protegió los derechos de la parte venezolana.

Segunda, el establecimiento de limitaciones a la actuación del Estado y sus entidades, fundadas en el poder del constituyente y/o en nociones difusas de interés público. Sobre este particular, invoca los siguientes casos: *Companhia Paranaense de Energia vs. UEG Araucaria Ltda.* (Brasil); *Eriday vs. Entidad Binacional Yacireta* (Argentina); y *Venezolana de Televisión, C.A. vs. Elettronica Industriales S.P.A.* (Venezuela). Todos los casos anteriores dentro del marco de la nacionalización de contratos estatales.

Tercera, la aplicación de normas de orden constitucional a los árbitros, derivadas de la calificación de estos como jueces. Particularmente, la impugnación de sus decisiones por las vías por las que normalmente se atacan las providencias de carácter judicial. Tal es el caso, nuevamente, de *Venezolana de Televisión, C.A. vs. Elettronica Industriale S.P.A.*

Finalmente, la existencia de controles de carácter constitucional de las leyes, lo que implica que las disposiciones que tienden a regular los aspectos propios de la materia arbitral sean objeto de cotejo permanente a través acciones encaminadas a obtener declaratorias de inconstitucionalidad por parte de los estamentos judiciales competentes. Sirva como ejemplo, en materia de arbitraje internacional, la Sentencia C-347 de 1997 de la Corte Constitucional colombiana, en la que el alto Tribunal declara la exequibilidad condicionada del numeral 3 del artículo 1 de la Ley 315 de 1996, contentivo de uno de los criterios de internacionalidad.<sup>183</sup>

---

<sup>183</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-347 de 1997 (M. P.: Jorge Arango Mejía; julio 23 de 1997). En esta sentencia la Corte Constitucional analiza la demanda de inconstitucionalidad emprendida por Juan Pablo Cárdenas Mejía. El demandante argumentó que los artículos 1 (parcial) y 4 (parcial) de la ley 315 de 1996 "Por la cual se regula el arbitraje internacional y se dictan otras

De lo anterior es válido destacar que el proceso de constitucionalización afecta incluso las decisiones que se dictan en el escenario del arbitraje comercial internacional, pese al llamado principio de la autonomía que ha sido ampliamente defendido por la doctrina. Es el caso del ya citado doctrinante Alfredo De Jesús O.<sup>184</sup> para quien el arbitraje comercial internacional no debería someterse a las normas constitucionales ni a los mecanismos de la justicia constitucional de ningún país, pues en su criterio, los árbitros del comercio internacional están al margen de la justicia constitucional, no la ejercen ni se encuentran en contacto con ella, ya que no son órganos del Estado, y menos aún tribunales constitucionales especializados.<sup>185</sup> El argumento, para De Jesús O., no es otro que el de la fuerza de la evidencia.

### ***B. Algunas experiencias del derecho constitucional iberoamericano: el arbitraje como derecho fundamental***

Constitucionalizar el arbitraje no es la única manera de reconocerlo como mecanismo válido y legítimo de solución de controversias, alternativo al sistema jurisdiccional permanente. Como se verá más adelante, en algunos países europeos en los que el desarrollo del arbitraje ha resultado particularmente atractivo, los textos constitucionales no contienen referencia alguna a esta figura. Un ejemplo de ello es España.

---

disposiciones", desconocen los artículos 4, 6 y 95 de la Constitución. Al respecto, declara exequible el numeral 3 del artículo 1 de la Ley 315 de 1996, mientras que el fragmento demandado del artículo 4 lo calificó como inexecutable.

<sup>184</sup> Alfredo De Jesús O., "La autonomía del arbitraje comercial internacional a la hora de la constitucionalización del arbitraje en América Latina", *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones* 2, n.º 1 (2009): 29-80.

<sup>185</sup> En el mismo sentido, Roque Caivano, "Planteos de inconstitucionalidad en el arbitraje", *Revista Peruana de Arbitraje*, n.º 2 (2006): 107-153.

Ricardo Luque Gamero, "El arbitraje y el control de la constitucionalidad", *Revista Peruana de Arbitraje*, n.º 5 (2007): 109-140.

Sin embargo, en la casi totalidad de los sistemas latinoamericanos el legislador superior optó por incorporar el arbitraje al Texto Fundamental.<sup>186</sup> Ahora bien, como es evidente, los procesos constituyentes que han tenido lugar en el hemisferio derivaron en fórmulas de diferente índole, desde el reconocimiento del arbitraje como un mecanismo de solución de controversias con carácter eminentemente jurisdiccional, en el que la función arbitral es asimilable a la de un juez, como en el caso colombiano, hasta aquellas en las que es entendido y tratado como un derecho fundamental del ciudadano que busca una alternativa efectiva al sistema judicial para terminar sus diferencias de carácter patrimonial.

Algunas constituciones latinoamericanas siguieron la pauta establecida por la Constitución francesa de 3 de septiembre de 1791, que en su artículo 5º establecía: “El derecho de los ciudadanos de terminar definitivamente sus controversias por la vía del arbitraje no puede ser vulnerado por actos del poder legislativo”. En este mismo sentido, la Constitución de Cádiz de 1812 dispuso en su artículo 280 el

---

<sup>186</sup> Los países que en el escenario latinoamericano han reconocido el arbitraje en los textos constitucionales son: Costa Rica, en la Constitución de 1949 (reformada), cuyo artículo 43 establecía que “toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aun habiendo litigio pendiente”; Honduras, con la consagración del artículo 110 de la Constitución de 1982 (reformada), cuyo contenido rezaba: “Ninguna persona natural que tenga la libre administración de sus bienes, puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles por transacción o arbitramento”; El Salvador, con la Constitución de 1983 (reformada), la cual en su artículo 23 asentó que “ninguna persona que tenga la libre administración de sus bienes puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles o comerciales por transacción o arbitramento. En cuanto a las que no tengan esa libre administración la ley determinará los casos en que pueden hacerlo y los requisitos exigibles”; Colombia, en el artículo 116 de la Constitución de 1991 consagró que “los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”; Panamá, en el artículo 202 de la Constitución del 15 de noviembre de 2004, dispone de forma similar a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que la “administración de justicia también podrá ser ejercida por la jurisdicción arbitral conforme lo determine la Ley. Los tribunales arbitrales decidirán por sí mismos acerca de su propia competencia”. Fundación Estudios de Derecho Administrativo, *Compilación de las Constituciones Políticas* (Caracas: Editorial Funeda, 1999). Se añaden a este estudio los casos de Perú (arts. 62 y 63) y Paraguay (art. 248).

derecho inalienable de los ciudadanos españoles de “terminar sus diferencias por medio de jueces-árbitros, elegidos por ambas partes”.<sup>187</sup>

Ahora bien, la consagración del arbitraje como derecho fundamental puede derivarse de la misma literalidad del Texto Constitucional, o bien de la interpretación que los jueces encargados de desarrollarlo le hayan dado a la institución, pese a que en la Norma Fundamental no se haya empleado dicha fórmula. Dentro de los casos que podemos destacar para ilustrar la primera alternativa están las Constituciones de Costa Rica, El Salvador, Honduras, mientras que en casos como el venezolano, la Carta no dispone una fórmula similar pero su desarrollo doctrinario y jurisprudencial ha llevado al arbitraje a una categoría de derecho fundamental.

Independiente de lo anterior, es necesario precisar que ninguna de estas alternativas puede garantizar que el funcionamiento del arbitraje, en la práctica, vaya a estar libre de intromisiones indebidas o que su efectivo ejercicio se encuentre plenamente asegurado. Por ello, se pasará a describir algunas de las más importantes características del entorno del arbitraje como derecho fundamental en estos países, para posteriormente reflexionar sobre las consecuencias prácticas que ha traído consigo este tipo de fórmulas.

### **1. La asimilación “directa” en el Texto Constitucional**

El artículo 43 de la Constitución Política de Costa Rica reconoce el arbitraje como un derecho que ostentan las personas, y la jurisprudencia constitucional ha reconocido su aptitud como mecanismo voluntario y expedito para la solución de conflictos.<sup>188</sup> El texto del mencionado artículo reza: “Toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aun habiendo litigio pendiente.”

---

<sup>187</sup> Hernández-Bretón, “Significado constitucional del arbitraje en Venezuela”.

<sup>188</sup> Carlos Gómez Rodas y Francisco Gómez Fonseca, “Costa Rica”, en *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica: regulación, presente y tendencias del futuro*, dirs. Adriana Zapata de Arbeláez, Silvia Barona Vilar y Carlos Esplugues Mota (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010), 309-333.

A primera vista, esta modalidad de constitucionalización del arbitraje parece constituir una fórmula en la que la visión contractualista prevalece sobre la jurisdiccional, por lo que, en principio, el fenómeno de la judicialización tendería a impactar el trámite en una menor medida. En efecto, la consagración del arbitraje como derecho y no como un mecanismo “enquistado” en el sistema judicial aparece como una alternativa en la que su “fuerza” emerge de la autonomía de la voluntad, y en la que el sistema regulatorio se debe constituir en un mecanismo para lograr su plena efectividad. Sin embargo, esas conclusiones *prima facie* no pueden ser validadas sin realizar un análisis detallado de las normas imperantes y algunas decisiones judiciales, a partir de las cuales se identifiquen los verdaderos alcances del sistema, integralmente considerado.

Para estos efectos, es menester señalar que en este país centroamericano el entorno legal del arbitraje está compuesto por la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social (Ley 7727 del 27 de diciembre de 1997), reglamentada en su capítulo IV por el Decreto Ejecutivo n.º 32152 de 27 de octubre de 2004, en lo que respecta al arbitraje doméstico, y por la Ley 8937 de 2011, en lo que se refiere a la regulación del arbitraje internacional.

Llama particularmente la atención el hecho de que en Costa Rica las normativas arbitrales han regulado de forma diversa el arbitraje doméstico y el internacional, y el que el legislador asumió un marco normativo “generoso” en el ámbito del arbitraje con elementos extranjeros, fundamentalmente basado en la Ley Modelo de la CNUDMI. No obstante, en lo que respecta a la práctica arbitral doméstica, algunos autores han destacado la visión particularmente “judicializada” que existe del arbitraje, al punto que esta se ha extendido, incluso, al arbitraje internacional.

Sobre el particular, Eduardo Silva Romero, ex consejero adjunto, consejero y secretario general adjunto de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), escribió:

En América Latina, y en Costa Rica en particular, el arbitraje doméstico y el procedimiento judicial se regulan por normas muy similares e impregnadas de un

gran formalismo. Los tribunales y los practicantes del arbitraje en estos países, en consecuencia, acostumbran a que en el arbitraje, tanto doméstico como internacional, se apliquen las formas procesales, algunas veces en extremo rígidas, del proceso judicial (...) resulta de temer entonces que los tribunales insistan en aplicar rigurosamente las reglas que conocen y utilizan en el arbitraje internacional.<sup>189</sup>

No obstante, esta visión sobre la práctica arbitral costarricense no es del todo compartida por algunos comentaristas locales, dentro de los que se destaca Dyalá Jiménez Figueres, quien sobre el particular expresa:

Si bien es cierto que existen abogados y árbitros costarricenses que acostumbran seguir las normas de los procesos judiciales locales, esta no es la regla general. Por el contrario, en ciertas ocasiones en los arbitrajes domésticos los árbitros demuestran bastante imaginación. La coexistencia de estas dos prácticas puede explicarse por el hecho de que el arbitraje internacional se ha desarrollado lentamente en Costa Rica y por ende la adopción de las prácticas standards en el ámbito internacional que aseguran un equilibrio entre el formalismo y la flexibilidad aún no se ha generalizado.<sup>190</sup>

Esta dicotomía, puesta en evidencia por la referida autora, se hace patente al revisar algunas disposiciones de las normas locales y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de ese país. En primera instancia, llama la atención el artículo 39 de la Ley 7727 de 1997, en el cual se establecen los principios que rigen la actuación arbitral, en el sentido de que las partes podrán escoger libremente el procedimiento que regulará el trámite, siempre que se respeten los principios del debido proceso, el derecho de defensa y el de contradicción; igualmente, señala el

---

<sup>189</sup> Eduardo Silva Romero, “La nouvelle loi costaricienne sur l'arbitrage commercial international du 25 mai 2011”, *Revue de l'Arbitrage*, n.º 3 (2011): 843. Traducción libre tomada de Dyalá Jiménez Figueres, “Una visión siempre optimista: la nueva Ley de Arbitraje Comercial Internacional de Costa Rica” *Revista Internacional de Arbitraje*, n.º 17 (2012): 103-117.

<sup>190</sup> Dyalá Jiménez Figueres, “Una visión siempre optimista: la nueva Ley de Arbitraje Comercial Internacional de Costa Rica” *Revista Internacional de Arbitraje*, n.º 17 (2012): 103-117, <http://www.latinarbitrationlaw.com/una-visi-n-siempre-optimista-la-nueva-ley-de-arbitraje-comercial-internacional-de-costa-rica/>

artículo 39 que el tribunal arbitral, a falta de acuerdo de las partes, deberá dirigir el arbitraje guiado por los principios de “contradicción, oralidad, concentración e informalidad” y que las normas procesales de la legislación costarricense “integrarán, en lo que resulte compatible, el procedimiento arbitral”.

Esta norma hace evidente la intención del legislador de permitir un sistema de solución de controversias en el que la autonomía de la voluntad y la informalidad tengan una especial preeminencia, pese a que llame particularmente la atención el vínculo que el legislador hace con la normativa procesal.

En un sentido similar se pronunció la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia del país en comentario, mediante Decisión n.º 000594-F-00, de 11:40 horas de 18 de agosto de 2000, donde dejó claro el principio de la independencia judicial frente al arbitraje y reconoció la viabilidad de un sistema normativo diferente al Código Procesal Civil:

En primer lugar debe tomarse en cuenta que el legislador se propuso desjudicializar en lo posible el arbitraje, para que fuese efectivamente una alternativa a la justicia institucional. Consecuente con ello, es la prohibición de que los órganos judiciales puedan ser designados árbitros de equidad o de derecho (art. 25). En segundo lugar, para potenciar el arbitraje no sólo se le sustrajo del Código Procesal Civil, donde no era sino un procedimiento más, sino que se autorizó a las partes para elegir libremente el procedimiento idóneo frente a la naturaleza del conflicto suscitado, con la única limitación de respetar los principios constitucionales de derecho de defensa y de contradicción (art. 39). En suma la asignación de nuevas competencias a la Sala no puede ser entendida sino como la única injerencia permitida por el legislador a los tribunales en una institución concebida para potenciar una alternativa real a la Administración de Justicia impartida por los órganos judiciales.<sup>191</sup>

---

<sup>191</sup> Costa Rica. Corte Suprema de Justicia. Sala Primera. Exp: 00-000003-004-CA. Res: 000594-F-00 de 18 de agosto de 2000, <http://sitios.poder-judicial.go.cr/sala1/Textos%20fallos%20relevantes/Achivos%20pdf/594-F-00.pdf>



A pesar de la consagración del arbitraje como derecho en la Constitución Política costarricense de 1949, el tratamiento legislativo otorgado a la figura en el plano doméstico ha transcurrido básicamente en dos grandes etapas: la primera como una institución de carácter procesal, integralmente regulada en el Código Procesal Civil; y la segunda, a partir de la expedición de la Ley 7727 de 1997, como un instrumento de solución de controversias flexible cuyas cargas procesales resultan de menor intensidad.

En este último escenario se ha entendido que las partes y los árbitros, a la hora de establecer los procedimientos a seguir, deben ser respetuosos en el cumplimiento de una serie de etapas que garantizan el debido proceso, el derecho de defensa, el principio de contradicción, el principio de intermediación, el principio de concentración, el sistema de oralidad y el principio de informalidad.

Para un sector de la doctrina costarricense, el cumplimiento de las referidas etapas no significa que la regulación pertinente sea considerada una expresión inequívoca de procesalismo. De manera específica, las fases que componen el trámite arbitral son: a) La destinada a la formulación de pretensiones y aporte de pruebas; b) El término para contestar a esas pretensiones y oponerse a los hechos y fundamentos de la demanda; c) La relativa a la evacuación de pruebas con la participación de las partes y de los árbitros; d) El término razonable para la formulación de conclusiones; y e) La instancia para recurrir el laudo arbitral y las resoluciones interlocutorias. Lo anterior, en palabras de Gómez y Gómez, no significa “una intromisión indebida por parte del Estado, que podría llevarnos a pensar que no existe el deseo de desjudicializar el arbitraje”.<sup>192</sup>

Visto lo anterior, se entiende que la consagración del arbitraje como derecho fundamental, en el caso de Costa Rica, no ha garantizado integralmente la separación entre el trámite arbitral y las normas procesales. Si bien el alcance de las normas vigentes ha significado un avance importante frente a las disposiciones que regulaban el arbitraje en el Código Procesal, es claro que en la práctica algunas

---

<sup>192</sup> Gómez Rodas y Gómez Fonseca, “Costa Rica”.

instituciones del procedimiento civil siguen estando presentes mediante su utilización por las partes o por los árbitros como instrumentos auxiliares para el desarrollo del trámite, o a través del reconocimiento por la misma normativa, de una serie de etapas ineludibles que escapan incluso a la libre disposición de los contratantes.

Otro caso de consagración del arbitraje como derecho fundamental en el Texto Constitucional, que genera particular interés en el ámbito latinoamericano, es el de El Salvador, donde el artículo 23 de la Carta Política de 1983 dispone:

Se garantiza la libertad de contratar conforme a las leyes. Ninguna persona que tenga la libre administración de sus bienes puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles o comerciales por transacción o arbitramento. En cuanto a las que no tengan esa libre administración, la ley determinará los casos en que puedan hacerlo y los requisitos exigibles.

En el plano legal, se aprobó la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje de 2002, en un intento por promover la utilización de este mecanismo que estuvo contemplado dentro del derecho procesal común por más de cien años, pero con poco impacto práctico en términos de su uso por parte de los actores económicos de la nación centroamericana. En efecto, las disposiciones derogadas contenidas en el Código de Procedimientos Civiles, en el Código de Comercio y en la Ley de Procedimientos Mercantiles no tuvieron gran aceptación para la solución de conflictos, debido a que la mencionada normatividad hacía indispensable la intervención judicial desde el nombramiento y juramentación de los árbitros hasta la ejecución del laudo arbitral, haciendo de este trámite uno más complejo y extenso que el mismo procedimiento judicial ordinario.<sup>193</sup>

Ahora bien, la adopción del nuevo cuerpo normativo, en consonancia con los términos de la Carta Política de 1983, no pareció alcanzar los resultados esperados

---

<sup>193</sup> Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social, “Aspectos prácticos del arbitraje en El Salvador”, *Boletín de Estudios Legales*, (marzo de 2005), [http://biblioteca.utec.edu.sv/siab/virtual/estudios\\_legales\\_fusades/fel\\_51.pdf](http://biblioteca.utec.edu.sv/siab/virtual/estudios_legales_fusades/fel_51.pdf)

en materia de promoción de este mecanismo alternativo. Para el año 2005, esto es, doce años después de promulgada la norma, algunas instituciones locales alertaban sobre resultados poco alentadores y sentimientos generalizados de que el arbitraje no era una vía que ofreciera verdaderas ventajas y seguridad a los ciudadanos.<sup>194</sup> Esta visión pareció ratificarse cuando la Asamblea Legislativa de la República, en una decisión controversial, consideró que era necesario permitir que el laudo arbitral pronunciado en los arbitrajes en derecho pudiera ser apelado con efecto suspensivo ante las Cámaras de Segunda Instancia, por lo que dictó el Decreto Legislativo n.º 141 del primero de octubre de 2009, en tal sentido.<sup>195</sup>

Dicha postura del constituyente salvadoreño resulta a todas luces contraria a los principios generales que inspiran la función arbitral, pues la posibilidad de permitir un recurso de esa naturaleza en sede judicial desvirtúa íntegramente la razón de ser del arbitraje, como es la de acceder a una decisión final y definitiva emanada de uno o varios árbitros seleccionados por las partes o sus delegados, en razón de sus específicas condiciones personales y profesionales.

Adicionalmente, el contexto de la jurisprudencia constitucional salvadoreña, en lo referente a la renuncia al recurso de apelación, no constituía un precedente alentador. En efecto, en Sentencia del 15 de febrero de 2002, proceso de inconstitucionalidad 9-97, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia manifestó:

Más bien –y como ya expuso–, tal disposición sólo puede referirse a una renuncia previa como garantía de una de las partes frente a la otra de que, independientemente del contenido de la sentencia futura, no se apelará de la

---

<sup>194</sup> Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social, “Aspectos prácticos del arbitraje en El Salvador”

<sup>195</sup> “Art. 66-A.- El laudo arbitral pronunciado en el arbitraje en derecho es apelable con efecto suspensivo, dentro de los siete días hábiles siguientes a la notificación del mismo o de la providencia por medio de la cual se aclara, corrige o adiciona, para ante las Cámaras de Segunda Instancia con competencia en materia civil, del domicilio del demandado o el de cualquiera de ellos si son varios. En los demás, en cuanto a la tramitación del recurso se estará en lo aplicable, a lo regulado por el derecho común.

Contra la providencia de la Cámara de Segunda Instancia no cabrá recurso alguno.”

misma, terminándose por esa razón el proceso en el primer grado de conocimiento; y es ahí donde estriba la incompatibilidad del ord. 2º del art. 986 C. Pr. C. con la Constitución, pues la disposición le da crédito procesal a un acuerdo hecho frente a supuestos procedimentales inciertos, los cuales si eventualmente resultaren arbitrarios, ilegales o inconstitucionales, tendrían que dejarse de atacar por ese pacto previo; y ello no es posible constitucionalmente, pues sería restarle fuerza y plenitud al contenido esencial del derecho a la protección jurisdiccional, impidiendo, como señaló la jurisprudencia emanada de las relacionadas sentencias de amparo, “una adecuada tutela y la consiguiente salvaguardia de los derechos de los particulares, provocando un estado de indefensión y de desigualdad para una de las partes.

A lo que agregó:

No puede decirse, entonces, que son per se inconstitucionales las concreciones legislativas referidas a la posibilidad de disponer –vía renuncia o pacto– “derechos procesales” o categorías integrantes del debido proceso, pues en algunas ocasiones entra en juego la autonomía de la voluntad o la pronta justicia; sin embargo, no obstante las dos razones anteriores, habrá inconstitucionalidad cuando la renuncia implique violación directa o indirecta al contenido esencial de alguno de aquellos derechos; contenido esencial que encierra finalidades proclamadas por la misma Constitución.

Este antecedente de la jurisprudencia salvadoreña planteó serios interrogantes entre quienes entendieron que la reforma constitucional que implantó el recurso de apelación en el arbitraje significaba un retroceso.

En virtud de lo anterior, el Decreto Legislativo n.º 141 arriba mencionado fue demandado en sede de constitucionalidad; los argumentos planteados en dicha acción catalogan este recurso como un escollo que torna el arbitraje en una figura inoperante y poco efectiva en cuanto a los objetivos que teóricamente persigue.

Por su parte, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia 11-2010, al cotejar la mencionada disposición con el artículo 23 de la Carta Política, optó por una solución que, ni salvaguardó el presupuesto de que el

arbitraje es un mecanismo que permite resolver controversias de manera definitiva, ni protegió la plena efectividad del principio de autonomía de la voluntad en lo referente a una posible renuncia al instrumento de impugnación.

Efectivamente, llaman la atención los argumentos de la Sala en el sentido de que el derecho de las partes de “terminar sus asuntos civiles o comerciales por transacción o arbitramento” no se veía afectado por cuenta de la posibilidad de concurrir a los tribunales ordinarios para revisar, en sede de apelación, el laudo arbitral, puesto que “los árbitros representan un método adjudicativo, cuya finalidad es resolver las controversias que las partes les plantean. Por ello, proveído el laudo, los árbitros dan cumplimiento a su cometido principal: dirimir el conflicto”. Y agrega:

El trámite que supone dicha forma de resolución de controversias queda agotado con la suscripción de la citada resolución y, por tanto, finalizada la etapa arbitral. A partir de este momento, comenzará una labor de colaboración por medio de la etapa de control, la cual es llevada a cabo por el Órgano Judicial, específicamente de las Cámaras de Segunda Instancia de la Capital.

Y concluye: “el establecimiento legislativo del recurso de apelación en contra del laudo pronunciado por los árbitros de derecho no impide que estos realicen la función que los interesados le han encomendado”.<sup>196</sup>

Por otro lado, menciona la Sala que en el caso particular existe un amplio marco para la aplicación de la autonomía de la voluntad, por lo que entiende que es permitido a las partes estipular cláusulas orientadas, por una parte, a no acceder al recurso de apelación y, por otra, a condicionar el planteamiento de este al cumplimiento de determinados requisitos. Para algunos comentaristas, estos presupuestos determinaron un cambio en la línea jurisprudencial mantenida desde hacía más de quince años por la Sala, ya que, como quedó establecido en la sentencia arriba referida, el máximo tribunal constitucional había declarado inexecutable la renuncia anticipada de derechos fundamentales o garantías de

---

<sup>196</sup> El Salvador. Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Constitucional. Sentencia 11-2010 de 30 de noviembre de 2011. Diario Oficial n.º 234, Tomo 393, de 14 de diciembre de 2011.

contenido procesal como el recurso de apelación.<sup>197</sup> No obstante, en la decisión de la Sala Constitucional se evidenció una postura con un alto contenido político, al establecer que los laudos emitidos en derecho eran recurribles por medio de la apelación, a menos que exista un pacto en contrario, pero únicamente cuando se trate de arbitraje entre particulares.

Resulta llamativo el hecho que ni las normas que regulan el arbitraje, ni el Decreto n.º 141, demandado, establecen una distinción en el tratamiento de la figura cuando se trata de arbitraje entre particulares o en los casos en que el Estado tenga participación. No obstante, aseguró la Sala:

La necesidad de que existan medios de impugnación en sentido estricto mediante los cuales se revisen los laudos arbitrales, obedece a una exigencia constitucional que se traduce en la conveniencia de evitar la existencia de zonas exentas de control en la actuación de los tribunales de arbitraje. Y es que, en este punto, habrá de recordarse que el principio de exclusividad jurisdiccional presupone ineludiblemente, no la exclusión de que otros entes distintos al judicial puedan resolver los conflictos, sino la posibilidad de que sea la jurisdicción estatal la que, en última instancia, revise las decisiones emitidas en el sistema de arbitraje.<sup>198</sup>

Esta providencia deja abiertos una serie de interrogantes ya que el arbitraje como derecho fundamental, en los términos del artículo 23 de la Constitución Nacional salvadoreña, parecía lograr altos niveles de independencia frente al sistema judicial, circunstancia esta que, ni por vía del desarrollo normativo, ni por cuenta de las decisiones jurisprudenciales ha parecido alcanzar en la práctica. En efecto, la libertad, concretada en términos de la autonomía de la voluntad para que las personas puedan someter sus diferencias a este mecanismo de solución de conflictos, pareció doblegarse ante una visión acaparadora de la función de

---

<sup>197</sup> Raúl García Mirón, “Sobre la penosa sentencia 11-2010. Apelación en arbitrajes de derecho en El Salvador”, *El blog de abogae*, marzo 22 de 2012, <http://www.abogae.com.ar/sobre-la-penosa-sentencia-11-2010-apelacion-en-arbitrajes-de-derecho-en-el-salvador>

<sup>198</sup> El Salvador. Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Constitucional. Sentencia 11-2010 de 30 de noviembre de 2011.

administración de justicia del Estado, que interpretó esa alternativa más como un “permiso estatal” que como un verdadero derecho de rango superior.

Por otro lado, es menester resaltar que la concepción del arbitraje como derecho fundamental parece revestir alcances diferentes en cuanto a autonomía cuando de otros sistemas latinoamericanos se trata. En el caso de la normativa hondureña, la consagración constitucional de esta figura se concibe en términos similares a la Carta Política de El Salvador, al señalar lo siguiente: “Artículo 110. Ninguna persona natural que tenga la libre administración de sus bienes, puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles por transacción o arbitramento”. Dicho precepto hunde sus raíces en el derecho a la libertad y más específicamente a la libertad de contratación, consagradas en los artículos constitucionales 70 y 331, respectivamente.

En el plano reglamentario, en el Decreto 161 de 2000 —Ley de Conciliación y Arbitraje— abordó tanto el arbitraje interno como el internacional. En su artículo 36 dispuso la plena autonomía de los tribunales arbitrales en las controversias que se resuelvan con sujeción a dicha ley, reafirmando que solo tendrá competencia el tribunal arbitral correspondiente; de esta manera, se limitan los espacios de intervención a cualquier otro tribunal o instancia diferente. Adicionalmente, dispone la figura de la autoridad judicial de apoyo, quien deberá brindar soporte a los tribunales arbitrales para el ejercicio de sus funciones, especialmente en cuestiones cautelares (art. 36). Cabe destacar que esta modalidad de ejercicio cooperativo entre los tribunales arbitrales y la jurisdicción es propio de los sistemas de arbitraje internacional y ha sido trasladado al escenario doméstico en la mayoría de los ordenamientos, no así en el colombiano en el que se otorgan al árbitro todos los poderes conferidos a los jueces, por lo que este soporte no resulta pertinente.

Ahora bien, llama la atención el tratamiento que el ordenamiento jurídico hondureño confiere al arbitraje desde la perspectiva de los controles constitucionales a las decisiones de los árbitros. Si bien la Constitución de la República y el Decreto 244 de 2003 —Ley sobre Justicia Constitucional— establecen la procedencia del recurso de amparo cuando resulten vulnerados los

derechos fundamentales de las personas por cuenta de la actuación de los funcionarios públicos pertenecientes a cualquier órgano de poder del Estado, se estima que dichas acciones no tienen cabida frente a las decisiones tomadas en el seno de los tribunales arbitrales.

Lo anterior, por cuanto se ha considerado que si bien el arbitraje y el ejercicio de la administración de justicia estatal comparten una serie de características similares, estas dos instancias no son asimilables, ya que el arbitraje no conlleva el ejercicio de potestades estatales. En este orden de ideas, la acción de amparo en contra de las decisiones tomadas en el entorno del trámite arbitral solo resulta procedente respecto de las decisiones emanadas de la Corte de Apelaciones, cuando conoce del recurso de nulidad y en su actuación infringe alguna norma constitucional en detrimento de alguna de las partes que concurrió al arbitraje.<sup>199</sup>

## **2. La asimilación “indirecta” del arbitraje como derecho fundamental**

La concepción del arbitraje como derecho fundamental en el ordenamiento jurídico venezolano no se desprende del tenor literal del Texto Superior, sino de la interpretación que de este ha hecho la doctrina y la jurisprudencia de ese país. Es de resaltar que el artículo constitucional contentivo de este mecanismo se encuentra dentro del capítulo III. Del Poder Judicial y del Sistema de Justicia. Sección Primera: Disposiciones Generales y reza: “Artículo 258. La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos”.

Las finalidades y alcance de esta particular fórmula de consagración del arbitraje en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela fueron plasmadas en la exposición de motivos:

---

<sup>199</sup> Francisco Darío Lobo Lara y Francisco Darío Lobo Flores, “Honduras”, en *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica: regulación, presente y tendencias del futuro*, dirs. Adriana Zapata de Arbeláez, Silvia Barona Vilar y Carlos Esplugues Mota (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010), 503-530.



Se incorporan al sistema de justicia, los medios alternativos para la resolución de controversias, tales como el arbitraje, la mediación y la conciliación, todo ello con el objeto de que el Estado los fomente y los promueva sin perjuicio de las actividades que en tal sentido puedan desarrollar las academias, universidades, cámaras de comercio y la sociedad civil en general.<sup>200</sup>

En este mismo sentido, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, haciendo referencia a este deber de promoción del arbitraje, agregó:

(...) no se agota o tiene como único destinatario al legislador (Asamblea Nacional), sino también al propio operador judicial (Poder Judicial), en orden a procurar y promover en la medida de lo posible la utilización de los medios alternativos de resolución de conflictos y adoptar las medidas judiciales necesarias para promover y reconocer la efectiva operatividad de tales medios, lo cual implica que las acciones típicas de la jurisdicción constitucional, no sean los medios idóneos para el control de los procedimientos y actos que se generen con ocasión de la implementación de los medios alternativos de resolución de conflictos.<sup>201</sup>

Es así como un sector de la doctrina ha entendido que al ser el arbitraje un mecanismo definido en la Constitución como parte integrante del sistema de administración de justicia, este tiene el carácter de derecho fundamental pues materializa el derecho de acceso al sistema de justicia, en el que se tutelan de manera efectiva los intereses de los ciudadanos. En virtud de lo anterior, al garantizarse por vía constitucional el derecho de acceso al arbitraje, se desprende que la idea del constituyente es tutelar de manera efectiva el derecho de quienes opten por acudir a él, por lo que cualquier acto obstructivo emanado del poder público que tienda a menguar o hacer ineficaz la solución de conflictos por esta vía

---

<sup>200</sup> Asamblea Nacional Constituyente, *Exposición de Motivos...*

<sup>201</sup> Venezuela. Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Expediente n.º 08-0763 (M. P.: Luisa Estella Morales Lamuño; octubre 17 de 2008).

resultaría contrario al principio de progresividad de los derechos reconocido en el artículo 19 de la Carta Política venezolana.<sup>202</sup>

En esta línea de pensamiento se ha hecho patente que la consagración del arbitraje bajo una fórmula de la que se deriva su carácter de derecho fundamental es de tal trascendencia que potencializa las relaciones entre la jurisdicción “permanente” y la justicia arbitral, generando así un marco de mayor colaboración e impulso de la primera respecto de la segunda. Así las cosas, resulta forzoso que los entes jurisdiccionales adopten una actitud en favor del arbitraje, que haga explícita su voluntad de fomentar el acceso a este mecanismo de solución alternativa de conflictos. Adicionalmente, con este criterio, las posturas “pro arbitraje” deben redundar en fórmulas de interpretación que, en caso de duda, sean resueltas favorablemente respecto de esta institución para promover así su autonomía y eficacia. Finalmente, se predica de este sistema que de acuerdo con el “principio de interpretación constitucional conforme” toda norma que consagre el tratamiento del arbitraje no debe interferir en su realización efectiva ni imponer límites o talanqueras que impidan su adecuado funcionamiento.<sup>203</sup>

Lo anteriormente señalado tiene como razón fundamental promover un amplio sentido de colaboración recíproca entre las autoridades jurisdiccionales y los tribunales de arbitramento, de tal manera que se desestimulen estructuras de jerarquización, claramente incompatibles con las funciones que en este plano cada una de esas instancias tiene atribuidas.

Ahora bien, pese a lo virtuoso e idóneo que en este sentido pueda calificarse el sistema de derecho positivo arbitral vigente en Venezuela, la práctica judicial ha evidenciado ciertas dificultades en su asimilación. Por un lado, se destaca que la Sala Constitucional ha reconocido el carácter jurisdiccional de la misión del árbitro y que, a pesar de ello, la institución del arbitraje forma parte del sistema de justicia

---

<sup>202</sup> Centro de Investigaciones Jurídicas. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, *Arbitraje en Venezuela y derecho comparado*, agosto 5 de 2013, <http://cij.org.ve/site/arbitraje-en-venezuela-y-derecho-comparado/>

<sup>203</sup> Hernández-Bretón, “Significado constitucional del arbitraje en Venezuela”.

pero no del Poder Judicial propiamente dicho. Sin embargo, las posturas en las que desarrolla favorablemente la promoción del arbitraje desde la perspectiva del Texto Superior contrastan abiertamente con sus apuestas en materia de control jurisdiccional de las decisiones arbitrales. En efecto, la mencionada Sala ha incurrido en la tendencia del control constitucional de los laudos, tanto nacionales como internacionales, admitiendo así la posibilidad de impugnarlos a través de mecanismos específicos de protección constitucional como el recurso de amparo, pese a la existencia del recurso de anulación como único mecanismo para supervisar las actuaciones de estos entes encargados de la resolución de disputas.<sup>204</sup>

### **3. Procedencia de las acciones de amparo o tutela constitucional**

El derecho de amparo constitucional en el escenario arbitral constituye una de las manifestaciones con mayor relevancia por sus consecuencias prácticas en el debate de la judicialización. Sobre el particular, son variadas las soluciones que ofrecen los diferentes ordenamientos jurídicos en Iberoamérica. Veamos algunos ejemplos:

En España, Estado cuya Carta Política no hace referencia alguna al arbitraje, el Tribunal Constitucional se ha resistido reiteradamente a controlar la actividad arbitral por vía del recurso de amparo, salvo especiales circunstancias: en primer lugar, que se produzca una violación de un derecho fundamental y que dicha infracción sea advertida y denunciada por quien la padece; en segundo lugar, que la violación al derecho fundamental no haya sido reparada en sede de anulación, pese a haber sido puesta en conocimiento del competente.<sup>205</sup>

---

<sup>204</sup> Alfredo de Jesús O., “La Sala Constitucional y el arbitraje comercial. Hacia un régimen racional del control judicial del laudo arbitral en el derecho venezolano”, *Revista Peruana de Arbitraje*, n.º 3 (2006): 64,

[http://www.peruarbitraje.org/pdf/revista/REVISTA\\_PERUANA\\_DE\\_ARBITRAJE\\_RPA\\_3\\_2006.pdf](http://www.peruarbitraje.org/pdf/revista/REVISTA_PERUANA_DE_ARBITRAJE_RPA_3_2006.pdf)

<sup>205</sup> José Fernando Merino Merchán, *Curso de Derecho Arbitral* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2009), 469.

En México, el juicio de amparo, según Francisco González de Cossío “constituye la garantía constitucional por antonomasia y la institución procesal más importante del ordenamiento mexicano”, quien *no obstante sostiene*, que esta institución no es para todo y mucho menos para el árbitro que no es, en términos del derecho mexicano, una “autoridad responsable”, dado que no satisface los requisitos de la definición legal, ni su función enmarca dentro de las interpretaciones extensivas que judicialmente se han hecho de esta figura.<sup>206</sup> Ahora bien, una vez finalizado el trámite arbitral, todos aquellos actos emanados de los jueces (no de los árbitros) pueden ser recurridos mediante el juicio de amparo.

En Costa Rica, el recurso de amparo ha sido utilizado como una vía indirecta para impugnar actuaciones de tribunales arbitrales; sin embargo, esta posición no ha sido acogida por los magistrados constitucionales, quienes reiteradamente han denegado las acciones de amparo relacionadas con procesos arbitrales. En efecto, la Sala Constitucional ha establecido que la vía de amparo no es procedente para controlar las actuaciones y resoluciones arbitrales, dado que las leyes especiales sobre la materia contienen los remedios procesales necesarios y constitucionalmente pertinentes para ello, estando restringida la vía de amparo exclusivamente para temas de violación a derechos constitucionales. De esta manera, ha quedado definido el criterio de su no intervención en el arbitraje, fundado en el hecho de que esta es una figura cuya normatividad especial resulta suficiente para determinar la competencia de otros órganos judiciales que conocen y resuelven posibles violaciones legales que se deriven del laudo arbitral, siendo improcedente su reclamación ante esa jurisdicción especializada.<sup>207</sup>

En Chile, el Tribunal Constitucional se pronunció respecto del Proyecto de Ley sobre Regulación del Arbitraje Comercial Internacional, en el sentido de que los artículos relativos a la intervención de los tribunales en el arbitraje y a la petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral, no excluían la posibilidad

---

<sup>206</sup> González de Cossío, *Arbitraje*.

<sup>207</sup> Alberto Fernández López, “Algunos criterios relevantes sobre el arbitraje en Costa Rica tras la Ley No. 8937 de 2011”, *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 4, n.º 3 (2011): 797-811.

de que la Corte Suprema ejerciera las atribuciones constitucionales de control directo, correccional y económico sobre los tribunales, así como las acciones que contempla la Carta Política en favor de quienes puedan ver vulnerados sus derechos fundamentales.<sup>208</sup>

En Venezuela, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se ha pronunciado en el sentido de que si bien el arbitraje conserva un carácter voluntarista y privado, que además no puede considerarse supeditado al Poder Judicial, cuando el asunto “interesa la jurisdicción venezolana”, entonces a los árbitros les corresponde imperativamente asegurar la integridad de la Constitución, so pena de que los laudos que no se adapten al sistema constitucional venezolano resulten inejecutables.<sup>209</sup>

En el caso del Perú, la situación no resulta del todo lejana a las experiencias de Colombia, Chile y Venezuela. En palabras de Alfredo de Jesús O.,<sup>210</sup> refiriéndose a la Sentencia del 28 de febrero de 2006 del Tribunal Constitucional, este

no se ha limitado, como lo han hecho sus pares latinoamericanos, a manifestar, a través de gestos más o menos importantes, su hostilidad frente a la naturaleza voluntarista del arbitraje comercial internacional. Por el contrario, ha elaborado una completa teoría constitucional del arbitraje para vehicular esa hostilidad. Es en este sentido que, partiendo de su teoría del ‘tránsito del Estado de Derecho al Estado constitucional de Derecho’ en la que el respeto de las leyes formales no sería más que un ‘valorismo legalista’ contrario al ‘principio de supremacía jurídica y valorativa de la Constitución’, impone ‘una lectura iuspublicista de esta jurisdicción, para comprender su carácter privado’. Al proceder de esta manera, llega al punto no sólo de afirmar que ‘la autonomía de la voluntad deriva de la Constitución’ sino que ‘la facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes... sino

---

<sup>208</sup> Chile. Tribunal Constitucional. Sentencia Rol 420 de 25 de agosto de 2004.

<sup>209</sup> Venezuela. Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia No. 1.393 (M. P.: José Eduardo Cabrera Romero; 7 de agosto de 2001).

<sup>210</sup> De Jesús O, “La autonomía del arbitraje comercial internacional a la hora de la constitucionalización del arbitraje en América Latina”.

que tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en... la propia Constitución' y que es 'de allí que el proceso arbitral tiene una doble dimensión pues, aunque es fundamentalmente subjetivo ya que su fin es proteger intereses de las partes, también tiene una dimensión objetiva, definida por el respeto a la supremacía normativa de la Constitución'. Pero no es sólo eso, para el Tribunal Constitucional peruano 'la jurisdicción arbitral... no se agota con las cláusulas contractuales ni con lo establecido por la Ley General de Arbitraje, sino que se convierte en sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada', por lo que 'el árbitro o tribunal arbitral aparece (...) sujeto, en consecuencia, a la jurisprudencia constitucional'.

De lo anteriormente señalado resulta evidente que la posibilidad de cuestionar resoluciones arbitrales, por la vía del proceso constitucional, en este país suramericano es incontrovertible.

### ***C. Tratamiento constitucional del arbitraje en Colombia***

Si bien la práctica arbitral ha crecido exponencialmente en el país a lo largo de los últimos años, resulta difícil afirmar que dicho desarrollo haya tenido origen en la evolución del escenario constitucional y no por cuenta de los múltiples y fructíferos esfuerzos que han realizado los operadores arbitrales nacionales, especialmente los centros de arbitraje.

El panorama constitucional del arbitraje en Colombia no ha sido del todo homogéneo en el curso de nuestra historia reciente. Aun así, se identifican dos grandes etapas en su evolución: la primera, bajo la Carta Política de 1886, en la que el arbitraje no se encontraba incorporado en el Texto Fundamental, y la segunda, que inició con la promulgación de la Constitución de 1991 en la que, acertada o desacertadamente, como se evalúa más adelante, la figura se incorporó en su texto.

#### **1. Primera etapa: la Carta Política de 1886**

Aunque el arbitraje no surgió en Colombia a partir de la Constitución Política de 1991, su consagración en la Norma Superior constituyó una novedad frente a la Carta Fundamental de 1886, en la que esta figura no se encontraba incorporada.

No obstante lo anterior, para la Corte Suprema de Justicia, juez constitucional de la época, su constitucionalidad estaba plenamente sustentada.<sup>211</sup>

La mencionada Corte, en decisión de 29 de mayo de 1969,<sup>212</sup> analizó el artículo 58 Superior que definía la justicia como un servicio público a cargo de la Nación. Y en varios apartados de este fallo reafirmó la visión contractualista del arbitraje, fundada en la decisión autónoma de los particulares de otorgar a los árbitros la facultad de resolver su conflicto con fuerza de sentencia. No obstante, señaló que la función jurisdiccional podían ejercerla no solo las cortes y tribunales existentes en la época, sino también aquellos otros órganos de similar categoría creados por la ley. En este sentido, las leyes 105 de 1931 y 02 de 1938, consagratorias del arbitraje, se constituyeron en un desarrollo de dicho presupuesto.

En este orden de ideas, a la luz del sistema jurídico imperante en el marco de la Constitución de 1886, es posible afirmar que este instrumento de solución de diferencias no contaba con unas características significativamente distintas a aquellas que se le atribuyen el día de hoy. En efecto, por cuenta de la referencia contenida en el Texto Superior y la jurisprudencia analizada, era permitido el ejercicio de función jurisdiccional por aquellos estamentos judiciales que la ley expresamente autorizara.

Para la Corte, dentro de este último grupo se encontraban los tribunales de arbitramento, que si bien contaban con unas características especiales, se ubicaban en un plano similar al de los tribunales y juzgados que formaban parte de la

---

<sup>211</sup> Cámara de Comercio de Bogotá, “La constitucionalización del arbitraje”, en *Notas de arbitraje* (Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá/Uniempresarial, 2008), 137-172.

<sup>212</sup> Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Sentencia de 29 de mayo de 1969 (M. P.: Luis Sarmiento Buitrago) Gaceta Judicial, Tomo CXXXVII, n.º 2338, 58-68. En esta sentencia se declara la exequibilidad de los artículos 1214 y 1227 de la Ley 105 de 1931 -Código de Procedimiento Civil- y de la Ley 2 de 1938 " Por la cual se da validez a la cláusula compromisoria". Lo anterior, dada la solicitud de declaratoria de inexecuibilidad presentada por Álvaro Copete Lizarralde por estimar que estas disposiciones violan el artículo 58 de la Constitución Política (1886), el cual consagra que la justicia es un servicio público a cargo de la Nación, por lo que la institución del arbitramento sería inconstitucional.

jurisdicción permanente, dado que su viabilidad estaba sustentada en la autorización constitucional para crear “tribunales y juzgados”.

Para algunos autores, la citada jurisprudencia significó un importante avance en cuanto a la visión contractualista de la figura, a pesar de haberse reafirmado la ubicación del arbitraje en el plano de los órganos judiciales creados por la ley. Para este sector de la doctrina, si se hubiese reiterado esta línea jurisprudencial, la práctica del arbitraje doméstico en Colombia sería hoy mucho más adecuada, y de esta manera otros sistemas de arbitraje de América Latina que replicaron el modelo colombiano se hubieran beneficiado.<sup>213</sup>

La visión contractualista del arbitraje, expresada en la sentencia del 29 de mayo de 1969, sufrió una serie de mutaciones dentro del mismo escenario constitucional, cuando en sentencia de marzo 21 de 1991 la Corte se desprendió de los parámetros y lineamientos trazados en el pronunciamiento de 1969. En esta última providencia, la Corte hizo un particular énfasis en la visión jurisdiccional del arbitraje y asimiló la función de los tribunales de arbitramento al ejercicio de derechos políticos, exclusivos de los ciudadanos colombianos.<sup>214</sup>

Esta decisión le dio otra perspectiva a la visión primigenia que tenía el máximo órgano constitucional de la época sobre el arbitraje, en la cual se entendía que los tribunales de arbitramento tenían plena validez, por cuenta del mandato constitucional, de permitir a la ley crear tribunales y juzgados, pero que sus funciones estaban principalmente soportadas en la plena autonomía de la voluntad de las partes. Bajo esta premisa, infortunadamente superada en esta última

---

<sup>213</sup> Cámara de Comercio de Bogotá, “La constitucionalización del arbitraje”.

<sup>214</sup> Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Expediente 2227 (M. P.: Pedro Escobar Trujillo; marzo 21 de 1991). Esta providencia de la Corte Suprema de Justicia analiza la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por Carlos Alberto Jáuregui contra el artículo 8 del Decreto 2279 de 1989 “Por el cual se implementan sistemas de solución de conflictos entre particulares”. Según el accionante, esta norma quebranta los artículos 2, 10, 15 (en concordancia con los artículos 150, 155, 157 y 158), 16 y 58 de la Constitución nacional (1886), dado que permite a los extranjeros ejercer la administración de justicia. En ese sentido, la Corte declaró la inexecutable de la disposición bajo examen.



decisión, se dio al traste con la visión de que dichos tribunales no administraban justicia “en el nombre de la República de Colombia”, sino por cuenta de aquella manifestación libre, típicamente privada, a la cual el Estado soberano le atribuía una fuerza vinculante tal que el producto de su ejercicio, el laudo arbitral, se asimilaba a una decisión de carácter judicial.

Sobre este particular, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 21 de marzo de 1991 se pronunció en los siguientes términos:

En sentencia de 29 de mayo de 1969 (M. P. Luis Sarmiento Buitrago, G. J. tomo CXXXVII, número 2338, pág. 58), por la cual se declararon exequibles las normas legales a la sazón vigentes sobre procedimiento arbitral y cláusula compromisoria, la Corporación abordó el tema de la naturaleza del acto arbitral, aludiendo a las dos grandes posiciones que se han expuesto sobre el particular: la que lo considera como un acto jurídico de derecho privado, mediante el cual los involucrados en un litigio confían convencionalmente su solución a unos delegados particulares (delegación que se hace a la luz del contrato de mandato) y cuya decisión adquiere fuerza obligatoria por virtud del principio del respeto a la voluntad contractual (...) y la que lo concibe como un acto eminentemente jurisdiccional, en cuanto expresa el ejercicio de una función pública esencial del Estado, que excepcionalmente éste permite a los particulares, a saber, la de impartir justicia cuando las partes no pueden o no quieren poner término a sus diferencias en forma personal y amigable. La Corte, en la sentencia de que se trata, se abstuvo de optar por una u otra teoría, con el considerando de que cualquiera de ellas fundamentaba la declaratoria de exequibilidad de las normas que en ese entonces se encontraban bajo su examen.

Y agregó:

Pero en esta ocasión la Corte estima imprescindible precisar la naturaleza de la función arbitral y de los actos arbitrales, ya que de ello depende, en su sentir, la definición sobre la exequibilidad o inexecutable de la norma acusada, como se verá.

Posteriormente concluyó:

Un tribunal de arbitramento, sin duda alguna, profiere primordialmente actos jurisdiccionales. (...) Los árbitros obran en forma similar a cualquier juez, ya que mediante un procedimiento preestablecido deben comprobar los hechos planteados por las partes, valorar las pruebas aportadas y extraer de este acervo una consecuencia definitoria condensada en un proveído que, formal y materialmente, es revestido de las características de verdadera sentencia, pues se trata de un acto de declaración de certeza del derecho.

El escenario descrito permite deducir que la visión contractualista o jurisdiccional del arbitraje y, por consiguiente, las consecuencias prácticas de su alineamiento en una u otra categoría, pueden surgir espontáneamente en un idéntico escenario de ausencia de consagración constitucional, por cuenta de la inclinación conceptual del máximo juez de la materia. Lo anterior se advierte y se reafirma con el hecho de que el contenido de las normas estudiadas en ambos casos, leyes 105 de 1931, 02 de 1938 y Decreto 2279 de 1989, respectivamente, no tuvo mayor incidencia en el sentido de las conclusiones adoptadas.

## **2. La Constitución de 1991**

Los antecedentes jurisprudenciales inmediatos al proceso constituyente de 1991 fueron determinantes en las discusiones que sobre el arbitraje ocurrieron en el seno de la Asamblea Nacional que dio origen a la Carta Política de 1991.

Desde los primeros debates se observó la voluntad expresa de incorporar el arbitraje en el Texto Constitucional. En ese primer impulso, algunos de los artículos propuestos referían a la posibilidad de que los particulares interviniesen en la administración de justicia a través de la figura de los “tribunales de conciencia” y de “tribunales de conciliación o arbitramento”. Para estos últimos, se recalca que podrían proferir fallos en equidad.<sup>215</sup>

---

<sup>215</sup> Asamblea Nacional Constituyente. Comisión Cuarta. *Gaceta Constitucional*, n.º 81 (mayo 24 de 1991).

En debates posteriores, los textos considerados evolucionaron en el sentido de atribuir al legislador una mayor libertad configurativa, ya que la posibilidad que tendrían los particulares de intervenir en la administración de justicia estaría dada en los términos en que determinara la ley.<sup>216</sup> En este mismo sentido, pero resaltando que dichos fallos tendrían un control judicial y no estarían sometidos exclusivamente a la equidad, se presentó una proposición sustitutiva que se debatió en el seno de la plenaria del estamento constituyente.<sup>217</sup> Finalmente, y tras haber debatido sobre los posibles alcances indeseados de la norma, en cuanto a que esta otorgaría al legislador un marco regulatorio demasiado amplio, se adoptó una disposición que posteriormente se convertiría en el artículo 116 de la Constitución Política, en el cual se advertía sobre la posibilidad de que los particulares pudieran ser transitoriamente investidos de la función de administrar justicia, en la condición de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad.<sup>218</sup>

El texto originalmente aprobado fue redactado en los siguientes términos, en lo pertinente:

Artículo 116. (...) Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.

---

<sup>216</sup> Asamblea Nacional Constituyente. Comisión Cuarta. *Gaceta Constitucional*, n.º 119 (agosto 16 de 1991).

<sup>217</sup> Mario Osorio, “Arbitraje: un caso en contra de la constitucionalización de los mecanismos alternativos de solución de conflictos”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 47 (2012): 1-34, <http://derechoprivado.uniandes.edu.co>

<sup>218</sup> “Este proceso, cuya constitucionalidad se pretendió cuestionar sobre la base errada de que el Estado no puede delegar la administración de justicia, halla en la Constitución de 1991 el primero y más importante sustento legal que erradica toda discusión en torno al punto, cuando en el artículo 116 de la Carta se establece que: ‘Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley’, que en la actualidad, no son otros diversos a los señalados en la Ley 1563 de 2012”. Hernán Fabio Lo´pez Blanco, *El proceso arbitral nacional* (Bogotá´.: Dupre Editores Ltda, 2013). 51

La citada norma fue modificada parcialmente por el artículo 1º del Acto Legislativo n.º 03 de 2002, en el cual se incluyen como particulares habilitados para tal función a los jurados en causas criminales. Dicha complementación no tuvo incidencia alguna en lo que nos concierne.

Esta tendencia por elevar el arbitraje a rango constitucional y por incluirlo como una modalidad de ejercicio jurisdiccional se fortaleció posteriormente con la expedición de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270 de 1996) y luego con la reforma llevada a cabo en la Ley 1285 de 2009. En una primera instancia, el texto original de la Ley 270 de 1996 dispuso:

Artículo 13. Ejercen función jurisdiccional de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política: (...) 3. Los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en asuntos susceptibles de transacción, de conformidad con los procedimientos señalados en la ley. Tratándose de arbitraje, las leyes especiales de cada materia establecerán las reglas del proceso, sin perjuicio de que los particulares puedan acordarlas. Los árbitros, según lo determine la ley, podrán proferir sus fallos en derecho o en equidad.

La reforma adelantada en la Ley 1285 de 2009 trajo consigo una serie de modificaciones de gran relevancia en cuanto a la materia arbitrable, y la posibilidad de las partes de escoger las reglas de procedimiento:

Artículo 6. Ejercen función jurisdiccional de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política: (...) 3. Los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en los términos que señale la ley. Tratándose de arbitraje, en el que no sea parte el estado o alguna de sus Entidades, los particulares podrán acordar las reglas de procedimiento a seguir, directamente o por referencia a la de un Centro de Arbitraje, respetando, en todo caso los principios Constitucionales que integran el debido proceso.

Tomando en cuenta los presupuestos constitucionales arriba descritos, así como el desarrollo “cuasi-constitucional” que ha tenido la figura en el plano de la norma estatutaria, se procede a describir los presupuestos “marco” del arbitraje a la luz de

la jurisprudencia de la Corte Constitucional, aún aplicable para la actual legislación contenida en la Ley 1563 de 2012, haciendo especial énfasis en las características que ostenta el arbitraje como mecanismo de carácter jurisdiccional y la consagración de herramientas de amparo o tutela constitucional para la protección de derechos fundamentales en este ámbito.

### **a) El arbitraje como mecanismo de “descongestión de despachos judiciales”**

La Sentencia C-592 de 1992 se constituyó en el primer antecedente de pronunciamientos de la Corte Constitucional a la luz de la nueva Carta Política. En ella dicha Corporación estudió el trámite de la expedición del Decreto 2651 de 1991 y el contenido de sus normas, dentro de las cuales se destacaban los artículos 11 a 20 sobre arbitraje. Resulta de particular interés que la mencionada disposición revestía al presidente de la República de precisas facultades extraordinarias para, entre otras cosas, expedir normas para descongestionar los despachos judiciales, de conformidad con el artículo 5º transitorio de la Constitución Nacional.

Consideró la Corte que las normas expedidas debían contener formulaciones cuyo objetivo hubiese sido, efectivamente, descongestionar los despachos judiciales, a fin de no entender desbordadas las competencias impuestas al legislador delegado. Para dicha Corporación, las medidas de descongestión comprenden

(...) una variada gama de acciones, de eliminación de pasos judiciales, aligeramiento de otros, redistribución de competencias, o desjudicialización de conflictos jurídicos a fin de que sean asumidos total o parcialmente por particulares o funcionarios no judiciales.<sup>219</sup>

Sin realizar mayores análisis, la Corte Constitucional reafirmó que los artículos demandados regulaban aspectos atinentes al proceso arbitral y a la investidura transitoria de los árbitros de la función de administrar justicia. Igualmente, apreció

---

<sup>219</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-592 de 1992 (M. P.: Fabio Morón Díaz; diciembre 7 de 1992).

que las mencionadas disposiciones contenían una finalidad evidente de simplificación de trámites y una desjudicialización de algunos de ellos, lo que a su parecer consultaba los fines impuestos por el Constituyente, en el sentido de procurar la descongestión de los despachos judiciales.

Del anterior pronunciamiento se desprenden varias conclusiones que llaman particularmente la atención:

Primera, la Corte considera que en el arbitraje subyace una finalidad de simplificación de trámites y de desjudicialización. Esta afirmación parecía abrir la puerta a un sistema de solución de controversias ágil y eficaz, desprovisto de las ataduras propias del proceso judicial. No obstante, con el paso de los años, la jurisprudencia y la práctica arbitral han develado una realidad abiertamente contraria a estos presupuestos.

En segundo lugar, la alta Corporación entendió que, en los términos de la legislación imperante en la época, el arbitraje constituía un sistema tendiente a la descongestión de despachos judiciales. Tal afirmación banaliza las razones estructurales de este fenómeno así como los alcances de este mecanismo alternativo de solución de controversias. Por un lado, es posible afirmar que por la naturaleza voluntaria, onerosa y especializada del arbitraje, su calificación como sistema de descongestión de despachos judiciales es ajena a los impulsos que han hecho de esta figura una institución ampliamente reconocida en otras legislaciones.<sup>220</sup> Por otro lado, es claro que los tipos de procesos que contribuyen especialmente a la congestión no son compatibles con aquellos que se despachan por la vía arbitral.

---

<sup>220</sup> En países como Chile en donde el arbitraje se constituye en un mecanismo obligatorio para resolver cierto tipo de controversias, se podría afirmar que este representa una alternativa válida para la descongestión de despachos judiciales. Sin embargo, esta clase de arbitraje escapa a la órbita de análisis de la presente obra.

## **b) El carácter jurisdiccional del arbitraje y el árbitro como juez**

Desde los inicios de la jurisprudencia constitucional surgida al amparo de la Carta de 1991, la Corte ha hecho particular hincapié en la asimilación de la función del árbitro a la de los jueces de la República.

El primer antecedente lo constituye la Sentencia C-426 de 1994, en la que la alta Corporación se refirió a la potestad atribuida a los tribunales de arbitramento en materia estatal para ampliar el término para fallar inicialmente previsto en la ley o en el acuerdo entre las partes. En esta sentencia, la Corte parece inclinarse hacia una postura contractualista del arbitraje al disponer:

tanto las personas privadas en ejercicio de su libre autonomía, cuando contratan entre sí, como las entidades públicas, en la contratación administrativa, pueden pactar la cláusula compromisoria, sometiendo a la decisión de árbitros las eventuales diferencias y los conflictos que puedan surgir en relación con un determinado contrato. Al hacerlo con base en el recíproco consentimiento, radican en cabeza de los árbitros la competencia para resolver sobre las consiguientes controversias y se obligan a acatar lo decidido por aquéllos.<sup>221</sup>

No obstante, la Corte precisa su argumento al referirse a la regla general prevista en el artículo 228 de la Constitución<sup>222</sup> y manifiesta que los árbitros “–como jueces que son–” están sometidos a los términos impuestos por las normas constitucionales y legales para resolver. Y en tal sentido, consideró que los litigios deben llegar a su culminación y que la ley, al fijar unos límites temporales para la actuación de quienes tiene la calidad de jueces, auspicia el principio constitucional en cuya virtud el Estado debe propender por la pronta y cumplida administración de justicia.

---

<sup>221</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-426 de 1994 (M. P.: José Gregorio Hernández; septiembre 29 de 1994).

<sup>222</sup> “Artículo 228. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.”

Esta afirmación pone de manifiesto que para el juez constitucional los vínculos entre arbitraje y administración de justicia son innegables, al punto de atribuir a este mecanismo alternativo una irrefutable condición de función pública, en la que los árbitros quedan “revestidos de autoridad judicial”.

El proveído de la “función pública” es posteriormente reafirmado en la Sentencia C-294 de 1995, en la que la Corte Constitucional reconoce incluso la posibilidad de que en el trámite arbitral se ventilen controversias propias del proceso de ejecución en el que se hayan propuesto excepciones de mérito. La alta Corporación realiza un paralelo entre las funciones de los tribunales y jueces, enumeradas en el inciso primero del artículo 116 de la Constitución, y la de los árbitros, reconocidos en el inciso cuarto del mismo artículo. En el primer caso, manifiesta que aquellos ejercen una función pública cuya razón de ser está en la existencia misma del Estado. Frente a los segundos, refiere que también ejercen una función pública pero que, a diferencia de los primeros, tienen que ser “habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad”.<sup>223</sup>

Esta escalada en la “jurisdiccionalización” del arbitraje por parte de la jurisprudencia constitucional se intensificó cuando la mencionada Corte, en Sentencia C-431 de 1995, se pronunció sobre la posibilidad de que los árbitros decretaran medidas cautelares. El debate sobre el ejercicio de tales potestades resultó de gran trascendencia pues se confirmó que los tribunales arbitrales ostentan todos los poderes de los jueces, incluido el *imperium*.

En aquella oportunidad, consideró el demandante que los artículos 32 del Decreto 2279 de 1989, 110 de la Ley 23 de 1991 y el inciso 20. del artículo 20. del Decreto 2651 de 1991 vulneraban la Constitución Política de Colombia, pues admitían que un tribunal nombrado por particulares usurpara una competencia atribuida en forma privativa y excluyente a la justicia ordinaria. Así mismo, manifestó el accionante que el Estado desconocía uno de sus fines esenciales, como es el de

---

<sup>223</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-294 de 1995 (M. P.: Jorge Arango Mejía; julio 6 de 1995).



garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes, ya que el poder coactivo del Estado solo puede ser ejercido por los representantes del pueblo, y un tribunal de arbitramento constituido para un caso concreto no tiene esa calidad.

Sostuvo el actor que otorgar a los árbitros la facultad de decretar medidas cautelares contraviene las normas superiores que consagran la soberanía, de la cual emana el poder público, y que en su decir pertenece al Estado y no a particulares, así ejerzan funciones jurisdiccionales de manera temporal. Aclaró, además, que al tener la facultad de conocer y juzgar las controversias cuya decisión se les encomienda, los árbitros ejercen jurisdicción, pero no pueden ordenar por sí mismos el empleo de la fuerza coactiva del poder público, que compromete siempre los intereses sociales, ya que han sido investidos privadamente y no por el Estado.

La decisión de la Corte resultó en cierta forma previsible, por cuenta de las fórmulas previstas en los preceptos constitucionales. Manifestó esta Corporación, que no obstante que el arbitraje se origina en un negocio jurídico privado, quien le otorga la facultad de administrar justicia a los particulares en la condición de árbitros es la misma Constitución Política. Dicha habilitación, sostuvo, es transitoria, pero los árbitros obran en forma similar a cualquier juez, con los mismos poderes. En este orden de ideas, afirmó que la existencia del pacto arbitral sustrae o excluye el negocio sometido a arbitraje de la competencia de la jurisdicción ordinaria y la sustituye.

Respecto de las medidas cautelares, la Corte reiteró su vigencia provisional, resaltó su carácter instrumental y especialmente jurisdiccional, en cuanto son actos o instrumentos propios de un proceso que permiten al juez adoptar medidas para garantizar la satisfacción de un derecho material, o para su defensa a lo largo del proceso.

Por otro lado, para justificar su adopción en el curso del trámite judicial, enunció que son poderes de los jueces:

*a) El poder de decisión, por medio del cual resuelven con fuerza obligatoria la controversia. b) El poder de coerción, mediante el cual se procuran los elementos necesarios para el cumplimiento de la decisión. c) El poder de documentación o investigación, en virtud del cual se le otorga la facultad de decretar y practicar pruebas, ya sea de oficio o a petición de parte, para llegar con la valoración de ellas, a una verdad real y de esa forma poder adoptar la decisión que en derecho corresponda, y d) El poder de ejecución, que está íntimamente ligado con el de coerción, pero que tiene su propio sentido, pues si bien implica el ejercicio de coacción y aún de la fuerza contra una persona, no persigue facilitar el proceso sino imponer el cumplimiento de un mandato claro y expreso, sea que se derive de una sentencia o de un título proveniente del deudor y al cual la ley le asigne ese mérito.*<sup>224</sup> [Cursivas y negritas en el original].

Así las cosas, concluye la Corte que el Texto Fundamental otorga al legislador la facultad de limitar o ampliar el ámbito de competencia de los árbitros mediante la fijación de un procedimiento pertinente, para lo cual encuentra que si el juez ordinario en su tarea de administrar justicia goza de la facultad de decretar medidas cautelares, igualmente lo puede hacer el árbitro dada su investidura de administrador de justicia. En este sentido, reitera que los árbitros podrán decretar medidas cautelares a efectos de materializar el poder de coerción que permite hacer efectivas sus decisiones, y que por ello no usurpan la competencia de la justicia ordinaria, por cuanto estos poderes no le son exclusivos.

De lo anteriormente expresado se deriva que, en este estado de la jurisprudencia, la asimilación del árbitro al juez resulta incontestable, por lo que los rasgos que esencialmente los distinguen son: 1) La necesidad de contar con la habilitación de las partes; 2) La temporalidad en el ejercicio de sus funciones; y 3) El carácter oneroso de la figura, temática abordada en profundidad en la Sentencia C-451 de 1995.<sup>225</sup>

---

<sup>224</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-431 de 1995 (M. P.: Hernando Herrera Vergara; septiembre 28 de 1995).

<sup>225</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-451 de 1995 (M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz; octubre 4 de 1995). La Corte Constitucional resuelve la demanda de inconstitucionalidad instaurada

Para complementar esta caracterización, la Sentencia C-1436 de 2000 recogió la temática de las limitaciones que encuentran los poderes de los árbitros en el escenario de la solución de controversias con entidades públicas. Si bien se ha resaltado que la condición de los árbitros es equiparable a la de los jueces, con las limitantes temporales y materiales que las normativas constitucionales, estatutarias y legales han dispuesto, la jurisprudencia<sup>226</sup> se ha encargado igualmente de imponer fronteras cuando de arbitraje estatal se trata.

En el caso de este pronunciamiento, se demandó la inconstitucionalidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993 (Estatuto General de Contratación de la Administración Pública), ya derogados, por ir en contravía del artículo 29 de la Constitución, el cual enseña que los procesos se deben resolver por el juez competente, siendo este, de manera exclusiva y excluyente, la jurisdicción de lo contencioso administrativo para conocer todo lo referente a los actos administrativos, en sus efectos jurídicos y sus efectos económicos.

Insistió la demandante en que ello aparecía claro en los artículos 236 a 238 de la Constitución, de donde se infiere que respecto al acto administrativo el juez natural es la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En consecuencia, cuando los

---

por Héctor Rodríguez Pizarro contra los artículos 34 (parcial), 40 (parcial) y 44 (parcial) del Decreto 2279 de 1989 "Por el cual se implementan sistemas de solución de conflictos entre particulares, y se dictan otras disposiciones". Al respecto, el actor consideraba que dichas normas violaban los artículos 1, 2, 4, 6, 25, 29, 83, 123, 124, 228, 229 y 230 de la Constitución nacional; no obstante, las Corte los declaró exequibles.

<sup>226</sup> Revisar, en este mismo sentido: Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-098 de 2001 (M. P.: Martha Victoria Sáchica; 31 de enero de 2001). En esta oportunidad la Corte Constitucional analiza la demanda de inconstitucionalidad promovida por Ignacio Mejía Velásquez, contra el artículo 111 (parcial) de la Ley 446 de 1998 "Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la ley 23 de 1991, se modifican y expiden normas del Código de lo Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia", debido a que considera que viola el artículo 116 de la Constitución. Esto, ya que (según el demandante) la Constitución determina límites materiales en las materias que se pueden someter a arbitraje y que no pueden ser fijados por el legislador, como ocurre con la disposición atacada. Sin embargo, como resultado del análisis efectuado pro la Corte, esta decide declarar la exequibilidad de la norma.

citados artículos del Estatuto General de Contratación estatal permitían a los particulares, en condiciones de árbitros, pronunciarse incluso sobre los actos administrativos contractuales proferidos en uso de las facultades exorbitantes de la administración, se vulneraban los presupuestos constitucionales antes citados.

Por su parte, la Corte Constitucional manifestó que la competencia de los árbitros no solo tenía límites temporales sino materiales, dados por la naturaleza del asunto sometido a su conocimiento. En este sentido, identificó que solo aquellas materias susceptibles de transacción podían ser definidas por los árbitros, por lo que los particulares investidos de la facultad de administrar justicia no podían pronunciarse sobre cuestiones que involucraran “el orden público, la soberanía nacional o el orden constitucional, asuntos que en razón de su naturaleza, están reservados al Estado, a través de sus distintos órganos”.<sup>227 228</sup>

Bajo estas premisas, el juez constitucional entendió que los árbitros nombrados para resolver los conflictos suscitados como consecuencia de la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación de contratos suscritos entre el Estado y los particulares no tenían competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales.

---

<sup>227</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-1436 de 2000 (M. P.: Alfredo Beltrán Sierra; octubre 25 de 2000). En esta oportunidad se analiza la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por Bertha Isabel Suárez Giraldo, contra los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993 "Por la cual se expide el Estatuto de Contratación a la Administración Pública". Según arguyó la actora, estas disposiciones desconocen los artículos 29, 116, 236, 237 y 238 de la Constitución. No obstante, la Corte declara exequibles las normas atacadas, en tanto los árbitros facultados para dirimir los conflictos que surgen por contratos celebrados entre el Estado y particulares, no son competentes para emitir pronunciamientos sobre actos administrativos proferidos por la administración en virtud de sus poderes excepcionales.

<sup>228</sup> Valga anotar que al 2017, la arbitrabilidad objetiva no está definida en términos de transigibilidad, pues la reforma a la Ley Estatutaria de Administración de Justicia (Ley 270 de 1996) y la Ley 1563 de 2012 dejaron de lado el mencionado criterio.

### **c) El arbitraje como proceso y el laudo como sentencia judicial**

Consecuencia casi que ineludible del tratamiento constitucional del arbitraje como mecanismo jurisdiccional y del árbitro como funcionario judicial transitorio es el relativo a la naturaleza del trámite adelantado y al laudo dictado en este ámbito.

La Sentencia C-330 de 2000 desarrolló el debate sobre la regulación del arbitraje en materia laboral y la posibilidad de suscribir pactos arbitrales entre empleados y empleadores; en ella la Corte Constitucional se refirió a esta institución en el plano del derecho procesal, y a su asimilación a los procedimientos que se adelantan ante la jurisdicción permanente.

En tal sentido manifestó que, en nuestro ordenamiento jurídico, la institución arbitral tiene el carácter de un proceso, puesto que en él se garantizan los derechos de las partes enfrentadas a través de una serie de oportunidades en las que se discuten los argumentos, se valoran las pruebas y se someten a consideración de los jueces permanentes las decisiones tomadas por los árbitros.

Insistió esta Corporación en que el arbitraje es *“un verdadero procedimiento judicial –en sentido material–”,* razón por la cual *“está sometido en todas sus etapas a la estricta aplicación de las normas que regulan este tipo de actuaciones tanto desde el punto de vista formal como material”* [cursivas en el original].<sup>229</sup> Valga aclarar que lo afirmado por la Corte en este pronunciamiento, en consonancia con la Sentencia C-037 de 1996, sentó las primeras bases para el desteñido debate sobre la posibilidad de que los particulares fijen reglas de procedimiento en los trámites arbitrales, aparentemente superado por virtud del artículo 58 de la Ley 1563 de 2012.

Evidentemente, la asimilación del arbitraje a un proceso judicial en sentido “formal y material” parece intuir la necesidad de aplicar en él todas y cada una de las formas que gobiernan los procesos civiles. Sin embargo, a pesar de su innegable

---

<sup>229</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-330 de 2000 (M. P.: Carlos Gaviria Díaz; marzo 22 de 2000).

semejanza con un proceso, a la Corte Constitucional parece bastarle con que se garanticen los presupuestos básicos del debido proceso, al concluir:

*Se trata de un mecanismo en el que han de aplicarse con rigor las garantías del debido proceso aplicables a toda actuación judicial, pues de nada sirve la inclusión de mecanismos de solución de litigios, adicionales y alternativos al sistema ordinario contemplado en la legislación, si su aplicación se traduce en el desconocimiento de derechos constitucionales fundamentales [cursivas en el original].*<sup>230</sup>

Por último, en lo que al carácter jurisdiccional del arbitraje y a la naturaleza eminentemente procesal del trámite se refiere, la Sentencia C-1038 de 2002 constituyó un hito al analizar la constitucionalidad de una serie de normas que disponían la estructura del proceso arbitral.

Desde el punto de vista regulatorio, las normas estudiadas organizaban el arbitraje bajo un esquema muy similar al concebido para los procedimientos adelantados en la jurisdicción civil. Adicionalmente, esta normativa contenía múltiples referencias a instituciones del procedimiento civil que complementaban el funcionamiento del trámite. No obstante, las disposiciones acusadas involucraban la participación de los directores de los centros de arbitraje en una serie de etapas destinadas a establecer la relación jurídico-procesal (*traba de la litis*), como eran las relativas a la admisión de la demanda, las notificaciones, la celebración de audiencias de conciliación, etc.

Para la Corte Constitucional, esta llamada “etapa prearbitral” era de gran trascendencia, pues no solo incluía actos “procesales y materiales” necesarios “para la conformación ulterior del Tribunal”, sino que además en esa fase al director del Centro de Arbitraje le incumbía

ejercer poderes procesales que traslucen una clara e indubitable función pública como son los relacionados con las diligencias de notificación, admisión y rechazo

---

<sup>230</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-330 de 2000.

de la solicitud de convocatoria, decisión de los recursos de reposición, conducción de la audiencia de conciliación etc.<sup>231</sup>

Invoca el alto Tribunal la tesis sostenida por la Sección Primera del Consejo de Estado en Auto del 7 de diciembre de 2000,<sup>232</sup> en el que el máximo órgano de lo contencioso administrativo concluyó que el trámite “prearbitral” era de naturaleza jurisdiccional, por lo que en su momento resolvió que carecía de control sobre ese ente. El argumento del Consejo de Estado, invocado por el tribunal constitucional, consistía en que las actuaciones del centro de arbitraje tenían naturaleza judicial, no solo porque estaban destinadas a impulsar el proceso arbitral, sino además por cuanto, en su fondo y forma, estaban sometidas a lo previsto en el estatuto procesal civil para los procesos judiciales.

En consecuencia, tras admitir que resulta de gran complejidad identificar los criterios para distinguir una función judicial de una función administrativa, la Corte Constitucional consideró que existían algunos elementos formales y materiales útiles para dirimir esa controversia. En lo relativo a los criterios formales encontró que son funciones judiciales: 1) las que se materializan en actos con fuerza de cosa juzgada; 2) las que son desplegadas por jueces o por funcionarios con esa categoría; y 3) las que se desarrollan en el marco de procesos judiciales. Y desde una perspectiva material, que tienen tal categoría las funciones

---

<sup>231</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-1038 de 2002 (M. P.: Eduardo Montealegre Lynett; noviembre 28 de 2002).

<sup>232</sup> Colombia. Consejo de Estado. Sección Primera. Expediente 6601. Auto del 7 de diciembre de 2000. Este auto resuelve el recurso de apelación presentado por Termoquímica S.A contra la decisión del 21 de julio de 2000 por la Sección Primera, Subsección "A" del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. La argumentación de la apelante se basó en que, a su consideración, solo los conciliadores y árbitros pueden tener funciones jurisdiccionales y que las actividades desarrolladas por otros particulares (como en el caso de los directores del Centro de Arbitraje y Conciliación), así sea para ayudar a estos, no pueden revestir el mismo carácter; así mismo, que los actos que se acusan son de índole administrativo pues son una manifestación de voluntad unilateral de un particular que ejerce funciones administrativas y, finalmente, que las actuaciones de la Cámara de Comercio son administrativas en su fase pre arbitral. No obstante, la Sala confirmó el proveído recurrido.

que determinan una limitante al derecho al libre acceso a la administración de justicia.

Tras analizar y cotejar la normativa vigente con la disposición constitucional consagrada en el artículo 116, el alto Tribunal encontró que la Norma Superior atribuía el ejercicio de funciones jurisdiccionales exclusivamente a los árbitros y que las actuaciones propias de un proceso judicial no podían ser adelantadas por operadores diferentes, pues eso contrariaba los preceptos constitucionales sobre la materia, de manera que reformuló la estructura del trámite arbitral y ratificó su naturaleza eminentemente procesal.

Finalmente, en lo que respecta a la naturaleza del laudo arbitral, en Sentencia C-242 de 1997 se pronunció sobre el carácter voluntario del arbitraje, al declarar inexecutable el numeral 19.4 del artículo 19 de la Ley 142 de 1994 (Régimen de los servicios públicos domiciliarios), por considerar que la ley no podía reemplazar la libre voluntad de las partes de recurrir a este sistema de solución de controversias.

Luego de un análisis sobre los límites materiales y temporales del arbitraje, el principio de habilitación como fundamento de su procedencia y la reiteración de su carácter jurisdiccional, entre otros, la Corte se refiere al punto del laudo arbitral como instancia culminante de la función jurisdiccional desplegada. A estos efectos, considera que la decisión arbitral, concretada en el laudo, tiene un carácter eminentemente jurisdiccional y equivale a una providencia judicial, en cuanto en él se analizan los hechos, se hace una valoración probatoria, se resuelven las pretensiones y se declara el derecho a la luz de los mandatos constitucionales y legales o atendiendo a los principios de equidad, según el caso.

Concluye la Corte que, si bien la ejecución y control de ese laudo corresponde a la jurisdicción permanente, no cabe duda alguna de que el arbitraje se constituye en una institución para lograr una eficaz administración de justicia.<sup>233</sup>

---

<sup>233</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-242 de 1997 (M. P.: Hernando Herrera Vergara; mayo 20 de 1997).



#### **d) Procedencia de las acciones de amparo o tutela constitucional**

Si bien no se pretende desarrollar esta temática a fondo en el presente apartado, pues ello tendrá lugar en el último capítulo de este documento, resulta clara, a la luz de la jurisprudencia colombiana, la procedencia de las acciones constitucionales de amparo contra laudos y decisiones de los tribunales de arbitramento, dadas las características de estamentos jurisdiccionales que los presupuestos constitucionales, legales y jurisprudenciales les han atribuido.

Es así como en virtud de las facultades, los poderes, el alcance y la naturaleza de las funciones de los árbitros, la Corte Constitucional ha dispuesto reiteradamente que en virtud del artículo 86 de la Norma Superior, la acción de tutela o amparo constitucional puede ser ejercitada por cualquier persona, natural o jurídica, en todo momento y lugar, para perseguir la protección de sus derechos constitucionales fundamentales, eventualmente vulnerados o amenazados por una autoridad pública. De igual manera, ha previsto la alta Corporación, conforme al artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, que la acción también procede contra particulares en cualquiera de los siguientes supuestos: (i) cuando estén encargados de la prestación de un servicio público, (ii) cuando su conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o (iii) respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión. La procedencia de dichas acciones se prescribe para cuando el afectado no disponga de otros medios de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.<sup>234</sup> Bajo estos presupuestos, no existe duda de que la tutela procede contra determinadas actuaciones u omisiones de los árbitros o de los jueces que tengan a su cargo resolver cuestiones relativas al arbitramento, como el recurso de anulación.<sup>235</sup>

---

<sup>234</sup> Jorge Enrique Ibáñez Najar, *La acción de tutela contra laudos arbitrales* (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana/Depalma/Grupo Editorial Ibáñez, 2009), 205.

<sup>235</sup> Alberto Zuleta Londoño, “La protección constitucional del arbitraje” en *Arbitraje internacional: tensiones actuales*, coord. Fernando Mantilla Serrano (Bogotá: Legis Editores S. A., 2007), 67-99.

Por tanto, además del recurso de anulación, mecanismo de impugnación que los instrumentos internacionales de unificación y armonización —Ley Modelo de la CNUDMI<sup>236</sup>— consagran para el arbitraje, el carácter eminentemente jurisdiccional de esta figura en Colombia abre las puertas a la procedencia de herramientas adicionales de control. Es el caso del recurso de revisión<sup>237</sup> y la acción de tutela para situaciones en las que, a juicio del juez, se incurra en vías de hecho que afecten derechos constitucionales fundamentales y no exista ningún otro medio de defensa para resarcirlo. Así mismo, cuando se utilice como un medio transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Ahora bien, también resulta innegable que aunque los presupuestos de las mencionadas acciones constitucionales sean las decisiones que contengan fundamentos arbitrarios, caprichosos o abusivos, y que en un principio este se haya contemplado como un mecanismo residual,<sup>238</sup> en la actualidad la Corte Constitucional ha aceptado la procedencia de esta acción aun encontrándose pendiente y hasta de forma paralela al recurso de anulación, lo que ha llevado a que en muchos casos su utilización haya sido desproporcionada.

Finalmente, dada la posibilidad de que en cualquier escenario del ejercicio de la actividad jurisdiccional se pueda incurrir en vías de hecho, susceptibles de resarcir por vía de estas acciones constitucionales, la Corte Constitucional también ha aceptado la procedencia de las acciones de tutela contra las providencias que

---

Manuel José Cepeda Espinosa, “La constitucionalización del arbitraje en Colombia”, en *Hacia una mayor eficacia en el arbitraje: control de tiempos y costos*, por Rafael Bernal Gutiérrez, Yves Derains y Fernando Mantilla Serrano (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2010), 151-171.

<sup>236</sup> Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. Aprobada el 21 de junio de 1985. Nueva York: CNUDMI, 2008.

<sup>237</sup> Ley 1563 de 2012. “Artículo 45. Recurso de revisión. Tanto el laudo como la sentencia que resuelva sobre su anulación, son susceptibles del recurso extraordinario de revisión por las causales y mediante el trámite señalado en el Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, quien tuvo oportunidad de interponer el recurso de anulación no podrá alegar indebida representación o falta de notificación. Cuando prospere el recurso de revisión, la autoridad judicial dictará la sentencia que en derecho corresponda.”

<sup>238</sup> Ibáñez Najar, *La acción de tutela...*

resuelven los recursos de anulación, así como los incidentes de nulidad contra decisiones de la misma Corporación en las que se haya debatido, en sede de tutela, un tema originariamente sometido al conocimiento de un tribunal arbitral controlado por vía de esta acción de protección constitucional.

Visto lo anterior, resulta claro que la extensión de mecanismos de control a las decisiones arbitrales que son de naturaleza diversa a las consagradas en los instrumentos internacionales que desarrollan e implementan la materia, deriva en una evidente pérdida de autonomía del arbitraje frente a la jurisdicción permanente. Si bien estos presupuestos resultan plausibles y acordes con la naturaleza eminentemente jurisdiccional que el ordenamiento colombiano le ha atribuido al arbitraje, estos escenarios han añadido mayores componentes de incertidumbre y han redundado en una indiscutible desmejora de la seguridad y celeridad que este mecanismo persigue.

#### ***D. Corolario***

El proceso de constitucionalización del arbitraje en Colombia se remonta a épocas anteriores a la Constitución de 1991, cuando la Corte Suprema de Justicia, en ausencia de un Texto Superior consagradorio, definió las características esenciales de la figura y determinó los parámetros bajo los cuales habría de determinarse en el nuevo cuerpo normativo fundamental. Sin embargo, el mayor desarrollo jurisprudencial tuvo lugar tras la incorporación del arbitraje en la Carta de 1991, cuando la Corte Constitucional, en consonancia con la fórmula adoptada por el constituyente, definió directrices que encasillaron al arbitraje como mecanismo jurisdiccional, y con las características de un proceso en que los árbitros se comportan como verdaderas autoridades judiciales, sin más límites que los materialmente definidos por la arbitrabilidad.

Esta caracterización del arbitraje ha tenido importantes consecuencias a la hora de determinar su autonomía, ya que la búsqueda de soluciones a problemáticas planteadas en su seno apunta más hacia el plano del Texto Constitucional, del derecho procesal y de las normativas que rigen la actividad judicial que a las

disposiciones especiales sobre la materia. De igual manera, la procedencia de acciones constitucionales de amparo o tutela judicial para todas las instancias del trámite, aún sin haber activado sus mecanismos inherentes —recurso de anulación— ha generado espacios de incertidumbre cuando se trata de buscar soluciones definitivas, especializadas y oportunas.

Ahora bien, es claro que la modalidad de consagrar el arbitraje como elemento integrante del Poder Judicial no es la única fórmula para su incorporación en la Normativa Superior. La apuesta por reconocer el arbitraje como un derecho fundamental, de manera directa o indirecta, debería plantear al juez constitucional y a las autoridades estatales la necesidad de promover una cultura pro arbitraje, en que las manifestaciones de los poderes públicos se dirijan a favorecer y facilitar esta alternativa como una manifestación esencial de las libertades individuales.

No obstante, resulta necesario preguntarse: ¿En qué radica la importancia del reconocimiento constitucional y cuáles son las diferencias prácticas entre los sistemas que constitucionalizan el arbitraje y los que no? Sobre el particular, resulta apresurado proponer corolarios ya que no es posible concluir que el reconocimiento constitucional, *per se*, incentive o desincentive el arbitraje. Ahora bien, en este punto no es posible desconocer la preocupación esgrimida por algunos autores nacionales, entre ellos Eduardo Zuleta Jaramillo,<sup>239</sup> en cuanto a las consecuencias paralizantes que genera que la Constitución colombiana encuadre la figura en el marco de la jurisdicción oficial. Tampoco se puede desconocer que en casos como el de Costa Rica y El Salvador, en los que el Texto Superior atribuye al arbitraje la condición de derecho fundamental, ello no necesariamente deriva en un adecuado desarrollo de la práctica arbitral.

Finalmente, se rescata el planteamiento de que la constitucionalización del arbitraje solo puede ser visto como un fenómeno positivo, en la medida en que las normas y los principios constitucionales sobre el particular sean aplicados como meras guías de carácter político y no como normas supremas que puedan entrar en

---

<sup>239</sup> Zuleta Jaramillo, “Special Constitutional Action to Preserve International Arbitration”.

conflicto con otras de carácter infraconstitucional, como las normas especiales de arbitraje, y supraconstitucional, como los tratados internacionales sobre la materia.<sup>240</sup>

---

<sup>240</sup> De Jesús O., “The impact of constitutional law on international commercial arbitration in Venezuela”.

## CAPÍTULO IV

### ***LA NORMATIVA DE ARBITRAJE DOMÉSTICO COLOMBIANA: ALCANCE DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA Y LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD***

Tal como se ha señalado, la posibilidad de que algunas instancias judiciales intervengan en los trámites adelantados por los tribunales de arbitramento, para efectos diferentes a la función de colaboración, conlleva una afectación a la “autonomía” de esta figura, dado que a través de recursos y mecanismos que son ajenos a la esencia del arbitraje son tomadas decisiones de forma y de fondo por otros operadores distintos a los escogidos por las partes para la resolución de sus controversias.

Pese a que los órganos judiciales inciden en la conformación de los tribunales arbitrales o que son competentes para conocer los recursos de anulación y las acciones para reconocer y ejecutar laudos, la regla general en el ámbito internacional es que, una vez el arbitraje se encuentra en curso, los jueces tienen limitaciones para interferir en los procedimientos. En una decisión de 1987, que involucró a la República de Guinea con una contraparte francesa, tras analizar una sentencia provisional del Tribunal de Primera Instancia, el Tribunal de Apelaciones de París reconoció abiertamente el principio de que los trámites arbitrales debían mantenerse libres de injerencias judiciales.<sup>241</sup>

El mencionado Tribunal de instancia había encontrado necesario suspender el procedimiento arbitral al considerar que existía un grave riesgo de que las partes no gozaran de las garantías esenciales destinadas a salvaguardar la igualdad, en los términos de la ley francesa y de los compromisos internacionales adquiridos por ese Estado. No obstante los argumentos expuestos, el Tribunal de Apelaciones rechazó dicha postura, por estimar que el ejercicio de las prerrogativas propias de los poderes de los árbitros debía ser garantizado en virtud de la independencia que

---

<sup>241</sup> Gaillard y Savage, *Fouchard, Gaillard, Goldman...*

le asiste a cualquier juez, en este caso particular a los árbitros, quienes al ejercer sus poderes configuran el procedimiento arbitral. Así, solo cuando se revisa el laudo en sede de anulación, los tribunales pueden verificar que el arbitraje se llevó a cabo en circunstancias que proporcionan todas las garantías procesales necesarias.<sup>242</sup>

Finalmente, el concepto de autonomía también se extiende a la prohibición impuesta a los Estados, de utilizar sus poderes legislativos para obstaculizar el curso normal de los procedimientos arbitrales. En el caso de las refinerías griegas *Stran*, de 1994, citado en la obra de Gaillard y Savage, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró nula la supuesta rescisión por el legislador griego de un contrato de construcción de una refinería, junto con su cláusula compromisoria, a pesar de que ya se había dictado un laudo arbitral. En dicha providencia, el Tribunal declaró que el principio del Estado de derecho y la noción de juicio justo, consagrados en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, se oponen a toda injerencia del legislador en la administración de justicia destinada a influir en la determinación judicial de la controversia.<sup>243</sup>

Sobre este particular ha señalado Fernando Mantilla Serrano:

La consagración del arbitraje en un cuerpo autónomo reconoce entonces la “especificidad” del arbitraje con respecto a la justicia estatal y a los demás métodos alternativos de resolución de controversias. Esas leyes, las más de las veces, tratan de manera exclusiva sobre el arbitraje y, al hacerlo, excluyen cualquier otro tipo de regulación como aplicable al mismo.

A lo que agrega:

El segundo aspecto en que se manifiesta la autonomía material del arbitraje radica en el hecho de que las regulaciones modernas sobre arbitraje constituyen lo que podría calificarse como un “universo cerrado”. En esos cuerpos (por su mayor parte cuerpos legislativos), todas las disposiciones versan sobre arbitraje y en ellos

---

<sup>242</sup> Gaillard y Savage, *Fouchard, Gaillard, Goldman...*

<sup>243</sup> Gaillard y Savage, *Fouchard, Gaillard, Goldman...*

están todas las disposiciones que sobre él tratan. Constituyen así un “todo” exclusivo en cuanto se centran de manera específica en el arbitraje y lo regulan de manera exhaustiva. (...) Como se mencionaba, el objeto de las leyes de arbitraje modernas abarca todos los aspectos del arbitraje excluyendo la aplicación a las materias de cualquier otra ley, excepción hecha, como no podría ser de otra manera, de las disposiciones procesales que rigen los procedimientos de auxilio judicial en el arbitraje. Y esta es otra consecuencia de la autonomía material de la regulación del arbitraje. No se requiere la aplicación concomitante de otras leyes. Si la ley de arbitraje es aplicable, de manera casi automática las otras leyes de tipo procesal dejan de serlo y la intervención judicial se convierte en excepcional y solo autorizada en aquellas cuestiones previstas por esa ley, dando así origen al verdadero papel del juez en materia arbitral, sabiamente denominado por los suizos como “juez de apoyo” (juge d’appui).<sup>244</sup>

En un reporte elaborado para el International Congress and Convention Association (ICCA), con ocasión de los cuarenta años de la Convención de Nueva York, se informó que en las últimas décadas se ha identificado una tendencia de las Cortes a intervenir cada vez menos, incluso cuando se sospecha que el tribunal arbitral ha cometido un error en materia procedimental. Dicho informe enfatizó que debe haber límites en el derecho de las partes a acordar el procedimiento arbitral, a efectos de salvaguardar el interés público y asegurar el debido proceso. No obstante, concluyó que la tendencia actual es definitivamente no intervencionista, y que el control judicial normalmente tiene lugar después de que se ha dictado el laudo arbitral. En consecuencia, durante el procedimiento, los árbitros son libres de tomar decisiones procesales sabiendo que los tribunales locales no interferirán.<sup>245</sup>

---

<sup>244</sup> Fernando Mantilla Serrano, “La Autonomía del derecho del arbitraje internacional: ¿Hacia un arbitraje realmente autónomo?”, en *Arbitraje Internacional: tensiones actuales*, coord. Fernando Mantilla-Serrano (Bogotá: Legis Editores S. A., 2007), 210.

<sup>245</sup> Howard Holtzmann, “Summary of Discussion in the Second Working Group” en *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, edit. Albert Jan van den Berg (The Hague [u.a.]: Kluwer Law International, 1999), 275-285.



En Colombia, la autonomía del arbitraje doméstico no solo se ha visto afectada con ocasión de la fórmula de consagración constitucional que facilitó el control judicial de las decisiones arbitrales por vías diferentes al recurso de anulación, sino también por cuenta de que el carácter jurisdiccional del arbitraje incidió en que su práctica se soporte en la aplicación de innumerables normativas del estatuto procesal civil, en temas tales como el contenido de la demanda, la “integración de la litis”, las notificaciones, la práctica de pruebas, etc.

Es de anotar que la citada autonomía resulta menos afectada en el ámbito del Estatuto de arbitraje nacional e internacional, ya que la sección III de la Ley 1563 de 2002 dispone en el artículo 67 que ninguna autoridad judicial podrá intervenir, salvo en los casos y para los propósitos en que esta sección expresamente así lo disponga. De la misma manera, las referencias hechas a disposiciones del estatuto procesal para complementar el ejercicio de la función arbitral son prácticamente inexistentes y se circunscriben exclusivamente a las labores de apoyo judicial.

Ahora bien, es claro que las diversas fórmulas de consagración constitucional del arbitraje, como mecanismo jurisdiccional o como derecho fundamental, como se reconoce en otros países de Latinoamérica, constituyen un precedente suficiente para admitir la intervención del juez constitucional, bien sea a través de acciones de constitucionalidad sobre las disposiciones que lo regulan o mediante acciones de protección constitucional de derechos fundamentales. Es por lo anterior que el debate en favor o en contra de la constitucionalización del arbitraje no se debe agotar en la consagración misma del mecanismo en el Texto Superior, sino que debe trascender al análisis del papel del juez constitucional en quien radicará que se garantice o no la mayor autonomía de este mecanismo de solución de controversias.

La discusión en torno a la autonomía del arbitraje doméstico tiene amplias repercusiones en términos del respeto a su esencia contractual y, por ende, de la admisibilidad de una mayor o menor expresión de la autonomía de la voluntad. En efecto, la procedencia de mecanismos de protección y recursos ajenos a la esencia del trámite arbitral, así como su coexistencia con estatutos procesales propios del

ámbito judicial, son factores que condicionan el curso del arbitraje y lo enmarcan dentro de esquemas más o menos rígidos a los que las partes se ven necesariamente abocadas.

### ***A. La autonomía del arbitraje doméstico colombiano***

Los efectos negativos del pacto arbitral derivan en la exclusión de la jurisdicción estatal para someter a su conocimiento ciertas controversias definidas por las partes, en aquellas materias que el ordenamiento jurídico permite. Sin embargo, la interacción entre el sistema arbitral y la justicia estatal es necesaria, pues si bien el primero es autónomo e independiente, ello no significa que los tribunales estatales queden completamente al margen de un procedimiento arbitral. Así lo precisa María Fernanda Vásquez Palma:

Las relaciones entre los tribunales judiciales y arbitrales se desarrollan en dos dependencias diferentes de un mismo edificio donde el arbitraje no se presenta en ningún caso como una posición contraria a aquélla, ni como un ‘compartimiento estanco’, al contrario, entre ambas vías de resolución de conflictos existe un amplio abanico de posibilidades de interacción.<sup>246</sup>

No obstante lo anterior, resulta evidente que esta interacción entre los sistemas debe plantearse en términos de una colaboración que permite un grado limitado de control, y no en el plano de la intromisión, pues cuando existe un grado de intervención de la jurisdicción estatal que transgrede los límites deseables, el arbitraje se desnaturaliza y pierde su eficacia.

En el escenario latinoamericano, gran parte de las normativas de arbitraje internacional han consignado el principio de intervención limitada de los tribunales que propone la Ley Modelo de la CNUDMI. Este principio supone que el legislador defina claramente las instancias en las cuales podrán intervenir los jueces, lo que genera mayor certeza a las partes y a los árbitros sobre el alcance de

---

<sup>246</sup> María Fernanda Vásquez Palma, “Arbitraje y jurisdicción estatal: su coordinación en una perspectiva latinoamericana”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones* 3, n.º 3, (2010): 766-788.

la interacción tantas veces referida. Adicionalmente, garantiza, en cierta medida, la exclusión de cualquier poder residual que pudieran tener los tribunales en función de otras normas domésticas.<sup>247</sup>

Para Paolo Di Rosa y Rafael Cox-Alomar, en los últimos años se ha venido consolidando una cultura intervencionista de la judicatura latinoamericana en el escenario arbitral. Atribuyen esta cuestión a la poca “receptividad” que algunos jueces tienen respecto de la autonomía de la voluntad de las partes en el ámbito de la resolución de sus controversias. La poca difusión de la figura del arbitraje y el escaso conocimiento de algunos funcionarios judiciales y abogados sobre la materia, fomentan la utilización de las vías judiciales para evitar concurrir al trámite arbitral, impugnar los laudos o impedir su reconocimiento o ejecución. Más aun, consideran los mencionados autores que

esto no sólo es atribuible al temor tanto de los jueces como de los abogados locales de perder protagonismo e influencia, e inclusive en el caso de estos últimos de perder trabajo, sino además al espectro de la corrupción como acicate para el intento de supeditar el arbitraje al plano legal local.<sup>248</sup>

Sobre este particular, es preciso señalar que en América Latina los tribunales han abierto espacios de intervención que superan los límites deseables y que, incluso, versan sobre cuestiones diferentes a aquellas que las normativas definen en sus catálogos limitativos. Dentro del abanico de mecanismos que merece la pena resaltar, están: (i) las órdenes de paralización de los arbitrajes o anti-arbitration injunctions, (ii) las medidas cautelares para suspender procedimientos arbitrales, y (iii) el recurso de anulación cuando se le da un alcance no previsto en la normatividad especial.

De igual manera, es posible indicar que la “jurisdiccionalización” del arbitraje, normalmente a través de los textos constitucionales, ha abierto nuevos espacios de

---

<sup>247</sup> Conejero Roos, “El arbitraje comercial en Iberoamérica: un panorama general”, 90.

<sup>248</sup> Paolo Di Rosa y Rafael Cox-Alomar, “El control judicial del arbitraje: ¿siempre tributario de un foro local?”, en *Arbitraje internacional: tensiones actuales*, coord. Fernando Mantilla Serrano (Bogotá: Legis Editores S.A., 2007), 241-251..

judicialización respecto del árbitro y su función. Ejemplo de ello es la procedencia de acciones disciplinarias contra estos operadores, en los términos en que normalmente proceden contra los integrantes de las jurisdicciones estatales; en el mismo sentido, este fenómeno ha abierto espacios de debate en relación con los llamados “conflictos de competencia” que involucran a tribunales de arbitramento y a jueces estatales, lo que presupone no solo el desarrollo de una función jurisdiccional por parte de los árbitros, sino la inclusión misma de los tribunales de arbitramento dentro de la estructura de la rama judicial del Estado.

### **1. Incidencia del proceso constitucional y acción de tutela**

Tal como se planteó en capítulo III, la constitucionalización del arbitraje, bajo la fórmula que el constituyente colombiano eligió, deriva en una serie de consecuencias prácticas a la hora de adelantar el procedimiento arbitral.

A diferencia de países como Costa Rica y El Salvador, en los que no se configura desde el texto constitucional el carácter jurisdiccional de la función del árbitro, el artículo 116 de la Constitución Política de Colombia, como muchas otras en el continente, así lo dispone. Aun así, el hecho de que esta caracterización de la actividad del árbitro sea común en muchos países del continente desde la perspectiva constitucional o legal, ello no significa que el otorgamiento de todos los poderes propios de los jueces sea una solución generalizada en las legislaciones latinoamericanas.

Adicionalmente, la atribución de *imperium* a los árbitros, que de manera limitada se consagra en el derecho ecuatoriano para el caso de las medidas cautelares, y que es ajeno al resto de las legislaciones del continente, es la regla general en el caso de la normativa colombiana sobre arbitraje doméstico. En virtud de ello, los árbitros conservan las facultades propias de los jueces y magistrados para las cuestiones relacionadas con medidas cautelares, pruebas y en general para toda actuación que redunde en el impulso del trámite arbitral, con la natural excepción de la ejecución del laudo. Para ello, los funcionarios de apoyo a la actividad de los árbitros son las autoridades administrativas y policivas competentes en cada caso, por lo que la

institución del juez de apoyo en el arbitraje doméstico solo tiene cabida para las cuestiones relativas a la integración del tribunal.

Además de los efectos prácticos que conlleva la atribución de plenos poderes jurisdiccionales a los árbitros, equiparar a estos particulares con los jueces y magistrados de la República implica una necesaria inclinación hacia una práctica arbitral con mayores tintes de formalidad. Es de anotar nuevamente que el sentido de este escrito no es valorar positiva o negativamente un sistema en el que los árbitros actúan en un marco funcional amplio, sino analizar los efectos que ese panorama le imprime tanto a la autonomía del arbitraje como al principio de la autonomía de la voluntad privada, en el ámbito del procedimiento arbitral.

En virtud de lo anterior, se destacarán los principales lineamientos definidos por la jurisprudencia sobre la acción de tutela como mecanismo para la protección de derechos fundamentales en el ámbito del trámite arbitral. En tal sentido, se mostrará cómo el espectro de intervención judicial que tiene lugar en el arbitraje colombiano es mucho mayor que en otros países en los que esta variable no es contemplada en su ordenamiento jurídico. Esta particularidad de nuestro sistema se constituye en una afectación a su “autonomía”, ya que el arbitraje, en su estado más natural, cuenta con sus propios mecanismos de control y con sistemas que permiten la interacción de la jurisdicción permanente, por lo regular para apoyar las funciones de los árbitros en el cumplimiento de su misión.

#### **a) Desarrollo jurisprudencial de la teoría de las vías de hecho frente a las decisiones judiciales y procedencia de la acción de tutela**

Uno de los aspectos que más ha inclinado a los abogados litigantes a utilizar la acción de tutela contra las decisiones arbitrales han sido los efectos limitados de los recursos de anulación y revisión. En acción que dio origen a la sentencia T- 608 de 1998, la primera sobre el particular, el actor indicó que los referidos mecanismos de impugnación contra el laudo arbitral dejan por fuera de su cobertura de protección los derechos fundamentales al debido proceso y a la sujeción de los

jueces al imperio de la ley que atañe al fondo del derecho sustancial controvertido, dada la procedencia limitada de dichos recursos a causales definidas taxativamente por el legislador. Lo anterior, en palabras del accionante, dado que dichas causales miran a subsanar vicios en el procedimiento o en la actuación procesal, sin que a través de ellos sea viable obtener salvaguarda frente a defectos sustanciales contenidos en el laudo.

La Corte Constitucional, por su parte, previa consideración sobre la asimilación de la función de los tribunales arbitrales a las de los jueces,<sup>249</sup> reconoció la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales<sup>250</sup> cuando se incurre en una vía de hecho que afecta derechos constitucionales fundamentales, pero siempre que se observen unos requisitos de procedibilidad, dado el carácter subsidiario y residual del recurso de amparo. En tal sentido, anotó:

Sólo procede contra una vía de hecho judicial cuando el ordenamiento jurídico no tiene previstos otros mecanismos de defensa que puedan invocarse, o cuando, existiendo, se utiliza la tutela como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual la orden de protección permanece únicamente hasta que resuelva de fondo la autoridad competente.<sup>251</sup>

En tal sentido, entendió el Tribunal Constitucional que por estar tramitándose de forma paralela el recurso de anulación, no era procedente la acción de tutela, máxime cuando dicho recurso permite a los jueces “estudiar aspectos sustanciales

---

<sup>249</sup> Ver capítulo III.

<sup>250</sup> En Sentencia SU-058 de 2003 la Corte Constitucional desestimó la posición de la Sección Quinta del Consejo de Estado en la que adujo la improcedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales: *“La sección quinta del Consejo de Estado confirmó la decisión del a-quo. Este había negado la tutela, al considerar que no existía violación de los derechos fundamentales del demandante. Empero, al analizar las razones de la sentencia de la sección quinta, se advierte que materialmente declaró improcedente la acción de tutela. En tales condiciones, incurrió en un error de técnica judicial, pues no podía confirmar una sentencia que negaba la tutela con argumentos de improcedencia. Es decir, la sentencia resulta abiertamente incongruente”*.

<sup>251</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-608 de 1998 (M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa; octubre 27 de 1998).

del laudo o errores *in judicando* cuando se invocan las causales contenidas en los numerales 7, 8 y 9 del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989”.<sup>252</sup>

Ahora, el concepto de la vía de hecho mediante el cual se pueden impugnar las decisiones judiciales ha sido precisado de forma genérica por la Corte Constitucional bajo cuatro modalidades específicas: defecto sustantivo, defecto fáctico, defecto orgánico y defecto procedimental. Cabe aquí recordar brevemente la doctrina constitucional de la tutela por vías de hecho:

(L)a acción de tutela (contra providencias judiciales por vías de hecho) sí es procedente cuando se configuran claros presupuestos que evidencian la presencia de defectos de orden sustantivo, fáctico, orgánico y procedimental, en alguna de estas hipótesis: (1) presente un grave defecto sustantivo, es decir, cuando se encuentre basada en una norma claramente inaplicable al caso concreto; (2) presente un flagrante defecto fáctico, esto es, cuando resulta evidente que el apoyo probatorio en que se basó el juez para aplicar una determinada norma es absolutamente inadecuado; (3) presente un defecto orgánico protuberante, el cual se produce cuando el fallador carece por completo de competencia para resolver el asunto de que se trate; y, (4) presente un evidente defecto procedimental, es decir, cuando el juez se desvía por completo del procedimiento fijado por la ley para dar trámite a determinadas cuestiones.<sup>253</sup>

---

<sup>252</sup> “ARTICULO 38. Son causales de anulación del laudo las siguientes: (...)

7. Contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el tribunal de arbitramento.

8. Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido, y

9. No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento”.

<sup>253</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-555 de 2000 (M. P.: Fabio Morón Díaz), que recoge la sentencia T-231 de 1994 (M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz), en la cual se sistematizan los defectos que, de presentarse en grado sumo, pueden justificar la interposición de una acción de tutela contra una providencia judicial por vías de hecho. Esta sentencia se encarga de la revisión de las decisiones emitidas con ocasión de los procesos de tutela T-260107 y T-261112 emprendidos respectivamente por Rocío Alicia Romero Sánchez y Otmar Rafael Amaya Ovalle, contra el Triunal Superior de Bogotá-Sala Laboral, por valorar que sus derechos a la igualdad, petición, trabajo, debido proceso y acceso a la administración de justicia. Así, la Corte se centra en analizar lo referente a la vía de hecho en decisiones judiciales, específicamente en las de carácter laboral para trabajadores oficiales

Posteriormente, en sentencia T-920 de 2004, la Corte analiza la existencia dentro del ordenamiento jurídico de los mecanismos para cuestionar las decisiones de los tribunales arbitrales. Para ello, resalta el carácter taxativo de los recursos de anulación y revisión y concluye que no todas las posibles objeciones presentadas en el curso del trámite encuadran dentro de estos recursos. En consecuencia, dispone que cuando alguna de las partes en un proceso arbitral considere que en su caso el tribunal de arbitramento incurrió en una arbitrariedad que desconoce el debido proceso y ésta no encuadra dentro de las causales de los recursos existentes, procede la tutela para estudiar de fondo el problema jurídico existente.<sup>254</sup> Con ello, da vía libre para que a través de instrumentos diferentes a los dispuestos legalmente para el arbitraje se puedan impugnar las decisiones arbitrales al punto de declarar su nulidad.

No obstante, en esta providencia se desarrolla el alcance de la teoría de las vías de hecho y se entiende por parte de la Corte que debe tener un carácter limitado, que juegue armónicamente con el principio de la autonomía judicial, principio que se analizará en detalle en el siguiente punto de este acápite.

En la providencia citada, la Corte Constitucional analizó una tutela interpuesta para efectos de dejar sin valor un laudo arbitral y un auto aclaratorio de este, en el que el tribunal desestimaba una petición de aclaración por aparente incongruencia de la parte motiva y la resolutive de dicho laudo. El accionante invocó la ocurrencia de dos defectos de las providencias, que derivaban, en su concepto, en una vía de hecho susceptible de ser amparada por el camino de la tutela constitucional: en primer lugar, un defecto fáctico originado en una presunta indebida valoración de una prueba; en segundo lugar, un defecto sustantivo originado en una indebida interpretación del contrato y de otros documentos emanados de este.

---

de entidades públicas liquidadas y que gozan de fuero sindical. Finalmente, la Corte decide confirmar las sentencias proferidas.

<sup>254</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-920 de 2004 (M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra; septiembre 23 de 2004).



No obstante haber procedido la acción de tutela en segunda instancia ante el Juzgado 4º Civil del Circuito de Cartagena, la Corte Constitucional revocó la decisión y concluyó que los errores en que pueda incurrir un tribunal arbitral solo son susceptibles de revisión por vía de tutela, si resultan tan ostensibles que, *per se*, deriven en una decisión violatoria de un derecho fundamental. En tal sentido, frente a la vía de hecho por defecto procedimental, señaló:

Si bien existe un sistema de normas que establece las formalidades y etapas a seguir en los diferentes asuntos litigiosos que deben ser respetadas por los jueces o particulares que administren justicia, no todo desconocimiento de éstas permite la procedencia de la tutela. Sólo cuando quien administre justicia haya actuado completamente por fuera del procedimiento establecido se configura una vía de hecho de carácter procedimental. La vía de hecho por defecto procedimental se ha relacionado con el recaudo de medios probatorios en el proceso.<sup>255</sup>

A lo que agregó:

Por otra parte, toda vez que el conjunto de normas procesales no se puede tener como fin en sí mismo, sino como medio para la efectiva garantía del derecho de defensa de las partes, para que se incurra en vía de hecho por defecto procedimental, además del desconocimiento de la norma o la insostenible interpretación de ésta, se requiere que el ejercicio del derecho de defensa se haya visto efectivamente obstaculizado por éste.

En lo relativo al denominado defecto sustantivo, la Corte reiteró la regla expresada en su jurisprudencia en el sentido de que siempre y cuando la interpretación de una norma realizada por quien administre justicia no desborde el límite de lo razonable, la mera divergencia interpretativa con el criterio del fallador no constituye una vía de hecho. En tal sentido, se recuerda la sentencia T-1001 de 2001 en la que al tribunal constitucional expresó:

En materia de interpretación judicial, los criterios para definir la existencia de una vía de hecho son especialmente restrictivos, circunscritos de manera concreta a la

---

<sup>255</sup> Colombia. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-920 de 2004.

actuación abusiva del juez y flagrantemente contraria al derecho. El hecho de que los sujetos procesales, los particulares y las distintas autoridades judiciales no coincidan con la interpretación acogida por operador jurídico a quien la ley asigna la competencia para fallar el caso concreto, o no la compartan, en ningún caso invalida su actuación ya que se trata, en realidad, de “una vía de derecho distinta” que, en consecuencia, no es posible acomodar dentro de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. De esta manera, queda a salvo, pues, el respeto por el principio democrático de la autonomía funcional del juez que reserva para éste, tanto la adecuada valoración probatoria como la aplicación razonable del derecho.<sup>256</sup>

Esta posición de la Corte plantea dos grandes conclusiones que atienden a los objetivos del presente aparte: en primer lugar, que el alcance de la acción de tutela frente a las decisiones arbitrales puede conllevar incluso la anulación del laudo arbitral, dados los alcances limitados de los recursos de anulación y revisión; en segundo lugar, que el planteamiento de las vías de hecho no puede tener lugar frente a interpretaciones “razonables” que realice el juez (o en este caso el árbitro), puesto que de aceptarse un criterio amplio podría dejarse sin efectos cualquier decisión judicial frente a la cual el criterio de otro juez (el de tutela) no coincida. En tal sentido, solo cuando el alcance que el administrador de justicia le da a la norma aplicable al caso es “totalmente caprichoso, arbitrario o equivocado” sí es dable hablar de vía de hecho.

---

<sup>256</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-1001 de 2001 (M. P.: Rodrigo Escobar Gil; septiembre 18 de 2001). En esta sentencia se resuelve una acción de tutela instaurada por Carmen González de Prada contra el Consejo Superior de la Judicatura -Sala Jurisdiccional Disciplinaria-. La accionante solicita la protección de sus derechos al debido proceso y de acceso a la administración de justicia. La Corte decide confirmar la sentencia de segunda instancia proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante la cual se decidió confirmar la providencia de primera instancia dictada por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, en la que se denegó la tutela instaurada, dado que no se encontró que la autoridad demandada hubiera incurrido en una vía de hecho.

## **b) La teoría de las vías de hecho y su aplicación específica a las decisiones arbitrales**

Hasta la promulgación de los fallos referidos en el acápite anterior, la teoría de las vías de hecho no había sido desarrollada de manera específica y detallada respecto de los procedimientos arbitrales, sino que la misma se había extendido en su aplicación desde otros ámbitos judiciales hacia este método alternativo de solución de controversias.

En Sentencia SU-174 de 2007,<sup>257</sup> la Corte Constitucional abordó la problemática de las vías de hecho en el procedimiento arbitral, previa declaratoria de nulidad de la Sentencia T-481 de 2005,<sup>258</sup> mediante Auto No. 100 de 2006.<sup>259</sup> En esta última

---

<sup>257</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU-174 de 2007 (M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa; marzo 14 de 2007). En esta sentencia la Corte resuelve la acción de tutela instaurada por el Gobernador del Departamento del Valle del Cauca, Angelino Garzón y el Secretario Jurídico de este departamento, Hernán Jaime Ulloa, contra el Tribunal de Arbitramento que el 24 de abril de 2003 profirió el laudo arbitral que dirimió las controversias contractuales existentes entre Concesiones de Infraestructuras S.A. (CISA) y este departamento, con ocasión del contrato de concesión GM-95-04-017, así como contra la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, la cual profirió la sentencia 25021 del 11 de marzo de 2004, que declaró infundado el recurso de anulación presentado por el Departamento del Valle del Cauca contra el referido laudo arbitral. Los accionantes argumentaron que el laudo y la sentencia de anulación incurrieron en una vía de hecho, afectando su derecho fundamental al debido proceso. La Corte decide revocar el fallo proferido por Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y confirmar el fallo proferido por Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Por tanto, resuelve negar la acción de tutela interpuesta.

<sup>258</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-481 de 2005 (M. P.: Jaime Araújo Rentería; mayo 11 de 2005). Esta sentencia resuelve una acción de tutela instaurada por el Gobernador del Departamento del Valle de Cauca contra la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y el Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir la controversia suscitada entre la sociedad Concesiones de Infraestructura S.A. (CISA) y el Departamento del Valle del Cauca con ocasión del contrato de concesión GM-95-04-017. En la solicitud de tutela se demanda la protección del derecho fundamental al debido proceso. La Corte decide revocar la sentencia proferida por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado el 5 de agosto de 2004, que declaró improcedente la acción de tutela y, en su lugar, tutelar el derecho fundamental al debido proceso de la entidad accionante. En consecuencia, la Corte procede a anular la sentencia del 11 de marzo de 2004 proferida por la

actuación, analizó una decisión en la que un tribunal de arbitramento, que había sido integrado por cuenta de un acuerdo arbitral incluido en un contrato estatal, fue considerado por esta misma Corporación carente de competencia para decidir sobre una controversia económica, dada la expedición de un acto unilateral de liquidación del contrato proferido por la Gobernación del Valle del Cauca. En consecuencia, la Corte anuló la sentencia de la Sala de Revisión, por “violaciones ostensibles y trascendentales del debido proceso”, con base en dos argumentos principales, a saber: 1) Que “se cambió la jurisprudencia consolidada sobre vía de hecho y procedencia de la tutela contra providencias judiciales”, cuestión que solo puede ser decidida por la Corte en pleno; y 2) Que se desconoció el debido proceso, pues la decisión dejaba sin el derecho de acceso a la administración de justicia a una de las partes, ya que la sentencia ordenaba dejar en firme la liquidación por acto unilateral del contrato, lo que impedía que una autoridad judicial pudiera pronunciarse sobre los montos debidos con ocasión de la relación contractual.<sup>260</sup>

Así, la Sala Plena reafirmó que en lo atinente a las vías de hecho la posición del juez de tutela debe ser restrictiva, e insistió en que la jurisprudencia era “clara y consistente al señalar que éstas sólo se presentan en situaciones de violación del debido proceso por ubicarse el juzgador en los extramuros del derecho”. Por cuenta de ello, el juez constitucional solo puede invalidar una providencia, en este caso un

---

Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y el laudo arbitral del 24 de abril de 2003 que resolvió la controversia suscitada.

<sup>259</sup> Colombia. Corte Constitucional. Auto 100 de 2006 (M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa; marzo 22 de 2006).

<sup>260</sup> Según Escolar Capella, la decisión de la Corte de anular su propia decisión de sala de tutela no sólo tuvo efectos positivos en lo que a las vías de hecho se refiere: “La importancia de la decisión radica en que avala la instancia arbitral para resolver las controversias económicas con la administración y defiende la estabilidad en las reglas de juego. En efecto, cuando las partes han acordado expresamente que las diferencias que surjan serán resueltas por un tribunal de arbitramento, una de ellas no puede alegar posteriormente que no acepta el compromiso adquirido. Esto no solo equivale a desconocer principios jurídicos básicos, sino que tiene implicaciones fuera de nuestras fronteras, pues un inversionista extranjero difícilmente asumiría el riesgo de invertir en un país que no cuenta con estándares mínimos de seguridad jurídica”. Claudia Escolar Capella. ¿Se salvó el arbitramento en Colombia? (Bogotá: Corporación Excelencia en la Justicia, s.f.), <http://www.cej.org.co/index.php/infografias-de-los-observatorios-ciudadanos/7-sala-de-prensa/editoriales/23-ise-salvo-el-arbitramento-en-colombia>

laudo arbitral, cuando ocurran situaciones verdaderamente excepcionales y extremos. Por el contrario, si las interpretaciones que hace el tribunal son razonables, el juez de tutela no puede invadir la órbita de autonomía del juez y debe admitir procesos de razonamiento que, aunque diversos, deriven en decisiones arbitrales que sean sensatas.

Al retomar el asunto objeto del procedimiento anulado, la Corte profirió la mencionada sentencia de unificación en la que corrigió los defectos en que incurrió la providencia emitida en sala de tutela, y sentó una posición expresa alrededor de esta problemática en el ámbito del procedimiento arbitral:

*Por regla general, la acción de tutela no procede ni contra los laudos arbitrales, ni contra el procedimiento que se adelanta ante los tribunales de arbitramento, ni contra las decisiones judiciales que resuelven los recursos de anulación, salvo que se incurra en dichas actuaciones en una vía de hecho que implique una vulneración directa de un derecho fundamental. En tal medida, las hipótesis de procedencia de la acción de amparo constitucional contra estas actuaciones son excepcionales y exigen la configuración de vías de hecho, o sea, de una actuación por fuera del derecho que vulnera en forma directa derechos fundamentales.<sup>261</sup>*  
[Cursivas en el original].

Cabe resaltar que esta importante decisión del tribunal constitucional se constituyó en el primer antecedente jurisprudencial sobre la procedencia de las acciones de amparo respecto de las actuaciones de los árbitros en el curso del procedimiento arbitral y no únicamente frente al laudo final. Este hecho resulta de suma importancia para los efectos de lo aquí tratado, dado que, al abrirse el espectro de este tipo de acciones, la autonomía del arbitraje se ve afectada tanto por la ampliación de los instrumentos de impugnación de los laudos como por el surgimiento de mecanismos para “corregir” el rumbo de los procedimientos adelantados por los árbitros encargados de solucionar las controversias.

---

<sup>261</sup> Colombia. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-174 de 2007.

Tras definir estos presupuestos, la Corte entró a precisar los alcances de las vías de hecho en el ámbito del procedimiento arbitral, siguiendo la misma clasificación empleada en la jurisprudencia que desarrolló el concepto en el ámbito de los otros procedimientos judiciales.

### ***i) Vía de hecho por defecto sustantivo***

El concepto de defecto sustantivo, aplicado de manera específica al procedimiento arbitral, se desarrolló en la mencionada sentencia de unificación, en los siguientes términos:

*En materia arbitral la vía de hecho por defecto sustantivo surge cuando el laudo, al fundarse en una norma clara y evidentemente inaplicable al caso concreto, ha vulnerado de manera directa un derecho fundamental. Las discrepancias interpretativas o los errores argumentativos no tienen la entidad suficiente para que se configure una vía de hecho. En efecto, las interpretaciones de la ley y del contrato efectuadas por los árbitros gozan, como se vio, de una sólida protección constitucional debido a que las partes de forma voluntaria les han confiado la resolución de sus controversias a pesar de haber podido seguir la regla general de acudir a la justicia estatal. En esa medida, únicamente se configura una vía de hecho por defecto sustantivo cuando con el fundamento esencial del sentido del laudo se vulnera de manera directa un derecho fundamental.<sup>262</sup> [Cursivas en el original].*

Lo anterior denota una posición cerrada frente a la posibilidad de que el tribunal de arbitramento pueda ser controvertido en sus decisiones por cuestiones interpretativas, especialmente en el laudo arbitral, pero abre definitivamente una puerta para que materias diferentes a las contempladas en el recurso de anulación puedan ser consideradas por los jueces en el debate sobre la validez del laudo arbitral.

En jurisprudencia posterior la Corte Constitucional amplió el alcance de la institución del defecto sustantivo específicamente aplicable a la materia arbitral y

---

<sup>262</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU-174 de 2007.

se desligó del presupuesto de que el tribunal erraba al emplear una norma “clara y evidentemente inaplicable al caso concreto”. De esta manera, admitió que el defecto podía ocurrir cuando la interpretación de la norma pertinente resultara irrazonable, arbitraria, caprichosa y equivocada. Si bien en la argumentación el alto Tribunal conserva el discurso de respeto a la autonomía judicial, es evidente que la evolución planteada en la Sentencia T-466 de 2011 constituye una disminución del espectro de conservación de dicho principio y abre unos flancos inicialmente inconcebidos en la jurisprudencia unificadora. La sentencia en comento dispuso:

*En efecto, el hecho que hayan sido las partes en contienda aquellas quienes hayan designado – por razones de confianza y conveniencia – la solución de una determinada disputa a un grupo de árbitros y que el ordenamiento jurídico vigente carezca de mecanismos para impugnar las apreciaciones sustantivas realizadas por aquellos, impone necesariamente que el error en el entendimiento y aplicación del derecho sea especial y manifiestamente irrazonable, arbitrario, caprichoso y equivocado. En consecuencia, tratándose de laudos arbitrales la Corte ha manifestado de manera categórica que las discrepancias interpretativas o los errores argumentativos no son de suficiente magnitud para configurar una vía de hecho por defecto sustantivo. En realidad, la labor de interpretación de la ley y el contrato de los árbitros goza de una “sólida protección constitucional”, debido a que aquellos son, por expresa disposición de las partes en contienda, los jueces naturales para resolver la controversia. Resulta indudable que, aún cuando los árbitros son por voluntad expresa de las partes los jueces naturales de la controversia, y en consecuencia gozan de un amplio margen de interpretación de la ley y de los hechos, pueden sin embargo incurrir en una vía de hecho por defecto sustantivo cuando sus interpretaciones de las cláusulas del contrato o de las disposiciones normativas pertinentes carezcan de cualquier sentido mínimo de razonabilidad y coherencia.<sup>263</sup> [Cursivas en el original].*

El concepto del defecto sustantivo en materia arbitral, como instrumento para atacar un laudo por vía de una acción constitucional de amparo, recuerda, en

---

<sup>263</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-466 de 2011 (M. P.: Humberto Sierra Porto; junio 09 de 2011).

algunos aspectos, una doctrina desarrollada por las Cortes norteamericanas denominada *manifest disregard of the law*,<sup>264, 265</sup> que desde 1960 ha observado un importante crecimiento en el arbitraje de ese país.<sup>266</sup> Si bien esta teoría no se funda en argumentos constitucionales ni su declaratoria tiene lugar para proteger derechos consagrados en este ámbito, resulta pertinente su análisis por tratarse de una de las más importantes experiencias de impugnación de laudos arbitrales por cuestiones que surgen tras un análisis de fondo de la decisión proferida por el tribunal arbitral.

El pronunciamiento que desarrolló en sus inicios el contenido de esta doctrina fue producido por el Segundo Circuito de Apelaciones de Estados Unidos en el caso *Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith v. Bobker*.<sup>267</sup> El Segundo Circuito de Apelaciones identificó tres presupuestos fundamentales para la procedencia de esta doctrina, a saber:

---

<sup>264</sup> La doctrina del *manifest disregard* encuentra sus orígenes en dos sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos: en 1953 proporcionó las primeras bases de la doctrina en el caso *Wilko v. Swan*, donde expresó que “las interpretaciones de la ley que hagan los árbitros, a no ser que sean manifiestamente contrarias a la ley, no pueden ser sujetas a control judicial por supuestos errores interpretativos”; en 1960, se refirió nuevamente a la doctrina del *manifest disregard of the law* en el caso *United Steelworkers of America v. Enterprise Wheel & Car Corp.* en la que afirmó: “[w]hen the arbitrator's words manifest an infidelity to... [the essence of the agreement], courts have no choice but to refuse enforcement of the award”. Donald Kreindler, *Vacating Arbitration Awards for “Manifest Disregard” of law or the evidence*, <http://www.phillipsnizer.com/pdf/Article-FashMannNov-Deco3.pdf>

<sup>265</sup> En 1960, la Corte se refiere nuevamente a la doctrina del *manifest disregard of the law* en el caso *United Steelworkers of America v. Enterprise Wheel & Car Corp.*, al afirmar: “[w]hen the arbitrator's words manifest an infidelity to... [the essence of the agreement], courts have no choice but to refuse enforcement of the award”.

<sup>266</sup> Eric Dunlap, “Setting aside arbitration awards and the manifest disregard of the law standard”, *Florida Bar Journal*, (July 2006), <https://www.floridabar.org/divcom/jn/jnjournal01.nsf/-Author/A33096BC18C00CF28525719A0057B575>

<sup>267</sup> U.S. Court of Appeals for the Second Circuit - 808 F.2d 930 (2d Cir. 1986). *Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc., Petitioner-appellee, v. Jack Bobker*, Respondent-appellant, 808 F.2d 930 (2d Cir. 1986), <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/808/930/173801/>



Primero, el error cometido por el árbitro debe haber sido obvio, poder identificarse de manera instantánea y recaer sobre un principio legal básico.<sup>268</sup> No obstante lo anterior, en esta decisión no se provee los criterios suficientes para identificar la “obviedad” del error y cuándo este es “instantáneamente reconocible”. En tal sentido, es necesario recurrir a otros precedentes que ejemplifican lo que se debe entender por los mencionados criterios; más específicamente, en el caso *Ainsworth v. Skurnick*,<sup>269</sup> la Corte Suprema de La Florida encontró que el demandado en un tribunal arbitral, un corredor de bolsa que había actuado de manera negligente violando directamente las leyes de dicho estado, había sido exonerado del pago de los perjuicios causados. El laudo fue revocado debido a que las leyes de ese estado demandan de toda actuación negligente derivada de las operaciones efectuadas por un corredor, en violación de la ley, la obligación de decretar la correspondiente indemnización de perjuicios.

Segundo, el árbitro debe haber ignorado el derecho directamente aplicable al caso.<sup>270</sup> En relación con este segundo criterio, la citada doctrina establece que el árbitro debe haber incurrido en esta conducta de manera intencional, es decir, que en el caso en comento el árbitro debía conocer los términos y la aplicabilidad de la ley, y pese a ello decidió ignorarla de manera deliberada. En el caso *Burchell v. Marsh* la Corte Suprema desestimó la aplicación de esta figura, ya que se entendió

---

<sup>268</sup> “The error must have been obvious and capable of being readily and instantly perceived by the average person qualified to serve as an arbitrator”. U.S. Court of Appeals for the Second Circuit - 808 F.2d 930 (2d Cir. 1986). *Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc., Petitioner-appellee, v. Jack Bobker*.

<sup>269</sup> U.S. Court of Appeals for the Eleventh Circuit - 909 F.2d 456 (11th Cir. 1990). *Sam Skurnick, Defendant/Appellant, v. Al Ainsworth, Plaintiff/Appellee*. No. 76520. September 12, 1991. <http://law.justia.com/cases/florida/supreme-court/1991/76520-0.html>

<sup>270</sup> “Moreover, the term “disregard” implies that the arbitrator appreciates the existence of a clearly governing legal principle but decides to ignore or pay no attention to it”. U.S. Court of Appeals for the Second Circuit - 808 F.2d 930 (2d Cir. 1986). *Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc., Petitioner-appellee, v. Jack Bobker*.

que el error cometido no había sido deliberado y el árbitro había actuado de forma honesta.<sup>271</sup>

Tercero, la decisión del árbitro de ignorar el derecho aplicable debe verse reflejada en el laudo. Este último criterio demanda que el error cometido por el árbitro se encuentre expresamente reflejado en el laudo o, incluso, como ha quedado plasmado en otras decisiones, que dicho error se pueda inferir en este.

De lo anterior se desprende que, si bien la mencionada doctrina comporta un análisis relativo a la inaplicación de la norma pertinente para resolver el caso concreto, la anulabilidad del laudo arbitral solo puede tener lugar en la medida que el tribunal arbitral haya consciente y deliberadamente ignorado la ley aplicable al caso, cuestión que presupone que esta ha sido identificada correctamente pero se ha negado su aplicación. En virtud de lo anterior, no constituye *manifest disregard of the law* la interpretación incorrecta de la ley o la mera ocurrencia de un error legal, cuestión que sí podría dar lugar, en el ámbito del derecho doméstico colombiano, a la ocurrencia de un error de hecho por defecto sustantivo, siendo así mucho más gravosa esta última figura en términos de pérdida de autonomía del arbitraje.

## ***ii) Vía de hecho por defecto fáctico***

Dispuso la Sentencia SU-174 de 2007:

*En materia arbitral la vía de hecho por defecto fáctico se configura, en eventos en los cuales los árbitros han dejado de valorar una prueba determinante para la resolución del caso, han efectuado su apreciación probatoria vulnerando de manera directa derechos fundamentales, o han fundamentado su valoración de las pruebas con base en una interpretación jurídica manifiestamente irrazonable, (...) eventos que conllevan una vulneración directa de derechos fundamentales. Es necesario que en estos casos, el defecto haya sido*

---

<sup>271</sup> U. S. Supreme Court. *Burchell v. Marsh*, 58 U.S. 17 How. 344 344 (1854). [https://supreme-justia.com/cases/federal/us/58/344/case.html](https://supreme.justia.com/cases/federal/us/58/344/case.html)

*determinante del sentido de la decisión finalmente plasmada en el laudo.*<sup>272</sup>  
[Cursivas en el original].

Sobre este particular, la Corte Constitucional ha sido explícita en que la indebida valoración probatoria que da lugar a la existencia de un defecto fáctico solo puede tener lugar cuando el tribunal arbitral realiza un juicio erróneo sobre la evidencia allegada al proceso, que resulta a todas luces “ostensible, flagrante y manifiesto”.<sup>273</sup> En tal sentido, la procedencia del amparo constitucional solo puede configurarse ante la ocurrencia de un error cometido por el tribunal arbitral, que sea verdaderamente grave y de gran magnitud, lo que si bien resulta limitativo para la actuación del juez constitucional, abre un camino para atacar las decisiones arbitrales desde el ámbito probatorio por circunstancias no previstas en las causales consagradas en el recurso de anulación.

En el caso de este último recurso, la norma vigente prevé como causal de nulidad del laudo la negativa a decretar o a practicar una prueba decretada, siempre y cuando ello pudiere tener impacto en la decisión final del tribunal arbitral, excluyendo así las cuestiones relativas a la valoración del acervo probatorio.<sup>274</sup> La

---

<sup>272</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU-174 de 2007.

<sup>273</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-244 de 2007 (M. P.: Humberto Sierra Porto; marzo 30 de 2007). Mediante esta sentencia se resuelve la acción de tutela instaurada por el Fondo Rotatorio de la Armada Nacional de Colombia contra el Tribunal de Arbitraje convocado para dirimir las controversias contractuales entre MARINSER Ltda. y el Fondo Rotatorio de la Armada Nacional. El Fondo Rotatorio de la Armada Nacional interpuso acción de tutela contra el laudo arbitral proferido el 31 de octubre de 2002 por el Tribunal de Arbitraje convocado para dirimir las controversias surgidas entre el Fondo de la Armada Nacional Regional Atlántico y la sociedad Maritime Internacional Services Limitada -Marinser Ltda. con ocasión de la ejecución del Contrato 169/99. El accionante argumentó que el laudo arbitral incurrió en distintos defectos fácticos y sustantivos que llevaron a la vulneración de su derecho al debido proceso. La Corte decide revocar la sentencia proferida por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado el día 13 de abril de 2005, que declaró improcedente la acción de tutela presentada por el apoderado judicial del F.R.A. de la Armada Nacional Regional Atlántico, y, en su lugar, denegar el amparo solicitado.

<sup>274</sup> Ley 1563 de 2012. “Artículo 41. Causales del Recurso de Anulación. Son causales del recurso de anulación: (...) 5. Haberse negado el decreto de una prueba pedida oportunamente o haberse dejado de practicar una prueba decretada, sin fundamento legal, siempre y cuando se hubiere

Sección Tercera del Consejo de Estado, en Sentencia de 3 de abril de 1992, se pronunció al respecto:

Se insiste en esta presentación porque por analogía no pueden crearse otras causales y menos buscarse, so pretexto de la anulación del laudo, una nueva evaluación del acervo probatorio por falta de motivación en tomo a las pruebas y con miras a lograr otra decisión diferente.

No puede olvidarse que en estos eventos también impera el principio de la autonomía en la apreciación de las pruebas hechas por el juzgador de instancia, máxime cuando dentro de las causales de nulidad del laudo no figuran, como en casación, las de violación de norma sustancial como consecuencia del error de derecho por infracción de regla probatoria o por error de hecho manifiesto en la apreciación de determinada prueba.

Se hace la precisión precedente porque el escrito de sustentación del recurso da a entender que no es otra cosa la que pretende el recurrente, el cual para respaldar su inconformidad con el fondo de la decisión se apoya en el hecho (afirmado por él) de que las pruebas no fueron apreciadas, porque el laudo carece de motivación en torno al valor probatorio que se le asigna a cada una de éstas. El enfoque es ciertamente inteligente pero está por fuera de los límites precisos que tiene el recurso estudiado, máxime frente a la causal esgrimida como única.<sup>275</sup>

---

*alegado la omisión oportunamente mediante el recurso de reposición y aquella pudiera tener incidencia en la decisión”.*

<sup>275</sup> Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente N° 6695 (Sentencia de abril 3 de 1992). En esta sentencia la Sala negó el recurso de anulación del laudo arbitral proferido por el Tribunal de Arbitramento el 11 de abril de 1991, interpuesto por el Consorcio Vianini S.p.a. y Entrecanales y Tavora S.A. Dicho laudo se emitió por el Tribunal con ocasión del conflicto que se originó entre el Consorcio integrado por Vanini S.p.a y Entrecanales y Tavora S.A y la Empresa de Energía de Bogotá, en virtud del contrato N° 3554. En ese sentido, el Consejo de Estado concluyó que, a demás de que el laudo se dictó en derecho (tal como se pactó), fue motivado adecuadamente, lo que en realidad buscaba la recurrente era una revisión de la decisión y el procedimiento aplicable para los recursos de anulación era el determinado por el Decreto 2279 de 1989, con las modificaciones hechas por el artículo 112 de la ley 23 de 1991.e

### **iii) Vía de hecho por defecto procedimental**

*En materia arbitral la vía de hecho por defecto procedimental se configura cuando se ha adoptado el laudo en forma completamente por fuera del procedimiento establecido legal o convencionalmente para el proceso arbitral respectivo, y con ello (a) se ha incurrido en una vulneración directa del derecho de defensa y de contradicción de las partes, o de una garantía constitucional integrante del derecho fundamental al debido proceso, y (b) dicha vulneración directa de derechos fundamentales ha sido determinante del sentido del laudo atacado, es decir, si no se hubiera incurrido en ella se habría llegado a una decisión arbitral distinta en ese caso concreto.<sup>276</sup> [Cursivas en el original].*

### **iv) Vía de hecho por defecto orgánico**

*En el campo del arbitramento, la vía de hecho por defecto orgánico tiene requisitos particularmente exigentes para su configuración, puesto que en virtud de la regla kompetenz-kompetenz, (...) los tribunales arbitrales tienen un margen autónomo de interpretación para determinar el alcance de su propia competencia. En consecuencia, para que se presente este tipo de vía de hecho es necesario que los árbitros hayan obrado manifiestamente por fuera del ámbito definido por las partes, o excediendo las limitaciones establecidas en el pacto arbitral que le dio origen, o en la Constitución y la ley, al pronunciarse sobre materias no transigibles. Así mismo, dado que las causales de procedencia del recurso de anulación incluyen hipótesis relativas a la falta de jurisdicción o competencia del tribunal, es indispensable que se haya interpuesto dicho recurso en forma oportuna contra el laudo que se ataca, y que luego de su resolución subsista el defecto orgánico. Las meras discrepancias respecto de la interpretación de la propia competencia efectuada por el tribunal arbitral no son suficientes para configurar este tipo de vías de hecho. Dado que son en principio los árbitros quienes están llamados a decidir el alcance de su competencia con base en la habilitación de las partes, el juez de tutela sólo podrá*

---

<sup>276</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU-174 de 2007.

*determinar si han incurrido en un exceso manifiesto, por salirse en forma protuberante del ámbito de su competencia.*<sup>277, 278</sup> [Cursivas en el original].

### **c) Reconocimiento del principio de autonomía judicial e imposibilidad de suplir otros medios de defensa**

No obstante lo enunciado en el punto anterior, la Corte también ha reconocido el principio de autonomía judicial y el alcance que este tiene, al imponer al juez de tutela una fuerte restricción a su competencia. En tal virtud, el alto Tribunal ha

---

<sup>277</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU-174 de 2007.

<sup>278</sup> En sentencia T-288 de 2013, la Sala de Tutela de la Corte Constitucional concedió el amparo del derecho fundamental al debido proceso de la Sociedad Representaciones Santa María S. en C. S. al considerar que “la celebración de una conciliación entre las partes, que incluyó un acuerdo sobre la fecha de terminación de un contrato de arrendamiento puesto igualmente a conocimiento del tribunal, inhabilitaba la constitución de éste y lo hacía incompetente para decidir sobre el conflicto propuesto por EXXONMOBIL DE COLOMBIA. Al respecto, es necesario reiterar que el fundamento constitucional y legal de las formas de arreglo directo previstas por las partes de un contrato para la solución de las controversias que surjan entre ellas, se encuentra en su voluntad de someter sus diferencias por fuera del ámbito de a la justicia estatal y, en esa medida, no puede entenderse que esta decisión no sea tomada en cuenta a la hora de finiquitar el conflicto y verificar si se agotaron los medios no judiciales previstos para ello. En este punto, la Sala debe manifestar que si se tiene en consideración que las partes decidieron resolver sus controversias por fuera de la administración de justicia del Estado, es claro que dicha decisión no puede configurar una violación del derecho fundamental al acceso a la administración de justicia de quien la toma. En consecuencia con lo expuesto, esta Sala encuentra que aunque era claro que el acta de conciliación celebrada entre las partes hacía incompatible la conformación de un tribunal de arbitramento pues el conflicto ya había sido dirimido, dicho Tribunal asumió la competencia del caso propuesto y concedió las pretensiones de EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A. Por lo anterior, a juicio de esta Sala, es evidente que con esta actuación, el tribunal de arbitramento desbordó la competencia de la justicia arbitral por cuanto asumió competencia para conocer sobre un asunto ya dirimido por las partes. Entonces, para esta Sala el Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá incurrió en un defecto orgánico al pronunciarse sobre un caso ya decidido mediante un acta de conciliación y una transacción suscritas entre la Sociedad Representaciones Santa María S. en C. S. y EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A.”. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-288 de 2013 (M. P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; mayo 20 de 2013). No obstante, dicha sentencia fue anulada por la Sala Plena mediante Auto 588 de 2016 pues consideró que existían varios medios ordinarios de defensa en cabeza del actor (incluyendo la excepción de cosa juzgada y el recurso de anulación del laudo arbitral). Entendió además, que incluso habiéndose intentado el recurso de anulación del laudo arbitral, la Sala nunca analizó siquiera sumariamente cómo esos medios de defensa judicial eran ineficaces para lograr la protección de los derechos fundamentales de la sociedad accionante.

definido que el juez constitucional no puede invalidar las actuaciones judiciales e invadir la órbita funcional del “juez natural”, salvo que ocurra cualquiera de las siguientes cuatro hipótesis: 1) que el juez desconozca o se aparte sin justificar debida y suficientemente el precedente judicial aplicable al caso; 2) que el juez interprete el ordenamiento jurídico de manera incompatible con la Constitución; 3) que el juez incurra en vía de hecho (defecto sustantivo, fáctico, orgánico o procedimental, en los términos arriba definidos); y, finalmente, 4) que la protección efectiva del derecho fundamental violado demande del juez constitucional que resuelva el problema de fondo.

De esta manera, se infiere que el juez de tutela tiene facultades limitadas para estudiar el proceso y la sentencia judicial sometida a su control; así, mediante este tipo de acciones solo se podrán controvertir aspectos del trámite del proceso y la sentencia que por sí mismos conlleven la vulneración de un derecho fundamental. En este sentido, salvo que resulte claro que la interpretación que hace el “juez natural” del contrato viole un derecho fundamental, no le corresponde al juez de tutela invalidar o desconocer su postura.<sup>279</sup>

En jurisprudencia más reciente (Sentencia T-430 de 2016), la Corte estableció que la equivalencia entre las providencias judiciales y los laudos arbitrales no significa una identidad en las características de cada tipo de decisión, y que las diferencias que existen entre ellas determinan que no se pueda hacer una aplicación directa de los mismos requisitos para la procedencia de la acción de tutela y la consecuente intervención del juez constitucional. En este pronunciamiento el alto Tribunal determinó que la principal diferencia entre estas dos figuras es el carácter especial de la justicia arbitral, que surge de la voluntad de las partes de que sus conflictos sean resueltos por particulares investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de árbitros, ya que

*la celebración de un pacto arbitral supone no solamente la decisión libre y voluntaria de someter una determinada controversia a consideración de un*

---

<sup>279</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU-058 de 2003.

*grupo de particulares, en los cuales depositan su confianza de que la decisión que adopten – cualquiera que ella sea – se ajuste al orden constitucional y legal; sino también la obligación de acatarla.*<sup>280</sup> [Cursivas en el original]

De igual manera, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la acción de tutela no puede convertirse en un mecanismo que sustituya los recursos que existen en el curso del trámite arbitral, lo que conlleva un mensaje de respeto hacia la autonomía de este mecanismo y de los instrumentos jurídicos que le son inherentes. En Sentencia T-920 de 2004, la Corte se pronunció sobre una acción de tutela incoada para revivir un conflicto resuelto en sede arbitral, con el argumento de que la defensa de la entidad pública accionante había sido ejercida de manera equivocada o deficiente por su apoderado, ya que este no había controvertido ni la declaratoria de competencia del tribunal ni la prueba pericial en la que se fundó el laudo, y que resultaba adversa a sus intereses.

Sostuvo la alta Corporación que al tribunal arbitral no le correspondía inmiscuirse en las posiciones defensivas expresadas por los apoderados, así estas representen intereses públicos, sino adoptar las medidas necesarias para evitar la indefensión de las partes que comparecen a los trámites, sin entrar en un proceso valorativo de sus actuaciones en concreto. En este orden de ideas, afirmó:

el ordenamiento cuenta con procedimientos administrativos y judiciales eficaces para valorar enjuiciar y reprender a los servidores públicos que actúan por fuera

---

<sup>280</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-430 de 2016 (M. P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez; agosto 11 de 2016). La sentencia T-430 de 2016 resuelve la acción de tutela interpuesta por el municipio de San José de Cúcuta contra el Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Cúcuta, conformado para dirimir las controversias entre la empresa Proactiva Oriente S.A. E.S.P. y el municipio mencionado. El municipio de San José de Cúcuta consideró que el laudo proferido por el Tribunal de Arbitramento el 2 de diciembre de 2010 vulneró sus derechos fundamentales a la defensa, a la contradicción, a la igualdad procesal y a la administración de justicia. La Corte revocó el fallo emitido por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado el 9 de agosto de 2012, que negó el amparo y, en su lugar, declaró improcedente la acción de tutela.



de su competencia y lesionen los intereses que están en el deber de salvaguardar, quienes además deberán ser compelidos a restablecer el patrimonio estatal.<sup>281</sup>

Así mismo, la Corte ha establecido lo que se ha denominado el principio de subsidiariedad, que consiste en que antes de cualquier alegación en sede de tutela los interesados deben agotar los mecanismos de protección ordinarios y extraordinarios que el ordenamiento jurídico consagra, ya que los jueces de cada una de las jurisdicciones, incluidos los árbitros, son los primeros llamados a garantizar los derechos fundamentales dentro del respectivo proceso. Sin embargo, como se ha señalado anteriormente, en los eventos en que la búsqueda de protección del derecho fundamental no encuentre un mecanismo efectivo en las causales establecidas por la ley, específicamente en el recurso de anulación, ello podría conllevar que no se exigiese el agotamiento de dicho recurso por no tratarse de un mecanismo eficaz.<sup>282</sup>

Así, en una acción de tutela presentada para impugnar el laudo arbitral dictado por el tribunal que resolvió las diferencias surgidas entre el Banco de la República y las compañías Seguros Generales Suramericana S. A. y Allianz Seguros S. A., la Sección Primera del Consejo de Estado declaró improcedente dicha acción por encontrarse aún pendiente el recurso de anulación. No obstante, una vez el recurso de anulación se declaró infundado por la Sección Tercera del Consejo de Estado, el Banco de la República instauró nuevamente acción de tutela, esta vez contra el laudo arbitral y contra la sentencia que resolvió el recurso de anulación.

En este fallo de tutela, la Corte absolvió, en primera instancia, si resultaba válido que el accionante propusiera en sede de amparo argumentos diferentes a los contemplados en el recurso de anulación para impugnar el laudo arbitral, asunto de gran relevancia para determinar los alcances del principio de subsidiariedad. En sentencia SU-556 de 2016 la Corte sostuvo sobre este particular:

---

<sup>281</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-920 de 2004.

<sup>282</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-430 de 2016.

La Sala debe entonces decidir si esta nueva conceptualización de los cargos, y la adición de un cuestionamiento por presunto defecto fáctico superan el requisito de subsidiariedad de la tutela contra laudos. En concepto de la Corte Constitucional sí lo superan. El hecho de que el Banco de la República no hubiera planteado el equivalente conceptual a un defecto sustantivo en el recurso de anulación, sustraído del campo de la competencia del Tribunal, se explica por cuanto el recurso de anulación, según sus causales, procede únicamente para plantear errores in procedendo, o en términos generales de carácter procesal. Los errores in iudicando o sustanciales son en sí mismos impropios del recurso de anulación, en el orden jurídico vigente. Por lo mismo, es natural que en el recurso no se esgriman argumentos que luego aparezcan en la tutela como defectos sustantivos. A su turno, el hecho de que no se haya formulado el cargo de un defecto fáctico en el recurso es también explicable por su naturaleza extraordinaria, su carácter excepcional y su catálogo taxativo de causales de anulación, tal como está diseñado en el referido Decreto 1818 de 1998. Puede apreciarse, efectivamente, que entre las causales previstas en el artículo 163 de ese Decreto no existe ninguna dispuesta para controlar defectos por valoración manifiestamente defectuosa de los medios de prueba.<sup>283</sup>

En síntesis, cabe destacar que en el Auto 588 de 2016 en el que Sala Plena de la Corte Constitucional anuló la Sentencia T-288 de 2013, sostuvo que existe una regla jurisprudencial decantada, pacífica y clara que establece que la acción de tutela es subsidiaria y por lo tanto solamente procede cuando se han agotado todos los medios ordinarios de defensa judicial a los que tiene acceso el solicitante o cuando, existiendo esos medios, se demuestra que estos carecen de eficacia para precaver la ocurrencia de un perjuicio irremediable que afecte gravemente los derechos fundamentales del actor.<sup>284</sup>

---

<sup>283</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU-556 de 2016 (M. P.: María Victoria Calle; octubre 13 de 2016).

<sup>284</sup> Colombia. Corte Constitucional. Auto 588 de 2016 (M. P.: Aquiles Arrieta Gómez; noviembre 30 de 2016).

#### **d) Aplicación extensiva de la acción de tutela como mecanismo complementario a los recursos propios del arbitraje**

Los planteamientos jurisprudenciales esgrimidos en los literales anteriores evidencian que la Corte Constitucional no ha guardado en todos sus pronunciamientos una línea homogénea de salvaguarda a los principios de autonomía judicial, y especialmente de respeto a la autonomía del arbitraje en los términos en que se ha definido dicho principio en la presente obra.

En sentencia T-058 de 2009 el alto tribunal constitucional revisó una acción de tutela interpuesta por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. tras haber sido condenada en un tribunal arbitral, a favor de la compañía Telefónica Móviles Colombia S.A. Pese a que la primera interpuso recurso de anulación contra el laudo condenatorio, de manera alternativa promovió la acción de protección de derechos constitucionales antes de que se hubiese proferido decisión alguna en sede de anulación. Sea lo primero anotar que la Sala Jurisdiccional Disciplinaria de la Judicatura de Cundinamarca había denegado en primera instancia la acción de tutela, por considerar que no se configuraba ningún perjuicio irremediable, pues los efectos del laudo se encontraban suspendidos al estar pendiente la resolución del recurso de anulación. Dicha decisión fue confirmada por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, que reiteró los argumentos expuestos en primera instancia. Sin embargo, la Corte Constitucional revocó las decisiones referidas:

*Esta Corte considera que a diferencia de lo sostenido por los jueces de instancia, la condena impuesta a la E.T.B. por el Tribunal de Arbitramento acusado sí causa un perjuicio a la Empresa. En efecto, aunque el auto mediante el cual se admitió el recurso de anulación interpuesto contra el laudo arbitral suspendió los efectos del mismo, es claro que los intereses moratorios decretados se seguirán causando hasta que se realice el pago de la suma impuesta en el laudo referido. En virtud de lo expuesto, debido a que quedó demostrado que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones y el Tribunal de Arbitramento Telefónica Móviles Colombia S.A. Vs. Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá*

*S.A. E.S.P., vulneró el derecho fundamental al debido proceso de la E.T.B., la Corte Constitucional revocará la decisión adoptada por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, mediante la cual se declaró la improcedencia de la acción de tutela interpuesta, y en su lugar, concederá la protección del derecho fundamental conculcado.*<sup>285</sup> [Cursivas en el original].

Como consecuencia de lo anterior, quedó plasmado en la referida jurisprudencia que no obstante haberse suspendido los efectos de un laudo arbitral, cuyo recurso de anulación se encuentra pendiente de resolución, la Corte entiende que el transcurso del tiempo y los efectos económicos derivados del no pago de las condenas configuran un perjuicio irremediable que habilita la procedencia de la acción de tutela, máxime cuando, según el alto tribunal, se hace evidente la vulneración de un derecho fundamental como el debido proceso. Este primer planteamiento resulta polémico ya que, como consecuencia, la acción de tutela pierde el carácter residual a los mecanismos de defensa propios del arbitraje, específicamente el recurso de anulación, y adquiere un carácter principal en el que resultan irrelevantes los resultados del trámite adelantado por el juez natural que impulsa el mecanismo de control del laudo arbitral.

Acto seguido, la Corte justifica su intervención y resalta que el recurso de anulación tiene un carácter limitado que solo faculta al juez para revisar la validez del laudo a partir de causales taxativamente dispuestas en el ordenamiento jurídico, por lo que la protección de derechos fundamentales violados durante el trámite arbitral no constituye objeto de su decisión. Así, dispuso el máximo tribunal constitucional:

*Esta Sala encuentra que la presente acción satisface el principio de subsidiariedad, y en consecuencia, se debe revocar la decisión adoptada (...). Esto por cuanto, aunque la E.T.B. interpuso ante el Consejo de Estado recurso de anulación contra el laudo arbitral referido y éste aún no ha sido decidido, la finalidad de dicho recurso no es la protección de los derechos fundamentales invocados. Así, es preciso anotar que en este sentido, el Consejo de Estado -juez*

---

<sup>285</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-058 de 2009 (M. P.: Jaime Araujo Rentería; febrero 02 de 2009).

*competente para conocer y decidir el recurso de anulación interpuesto- tiene limitadas facultades que no guardan relación directa con el análisis cuidadoso que requiere la verificación de actos u omisiones que hayan violado los derechos fundamentales de las partes durante el trámite arbitral. Es decir, las facultades del juez de la jurisdicción administrativa son muy restringidas si se compara con las facultades del juez constitucional para determinar y decidir sobre la afectación de derechos fundamentales en estos casos. (...) En esta medida, dada la naturaleza constitucional de la acción de tutela, ésta constituye el único mecanismo susceptible de ser invocado a fin de garantizar la protección de los derechos fundamentales presuntamente conculcados por el Tribunal de Arbitramento.*<sup>286</sup> [Cursivas en el original].

Uno de los puntos que ha generado mayor polémica, en relación con esta jurisprudencia constitucional, es el relacionado, precisamente, con los defectos que en virtud de la sentencia configuran verdaderas vulneraciones al debido proceso. Sostuvo la sentencia que el tribunal arbitral carecía de competencia, dado que para la solución de la controversia no se había recurrido a un comité técnico, tal como estaba definido en los términos del contrato. No obstante, aunque cuestionable desde la perspectiva del principio de autonomía de la voluntad, la decisión del tribunal arbitral de asumir competencia sin haberse adelantado esta etapa previa estuvo fundada en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, que en su momento identificaron estas instancias como requisitos de procedibilidad contractuales que impiden el acceso a la administración de justicia y que, como tales, resultan nulos e inexigibles desde el punto de vista procesal. Valga anotar, entonces, que si la decisión emitida por el tribunal arbitral resulta de una interpretación que no es ni caprichosa, ni arbitraria, sino por el contrario razonable, e incluso fundada en jurisprudencia consolidada de otros altos tribunales, la acción de tutela no puede convertirse en un instrumento para controvertir dichas decisiones, ya que los presupuestos que han configurado la teoría de las vías de hecho resultarían a todas luces incompatibles.

---

<sup>286</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-058 de 2009.

El sentido polémico de esta decisión se funda igualmente en el hecho de que la sentencia T-058 de 2009 constituye una verdadera diferencia de criterio entre la Sala de Tutela de la Corte Constitucional y el tribunal arbitral, lo que se acerca más a una verdadera decisión de instancia que a una acción de protección de derechos constitucionales. En efecto, la providencia adolece de un análisis sobre las razones que en sentir del tribunal constitucional constituyeron una interpretación contraria, equivocada y grosera del contrato por parte del tribunal arbitral. Incluso, en el salvamento de voto se puso de presente que “el análisis realizado en la sentencia se dirige a mostrar la manera como el magistrado hubiere solucionado el problema; pero no expone razones tendientes a demostrar que la providencia acusada incurre en un defecto protuberante.”<sup>287</sup>

Adicionalmente, en dicho salvamento se plantea una fuerte crítica sobre el carácter de principal que adquiere la acción de tutela cuando se utiliza como mecanismo coetáneo al recurso de anulación. Para la magistrada que se apartó de la decisión, los argumentos invocados por el accionante para demostrar la configuración de defectos orgánicos y procedimentales, especialmente la falta de competencia del tribunal, fueron esgrimidos tanto en sede de tutela como en sede del recurso de nulidad ante el Consejo de Estado, por lo que en su criterio se hacía improcedente el amparo constitucional:

Los reproches acerca de la competencia del Tribunal como fundamento de vulneración del derecho al debido proceso pueden ser, y han sido, admitidos por el Consejo de Estado para su estudio mediante los recursos de anulación de laudos arbitrales. En consecuencia, la presente controversia, incluida la protección del derecho al debido proceso del accionante, puede ser idónea y efectivamente tramitada a través del recurso de anulación, volviendo improcedente la acción de tutela como mecanismo principal.<sup>288</sup>

---

<sup>287</sup> Colombia. Corte Constitucional. Salvamento de voto Sentencia T-058 de 2009 (M. Clara Elena Reales Gutiérrez; febrero 02 de 2009).

<sup>288</sup> Colombia. Corte Constitucional. Salvamento de voto Sentencia T-058 de 2009.

Estos últimos planteamientos esgrimidos en el salvamento de voto fueron posteriormente retomados en la Sentencia T-430 de 2016 arriba referida, en la que se reafirma de manera expresa el principio de subsidiariedad y se rescatan los principios de autonomía judicial y de estabilidad jurídica del laudo arbitral. En el mismo sentido se pronunció la Sección Cuarta del Consejo de Estado en decisión de 09 de agosto de 2012, objeto de revisión por la Corte Constitucional en la mencionada sentencia, en la que afirmó que no era posible revivir por vía de amparo constitucional las instancias y los recursos que las partes no hubieren utilizado mediante los instrumentos legales pertinentes.<sup>289</sup> La Corte consideró que el Consejo de Estado pretendió “rescatar la protección de los principios de preclusión y de eventualidad que rigen los procesos judiciales, y que determinan que las actuaciones judiciales se clausuren una vez agotadas las etapas que para ello establece cada proceso. Y en este sentido la acción de tutela no puede sustituir los mecanismos ordinarios de defensa”, por lo que no solo entendió que debía negarse el amparo solicitado sino que fue más allá al declarar improcedente la acción de tutela incoada.<sup>290</sup>

#### **e) Nuevos alcances de la teoría de las vías de hecho y criterios extensivos para la aplicabilidad de la acción de tutela a las decisiones arbitrales**

En Sentencia T-790 de 2010, la Corte Constitucional atribuyó a la acción de tutela un espectro de aplicación mucho mayor que el definido en la jurisprudencia anterior que esbozaba la aplicación de la teoría de las vías de hecho. En este caso, el alto Tribunal revocó una decisión de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema

---

<sup>289</sup> “En tal sentido, el juez de tutela se refiere a las oportunidades procesales dentro del trámite arbitral que la tutelante no utilizó, para concluir que en virtud de la calidad subsidiaria y residual de la acción de amparo, ésta *‘no puede convertirse en un instrumento que le permita a la parte vencida en juicio revivir los términos y, en general, los momentos procesales por no haber hecho uso de los medios de defensa que el ordenamiento jurídico tiene previstos, e incluso, que se hayan utilizado indebida o irregularmente como, por ejemplo, cuando, como en el concreto, no se contesta la demanda ni se proponen excepciones’*. Colombia. Consejo de Estado, Sección Cuarta. Decisión de 09 de agosto de 2012.

<sup>290</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-430 de 2016.

de Justicia que había negado la tutela, al señalar que el actor no había agotado los recursos ordinarios de los que disponía, en particular, no había hecho uso del recurso extraordinario de revisión frente al laudo arbitral ni frente al fallo que resolvió el recurso de anulación. Además, adujo que en caso de que no hubiera sido procedente el recurso de revisión, la acción de tutela carecía de inmediatez pues se había interpuesto más de un año después de que fuera proferido el laudo arbitral.

El primer aspecto que llama la atención de esta jurisprudencia es que la Corte Constitucional le da un alcance mucho mayor al defecto sustantivo, del que reconoce, en un primer apartado, que procedía su declaración cuando las decisiones del tribunal eran manifiestamente arbitrarias porque se basaban en normas evidentemente inaplicables. No obstante, la Sala de Tutela realizó un verdadero estudio de fondo sobre la interrupción del cómputo de la prescripción, para lo que acudió a jurisprudencia de la Corte Suprema, la doctrina y otras fuentes, y concluyó que la interpretación hecha por el tribunal era inadecuada. Es claro que este razonamiento va más allá de lo dispuesto en la jurisprudencia de ese Tribunal, ya que el presupuesto de los errores de hecho por defecto sustantivo no trascendía por cuenta de la interpretación errónea de una norma jurídica, sino por la aplicación de normas absolutamente impertinentes para la resolución del caso concreto.

Adicionalmente, la decisión identifica otros criterios que podrían dar lugar a la procedencia de la acción de tutela y que, por consiguiente, se agregan a los ya referidos defectos orgánicos, procedimentales, fácticos y sustantivos. La Corte Constitucional se remonta a la Sentencia C-590 de 2005,<sup>291</sup> y complementa la teoría, así:

---

<sup>291</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-590 de 2005 (M. P.: Jaime Córdoba Triviño; junio 08 de 2005). A través de esta sentencia se resuelve una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 185 (parcial) de la Ley 906 de 2004, por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal, el cual se refiere a que contra la decisión de casación no procede ningún recurso ni acción, salvo la de revisión. De acuerdo con el actor, Rafael Sandoval López, la norma demandada vulnera los artículos 4 y 86 de la Carta Política al considerar que contra las sentencias de casación procede la



f. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

g. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

h. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.

i. Violación directa de la Constitución.<sup>292</sup>

Desde esta perspectiva, los nuevos criterios incorporados por la jurisprudencia para impugnar decisiones arbitrales por vía de tutela configuran un catálogo extremadamente amplio que no solo rebasa los alcances propios de los recursos de anulación y revisión, sino que, incluso, puede solaparlos. Así, en este último caso, el llamado “error inducido” puede subsumirse en el recurso de revisión, pues este prevé dentro de sus causales las siguientes:

2. Haberse declarado falsos por la justicia penal documentos que fueron decisivos para el pronunciamiento de la sentencia recurrida. 3. Haberse basado la sentencia en declaraciones de personas que fueron condenadas por falso testimonio en razón de ellas. 4. Haberse fundado la sentencia en dictamen de perito condenado penalmente por ilícitos cometidos en la producción de dicha prueba.<sup>293</sup>

---

acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos fundamentales vulnerados. Por tanto, la Corte Constitucional resuelve declarar inexecutable la expresión demandada.

<sup>292</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-790 de 2010 (M. P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; octubre 01 de 2010).

<sup>293</sup> Colombia. Código de Procedimiento Civil, artículo 380 y, actualmente, Código General del Proceso, artículo 355.

Por otro lado, la denominada “decisión sin motivación” involucraba un presupuesto que no estaba expresamente incluido en las normas del recurso de anulación vigentes al momento en que se profirió la referida sentencia, por lo que, en palabras del doctor Jorge Hernán Gil Echeverry, no era una causal que pudiera ser alegada en dicha instancia, sino que configuraba una vía judicial de hecho.<sup>294</sup> En la actualidad, la causal séptima de anulación contenida en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012<sup>295</sup> se solapa claramente con el principio mencionado. La aludida causal refiere a un laudo que debe dictarse en derecho pero que el tribunal decide en conciencia o en equidad, defecto que claramente puede subsumir la “decisión sin motivación” que definió la Corte Constitucional en la Sentencia T-790 de 2010 arriba citada. Así lo ha definido el Consejo de Estado en jurisprudencia de 03 de abril de 1992:

Tanto el fallo en conciencia como en derecho tiene que reposar sobre un motivo justificativo: ni el uno ni el otro pueden surgir por generación espontánea y sin que se apoyen en una situación jurídica preexistente que debe resolverse. Pero mientras el fallo en derecho debe explicar los motivos o razones de orden probatorio y sustantivo que tuvo para arribar a la conclusión que contiene la parte resolutoria, en el fallo en conciencia esa motivación no es esencial determinante de su validez.<sup>296</sup>

De igual manera, en Sentencia de 27 de mayo de 2015, este mismo Tribunal precisó:

iv) En el fallo en conciencia no hace falta explicar las razones que dan lugar a la decisión, es decir, éstas no son esenciales ni determinantes, lo cual se apoya en los

---

<sup>294</sup> Jorge Hernán Gil Echeverry, *Re´gimen arbitral colombiano*. Parte Procesal- Tomo II (Bogotá : Grupo Editorial Iba´n´ez, 2017), 675.

<sup>295</sup> “ARTÍCULO 41. CAUSALES DEL RECURSO DE ANULACIÓN. Son causales del recurso de anulación: (...) 7. Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.”

<sup>296</sup> Colombia. Consejo de Estado. Sentencia de abril 3 de 1992.

principios de verdad sabida y buena fe guardada, propios de esta clase de decisión.<sup>297</sup>

Pero la Corte Constitucional no solamente ha modificado en sus reglas el alcance de las vías de hecho por defecto sustantivo, sino que también por la vía del llamado defecto fáctico ha transfigurado la acción de tutela, para convertirla en un instrumento que permite rebatir las decisiones arbitrales en aspectos que van más allá de las meras formas. En la ya referida Sentencia T-466 de 2011 alude al mencionado principio, y lo define como aquel que se configura cuando los errores de apreciación probatoria son de tal magnitud que pueden advertirse de manera evidente y flagrante, “sin que quepa margen de objetividad alguno que permita explicar razonablemente la conclusión a la cual llegó el Tribunal de Arbitramento”. Así mismo, determinó que el yerro debía ser de tal trascendencia que, si no se hubiera incurrido en él, el sentido del fallo sería completamente opuesto.<sup>298</sup>

Si bien los presupuestos señalados en esta jurisprudencia siguen la línea jurisprudencial trazada en decisiones anteriores, en este caso la Corte Constitucional transgrede los límites impuestos por su misma jurisprudencia, al entrar a valorar nuevamente la pruebas y arrojar una decisión contraria a la proferida por la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia y la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, respectivamente, instancias en las que la tutela había sido denegada. A efectos de ilustrar lo aquí planteado, se destaca lo manifestado por la Corte:

Para el caso concreto la Sala encuentra que el Tribunal de Arbitramento conformado para dirimir las controversias entre Conhydra S.A. ESP, el Municipio de Turbo y Aguas de Urabá S.A. ESP incurrió en una vía de hecho por defecto probatorio, ya que realizó una interpretación irrazonable y ostensiblemente equivocada de las pruebas obrantes en el expediente y en especial

---

<sup>297</sup> Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 27 de mayo de 2015. (expediente 52930). La Sala declaró infundado el recurso extraordinario de anulación interpuesto por el IDU, contra el laudo que se profirió el 06 de noviembre de 2014, invocando la causal 6ª del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998.

<sup>298</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-466 de 2011.

de los dictámenes periciales practicados durante el trámite arbitral, porque dedujo de aquellos, sin que fuera objetivamente posible hacerlo, el monto de la obligación de pagar las “pérdidas operativas” no imputables a la gestión del operador.<sup>299</sup>

El resultado de este fallo denota una verdadera revisión del fondo del litigio en el ámbito de lo probatorio y una decisión propia de una segunda instancia, ya que se adentra en el análisis de los elementos de prueba allegados al proceso, tales como el dictamen pericial, sus diferentes anexos, la pericia decretada para resolver la objeción por error grave y otras documentales, desnaturalizando así el hecho de que el error que da lugar a una vía de hecho debe ser protuberante y aparecer de bulto abiertamente irrazonable.

Más recientemente, la Corte Constitucional en la sentencia SU-556 de 2016, arriba referida, concedió el amparo frente a un laudo arbitral en el que se debatieron aspectos relacionados con el alcance de una póliza de seguros global bancaria y el cubrimiento del riesgo regulatorio al que estaba sometido el Banco de la República, y desestimó la procedencia de la acción constitucional contra la sentencia que decidió el recurso de nulación. Frente a la primera providencia, el accionante en sede de tutela cuestionaba los siguientes aspectos:

En primer lugar, la supuesta incursión en un defecto sustantivo, por cuanto dejó de aplicar los términos del negocio y la normatividad aplicable en la materia.<sup>300</sup> De acuerdo con el accionante, estas normas indicaban objetivamente que entre los servicios bancarios del Banco Central se encuentra el regulatorio y, por tanto, en ausencia de una exclusión expresa, el riesgo por el ejercicio de esta función estaba claramente cubierto por la póliza global bancaria. No obstante, tanto las aseguradoras como el tribunal arbitral accionado señalaron que en el laudo se dio

---

<sup>299</sup> Colombia. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-466 de 2011.

<sup>300</sup> En particular, los artículos 371 a 373 de la Constitución, 1058 del Código de Comercio y 1620, 1622 y 1624 inciso 2 del Código Civil.

aplicación a las normas referidas, pero con un sentido distinto, por lo que la conclusión a la que se llegó fue la contraria a la alegada por el accionante.<sup>301</sup>

En segundo lugar, sostuvo que el laudo presentaba un defecto fáctico, originado en una valoración manifiestamente defectuosa de las pruebas, que fue determinante en la decisión, pues llevó al tribunal arbitral a concluir la existencia de una duda insuperable, pese a que había suficientes elementos de juicio para determinar el alcance del amparo. Por su parte, los accionados señalaron que el laudo no incurrió en el defecto fáctico imputado, por cuanto en sus consideraciones se abordaron individualmente y en conjunto todas las pruebas referidas, y se mostró por qué no tenían poder demostrativo suficiente para determinar el alcance del amparo, o el acuerdo efectivo de voluntades sobre el cubrimiento del riesgo regulatorio.

Finalmente, el Banco aseguró que el negocio que había originado la controversia arbitral no daba lugar a duda alguna, y si la había era por cuenta de las cláusulas dictadas por las aseguradoras. Estas últimas y el tribunal arbitral sostuvieron que en el laudo se había aplicado la legislación de forma razonable.

Frente a estos tres cuestionamientos, la Corte Constitucional se plantea una serie de problemas jurídicos que denotan en gran medida su intención de abordar las cuestiones desde un punto de vista sustantivo, eminentemente de fondo, y que a todas luces desborda el alcance de la función del juez de tutela.<sup>302</sup>

---

<sup>301</sup> En virtud de esta interpretación, en el laudo se llegó a la conclusión de que en ausencia de una caracterización de los servicios bancarios del Banco Central no había claridad en torno al alcance del amparo, y esa duda debía resolverse, en virtud de la configuración bilateral del negocio, a favor del deudor.

<sup>302</sup> Primer problema jurídico planteado por la Corte: *“¿Presenta un laudo arbitral defectos sustantivos violatorios del derecho al debido proceso, cuando concluye que una póliza que asegura el riesgo por responsabilidad derivada de los servicios bancarios prestados por el Banco Central no cubre el riesgo originado en sus funciones regulatorias, en un contexto en el cual la póliza no contiene una especificación de los servicios bancarios del Banco, no excluye ese riesgo expresamente, en uno de sus segmentos establece que sus funciones constitucionales como Banco Central son bancarias, y la Constitución establece que el Banco Central ejerce como “funciones básicas [...] regular la moneda, los cambios internacionales y el crédito”?”*

En este orden de ideas, aborda el problema de la compatibilidad del laudo arbitral con los preceptos constitucionales, analizando, en primera instancia, los presupuestos fundamentales del laudo. Así, determinó que el tribunal arbitral había concluido la existencia de una duda insuperable en el ámbito de cobertura del amparo de la póliza de indemnización profesional, que esa duda era insuperable con arreglo a los medios de prueba y que, por consiguiente, aplicó una norma, el artículo 1624 del Código Civil, cuyo supuesto de hecho es una situación de duda por ambigüedad.<sup>303</sup>

Para el alto tribunal constitucional, la conclusión a la que llegaron los árbitros sobre el dudoso ámbito de cobertura del amparo de la póliza se debió, en primer lugar, a “defectos trascendentales en su apreciación y razonamiento sobre el contenido del contrato, y en la aplicación de la Constitución a la interpretación del negocio jurídico”. En segundo lugar, entendió que el carácter insuperable de la duda se había originado en una valoración “manifiestamente defectuosa de los elementos probatorios”. Por consiguiente, la consecuencia de aplicar un artículo que determina la necesidad de interpretar las cláusulas ambiguas a favor del deudor resultaba a todas luces irrazonable, de modo que, en definitiva, para la Corte, el asunto se resolvió con fundamento en una disposición legislativa claramente inaplicable.

---

Segundo problema jurídico planteado por la Corte: “¿Incorre en un defecto fáctico violatorio del derecho al debido proceso un laudo arbitral, cuando concluye que un riesgo no está claramente cubierto por una póliza y en consecuencia que hay una duda insuperable al respecto, en un contexto en el cual el Tribunal primero valora uno por uno los medios de prueba, y después de determinada su contribución al esclarecimiento de los hechos extrae una conclusión de conjunto?”

Tercer problema jurídico planteado por la Corte: “¿Un laudo arbitral que debe expedirse en derecho vulnera el debido proceso cuando aplica una norma legal que resuelve las dudas a favor del deudor, en el contexto de una controversia originada en un contrato de seguro?”

<sup>303</sup> ARTICULO 1624. INTERPRETACION A FAVOR DEL DEUDOR. No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor. Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella.

Estas conclusiones resultan luego de que la Corte Constitucional reabrió la discusión sobre los alcances de los elementos del negocio jurídico y sobre la interpretación dada a los documentos sometidos a consideración del tribunal arbitral; así mismo, retomó el debate probatorio que tuvo lugar en el seno del tribunal, con lo que efectivamente se comportó como un tribunal de instancia que malinterpretó los alcances que la jurisprudencia ha otorgado a los jueces constitucionales para abordar su función de controlar los fallos judiciales y concretamente los laudos arbitrales. En tal virtud, se consideran ajustados los argumentos esgrimidos en el salvamento de voto del magistrado Alejandro Linares Cantillo, quien entendió que en este caso concreto no se configuraban las condiciones generales y especiales, necesarias para que procediera la tutela en contra de laudos arbitrales.

En primer término, el mencionado salvamento dispuso:

En conclusión, quisiera destacar que si bien la jurisprudencia constitucional ha previsto la procedencia excepcional de la acción de tutela contra laudos arbitrales, ésta no puede convertirse en un instrumento para reabrir, por la puerta de atrás, las discusiones propias del tribunal de arbitramento o para por esta vía modificar el alcance del recurso de anulación o desconocer sus efectos, tal como sucedió en el presente caso, pues al considerar que la tutela era procedente, la decisión terminó resolviendo un asunto netamente comercial, en el que el problema jurídico consistía en la identificación de la intención de las partes de un contrato de seguros y en la aplicación de la regla de interpretación favorable al acreedor o en contra de quien redactó la cláusula confusa.<sup>304</sup>

Como resulta evidente del análisis de la jurisprudencia bajo estudio, el aspecto más discutible es que, al carecer el debate de relevancia constitucional y tratarse de un tema eminentemente interpretativo en el ámbito de lo civil y de lo comercial, la decisión de la Corte Constitucional de adentrarse en el fondo del juzgamiento del tribunal arbitral constituye, en la práctica, la mutación de una acción de carácter

---

<sup>304</sup> Colombia. Corte Constitucional. Salvamento de voto Sentencia SU-556 de 2016 (magistrado Alejandro Linares Mantilla; octubre 13 de 2016).

constitucional a un mecanismo de carácter ordinario para la impugnación de laudos o decisiones arbitrales. Este argumento, relativo a la poca rigurosidad que los jueces constitucionales, en ocasiones, le imprimen a la figura de la “relevancia constitucional” para el estudio de casos por vía de tutela, ha generado espacios de crítica al fenómeno mismo de la constitucionalización del derecho privado, lo que en últimas se constituye en una herramienta para deslegitimar tan importante instrumento.<sup>305</sup>

Tal como se ha expresado, sentencias como la SU-174 de 2007 han resaltado el hecho de que la procedencia de las acciones de tutela contra los laudos arbitrales debe estar precedida de un análisis muy riguroso, ya que resulta a todas luces contradictorio que las partes puedan optar por derogar de manera temporal la competencia de los jueces estatales, para posteriormente abrir una puerta que permita que otros estamentos jurisdiccionales revisen el fondo de lo decidido.

En este mismo sentido, el magistrado Linares Cantillo sentó su posición alrededor de este punto pues, en su criterio, si bien la aplicación errada de una norma positiva al caso concreto puede conllevar un defecto sustantivo, la procedencia de la acción de tutela debe estar precedida de un análisis sobre la mencionada relevancia constitucional, pues, de lo contrario, el mecanismo de amparo tendería a convertirse en un recurso de casación, que estaría abierto a prosperar en todo caso en que el criterio interpretativo del árbitro para aplicar las disposiciones fuese

---

<sup>305</sup> “El estudio adecuado de este elemento implica entender que a pesar de que la fuerza normativa de la Constitución Política haya permeado, moldeado y guiado todas las ramas del derecho, la constitucionalización del mismo no es un argumento suficiente para que cualquier litigio desatado ante los jueces competentes en lo arbitral, lo civil, laboral, de familia o de lo contencioso administrativo, por ejemplo, tengan necesariamente relevancia constitucional. Un entendimiento contrario, o un examen superfluo de esta condición, harían que la acción de tutela mute de un mecanismo subsidiario para proteger derechos fundamentales, en una instancia ordinaria más para controvertir cualquier decisión arbitral o judicial. La exigencia de relevancia constitucional que justifica la intervención, no puede ser genérica, sino que debe ser específica, lo que ocurriría cuando se desconocen absolutamente las normas legales o se vulnera de manera evidente un derecho fundamental”. Colombia. Corte Constitucional. Salvamento de voto Sentencia SU-556 de 2016.



diferente al del juez de protección de derechos fundamentales. Así concluyó el magistrado Linares el mencionado salvamento de voto:

considero necesario destacar que la forma argumental de la sentencia de la cual me aparto, evidencia aún más que el juez de tutela no fungió como garante de los derechos fundamentales, en los estrictos y precisos términos del numeral 9º del artículo 241 Superior, sino como un verdadero juez de instancia dentro del proceso arbitral.<sup>306</sup>

Sobre este particular es menester anotar que la exigencia de la especial trascendencia constitucional, como un requisito para admitir la revisión de pronunciamientos judiciales en sede amparo, ha sido fundada en los modelos constitucionales alemán y español que, a grandes rasgos, legitiman la intervención del juez constitucional cuando: 1) La materia verse sobre un derecho fundamental sobre el que no se haya establecido doctrina; 2) Se estime oportuno aclarar o variar su criterio; 3) Surjan realidades sociales o cambios normativos relevantes que demanden la configuración de un derecho fundamental; 4) La vulneración del derecho fundamental provenga de la ley u otras disposiciones; 5) La jurisprudencia constitucional esté siendo desconocida o malinterpretada de manera reiterada por los entes jurisdiccionales; 6) Un órgano judicial desacate abiertamente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; y 7) El caso sea de tal trascendencia que adquiere una gran relevancia social, económica o política.<sup>307</sup>

En tal sentido, es posible afirmar que el involucramiento en sede de tutela de asuntos que no conllevan dicha trascendencia constitucional, aunado a la revisión en esta instancia de aspectos de fondo de las decisiones arbitrales impugnadas, profundiza aún más la efectiva limitación a la autonomía del arbitraje que plantea la procedencia de las acciones constitucionales de amparo.

---

<sup>306</sup> Colombia. Corte Constitucional. Salvamento de voto Sentencia SU-556 de 2016.

<sup>307</sup> Hernando Herrera Mercado. *La impugnación de los laudos arbitrales. Análisis legal y jurisprudencial* (Bogotá: Legis Editores S. A., 2014), 278.

## **2. Incidencia de las normas de la Comunidad Andina de Naciones en la ampliación del alcance del recurso de anulación y en la autonomía del arbitraje**

La más influyente doctrina en materia arbitral ha reconocido que el momento más oportuno para revisar la juridicidad de las decisiones arbitrales es el de la emisión del laudo final, y que la existencia de controles judiciales se constituye en corolario de las jurisdicciones favorables al arbitraje, en las que las Cortes se encuentran apartadas de cualquier intervención durante el curso del trámite. Más aún, es posible entender que el principio *kompetenz-kompetenz*, mediante el que los árbitros tienen total autonomía para juzgar sobre su propia competencia, solo puede justificarse en la medida que existan controles jurisdiccionales que permitan, una vez finalizado el arbitraje, someter dichas decisiones al control de los tribunales estatales y confirmar o dejar sin efecto los proveídos adoptados en el mencionado escenario.<sup>308</sup>

En tal sentido, el recurso de anulación se ha convertido en un instrumento fundamental para el desarrollo del arbitraje, ya que permite que exista un balance entre la independencia de la actividad arbitral y el respeto por las garantías mínimas de quienes concurren a él. Un ejemplo que ilustra la importancia de este instrumento es el de la legislación belga de 1985; en dicha normatividad se estableció que los tribunales de ese Estado solo podían conocer recursos de nulidad de laudos proferidos en su territorio, cuando por lo menos una de las partes de la disputa fuera un individuo con nacionalidad belga, un residente de ese país, o cuando se tratara de una entidad constituida o con vínculos societarios con Bélgica. Como se observa, la norma excluía de plano la posibilidad de impugnar laudos arbitrales ante los tribunales cuando las partes no cumplieren con los requisitos señalados, situación que no resultó exitosa y tuvo que ser modificada en 1998, cuando se estableció que la exclusión del recurso no fuera automática sino

---

<sup>308</sup> Gaillard y Savage, *Fouchard, Gaillard, Goldman...*

precedida de una clara manifestación de voluntad de los intervinientes en el trámite arbitral.<sup>309, 310</sup>

En Colombia, el Consejo de Estado también ha reconocido en múltiples ocasiones<sup>311</sup> la importancia del recurso de anulación y su carácter garantista de los derechos de las partes involucradas en el trámite arbitral. Sobre el particular, el máximo tribunal de lo contencioso administrativo ha dispuesto:

También se ha resaltado que la naturaleza extraordinaria y excepcional del recurso de anulación del laudo arbitral, así como su finalidad primordial tendiente a proteger la garantía fundamental al debido proceso, hacen que éste sólo sea procedente por vicios procedimentales o in procedendo, más no de juzgamiento o in iudicando y con fundamento en las causales expresa y taxativamente señaladas en la ley, tanto para impugnar laudos proferidos por Tribunales de Arbitramento Nacionales como para los de carácter internacional.<sup>312</sup>

---

<sup>309</sup> Alberto Zuleta Londoño, “La renuncia al recurso de anulación contra el laudo en el arbitraje comercial”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, n.º (2011): 245-261, [http://iea.ec/pdfs/2011/Art\\_Alberto\\_Zuleta.pdf](http://iea.ec/pdfs/2011/Art_Alberto_Zuleta.pdf)

<sup>310</sup> Otra razón por la que se optó por la modificación normativa en Bélgica y en otros países que preveían fórmulas similares, radicó en el hecho de que los llamados laudos “flotantes” o “anacionales” resultaban de difícil reconocimiento por vía de la Convención de Nueva York. Según Gaillard: “[T]he theory according to which arbitral awards that cannot be challenged at the seat of the arbitration do not benefit from the protection of the New York Convention in other countries, on the ground that the award is insufficiently anchored in a national legal order for it to be considered as ‘foreign’, is today generally rejected by most authors”. Emmanuel Gaillard, *Legal Theory of International Arbitration* (Leiden: Martinus Nijhoff, 2010), 194.

<sup>311</sup> Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de mayo 15 de 1992 (expediente 5326); Sentencia de noviembre 12 de 1993 (expediente 7809); Auto de junio 16 de 1994 (expediente 6751); Sentencia de octubre 24 de 1996 (expediente 11632); Sentencia de mayo 18 de 2000 (expediente 17797); Sentencia de agosto 23 de 2001 (expediente 19090); Sentencia de junio 20 de 2002 (expediente 19488); Sentencia de julio 4 de 2002 (expediente 21217); Sentencia de julio 4 de 2002 (expediente 22.012); Sentencia de agosto 10 de 2002 (expediente 21041); Sentencia de noviembre 25 de 2004 (expediente 25560); Auto de abril 28 de 2005 (expediente 25811); Auto de junio 8 de 2006 (expediente 32398); Auto de diciembre 4 de 2006 (expediente 32871); Sentencia de mayo 21 de 2008 (expediente 33643); y Sentencia de mayo 13 de 2009 (expediente 34525), entre otras.

<sup>312</sup> Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 10 de diciembre de 2015 (expediente 53165). Mediante esta sentencia el Consejo de Estado

Adicionalmente, esta Corporación ha señalado que el recurso de anulación en nuestro país tiene una naturaleza particular, diversa a la concebida en jurisdicciones como la española, dado el carácter inescindible del trámite arbitral propiamente dicho, por cuanto entiende que se trata de un recurso judicial, un medio de impugnación *sui generis* con una regulación específica, que no puede ser autónomo e independiente del trámite arbitral donde se ha de proferir el laudo que será objeto de impugnación. Al respecto señaló:

Las referencias doctrinarias del caso español deben ser consideradas dentro del contexto de su ordenamiento jurídico vigente en donde es claro que (...) el legislador calificó la anulación de laudos como una acción, de donde se deriva, entonces, todas las consideraciones plausibles en torno a su autonomía respecto del procedimiento arbitral. (...) En el caso colombiano se avizora un panorama notoriamente diverso al español en tanto que la Ley 1563 de 2012, así como la normativa compilatoria anterior del Decreto 1818 de 1998 califican expresamente la anulación de laudos como un recurso judicial, de manera que, no sería posible, atribuirle a éste una condición diferente a la otorgada por el legislador.<sup>313</sup>

---

decide sobre un recurso de anulación interpuesto por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG- contra el laudo arbitral del 4 de diciembre de 2014 proferido por el Tribunal de Arbitramento constituido con el fin de dirimir las controversias originadas entre la Fundación Oftalmológica de Santander FOSCAL, Caja Santandereana de Subsidio Familiar CAJASAN, Clínica Santa Ana S.A, Sociedad Clínica Valledupar, por una parte, y el Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG, con ocasión del Contrato de Prestación de Servicios Médico-Asistenciales No. 1122-14-08. El demandante argumenta que en el proceso arbitral se dejaron de decretar pruebas sin fundamento legal y el laudo fue dictado después de vencido el término fijado para el proceso o su prórroga. El Consejo de Estado resuelve declarar infundado el recurso de anulación interpuesto.

<sup>313</sup> Colombia. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 6 de junio de 2013, exp. 45.922. En dicha providencia se precisa que “(...) para que no se diga que la ley colombiana establece una tesis singular al respecto, basta hacer una breve revisión de lo que sobre este punto consideró la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional – UNCITRAL – CNUDMI en su Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional, en el artículo 34, redactado en términos similares a los de la ley colombiana”.

Así, concluye la Sección Tercera del Consejo de Estado:

Las disposiciones citadas, permiten a la Sala afirmar sin hesitación alguna que, en el ordenamiento jurídico colombiano la anulación de laudos arbitrales está instituido como un recurso judicial, de manera que, las características especiales de las cuales está dotado este medio de impugnación no pueden llevar a la conclusión equivocada según la cual se trata de una acción autónoma y por entero independiente del proceso arbitral en donde se profiere el laudo que será materia de la impugnación, pues, en tanto que participa de la naturaleza de recurso judicial, es claro que su interposición y ejercicio sólo puede darse dentro del proceso arbitral en donde se ha producido el laudo que mediante él será cuestionado y sin que el hecho de que otro juez conozca y decida la anulación mute su naturaleza de recurso en acción.<sup>314</sup>

Visto lo anterior, ha de entenderse que independiente de la naturaleza que se le otorgue al recurso de anulación, este se constituye, por regla general, en una sana garantía de equilibrio que permite someter a debate algunos aspectos de la tramitación arbitral, pero que exceptúa la revisión de los aspectos de fondo que dieron origen a la decisión final. Así se ha comprendido en la mayoría de los ordenamientos jurídicos.<sup>315</sup>

Ahora bien, en el arbitraje doméstico en Colombia las vías extraordinarias de impugnación de las decisiones arbitrales no se agotan en el recurso de anulación,<sup>316</sup>

---

<sup>314</sup> Colombia. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 6 de junio de 2013, exp. 45.922.

<sup>315</sup> Palao Moreno resume este postulado en los siguientes términos: “Uno de los elementos característicos de los actuales sistemas estatales de arbitraje en América Latina es la limitación de posibilidades de recurso frente al laudo arbitral (a diferencia de lo que era una práctica habitual de trasladar las posibilidades de recurso propio de las sentencias judiciales, comprometiendo la independencia del propio arbitraje). De este modo, siguiendo también lo establecido en la Ley Modelo de 1985, en los países analizados y de modo generalizado (aun cuando las diferencias entre ellos sean notables en esta materia, como ocurre con los plazos), se suele admitir la acción de nulidad contra el laudo como única vía de recurso, siendo también equivalentes (en gran medida) los motivos que se contemplan en los textos de origen interno a los presentes en la Ley Modelo de la CNUDMI de 1985”. Palao Moreno, “Nuevas tendencias en materia de arbitraje comercial internacional en América Latina”.

<sup>316</sup> Ley 1563 de 2012, artículo 40.

sino que, por cuenta del carácter eminentemente jurisdiccional de la figura y de sentencia judicial del laudo arbitral, estas se extienden al recurso extraordinario de revisión.<sup>317, 318</sup> Esto constituye otra incorporación al sistema arbitral de una figura propia del derecho procesal, que socava el principio de la autonomía tantas veces referido en la presente obra.

---

<sup>317</sup> Ley 1563 de 2013. ARTÍCULO 45. RECURSO DE REVISIÓN. Tanto el laudo como la sentencia que resuelva sobre su anulación, son susceptibles del recurso extraordinario de revisión por las causales y mediante el trámite señalado en el Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, quien tuvo oportunidad de interponer el recurso de anulación no podrá alegar indebida representación o falta de notificación. Cuando prospere el recurso de revisión, la autoridad judicial dictará la sentencia que en derecho corresponda.

<sup>318</sup> Código General del Proceso. ARTÍCULO 355. CAUSALES. Son causales de revisión:

1. Haberse encontrado después de pronunciada la sentencia documentos que habrían variado la decisión contenida en ella, y que el recurrente no pudo aportarlos al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.
2. Haberse declarado falsos por la justicia penal documentos que fueron decisivos para el pronunciamiento de la sentencia recurrida.
3. Haberse basado la sentencia en declaraciones de personas que fueron condenadas por falso testimonio en razón de ellas.
4. Haberse fundado la sentencia en dictamen de perito condenado penalmente por ilícitos cometidos en la producción de dicha prueba.
5. Haberse dictado sentencia penal que declare que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia recurrida.
6. Haber existido colusión u otra maniobra fraudulenta de las partes en el proceso en que se dictó la sentencia, aunque no haya sido objeto de investigación penal, siempre que haya causado perjuicios al recurrente.
7. Estar el recurrente en alguno de los casos de indebida representación o falta de notificación o emplazamiento, siempre que no haya sido saneada la nulidad.
8. Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y que no era susceptible de recurso.
9. Ser la sentencia contraria a otra anterior que constituya cosa juzgada entre las partes del proceso en que aquella fue dictada, siempre que el recurrente no hubiera podido alegar la excepción en el segundo proceso por habersele designado curador ad litem y haber ignorado la existencia de dicho proceso. Sin embargo, no habrá lugar a revisión cuando en el segundo proceso se propuso la excepción de cosa juzgada y fue rechazada.

**a) Caso Comcel S.A. vs. Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá  
– E.T.B. S.A. E.S.P.**

El punto que más llama la atención en este apartado no es el referente a la incorporación al arbitraje, por vía legal, de recursos diferentes al de anulación, sino la incorporación por vía jurisprudencial de nuevas causales de anulación no previstas en el ordenamiento jurídico arbitral. El caso que motivó esta regla tuvo origen en la controversia *Comcel S.A. vs. Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá – E.T.B. S.A. E.S.P.*<sup>319</sup>

El 15 de diciembre de 2006, los tribunales arbitrales integrados para resolver las diferencias surgidas entre *Comunicación Celular S.A. Comcel S.A. vs. E.T.B., Comcel – Celcaribe S.A. vs. E.T.B. y Ocel S.A. vs. E.T.B.* profirieron sendos laudos en los que resultó condenada la entidad estatal. Acto seguido, la ETB presentó recursos de anulación alegando varias de las causales dispuestas en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, vigente para la época. Particularmente, la accionante fundó su petición en la causal consistente en la nulidad absoluta del pacto arbitral por objeto o causa ilícita, pues el laudo se había proferido sin que el tribunal gozara de jurisdicción ni competencia, dado que las controversias sometidas ante el tribunal debían ser de conocimiento exclusivo de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones. De igual manera, cabe resaltar la referencia a la causal consistente en que el laudo hubiere recaído sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros y por haberse concedido más de lo pedido, dado que, según el recurrente, los árbitros habían declarado un incumplimiento de la E.T.B. que jamás se solicitó, y que el laudo se había ocupado de materias no arbitrables, proscritas para la jurisdicción arbitral. A la postre, los recursos de anulación interpuestos fueron declarados infundados y los laudos quedaron en firme.<sup>320</sup>

---

<sup>319</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. *Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá vs. La República de Colombia*. Proceso AI-003-2010 de 26 de agosto de 2011.

<sup>320</sup> Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 01 de febrero de 2008, expediente 33644; Sentencia de 27 de marzo de 2008, expediente 33645; Sentencia de 21 de mayo de 2008, expediente 33643.

Con estos antecedentes, la entidad pública acudió ante el Tribunal Andino de Justicia para iniciar una acción en contra de la República de Colombia por el incumplimiento, por parte del Consejo de Estado, de las disposiciones relativas a la interpretación prejudicial de las normas del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en la medida que el debate giraba en torno a procesos de integración y liberalización del comercio de servicios de telecomunicaciones contenidos en la Decisión 462 y la Resolución 432 del ordenamiento supranacional. Según la normatividad Andina, las disposiciones relativas a la prejudicialidad tienen un contenido procesal que conlleva la obligación del juez doméstico de decretar la suspensión del procedimiento interno, solicitar al Tribunal comunitario la interpretación de las citadas normas y así asegurar su aplicación uniforme.<sup>321</sup>

Argumentando que el recurso de nulidad es un procedimiento de única instancia y que el tribunal arbitral también omitió aplicar la solicitud de interpretación, el Tribunal Andino entendió que en virtud de las normas comunitarias no era posible dictar sentencia y que se había configurado una clara violación al debido proceso, que conllevaba la necesidad de anular la decisión del juez colombiano. En consecuencia, el Consejo de Estado se vio en la obligación de dejar sin efecto las tres sentencias en las que declaró infundado el recurso de nulidad, así como de anular los laudos arbitrales en los que la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. había resultado condenada.

---

<sup>321</sup> Artículo 32. Corresponderá al Tribunal interpretar por vía prejudicial las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros.

Artículo 33. Los jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, podrán solicitar, directamente, la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recursos en derecho interno. Si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que hubiere recibido la interpretación del Tribunal, el juez deberá decidir el proceso.

En todos los procesos en los que la sentencia no fuere susceptible de recursos en derecho interno, el juez suspenderá el procedimiento y solicitará directamente de oficio o a petición de parte la interpretación del Tribunal. Comisión de la Comunidad Andina. Decisión 472. Codificación del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Bolivia, 28 de mayo de 1996.



**b) Caso *Telmex Colombia S.A. – UNE E.P.M. Comunicaciones vs. Dimayor*** <sup>322</sup>

Mediante laudo proferido el 03 de diciembre de 2015, un tribunal arbitral se pronunció sobre el contrato formado a partir de la aceptación táctica de la oferta comercial para la licencia de los derechos de transmisión y comercialización de los partidos del fútbol profesional colombiano, formulada por la División Mayor del Fútbol Colombiano (Dimayor) a las convocantes referidas en el título de este aparte. El mencionado laudo declaró que la Dimayor había incumplido el contrato de opción preferente que acordó con Telmex y UNE-EPM y, consecuentemente, la condenó al pago de unas sumas de dinero consistentes en una pena pecuniaria pactada en el contrato y al pago de intereses moratorios, además de las costas judiciales.

La Dimayor solicitó ante la Sección Tercera del Consejo de Estado la anulación del laudo arbitral, alegando, entre otras razones, la “causal de anulación por omisión del deber de solicitar la interpretación prejudicial de las normas comunitarias andinas aplicables al caso”, por tener el derecho comunitario andino prevalencia, preeminencia, aplicación directa y efecto inmediato en el ordenamiento jurídico colombiano.

En tal propósito, señaló la parte accionante que los derechos que se derivan de la organización de partidos dentro de un campeonato de fútbol son derechos de autor y que, en consecuencia, se encuentra en juego la normatividad contenida en la Decisión 351 de la Comunidad Andina “Régimen Común sobre Derecho de autor y Derechos Conexos”.<sup>323</sup>

---

<sup>322</sup> Colombia. Consejo de Estado, Sentencia de 10 de noviembre de 2016, expediente 56845.

<sup>323</sup> Detalló que de la Decisión 351 son relevantes las disposiciones normativas contenidas en los artículos 3°, 13, 15 y 31. El primero de estos deviene relevante por cuanto allí se recogen las definiciones de “emisión” y “retransmisión”, lo que tiene relación con el contrato pactado entre las partes pues el objeto de este involucra el licenciamiento de derechos para la emisión y retransmisión, entre otras, de los partidos del FPC; el segundo versa sobre el derecho exclusivo que tiene el autor de realizar, autorizar o prohibir la reproducción de la obra o la comunicación pública

Planteada la referida problemática, el Consejo de Estado procedió a realizar un análisis sobre los alcances de los acuerdos internacionales de integración de los mercados y el carácter vinculante de la normatividad supranacional en el ámbito del derecho interno, así como sobre la importancia que tiene el derecho comunitario en términos de su interacción con las instituciones del Estado Parte, dado que en dicho ordenamiento se plantea una transferencia de competencias propias de las autoridades nacionales a instancias de decisión comunitaria, que implica que los Estados adquieren derechos y contraen obligaciones de hacer y de no hacer respecto de los demás países asociados al sistema.

En particular, señaló la máxima Corporación de lo contencioso administrativo, que el inciso primero del artículo 4° del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina dispone que los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Además, en lo atinente a las obligaciones de no hacer, sostuvo que el inciso segundo del mismo precepto establece que los Estados Miembros de la Comunidad se comprometen a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación, y refiere un pronunciamiento del Tribunal Andino de Justicia en el que sostiene:

Por la primera de las obligaciones citadas, los Países Miembros adquieren el compromiso de adoptar toda clase de medidas —sean de tipo legislativo, judicial, ejecutivo, administrativo o de cualquier otro orden— que contengan manifestaciones de voluntad del Estado expresadas en leyes, decretos, resoluciones, decisiones, sentencias o en general actos de la administración, destinados a garantizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario.

---

de la misma, siendo el artículo 15 el que se encarga de definir lo que se comprende por “comunicación pública”. Finalmente, el último de los preceptos alude a que toda transferencia de derechos patrimoniales “se entenderán limitadas a las formas de explotación y demás modalidades pactadas expresamente en el contrato respectivo”, siendo relevante este precepto toda vez que fija un criterio hermenéutico restrictivo sobre los límites de la explotación de los derechos de autor licenciados en este caso por Dimayor a La Alianza.

Por la segunda, deben abstenerse de adoptar toda medida, o de asumir cualquier conducta que pueda contrariar u obstaculizar dicho ordenamiento. Por lo demás, lo dicho abarca también los niveles regionales y descentralizados del Estado y, por supuesto, a los particulares nacionales de dichos Estados, quienes también son sujetos de tal ordenamiento en las materias que lo conforman.<sup>324</sup> [Subrayas en el texto]

Así, entiende el Consejo de Estado que cuando existe contradicción entre una norma del Tratado y una del sistema interno de alguno de los Estados Miembros, debe darse prelación en la aplicación de la primera sobre la segunda. Esta circunstancia no implica la obligación de derogar la norma interna, dado que esta tiene aptitud para regular otros asuntos no contemplados en las disposiciones comunitarias, pero sí conlleva la necesidad de inaplicarla, en todo o en parte, o de condicionar su interpretación de tal manera que el sentido que se le atribuya para el caso concreto resulte respetuoso del entorno normativo de la Comunidad Andina. El no acatamiento de estos presupuestos puede comprometer la responsabilidad internacional del Estado Miembro, lo que se traduce en la posibilidad de que se instaure en su contra la acción de incumplimiento ante el Tribunal Andino de Justicia.<sup>325</sup>

En consecuencia, tras un análisis de fondo sobre el alcance y contenidos del derecho comunitario andino, la Sala de lo Contencioso Administrativo concluyó que este se sustenta en tres grandes principios, a saber: i) es un derecho que se integra automáticamente al ordenamiento jurídico interno y su aplicación es directa e inmediata; ii) hace parte del orden jerárquico del ordenamiento jurídico interno con rango de primacía; y iii) es un sistema susceptible de crear, por él mismo, derechos y obligaciones que pueden invocarse por los tribunales.

---

<sup>324</sup> Citado en: Colombia. Consejo de Estado, Sentencia de 10 de noviembre de 2016, expediente 56845.

<sup>325</sup> Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores. Decisión 500. Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Artículo 107. Objeto y Finalidad. La acción de incumplimiento podrá invocarse ante el Tribunal con el objeto de que un País Miembro, cuya conducta se considere contraria al ordenamiento jurídico comunitario, dé cumplimiento a las obligaciones y compromisos contraídos en su condición de miembro de la Comunidad Andina.

En relación con este último punto llama la atención que el Consejo de Estado advirtió que, tal como sucedió con la sentencia de agosto de 2011, arriba citada, “es posible extraer por el Consejo de Estado una causal tendiente a dejar sin efectos decisiones judiciales y la nulidad de laudos arbitrales, diferentes a las ordinarias, que se integra al sistema normativo colombiano.”<sup>326</sup>

Frente a la aplicación de las normas comunitarias en el ámbito doméstico, el Tribunal Andino de Justicia ha precisado que recae en el juez nacional la carga de determinar si en cada caso procede o no la interpretación prejudicial obligatoria, y que el simple hecho de que se citen dichas normas no da lugar a que el juez decida automáticamente formular la solicitud de interpretación.<sup>327</sup> En este orden de ideas, precisó la Sección Tercera del Consejo de Estado:

El concepto de aplicación dice relación con la observancia directa y concreta (no hipotética o eventual) de las normas comunitarias en la resolución del caso planteado, lo cual reconduce, indefectiblemente a tomar en consideración la base fáctica sobre la que se planteó el litigio, lo pretendido y lo excepcionado por los sujetos procesales que intervienen en la causa, haciendo énfasis que tales posiciones jurídicas deben ser valoradas no a partir de un criterio formal (si se citó o no normas comunitarias en el pleito) sino sustancial, esto es, atendiendo a si tales disposiciones comunitarias deberían (o no) integrar uno de los problemas o sub-problemas jurídicos que debe desentrañar el Juez Nacional a la hora de sentenciar la causa. Si del resultado de tal examen se sigue que una o varias disposiciones comunitarias emergen como relevantes para el caso o, cuanto menos, plantean al operador jurídico una duda objetiva y razonable sobre su aplicación, habrá lugar a predicar el deber de solicitar la consulta prejudicial. (...) Similar cuestión debe predicarse respecto de los términos “se controvierta alguna de las normas”, lo que dice relación con una particularidad propia de cualquier discusión jurídica donde, entre otras, los partícipes deliberan sobre si

---

<sup>326</sup> Colombia. Consejo de Estado, Sentencia de 10 de noviembre de 2016, expediente 56845.

<sup>327</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones. Sentencia de 26 de febrero de 1991. Proceso 2-IP-91.

determinado evento fáctico admite ser comprendido dentro del marco de una norma jurídica.<sup>328</sup>

En lo que corresponde al caso objeto de estudio, previo análisis pormenorizado del alcance de las cláusulas del contrato, el Consejo de Estado entendió que la disputa entre las partes giraba alrededor del régimen de los derechos de autor y derechos conexos, y que dicho ámbito normativo se encontraba regulado y enmarcado por el régimen comunitario, cuyo fin es brindar protección sobre todas las obras literarias, artísticas y científicas que puedan reproducirse o divulgarse por cualquier forma o medio. Así, encontró el juez de anulación que el derecho licenciado por Dimayor a Telmex y EPM UNE podría ser comprendido y protegido a la luz de la Decisión No. 351 de 1993 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.<sup>329</sup>

En vista de lo anterior, y tomando en cuenta que el papel del máximo tribunal de lo contencioso administrativo se concreta en una labor de control formal del laudo arbitral, este organismo dispuso que su competencia, de acuerdo a la jurisprudencia comunitaria, se circunscribe a verificar si dadas las condiciones objetivas del pleito y los derechos en discusión, de allí puede derivarse la aplicación y/o controversia de normas del derecho comunitario andino, abriendo así la puerta a la interpretación prejudicial obligatoria.

Así las cosas, como en el caso puesto a consideración del Consejo de Estado, el tribunal de arbitramento no solicitó ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones la interpretación prejudicial obligatoria de las normas de la Decisión No. 351 de 1993, relacionadas con el derecho de autor y los derechos patrimoniales, y tras haber concluido que debió haberlo hecho de oficio como le

---

<sup>328</sup> Colombia. Consejo de Estado, Sentencia de 10 de noviembre de 2016, expediente 56845.

<sup>329</sup> Comisión del Acuerdo de Cartagena. Decisión 351 de 1993. “Artículo 31. Toda transferencia de los derechos patrimoniales, así como las autorizaciones o licencias de uso, se entenderán limitadas a las formas de explotación y demás modalidades pactadas expresamente en el contrato respectivo. Artículo 32. En ningún caso, las licencias legales u obligatorias previstas en las legislaciones internas de los Países Miembros, podrán exceder los límites permitidos por el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas o por la Convención Universal sobre Derecho de Autor.”

corresponde a todo juez nacional, la Sección Tercera del Consejo de Estado impuso la anulación del laudo dictado el 3 de diciembre de 2015, con apoyo de la “causal de anulación de origen comunitario”. En consecuencia, determinó la procedencia de la convocatoria de un nuevo tribunal de arbitramento, por cuanto el conformado en primera instancia para resolver la controversia había cesado en sus funciones al momento de dictar el laudo arbitral, dado el carácter temporal que a estos órganos les asiste.

### **c) Efectos de los pronunciamientos “andinos” sobre el arbitraje doméstico**

El principal efecto material que se derivó de las decisiones del Tribunal Andino de Justicia en el caso *Comcel vs. E.T.B.* fue el de la creación, por vía jurisprudencial comunitaria, de una nueva causal de anulación en el trámite arbitral regido por las disposiciones internas, en este caso por la Ley 1563 de 2012, y así se confirmó tras la decisión del Consejo de Estado en el caso de *Telmex - UNE vs. Dimayor*. Esta particular exigencia que impone el sistema normativo de la Comunidad Andina de Naciones a los jueces nacionales de los Estados Parte recalca ineludiblemente en el trámite arbitral, dada la connotación judicial que se derivó de la fórmula constitucional del arbitraje y de las decisiones de la Corte Constitucional que asimilaron los tribunales de arbitramento a los jueces de la República, en lo que respecta a su naturaleza y funciones.

De igual manera, resulta a todas luces extraño a la naturaleza del recurso de anulación, cuyo carácter es excepcional y procede por causales taxativamente previstas en la ley,<sup>330</sup> que las partes puedan invocar disposiciones ajenas al cuerpo normativo que regula el trámite arbitral, y que se contravenga abiertamente lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley 1563 de 2012, que literalmente prevé:

ARTÍCULO 42. TRÁMITE DEL RECURSO DE ANULACIÓN. La autoridad judicial competente rechazará de plano el recurso de anulación cuando su

---

<sup>330</sup> Ley 1563 de 2012, artículo 41.

interposición fuere extemporánea, no se hubiere sustentando o las causales invocadas no correspondan a ninguna de las señaladas en esta ley.

Adicionalmente, reviste especial importancia el hecho de que, en el último caso estudiado, la “causal de anulación Andina” nunca fue planteada en el seno del tribunal arbitral, por lo que ni los árbitros ni la contraparte contaron con la posibilidad de analizar o reivindicar una posición alrededor de la problemática, y así poder debatir sobre si la materia objeto de estudio se constituía o no en una de aquellas que se veían afectadas por el ordenamiento comunitario, ya que, como se ha dicho, la mera citación de normas que comprenden el ámbito de la Comunidad Andina no es suficiente para que el juez deba solicitar de manera automática la revisión prejudicial objeto de estudio.

Estos pronunciamientos constituyen precedentes de una evidente afectación al principio de autonomía del arbitraje, no solo por el hecho de que implantan mecanismos de impugnación ajenos a los contemplados en la normatividad especial sobre la materia, lo que ineludiblemente alarga los tiempos para la resolución de la controversia, sino que, en caso de que el tribunal arbitral recurra a la interpretación prejudicial requerida por el sistema andino, ella circunscribe y condiciona las decisiones que deben tomar los árbitros, en razón del carácter vinculante de la interpretación dada por los jueces comunitarios.

### **3. Características relevantes del sistema legal colombiano de arbitraje doméstico que inciden en la pérdida de autonomía: dualismo y protección del *consumidor de justicia***

En los últimos años, la práctica del arbitraje nacional colombiano se ha caracterizado por su excesivo formalismo y la profunda raigambre procesal de las reglas que conforman su sistema, no obstante tratarse de una figura a la cual se recurre exclusivamente por cuenta de una expresión innegable de la autonomía de la voluntad.<sup>331</sup> Por otro lado, si bien la Ley 1563 de 2012 contiene algunos avances sobre el particular, esta reproduce estructuras y referentes propios del derecho

---

<sup>331</sup> El arbitraje laboral en materia colectiva es la única excepción a la regla mencionada.

procesal, de un carácter equivalente al de las normas de arbitraje doméstico de países como Chile, Costa Rica, Ecuador, Argentina y Uruguay.

### **a) Dualismo bajo la normativa colombiana**

El Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional sustituyó en su totalidad las normas compiladas en el Decreto 1818 de 1998, contentivas a su vez de las disposiciones del Decreto 2279 de 1989, el Decreto 2651 de 1991, la Ley 23 de 1992, la Ley 446 de 1998 y otros instrumentos de arbitraje internacional como la Ley 315 de 1996. Las disposiciones derogadas conformaban un sistema arbitral eminentemente dualista, en el que la normativa doméstica se encontraba contenida básicamente en los primeros cuatro cuerpos regulatorios mencionados, mientras que el arbitraje internacional encontraba su sustento en la Ley 315 de 1996, además de las normas que incorporan al derecho colombiano las convenciones internacionales suscritas y ratificadas como la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975 (Convención de Panamá) aprobada mediante la Ley 44 de 1986 y la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York) adoptada por la Ley 39 de 1990.

Pese a que en el pasado se promovieron grandes esfuerzos para modernizar íntegramente el sistema arbitral colombiano, incluso mediante la adopción de normas unificadoras destinadas a regir el arbitraje nacional e internacional en el marco de la tesis monista,<sup>332</sup> solo veintitrés años después de promulgada la normativa más antigua vigente fue posible realizar una sistematización integral, no meramente compilatoria, del marco legal de este mecanismo de solución de controversias.

Las disposiciones adoptadas por el legislador colombiano siguen el esquema dualista, tradicionalmente arraigado en el ánimo de muchos de los operadores arbitrales nacionales, que consagra una primera parte dedicada al arbitraje

---

<sup>332</sup> Colombia. Congreso de la República. Proyecto de Ley 085 de 2002.



doméstico con marcada tendencia procesalista, y un segundo apartado destinado a regular el arbitraje internacional, cuyo fundamento esencial es la Ley Modelo de la CNUDMI versión 2006.

La normativa de arbitraje doméstico se destaca particularmente por el hecho de que organizó las disposiciones que, con una indebida técnica legislativa, compiló el Decreto 1818 de 1998, además de refrendar estatutariamente las prácticas procesales que se consolidaron tras varias decisiones de la Corte Constitucional, que desmembraron y dieron al traste con la estructura del trámite.<sup>333</sup> Por su lado, el apartado internacional se constituyó en un importantísimo avance frente a las disposiciones de la Ley 315 de 1996, supremamente escuetas e insuficientes para acoger de manera idónea trámites arbitrales originados en relaciones jurídicas con puntos de contacto transfronterizos. La mencionada disposición, contentiva exclusivamente de un artículo referente a los criterios de internacionalidad, y otro que privilegiaba la voluntad de las partes para configurar aspectos importantes del arbitraje internacional, dio paso a un estatuto integral que sistematizó, sobre la base de las más modernas reglas unificadoras, las normas supletivas y las instituciones especiales que se requieren para el desarrollo adecuado del arbitraje en un escenario globalizado.

En cuanto a técnica legislativa, la normativa colombiana replica el esquema de las vigentes legislaciones chilena y costarricense, así como de la derogada normativa peruana, que sostienen un cuerpo de normas “autóctonas” para regular el arbitraje doméstico y se soportan en la Ley Modelo de la CNUDMI para regular los aspectos internacionales; la particularidad de la norma colombiana consiste en que, a diferencia de las otras, acoge la moderna propuesta modeladora del año 2006 y no la versión original del año 1985.

Es de anotar que esta particular fórmula dualista, que implica abordar minuciosamente tanto las normas de arbitraje local como de arbitraje internacional, se contempló en el proyecto inicial de reforma a la legislación

---

<sup>333</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-1038 de 2002.

francesa de 2011. Dicho proyecto contenía dos cuerpos destinados a regular de forma completa e independiente estas dos modalidades de arbitraje, de tal manera que las normas internacionales fuesen plenamente identificables desde el extranjero y se descartara cualquier posible confusión entre unas y otras. Sin embargo, dicho proyecto fue rechazado porque la cancillería francesa consideró antitécnica la repetición de disposiciones del mismo tenor en cada uno de los cuerpos normativos. Finalmente, el modelo francés reformado destinó 62 artículos al arbitraje interno y 24 a la sección internacional, con múltiples reenvíos de este último apartado a la regulación doméstica.

El artículo 92 de la Ley 1563 de 2012 de Colombia, en lo relativo al arbitraje internacional replica íntegramente una de las reglas más importantes de la Ley Modelo de la CNUDMI: a falta de acuerdo entre las partes, el tribunal tiene plenas facultades para decidir la forma en la cual se conduce el procedimiento, sin necesidad de acudir a las normas procesales de la sede del arbitraje, lo que incluye determinar la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas. Como se señaló anteriormente, la importancia de esta disposición radica en que el tribunal arbitral cuenta con las facultades para decidir la forma de impulsar el trámite sin verse sometido al imperio de unas reglas que, en ocasiones, se constituyen en un complejo sistema de instrumentos técnicos que facilitan posibles dilaciones, y que en nombre del “debido proceso” pueden conducir al fracaso premeditado de un tribunal arbitral. En estos casos, en que los tribunales son llevados en sus discusiones al terreno de lo eminentemente procesal y no de lo sustancial, puede quebrarse la verdadera voluntad de las partes, que en las etapas de negociación contractual pretendían establecer mecanismos idóneos, informales y expeditos para la solución de futuras controversias.

En el terreno del arbitraje doméstico, la solución que las normas colombianas adoptan es completamente diferente; en efecto, a falta de acuerdo ente las partes sobre la forma de impulsar el procedimiento, los tribunales arbitrales deben

plegarse ante los múltiples estatutos procesales.<sup>334</sup> Desafortunadamente, esta práctica es generalizada, ya que ni la ley ni los reglamentos de los centros de arbitraje, referentes casi obligados en las cláusulas compromisorias, contienen esta clase de fórmulas.<sup>335</sup>

Sobre la situación de la procedimentalización del arbitraje en América Latina comentaba De Jesús O.:

En un pasado no muy lejano los arbitralistas latinoamericanos de la época tuvieron que enfrentarse a los procesalistas quienes, con Código de Procedimiento Civil en mano, aseguraban que el arbitraje no era más que un procedimiento judicial especial más, lo que los llevaba al error de asimilar el árbitro a un juez y el laudo arbitral a una sentencia judicial con todas las consecuencias que de ello derivan. Esa discusión fue superada de forma favorable para el movimiento arbitralista. En esa época uno de los argumentos más simbólicos para justificar la autonomía del arbitraje frente al Derecho procesal era que el arbitraje ya no se encontraba regulado en los códigos de procedimiento civil latinoamericanos. La discusión con los constitucionalistas, a falta de argumentos simbólicos, debe enfocarse más que nunca en el fondo del asunto. Las constituciones

---

<sup>334</sup> Es posible encontrar casos en los que un tribunal arbitral, por cuestiones relativas a la entrada en vigencia de las normas, ha debido aplicar simultáneamente, en un mismo trámite, cinco estatutos procesales diferentes, a saber: el Decreto 1818 de 1998, la Ley 1563 de 2012, el Código de Procedimiento Civil, el Código General del Proceso y el Código de Procedimiento Administrativo. Tribunal de Arbitramento Aserfranca S.A.S. – Aserfranca en liquidación contra Refinería de Cartagena S. A. - Reficar. Bogotá, 18 de julio de 2014,

<http://bibliotecadigital.ccb.org.co/bitstream/handle/11520/17363/2729%20ASER%20ZONA%20FRANCA%20vs%20REFINERIA%20DE%20CARTAGENA%2018%2007%2014.pdf?sequence=1>

<sup>335</sup> En Colombia, los centros de arbitraje están sometidos a la aprobación del Ministerio de Justicia y del Derecho, ente que determina cuáles están o no habilitados para desarrollar su actividad. Uno de los criterios para permitir su funcionamiento es el respeto a las directrices dictadas por el gobierno nacional, dentro de las cuales se encuentra la Circular CIR12-0000012-DMA-2100 del 20 de septiembre de 2012, ¿de qué entidad? (Ministerio de Justicia y del Derecho) donde se invita a los centros de arbitraje, conciliación y amigable composición a presentar la actualización de sus reglamentos internos. De la mano de esta circular, se encuentra el “reglamento modelo” presentado por el Ministerio, cuyas fórmulas para regular el procedimiento son todas remisiones a los estatutos procesales vigentes. Evidentemente, la “válvula de escape”, contenida en lo internacional en el artículo 92 y en el artículo 19 de la Ley Modelo, brilla por su ausencia.

latinoamericanas han consagrado disposiciones relativas al arbitraje, ahora sólo queda interpretar su significado.<sup>336</sup>

Por lo anterior, no es posible afirmar con absoluta certeza que los ordenamientos latinoamericanos se encuentren exentos del fenómeno de la procesalización. Por el contrario, el caso del arbitraje doméstico colombiano es uno de sus exponentes más representativos. Este sistema arbitral, dualista y constitucionalizado, parece reconocer en su cuerpo normativo la libertad de las partes para fijar reglas de procedimiento. No obstante, como se verá más adelante, la infortunada jurisprudencia constitucional sobre el particular ha sido interpretada en el sentido de que dicha autonomía solo puede ser ejercida ante el vacío de la regulación, plagada de instituciones procedimentales y referencias al Procedimiento Civil local.<sup>337</sup> Esta tradición excesivamente rigorista, que ha marcado las tendencias del derecho arbitral colombiano en los últimos años, se reafirmó en el Estatuto Arbitral desde el mismo proyecto de ley que le dio vida, dado que la alternativa de un sistema monista jamás fue considerado.<sup>338</sup>

El escenario de la procesalización no parece ser un fenómeno enquistado exclusivamente en el ámbito de algunos ordenamientos latinoamericanos. La doctrina arbitral internacional ha denunciado prácticas que, si bien no encuentran su fundamento en estructuras legislativas rígidas y formalistas, se han caracterizado por sus altos niveles de institucionalización y complejidad, a tal punto que la práctica no diverge en gran medida de la procedimentalización de la justicia estatal. Los partidarios de procesalizar el arbitraje utilizan de manera recurrente técnicas del litigio judicial en el procedimiento arbitral, trasladando así el derecho de defensa al arbitraje, en la idea de que se debe evitar al máximo la

---

<sup>336</sup> De Jesús O, “La autonomía del arbitraje comercial internacional a la hora de la constitucionalización del arbitraje en América Latina”.

<sup>337</sup> Pablo Rey Vallejo y Tatiana González Abaunza, “El arbitraje y las nuevas tecnologías”, en *Derecho y TIC 10.0*, coord. Nelson Remolina Angarita (Bogotá: Editorial Temis S. A., 2011), 270-279.

<sup>338</sup> Fernando Mantilla Serrano, “El anteproyecto de ley de arbitraje: entre Dr. Jekyll y Mr. Hyde”, <https://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Mercantil-Propiedad-Intelectual-y-Arbitraje/noti-110726-09-el-anteproyecto-de-ley-de-arbitraje-entre-dr-jekyll-y-mr-hyde>.

sorpresa de las partes con eventualidades imprevistas, situación que ha dado mayor carácter detallista al procedimiento.<sup>339</sup>

Por otro lado, el desarrollo del comercio internacional ha chocado con el fortalecimiento de las estructuras de los Estados y el resurgimiento de nacionalismos, lo que no ha permitido una unificación plena del arbitraje internacional ni una consolidación del concepto de autonomía respecto de los ordenamientos estatales. Las batallas judiciales que se libran en torno a los conflictos de jurisdicción han alejado al arbitraje de su tradicional concepción pacificadora y restablecedora de armonía.<sup>340</sup>

### **b) La protección del “consumidor de justicia”**

La exposición de motivos del Proyecto de Ley 18 de 2011 (Senado), que dio origen al Estatuto Arbitral colombiano de 2012, reconoció la necesidad de adoptar una legislación moderna en la materia, así:

El derecho en nuestro país se encuentra sufriendo una notoria transformación, toda vez que el Estado colombiano se encuentra negociando y ha suscrito un gran número de tratados bilaterales de inversión y tratados de libre comercio que buscan aumentar el volumen de negocios y operaciones comerciales.

Lo anterior, exige la existencia de una ley moderna que brinde seguridad jurídica y se ajuste a los parámetros que actualmente imperan en la mayoría de los Estados para la solución de controversias.

Es del caso resaltar, que una vez analizados diferentes casos exitosos en los cuales se ha adoptado una legislación moderna de arbitraje, esto ha producido un correlativo crecimiento económico y mayor desarrollo social en los Estados que se

---

<sup>339</sup> Bernardo Cremades, “Arbitraje y desarrollo económico mundial”, *Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación – Servilex*, 22 de mayo del 2012,

<http://www.servilex.com.pe/arbitraje/congresopanama/b-11.php> (22 de mayo del 2012).

<sup>340</sup> Merino Merchán Chillón Medina, *Tratado de derecho arbitral*.

han producido cambios legislativos favorable al arbitraje y a los métodos alternativos de solución de conflictos.<sup>341</sup>

De una lectura desprevenida, esta particular afirmación pareciera agotarse en una justificación para modernizar exclusivamente las disposiciones con alcance internacional, dadas las referencias que en el texto se hacen a la evolución que los negocios transfronterizos han tenido en el entorno de nuestra economía. En efecto, llama la atención el hecho de que en la exposición de motivos no se hace referencia alguna a la opción que tomó el legislador de adoptar una normativa dualista, pues con respecto a este punto solo se menciona que el proyecto comprende dos secciones, “la primera que regula el Arbitraje Nacional y la segunda el Arbitraje Internacional”.

Por otro lado, en lo que respecta a la justificación para desarrollar un apartado de arbitraje doméstico, el legislador reconoce la necesidad de llenar los vacíos e inconvenientes generados por la Sentencia C-1038 de 2002, dado que después de haber sido proferida existieron diferentes interpretaciones respecto del desarrollo del trámite arbitral, que derivaron en traumatismos en su desarrollo. De esta manera, en la mencionada exposición de motivos se planteó la necesidad de promulgar una normativa “que defina aspectos que a partir de la claridad del desarrollo de los trámites arbitrales otorguen seguridad a los operadores y usuarios del arbitraje”.<sup>342</sup>

Se observa, entonces, que los principios que inspiraron la construcción de este instrumento fueron totalmente diferentes de una sección a otra, al punto que la elaboración del proyecto estuvo a cargo de una comisión de expertos que se

---

<sup>341</sup> Congreso de la República, Proyecto de Ley 18 de 2011 (Senado). *Gaceta del Congreso* n.º 542 de 29 de julio de 2011.

<sup>342</sup> Congreso de la República. Proyecto de Ley 18 de 2011 (Senado).

subdividió en dos comisiones temáticas, cada una encargada de elaborar las normas domésticas y las internacionales de manera separada.<sup>343</sup>

Un análisis sistemático de la legislación arbitral colombiana demuestra que el legislador, así como el gobierno que promovió la conformación de la comisión en los términos arriba señalados, consideraron pertinente definir unos estándares de procedimiento abiertamente distintos entre la Parte I y la Parte III, de tal manera que en aquellos casos en que el arbitraje involucre únicamente partes y controversias con un alcance eminentemente local, el Estado salvaguarde unas herramientas que garanticen el libre acceso a la administración de justicia, las formas procesales clásicas y una serie de mecanismos de control e intervención judicial. Así, se protege al ciudadano común, o *consumidor de justicia*, de posibles arbitrariedades generadas por cuenta de los desbalances de orden económico o social<sup>344</sup> que surjan en el entorno de las relaciones comerciales que sean sometidas a un tribunal de arbitramento.<sup>345</sup>

A continuación se destacan los aspectos más importantes que denotan ese tratamiento diferencial, fundado en consideraciones más *proteccionistas* del arbitraje doméstico, que se observan en detalle en el cuadro dispuesto en el apéndice I.

### ***i) Las modalidades de arbitraje y las calidades de los árbitros***

En virtud del artículo 1 de la Ley 1563 de 2012, el arbitraje puede ser en derecho, técnico o en equidad y, en todo caso, si nada se hubiere pactado, el laudo deberá proferirse en derecho, para lo cual los árbitros deberán cumplir, como mínimo, los

---

<sup>343</sup> Decretos 3992 de 2010 y 4146 de 2010. La Subcomisión de Arbitraje Nacional estuvo conformada por los doctores: Juan Carlos Esguerra Portocarrero, Ramiro Bejarano Guzmán, Hernán Fabio López Blanco, Ricardo Vélez Ochoa, Hernando Herrera Mercado, Néstor Humberto Martínez Neira, Alberto Preciado Arbeláez y María Cristina Morales de Barrios. La Subcomisión de Arbitraje Internacional estuvo conformada por los doctores: Rafael Bernal Gutiérrez, Carlos Urrutia Valenzuela, Martín Carrizosa Calle, Nicolás Gamboa Morales, Eduardo Zuleta Jaramillo, Juan Pablo Cárdenas Mejía y Adriana Zapata de Arbeláez.

<sup>344</sup> Ver capítulo I, apartado citado de la sentencia C-893 de 2001 de la Corte Constitucional.

<sup>345</sup> Ver capítulo II, Sección B.

mismos requisitos exigidos para ser magistrado de Tribunal Superior de Distrito Judicial,<sup>346</sup> sin perjuicio de las calidades adicionales exigidas por los reglamentos de los centros de arbitraje o por las partes en el pacto arbitral.

Estas características del arbitraje doméstico contrastan con lo dispuesto en los artículos 101 y 73 (1) (2) para el arbitraje internacional, que determinan que pese a que el tribunal decida de conformidad con normas de derecho elegidas por las partes, los árbitros podrán ser o no abogados, así como ser nacionales colombianos o extranjeros.

Estas disposiciones del primer apartado de la ley, con un carácter evidentemente imperativo, buscan salvaguardar que quienes conformen el tribunal arbitral den plenas garantías de orden jurídico a las partes involucradas en el litigio, y que el contenido del laudo arbitral se ajuste a derecho en toda su extensión. Tal es el alcance de esta normatividad, que, incluso, la norma que regula el recurso de anulación del laudo arbitral contempla causales para evitar que dicho propósito se desconozca, como son las contenidas en el artículo 41(3) —no haberse constituido el tribunal en forma legal— y 41(7) —haberse fallado en conciencia o equidad,

---

<sup>346</sup> Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia. “Artículo 127. Requisitos generales para el desempeño de cargos de funcionarios de la rama judicial. Para ejercer cargos de Magistrado de Tribunal, Juez de la República o Fiscal, se requieren las siguientes calidades y requisitos generales: 1. Ser colombiano de nacimiento y ciudadano en ejercicio y estar en pleno goce de sus derechos civiles; 2. Tener título de abogado expedido o revalidado conforme a ley, salvo el caso de los Jueces de Paz; y, 3. No estar incurso en causal de inhabilidad o incompatibilidad.

Artículo 128. Requisitos adicionales para el desempeño de cargos de funcionarios en la rama judicial. Para ejercer los cargos de funcionario de la Rama Judicial deben reunirse los siguientes requisitos adicionales, además de los que establezca la ley: (...) 3. Para el cargo de Magistrado de Tribunal: tener experiencia profesional por lapso no inferior a ocho años. (...) PARÁGRAFO 10. La experiencia de que trata el presente artículo, deberá ser adquirida con posterioridad a la *obtención del título de abogado en actividades jurídicas ya sea de manera independiente o en cargos públicos o privados o en el ejercicio de la función judicial. En todo caso, para estos efectos computará como experiencia profesional la actividad como empleado judicial que se realice con posterioridad a la obtención del título de abogado*”. [Mayúsculas y negritas en el original, cursivas añadidas].



debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo—.

### ***ii) Clases de arbitraje según el procedimiento y disposiciones aplicables***

La institucionalidad en el desarrollo del procedimiento arbitral significa un soporte para las partes y los árbitros, dado el hecho de que los centros de arbitraje se encargan de la realización de una serie de tareas relacionadas con el impulso del trámite, y que por su condición de entes vigilados por el Ministerio de Justicia garantizan la transparencia y seguridad de ciertos aspectos del procedimiento arbitral. Estas instituciones proveen personal especializado en los temas arbitrales y conforman listas de operadores que son permanentemente capacitados y actualizados en las materias propias de este asunto.

Tomando en consideración lo anterior, el artículo 2º de la Ley 1563 de 2012 dispuso que a falta de acuerdo respecto de la naturaleza del arbitraje, y cuando en el pacto arbitral las partes guarden silencio, el arbitraje será institucional, es decir, que se adelantará ante un centro de arbitraje, de conformidad con las reglas de competencia contenidas en el artículo 12.

No sucede lo mismo en el caso del arbitraje internacional, en el que el trámite solo podrá adelantarse ante una institución administradora, en la medida en que las partes lo consagren de manera expresa; es decir, en el ámbito internacional el trámite es ad hoc en ausencia de un acuerdo en concreto, y la integración y funcionamiento del tribunal arbitral están siempre sometidos a los acuerdos sobre el particular, de tal forma que en la gran mayoría de los casos las disposiciones de la Parte III se constituyen en normas de carácter supletivo, para llenar los vacíos que queden en los acuerdos particulares.

### ***iii) El acuerdo de arbitraje***

La normativa arbitral colombiana contiene dos definiciones de acuerdo de arbitraje: la de la normativa de arbitraje doméstico y la que aparece en las

disposiciones de arbitraje internacional; esta última reprodujo literalmente el artículo 7 (opción 1) de la Ley Modelo de la CNUDMI versión 2006.

En la normativa nacional, el artículo 3 de la Ley 1563 de 2012 refiere genéricamente al concepto de pacto arbitral, y en los artículos 4 y 6 define los conceptos de cláusula compromisoria y compromiso respectivamente.

Respecto de la cláusula compromisoria, el artículo 4 prescribe:

La cláusula compromisoria, podrá formar parte de un contrato o constar en documento separado inequívocamente referido a él. La cláusula compromisoria que se pacte en documento separado del contrato, para producir efectos jurídicos deberá expresar el nombre de las partes e indicar en forma precisa el contrato a que se refiere.

En cuanto al compromiso, señala el artículo 6:

El compromiso podrá constar en cualquier documento, que contenga:

1. Los nombres de las partes.
2. La indicación de las controversias que se someten al arbitraje.
3. La indicación del proceso en curso, cuando a ello hubiere lugar. En este caso las partes podrán ampliar o restringir las pretensiones aducidas en aquel.

Quizá por un error del legislador al momento de redactar las disposiciones que antecedieron las normas vigentes, fórmula que hoy se conserva, tanto la cláusula compromisoria como el compromiso solo requerían estar contenidas en “documentos”, lo que según los artículos 251 del Código de Procedimiento Civil y actual 243 del Código General del Proceso prescribieron, respectivamente:

Artículo 251. Distintas clases de documentos. Son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter

representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares.<sup>347</sup>

Artículo 243. Distintas clases de documentos. Son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, mensajes de datos, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, videograbaciones, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares.

Es de anotar que las normas referidas en el arbitraje doméstico actual no hacen alusión expresa a los mecanismos tecnológicos que contempla la Ley Modelo de la CNUDMI, artículo 7 versión 1985 y 7 (opción 1) de la versión 2006 respectivamente, pero es de suponer que el concepto de documento electrónico que se extrae de la Ley 527 de 1999 resulta perfectamente extensible al escenario arbitral.

En definitiva, no es posible identificar si el sentido de la norma es propender por un pacto arbitral mayormente exento de requisitos, caso en el cual la necesidad de referirse a otros instrumentos para completar su definición resulta a todas luces inconveniente (ej. el estatuto procesal). En este caso, la incorporación al derecho nacional de la fórmula contemplada en el artículo 7 (opción 2) de la Ley Modelo de la CNUDMI versión 2006,<sup>348</sup> que es suficientemente amplia y comprensiva de casi cualquier forma de acuerdo, hubiese resultado bastante más acertado.

Ahora bien, el “negocio jurídico” denominado pacto arbitral,<sup>349</sup> se caracteriza por revestir matices más formales que en las disposiciones sobre arbitraje

---

<sup>347</sup> Actualmente, Código General del Proceso.

<sup>348</sup> Ley Modelo de la CNUDMI. “*Opción II. Artículo 7. Definición del acuerdo de arbitraje.* El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no.”

<sup>349</sup> Ley 1563 de 2012. “Artículo 30. Pacto arbitral. El pacto arbitral es un negocio jurídico por virtud del cual las partes someten o se obligan a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas.

internacional, cuando se imponen requisitos ajenos a las propuestas modeladoras, como que la cláusula compromisoria que se pacte en documento separado del contrato deberá expresar el “nombre de las partes” e “indicar en forma precisa el contrato a que se refiere” o que el compromiso deberá contener “los nombres de las partes”, “la indicación de las controversias que se someten al arbitraje” y “la indicación del proceso en curso”. Todo lo anterior, sin duda, se constituye en una pretensión del legislador para asegurarse que la voluntad de las partes de derogar la competencia de los jueces estatales sea inequívoca.

Respecto de las características del acuerdo de arbitraje es preciso anotar que este no ha sido definido bajo el vetusto esquema del “compromiso para suscribir un acuerdo de arbitraje”, como en el caso de las cláusulas “vazias” del derecho brasilero o las disposiciones del derecho chileno y argentino (superadas jurisprudencialmente);<sup>350</sup> sin embargo sí se exigen una serie de requisitos adicionales a los contemplados en los instrumentos internacionales, especialmente para el caso del compromiso o del acuerdo suscrito en documento separado. Estas particularidades rememoran los requisitos del compromiso arbitral, contenidos en las legislaciones de Chile y Argentina.

#### ***iv) Integración del tribunal arbitral***

La integración del tribunal arbitral resultó ser uno de los espacios al que el legislador colombiano le introdujo más instrumentos de control, en aras de garantizar los derechos de las partes involucradas en el trámite. Respecto del número de árbitros, el artículo 7 de la Ley 1563 de 2012 dispuso que, en ausencia

---

El pacto arbitral implica la renuncia de las partes a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El pacto arbitral puede consistir en un compromiso o en una cláusula compromisoria.

En el pacto arbitral las partes indicarán la naturaleza del laudo. Si nada se estipula al respecto, este se proferirá en derecho.

PARÁGRAFO. Si en el término de traslado de la demanda, o de su contestación, o de las excepciones previas, una parte invoca la existencia de pacto arbitral y la otra no la niega expresamente, ante los jueces o el tribunal de arbitraje, se entiende válidamente probada la existencia de pacto arbitral.”

<sup>350</sup> Ver capítulo II.

de un acuerdo, estos serán tres (3), salvo en los casos de menor cuantía, en los que, en aras de disminuir los costos del proceso y facilitar el acceso a este sistema, será uno (1) solo. En todo caso, cuando las designaciones sean efectuadas por las partes, estas deberán hacerse de común acuerdo y nunca bajo el sistema del árbitro parte, dado que este mecanismo, para algunos, puede comprometer la imparcialidad del designado.

Además de los requisitos que deben cumplir los árbitros, que se señalaron en el punto i), una vez realizadas las designaciones estos deberán revelar detallados precedentes de sus relaciones profesionales, requisito que incluso se extiende a aquellas relaciones que tuvieren otros abogados vinculados a sus despachos profesionales, así:

Ley 1563 de 2012. Artículo 15. Deber de información. La persona a quien se comunique su nombramiento como árbitro o como secretario deberá informar, al aceptar, si coincide o ha coincidido con alguna de las partes o sus apoderados en otros procesos arbitrales o judiciales, trámites administrativos o cualquier otro asunto profesional en los que él o algún miembro de la oficina de abogados a la que pertenezca o haya pertenecido, intervenga o haya intervenido como árbitro, apoderado, consultor, asesor, secretario o auxiliar de la justicia en el curso de los dos (2) últimos años. Igualmente deberá indicar cualquier relación de carácter familiar o personal que sostenga con las partes o sus apoderados.

Estas revelaciones pueden configurar causales de remoción del árbitro quien, además, está sometido al régimen de impedimentos y recusaciones del ordenamiento procesal civil, del Código Disciplinario Único y del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, para los arbitrajes en que sea parte el Estado.

Por su parte, las normas de arbitraje internacional (artículos 75 y 76 Ley 1563 de 2012) contrastan con la perspectiva ampliamente formalista de las normas domésticas, dado que, en primera instancia, admiten la posibilidad de que las partes acuerden libremente el procedimiento de recusación, y adicionalmente imponen a los árbitros la única condición de ser *independientes e imparciales*,

conceptos que han sido desarrollados en mayor detalle por la doctrina y por instrumentos de *soft law* que las partes son libres de incorporar a sus acuerdos.<sup>351</sup>

### ***v) Inicio del proceso arbitral y reglas aplicables al procedimiento***

Como se ha señalado, el trámite arbitral se adelanta ante un centro de arbitraje, en caso de que las partes no señalen que el arbitraje será ad hoc. Para efectos de su iniciación, se dispusieron una serie de factores de competencia similares a los que se estipulan en las normas de procedimiento civil, e incluso se faculta al Ministerio de Justicia y del Derecho para resolver controversias relacionadas con posibles conflictos surgidos entre dichos entes.

El inicio del trámite arbitral tiene lugar con la presentación de la demanda, la cual debe cumplir con todos los requisitos exigidos por el Código General del Proceso, incluida la obligación de realizar el *juramento estimatorio*, contemplado en las disposiciones procesales civiles. Cualquier incumplimiento en alguna de estas formalidades conlleva la inadmisión o eventual rechazo de la demanda. El trámite del proceso se adelanta con base en las normas procesales civiles en lo concerniente a la integración del contradictorio, notificaciones, traslados, recursos, pruebas, etcétera.

En contraste, las normas de arbitraje internacional no determinan un contenido específico para la demanda arbitral, pues el artículo 96 de la Ley 1563 de 2012 solo dispone que esta deberá referirse a los hechos en que se funda, los puntos controvertidos y el objeto de ella. Así mismo, en relación con las pruebas, las normas internacionales disponen que demandante y demandado podrán aportar los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a documentos u otras pruebas que pretendan hacer valer. Salvo acuerdo en contrario de las partes, la demanda y la contestación podrán modificarse o ampliarse en cualquier

---

<sup>351</sup> International Bar Association. *Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitrajes Internacionales 2014*. Adoptadas por acuerdo del Consejo de la IBA el jueves 23 de octubre de 2014.

momento del trámite, a menos que el tribunal arbitral considere improcedente esa alteración en razón de la tardanza con que se haya hecho.

En lo referente a la sustanciación del trámite, este no está sometido a ningún procedimiento preestablecido, y la ley determina que las partes podrán convenirlo, directamente o por referencia a un reglamento arbitral. A falta de ese acuerdo, el tribunal arbitral podrá dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado, sin necesidad de acudir a las normas procesales civiles, facultad que incluye determinar la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas.

#### **vi) Medidas cautelares**

Otra institución en la que se identifica claramente el sesgo del legislador por preconstituir un sistema con mayores formalidades y reglas tendientes a salvaguardar los intereses del *consumidor de justicia* doméstico es la de las medidas cautelares. El artículo 32 del Estatuto de Arbitraje circunscribe su aplicación a los términos de la normativa procesal Civil y de lo Contencioso Administrativo, mientras que las disposiciones internacionales, nuevamente, admiten que las partes, de manera libre y espontánea, dispongan o denieguen la posibilidad de que el tribunal arbitral decrete medidas cautelares en el trámite arbitral.

En el ámbito internacional, aspectos como las cauciones que se deben exigir a los peticionarios de estas medidas se encuentran sometidas al criterio del tribunal arbitral para que determine su procedencia, mientras que en el entorno local, cuando las pretensiones que se relacionan con la medida cautelar tienen un contenido económico, el demandante deberá prestar caución equivalente al veinte por ciento (20 %) del valor de las pretensiones estimadas en la demanda.<sup>352</sup>

---

<sup>352</sup> Ley 1563 de 2012. Artículo 32. “El tribunal, de oficio o a petición de parte, podrá aumentar o disminuir el monto de la caución cuando lo considere razonable, o fijar uno superior al momento de decretar la medida.”

### ***vii) Recurso de anulación contra el laudo arbitral***

Contra el laudo arbitral dictado en el ámbito de un arbitraje doméstico procede el recurso extraordinario de anulación, que deberá interponerse, debidamente sustentado, ante el tribunal arbitral, con indicación de las causales invocadas, dentro de los treinta (30) días siguientes a su notificación o la de la providencia que resuelva sobre su aclaración, corrección o adición. La imperatividad de su procedencia, así como la taxatividad de sus causales y la imposibilidad de restringirlas, puede derivarse de una interpretación sistemática de la ley, al revisar los aspectos que sobre el particular se determinan en las disposiciones sobre arbitraje internacional. En efecto, el artículo 107, contenido en la Parte III del Estatuto Arbitral, dispone que las partes podrán, mediante declaración expresa en el acuerdo de arbitraje o mediante un acuerdo posterior por escrito, excluir completamente el recurso de anulación, o limitarlo a una o varias de las causales, pero única y exclusivamente cuando ninguna de las partes tenga domicilio o residencia en Colombia. Resulta evidente, entonces, que cualquier pacto en relación con el recurso de anulación en el ámbito doméstico aparece como limitado, dada la consideración que, en todo caso, cuando el arbitraje se rige por la Parte I de la ley, todas las partes necesariamente deben estar domiciliadas en el país.<sup>353</sup>

### ***viii) Otras particularidades del procedimiento arbitral doméstico ajenas a la normativa internacional***

Las especificidades del procedimiento arbitral, contenidas en las normas locales, no son otra cosa que una expresión de una estructura procesal tradicional que, por razones evidentes, no tiene cabida en los estándares normativos arbitrales internacionales. Dentro de este acápite, podemos relacionar como instituciones de

---

<sup>353</sup> Ley 1563 de 2012. “Artículo 62. Ámbito de aplicación. Las normas contenidas en la presente sección se aplicarán al arbitraje internacional, sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente en Colombia. (...) 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; (...).”



esta naturaleza, con un sentido eminentemente asegurador del debido proceso en un sentido estricto, las siguientes:

**Secretaría.** Si bien no se trata de una figura exclusiva del arbitraje doméstico, ya que en instancias internacionales también se puede disponer de su participación por vía de un acuerdo entre las partes, para efectos exclusivamente administrativos, en ella recaen una serie de obligaciones relacionadas estrechamente con el impulso del trámite. Así lo dispone Mantilla Serrano:

Dos escuelas pueden identificarse respecto del recurso a un secretario. Una primera escuela, “judicialista”, considera que, como sucede en los juzgados, también debe haber un secretario en los tribunales arbitrales. Este tipo de secretario, como sucede con su homólogo judicial, autoriza con su firma las decisiones del tribunal arbitral (incluido el laudo) y, excepcionalmente, puede actuar (por delegación) en nombre del tribunal refrendando sus actuaciones y siendo depositario del expediente; de hecho, en algunos países que contemplan el uso obligatorio de secretario en los arbitrajes, también se le denomina “ministro de fe”. Este tipo de secretario es poco común, y aparece, sobre todo, en arbitraje doméstico o nacional.<sup>354</sup>

**Términos y suspensión del proceso.** El trámite arbitral responde a una imperiosa necesidad de resolver controversias de manera ágil y expedita, no obstante que la estructura del procedimiento, los términos en él previstos y las múltiples formalidades que resultan aplicables no favorecen una real y efectiva materialización de ese objetivo. Es así como las actuaciones correspondientes a las notificaciones y, en general, a la integración de la litis, pueden prolongarse por periodos mucho mayores que los previstos en la misma ley para desarrollar la actuación del tribunal arbitral, una vez declarada su competencia en la primera audiencia de trámite.

---

<sup>354</sup> Fernando Mantilla Serrano, *Uso y abuso del secretario del tribunal arbitral*, [http://www.arbitrajecomercial.com/BancoMedios/Documentos%20PDF/ambitojuridico.com-uso\\_y\\_abuso\\_del\\_secretario\\_del\\_tribunal\\_arbitral\[1\].pdf](http://www.arbitrajecomercial.com/BancoMedios/Documentos%20PDF/ambitojuridico.com-uso_y_abuso_del_secretario_del_tribunal_arbitral[1].pdf)

Sin embargo, una vez cerrada la señalada etapa, la ley establece una serie de pautas con un carácter claramente imperativo, según las cuales el término del proceso no podrá prorrogarse por un tiempo mayor a seis meses, incluidos los casos en los que las mismas partes lo soliciten. Así mismo, las limitaciones temporales se extienden a las suspensiones que se propongan en el trámite, para lo que la ley dispone que ni las partes ni sus apoderados, con facultades expresas para ello, podrán solicitar la suspensión del proceso por un tiempo que, sumado, exceda de ciento veinte (120) días.

Esta fórmula se concibió, por regla de la experiencia, como un mecanismo para evitar que el proceso arbitral se alargue injustificadamente por cuenta de solicitudes hechas por los árbitros a las partes, ya que estas últimas regularmente acceden, dada su condición de dependencia del tribunal. Como se ha señalado en este acápite, en las normas de arbitraje internacional estas materias no son objeto de tratamiento, pues se trata de una cuestión normalmente regulada por las partes o los reglamentos de los centros, según su criterio y necesidades.

***Amparo de pobreza.*** Esta figura representa una de las evidencias más sólidas de que el legislador consideró el proceso arbitral doméstico como un escenario en el que, por su definición constitucional como mecanismo jurisdiccional, resulta necesario amparar y proteger los derechos e intereses de quienes concurren a él, independiente de que esa opción haya sido tomada de forma libre, espontánea y voluntaria. La Corte Constitucional definió esta institución en los siguientes términos:

*El amparo de pobreza es un instituto procesal que busca garantizar la igualdad real de las partes durante el desarrollo del proceso, permitiendo a aquella que por excepción se encuentre en una situación económica considerablemente difícil, ser válidamente exonerada de la carga procesal de asumir ciertos costos, que inevitablemente se presentan durante el transcurso del proceso. Se trata de que, aun en presencia de situaciones extremas, el interviniente no se vea forzado a escoger entre atender su congrua subsistencia y la de a quienes por ley debe*

*alimentos, o sufragar los gastos y erogaciones que se deriven del proceso en el que tiene legítimo interés.*<sup>355</sup> [Cursivas en el original].

La institución del amparo de pobreza, en términos procesales, tiene como finalidad garantizar y hacer efectiva la igualdad de las partes ante la ley, dado que el Estado, al asumir las costas del proceso, en el fondo le está garantizando la oportunidad o derecho de acudir a la administración de justicia a la persona que carece de recursos económicos, frente a quien sí tiene solvencia económica para acceder autónomamente a ella.<sup>356</sup> Además, se fundamenta en el principio general de gratuidad de la justicia, por lo que resulta una figura que aparece extraña al trámite arbitral por cuenta de su carácter oneroso. Evidentemente, la consagración de esta institución en el arbitraje doméstico, y no en el internacional, demuestra el doble rasero y la opuesta orientación con la que el legislador concibió este mecanismo de solución de controversias para el plano local y el que comporta transacciones transfronterizas.

**Control disciplinario.** La asimilación de la función arbitral a la judicial, derivada del entorno constitucional, jurisprudencial y legal aquí estudiado, trajo

---

<sup>355</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-114 de 2007 (M. P.: Nilson Pinilla Pinilla; febrero 22 de 2007). Mediante esta sentencia se resuelve una acción de tutela interpuesta por Ángela Inés Cruz Flórez y Mariela Penagos Ramírez contra el Tribunal Administrativo de Tolima. Las mencionadas demandantes interpusieron el 19 de abril de 2006 dicha acción por considerar vulnerado su derecho fundamental a acceder a la administración de justicia. Dicha acción de tutela fue resuelta por la Sección Cuarta del Consejo de Estado el 29 de junio de 2006. La Corte, luego de revisar aquel fallo, decidió modificar la sentencia proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estad, únicamente en el sentido de denegar la protección solicitada mediante la acción de tutela.

<sup>356</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-807 de 2002 (M. P.: Jaime Araújo Rentería; octubre 03 de 2002). Mediante este fallo la Corte decide acerca de una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 4 (parcial) de la Ley 721 de 2001, por medio de la cual se modifica la Ley 75 de 1968, el cual se refiere a quién debe asumir los costos de la práctica de una prueba de ADN en procesos de filiación. El demandante, Ariel de Jesús Cuspoca Ortiz, considera que el aparte demandado vulnera los artículos 2 y 229 de la Constitución Política. La Corte resuelve declarar inexecutable la expresión "en caso de no asumirlo no se decretará la prueba", del inciso segundo del artículo 4 de la Ley 721 de 2001. El resto del inciso lo declara executable en el entendido de que para la práctica de la prueba el interesado debe suministrar lo necesario dentro del término que señale el juez, conforme a lo previsto en la parte pertinente del artículo 236 del Código de Procedimiento Civil.

consigo no solamente un complejo y riguroso régimen de impedimentos y recusaciones, sino que, a la par de estos instrumentos, la ley configuró un sistema de control disciplinario cuyo referente es la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de justicia. En estos términos, se dispuso que dicho instrumento, aplicable para árbitros, secretarios y auxiliares de los tribunales arbitrales, se rige por las normas disciplinarias de los servidores judiciales y auxiliares de la justicia.

Al no estar dispuesta esta misma fórmula en la Parte III del Estatuto Arbitral, así como al cotejar el papel y las funciones de los árbitros internacionales bajo la normatividad colombiana, es posible inferir que estos operadores no se encuentran cubiertos por tan riguroso régimen, ya que el ejercicio de su actividad se enmarca más dentro del ámbito contractual que en el jurisdiccional.

Si bien la Constitución Política de 1991 y las normas estatutarias no hicieron distinción alguna en lo que se refiere a la condición de árbitro nacional o internacional, las funciones y los poderes de los segundos distan mucho de los previstos en las leyes para los primeros. En lo que respecta a las calidades para desempeñar la función arbitral se ha señalado que, en materia internacional, como es evidente, los árbitros no deben cumplir con los requisitos exigidos para ser jueces o magistrados en Colombia. Así, según lo dispuesto en el artículo 72 del Estatuto Arbitral, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como árbitro y estos podrán ser o no abogados.

Otro elemento que resulta de gran relevancia para desestimar la procedencia del control disciplinario sobre los árbitros internacionales es el relativo a los limitados poderes que estos ejercen, en comparación con sus equivalentes locales, para impulsar el trámite arbitral. El artículo 68 dispone que el juez civil del circuito, o en su caso el juez administrativo, en su condición de autoridad judicial de apoyo, ejercerá, entre otras, las funciones relativas a la ejecución de medidas cautelares y la colaboración para la práctica de pruebas cuando la puesta en práctica de estos dos aspectos del arbitraje desborde sus posibilidades. Lo anterior, en atención a la falta de *imperium* que caracteriza el ejercicio de la actividad arbitral internacional y que se constituye en el punto de quiebre frente al ámbito local.

***Tarifas y honorarios del tribunal.*** La regulación y limitación tarifaria por parte del Gobierno Nacional, así como la determinación acerca de la forma de causación y pérdida de los honorarios del tribunal y de los secretarios, constituyen una postura intervencionista por parte del legislador para salvaguardar los intereses del ciudadano colombiano que opta por la alternativa de la justicia estatal gratuita. De esta manera se restringe la posibilidad de que las partes vean cercenado su derecho de acceder a la administración de justicia por cuenta de una decisión del tribunal, que no resulte ajustada a los criterios de justicia y proporcionalidad.

En el plano internacional, este aspecto no contiene siquiera normas supletivas y es del entero resorte de las partes, según lo dispongan en acuerdos privados o mediante la selección de un reglamento, lo que evidencia que, en materia regulatoria, los intereses de los actores del comercio internacional son vistos con una óptica menos restrictiva y de mayor respeto a la libertad configurativa.

***Audiencia de conciliación.*** En el entorno y bajo las estructuras de un clásico proceso judicial, el legislador dispuso la realización de una audiencia de conciliación que se realiza una vez “vencido el término de traslado de las excepciones de mérito propuestas contra la demanda inicial o la de reconvención, o contestadas sin que se hubieren propuesto excepciones, o vencido sin contestación el término de traslado de la demanda” según la Ley 1563 de 2012, art. 24

La condición jurisdiccional de los árbitros en el ámbito doméstico se hace patente al señalar el legislador que el tribunal arbitral debe instar a las partes a que resuelvan sus diferencias mediante conciliación y que podrán proponer fórmulas de acuerdo, sin que ello implique prejuzgamiento. De igual manera, la Ley 1563 de 2012 en el artículo 24 consagró que un eventual acuerdo debe ser aprobado por el tribunal “mediante auto que hace tránsito a cosa juzgada y que, en caso de contener una obligación expresa, clara y exigible, prestará mérito ejecutivo.”

Esta instancia, prevista en la Parte I del Estatuto, tampoco encuentra un referente en las normas de arbitraje internacional, en las que no existe una estructura

procesal del arbitraje y en la que el interés de propugnar por un acuerdo negociado que evite la solución contenciosa del conflicto no se constituye en una prioridad para el legislador.

***Intervención de otras partes y de terceros.*** La imposibilidad de conminar a una parte no suscribiente del pacto arbitral a resolver sus diferencias por esta vía se constituye en un factor común tanto al arbitraje doméstico como al internacional.<sup>357</sup>

No obstante, la ley colombiana introdujo en las normas de arbitraje doméstico un enfoque primordialmente jurisdiccional, mediante el cual la solución a la problemática de los no signatarios se somete a las disposiciones procesales civiles. Por consiguiente, en el artículo 36 dispuso:

Cuando por la naturaleza de la relación jurídica debatida en el proceso, el laudo haya de generar efectos de cosa juzgada para personas que no estipularon el pacto arbitral, el tribunal ordenará la citación personal de todas ellas para que manifiesten si adhieren o no al pacto. La notificación personal de la providencia que así lo ordene, se llevará a cabo dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de su decreto.

Los citados manifestarán expresamente su decisión de adherir al pacto arbitral dentro de los cinco (5) días siguientes. De no hacerlo, el tribunal declarará extinguidos los efectos del compromiso o de la cláusula compromisoria para dicha controversia.

Esta disposición propugna por un sistema tendiente a favorecer la solución de controversias por vía jurisdiccional, cuando ocurren circunstancias como las descritas en la norma, ya que, incluso, aquellas partes que sí se encuentren vinculadas al pacto arbitral se verán abocadas a la extinción de sus efectos si el no

---

<sup>357</sup> Ver un desarrollo sobre el particular en Roque Caivano, “Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario”, *Arbitration*, n.º 1 (2006), [http://www.limaarbitration.net/LAR1/roque\\_j\\_caivano.pdf](http://www.limaarbitration.net/LAR1/roque_j_caivano.pdf)

signatario se rehúsa a adherir. Así mismo, se puede inferir que la competencia del árbitro es absorbida por la competencia de los jueces estatales ante los cuales se haya presentado un caso conexo al que es objeto de arbitraje, pues así se colige de las normas enunciadas.

Las disposiciones internacionales guardan silencio sobre este particular, en lo que supone una salvaguarda de la autonomía de la voluntad, puesto que, incluso en aquellos casos en que pudiere darse una denegación de justicia o una *irreconciliabilidad* de decisiones, las normas internacionales, inspiradas también en principios contenidos en tratados internacionales como la Convención de Nueva York, suponen estarse ineludiblemente a lo pactado en los acuerdos arbitrales. Así lo ha señalado un sector de la doctrina:

Por otro lado, cuando en una misma controversia haya distintas personas (físicas o jurídicas) implicadas, las partes que hayan convenido la correspondiente cláusula arbitral, en aras del respeto de la voluntad (recogido en el arto JI. 3 del Convenio de Nueva York), habrán de ser sometidas a la correspondiente jurisdicción arbitral si al menos una de ellas lo solicita. Sin embargo, la persona que no la haya suscrito no podrá invocar ni quedar vinculada por la correspondiente cláusula de sumisión a arbitraje. Ello viene impuesto por los rigurosos requisitos formales exigidos en relación con la cláusula arbitral y por el principio de su interpretación estricta, los cuales garantizan, además del principio de los efectos relativos del contrato, la naturaleza voluntarista de la cláusula arbitral y, consiguientemente, el principio de la tutela judicial efectiva. Como consecuencia de lo señalado, la extensión de los efectos de la cláusula arbitral únicamente será posible cuando la persona que no la haya suscrito, por virtud de la relación jurídica existente entre la misma y la parte suscriptora de la cláusula arbitral, actúe con el mismo título que una parte de la cláusula arbitral.<sup>358</sup>

Esta particular fórmula del arbitraje internacional se encuentra totalmente proscrita en el ámbito doméstico, dado que el párrafo segundo del artículo 37 del

---

<sup>358</sup> Hilda Aguilar Grieder, “La intervención de terceros en el arbitraje comercial internacional”, *Anuario da Facultade de Dereito*, <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2114/AD-5-3.pdf?sequence=1>

Estatuto dispone que las partes o los reglamentos de los centros de arbitraje no podrán, en ningún caso, prohibir la intervención de otras partes o de terceros.

**Recurso de revisión.** Finalmente, dispuso el legislador para el arbitraje nacional, que tanto el laudo como la sentencia que resuelva sobre su anulación son susceptibles del recurso extraordinario de revisión en los términos señalados en la normatividad procesal civil. Una vez más, al no haberse dispuesto este instrumento dentro de las normas de arbitraje internacional, es posible entender que la autonomía de la voluntad y no los principios ni las instituciones generales que enmarcan los procesos judiciales fue la que inspiró la esencia de este apartado. Para efectos de asegurar la independencia de las normas arbitrales internacionales, el artículo 107 resalta, de manera expresa, que el recurso de anulación es el único recurso judicial contra un laudo arbitral.

### ***B. La autonomía de la voluntad en el arbitraje doméstico colombiano***

Tal como se ha señalado a lo largo del presente documento, el entorno constitucional y legal del arbitraje conllevó una innegable afectación del principio de autonomía, en el entendido que un significativo número de respuestas a cuestiones prácticas del trámite arbitral no se encuentran únicamente en las normas especiales sobre la materia, sino en otros ámbitos del derecho como el procesal, el constitucional y hasta el supranacional. La asimilación del árbitro al juez, en virtud de lo dispuesto en la Carta Política, y del trámite arbitral al proceso judicial, por cuenta de la regulación legal, han determinado un funcionamiento en extremo judicializado, especialmente si esto se compara con las prácticas internacionales.

Esta reiterada incidencia de otros sistemas normativos trajo consigo una serie de preguntas alrededor del alcance de la cabida del principio de la autonomía de la voluntad en la derogación de las disposiciones procesales en el arbitraje doméstico, especialmente por cuenta del carácter de normas de *orden público y de derecho*



*público* que las caracteriza.<sup>359</sup> No obstante, las normativas arbitrales en el plano doméstico han comportado, en los últimos años, una serie de fórmulas a cuyo tenor se ha procurado salvaguardar dicha libertad, en el entendido que esto se constituye en uno de los pilares fundamentales de este mecanismo de solución de controversias.

Sobre este particular, el renombrado caso Termorío trajo consigo una serie de debates que permiten entender la evolución de esta problemática bajo las disposiciones que antecedieron a la Ley 1563 de 2012, y que fueron sintetizados acertadamente por un sector de la doctrina, en los siguientes términos:

En su decisión, el Consejo de Estado hizo una amalgama entre proceso arbitral, proceso judicial, función pública de administrar justicia y orden público, para llegar a la conclusión de que las partes no podían derogar al procedimiento previsto en el Decreto 2279 de 1989, porque consagraba normas de orden público. El alto tribunal se equivocó. Las partes, mientras estuvo en vigor el artículo 92 de la Ley 23 de 1991, no podían pactar el procedimiento porque una expresa disposición legal las obligaba a utilizar el procedimiento de la citada preceptiva. Pero, desaparecida esa obligación, las partes recobraron su libertad para diseñar el procedimiento.

Mucho se podría hablar sobre la autonomía de las partes en materia de arbitraje. Sin embargo, para los efectos de este comentario basta con decir que en todos los países con una práctica arbitral relativamente moderna nadie pone en duda —ni para el arbitraje interno o nacional, ni mucho menos para el arbitraje internacional— que las partes pueden pactar libremente el procedimiento arbitral. Así mismo, que los árbitros —aunque tienen la *iuris dictio*— no ejercen función pública alguna y que, como expresamente lo menciona el artículo 6º del Código de Procedimiento Civil, la ley puede autorizar a las partes para derogar las disposiciones de orden procesal —lo cual sucede siempre que se permite recurrir al arbitraje como método alternativo al procedimiento judicial—.

---

<sup>359</sup> Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012). “Artículo 13. Observancia de normas procesales. Las normas procesales son de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y en ningún caso podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley.”

En materia arbitrable —que necesariamente versa sobre derechos disponibles—, donde el presupuesto de la libre voluntad de las partes para someterse a arbitraje es dominante, el único orden público procesal es la obligatoriedad de garantizar un debido proceso —del cual, a diferencia de lo que insinúa la sentencia comentada, no tiene el monopolio el Código de Procedimiento Civil—. Este consiste en el respeto a la igualdad de las partes y el derecho a ser oído en debate contradictorio. Mientras estos dos principios se respeten, las partes pueden libremente “inventar” el procedimiento que más se ajuste a las necesidades de la controversia que, por medio del mismo, pretenden resolver.<sup>360</sup>

El debate fundamental que originó el mencionado caso, resultó de la suscripción por las partes de un acta de misión, fundada en el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional, mediante la cual fijaron el procedimiento a seguir. Este nuevo acuerdo ya no estaba sometido a los designios de la Ley 23 de 1991 sino al amparo de la Ley 446 de 1998, cuyo artículo 112 disponía que, en el arbitraje independiente, las partes podían acordar autónomamente las reglas de procedimiento aplicables en la solución de su conflicto. Esta circunstancia, así planteada, no fue abordada por el Consejo de Estado y la cuestión sobre si era posible reemplazar integralmente el procedimiento civil por normas particulares quedó abierta para otros escenarios, como se verá en el siguiente punto.

### **1. La incertidumbre sobre la plena eficacia de la autonomía de la voluntad derivada de la jurisprudencia constitucional**

La normativa colombiana de los últimos años ha realizado ingentes esfuerzos por privilegiar la autonomía de la voluntad en el arbitraje, particularmente en lo que a configuración del procedimiento se refiere. A diferencia de Ecuador, país cuyo sistema de arbitraje doméstico se encuentra igualmente cargado de influencias procesalistas, el mensaje que la jurisprudencia nacional ha enviado a los operadores jurídicos sobre este punto trascendental no es del todo claro.

---

<sup>360</sup> Fernando Mantilla Serrano, “Termorío: un duro golpe al arbitraje”, *Revista Internacional de Arbitraje*, n.º 1 (2004): 191-205.

A partir de la Constitución Política de 1991 se han promulgado una serie de normas de carácter estatutario, de rango “cuasi-constitucional”, cuyo propósito ha sido preparar el terreno para la operación de las disposiciones legales que rigen la figura. Frente las primeras, la Corte Constitucional, órgano competente para pronunciarse sobre los proyectos de leyes estatutarias tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación, ha generado un marco de incertidumbre que derivó en una cascada de normas cuyo propósito clarificador no ha sido plenamente resuelto en esto días.

El primer antecedente tiene lugar con el artículo 13 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, en el cual se expresó con claridad:

Artículo 13. Ejercen función jurisdiccional de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política: (...) Los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en asuntos susceptibles de transacción, de conformidad con los procedimientos señalados en la ley. Tratándose de arbitraje, las leyes especiales de cada materia establecerán las reglas del proceso, sin perjuicio de que los particulares puedan acordarlas.

A lo que la Corte Constitucional, en Sentencia C-037 de 1996, replicó:

Resta agregar que en estas situaciones, los particulares, en aquellos casos no previstos por el legislador, pueden fijar sus propias reglas para el ejercicio de su labor de impartir justicia, siempre y cuando se ajusten a los parámetros establecidos en la Constitución y en la ley.

De este importante precedente jurisprudencial, por el tipo de norma que fue objeto de estudio, se derivó una radical postura del Consejo de Estado que, en la práctica, dejaba casi sin ningún efecto la aplicación de la libertad contractual en lo que refiere a los pactos sobre el procedimiento, pues señaló:

Por regla general, ni los particulares ni las entidades estatales tienen competencia o facultad para derogar, sustituir o convenir las reglas de procedimiento judicial.

Las partes, aun tratándose del arbitraje independiente previsto en el artículo 112 de la Ley 446 de 1998 (...) no tienen autorización ni libertad absoluta para convenir las normas del procedimiento (...) salvo la exclusiva autorización que la Corte Constitucional reconoció a los particulares para acordar las normas de procedimiento del proceso arbitral, en los solos eventos del vacío legal.<sup>361</sup>

En una jurisprudencia posterior, la Corte, en sede de tutela, se refirió a las libertades de las partes sobre este particular, pero sin hacer una mención expresa a si esa libertad estaba o no supeditada a la existencia de los “casos no previstos por el legislador” o los “vacíos legales”, en los términos señalados por la misma Corte y el Consejo de Estado. En esa oportunidad señaló:

Es competencia del legislador definir los términos en que se administrará justicia por los árbitros, lo cual incluye la fijación de las normas propias del juicio arbitral, lo cual no obsta para que en virtud del principio de voluntariedad las partes también acuerden cuáles serán las reglas del procedimiento arbitral con miras a obtener una decisión justa, pronta y sin formalismos innecesarios.<sup>362</sup>

Las referidas sentencias, a todas luces contradictorias, no permitieron un desarrollo adecuado de la libertad configurativa en materia de reglas de procedimiento, al punto que derivaron en una reforma al mencionado artículo 13 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, mediante la Ley 1285 de 2009, que precisó:

Artículo 6. (...) Tratándose de arbitraje, en el que no sea parte el estado o alguna de sus Entidades, los particulares podrán acordar las reglas de procedimiento a seguir, directamente o por referencia a la de un Centro de Arbitraje, respetando, en todo caso los principios Constitucionales que integran el debido proceso.

Sin embargo, un nuevo pronunciamiento de la Corte en Sentencia C-713 de 2008, declaró la exequibilidad condicionada del artículo 13, en los siguientes términos:

---

<sup>361</sup> Colombia. Consejo de Estado. Expediente 21.041.

<sup>362</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU-174 de 2007.

Cuando las partes –particulares– deciden fijar autónomamente las reglas de procedimiento (arbitraje institucional o independiente), es necesario condicionar la exequibilidad de la norma en el entendido de que las partes también deben respetar lo dispuesto por las leyes especiales que regulen los procedimientos arbitrales.<sup>363</sup>

Sobre el particular, el exmagistrado de la Corte Constitucional, Manuel José Cepeda Espinosa entendió que esta sentencia trató de “reducir el grado de constitucionalización del arbitraje. Lo hace admitiendo, primero, que las partes pacten el procedimiento y, segundo, que sea el legislador el que enmarque dicha posibilidad.”<sup>364</sup>

Un sector de la doctrina colombiana mantuvo una posición más inflexible, fundada en el carácter judicial del trámite arbitral y en la inderogabilidad de las normas procesales consideradas como de obligatoria observancia por su carácter de orden público, como se aprecia en el siguiente aparte:

Quienes prohíjan la tesis que apunta a facultar a las partes en un proceso arbitral a derogar las normas procesales, invocan como argumento engañoso, que así debe ser porque así también ocurren en los tribunales internacionales. (...) Pero esta razón de ser y esa justificación desaparecen cuando se trata de tribunales de arbitramento nacionales, pues en estos las partes han de someterse necesariamente a una norma procesal interna, que de orden público y, por tanto, inderogable por los particulares (...) Hay otra razón de peso que nos anima a sostener la tesis de la inconveniencia de que las partes en un proceso arbitral puedan derogar las normas procesales y definir las reglas de su proceso, y tiene que ver con la necesidad de no propiciar mecanismos que eventualmente desconozcan la igualdad de las partes.<sup>365</sup>

---

<sup>363</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-713 de 2008 (M. P.: Clara Inés Vargas Hernández; julio 15 de 2008).

<sup>364</sup> Cepeda Espinosa, “La constitucionalización del arbitraje en Colombia”.

<sup>365</sup> Ramiro Bejarano Guzmán, *Procesos declarativos, ejecutivos y arbitrales*, 8a ed. (Bogotá: Temis, 2011), 466.

Estos antecedentes en los que se funda el debate sobre el amplio o limitado reconocimiento de la autonomía de la voluntad para la fijación de las reglas de procedimiento, cobran plena vigencia en la actual normatividad arbitral. Se deriva de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia que dicha libertad se encuentra avalada por el legislador, para aquellos casos en los que no participa una entidad estatal. Así mismo, puede entenderse que la Corte Constitucional la ha reconocido sobre la base de que sea la misma ley la que determine sus alcances.

En efecto, la Ley 1563 de 2012 no está exenta de dichas tensiones: por un lado, consagró una regla que parece tornar supletivas las disposiciones de la ley, plegándolas a lo acordado por las partes; por el otro, como se verá más adelante, consagró instituciones cuyo contenido es fácilmente identificable como de orden público, además de otras cuyo carácter imperativo desestima expresamente la posibilidad de que las partes configuren pactos en contrario. La pregunta que surge, entonces, es si la Ley 1563 está o no redactada de una forma técnica que permita identificar de forma clara los alcances de la autonomía de la voluntad para cada uno de los escenarios del trámite.

## **2. Posibles alcances del artículo 58 de la Ley 1563 de 2012**

Como se señaló en el capítulo I del presente trabajo, las leyes de arbitraje más modernas disponen de fórmulas en las que las partes y los árbitros cuentan con la suficiente claridad para calificar el carácter potestativo u obligatorio de sus disposiciones, a fin de poder pactar en contrario cuando las necesidades del trámite o las meras necesidades de eficiencia así lo demanden. De esta manera, la Ley Modelo de la CNUDMI materializa esta fórmula mediante la adopción de reglas de carácter eminentemente supletivo, en las que la redacción de cada artículo pone de manifiesto la aquiescencia del *legislador* para que las partes, según su criterio, formulen parámetros diferentes para el funcionamiento del tribunal arbitral. Por otro lado, una legislación como la Arbitration Act de 1996 contiene un apéndice especial en el que se enumeran una a una las normas cuyo carácter es definitivamente indisponible por mandato superior.

En la normativa doméstica, Parte I de la Ley 1563 de 2012, aparece entonces una curiosa fórmula que, en conjunción con una serie de normas dispositivas y supletivas como las arriba mencionadas, dispuso:

Artículo 58. Reglas de procedimiento. En los arbitrajes en que no sea parte el Estado o alguna de sus entidades, los particulares podrán acordar las reglas de procedimiento a seguir, directamente o por referencia a las de un centro de arbitraje, respetando, en todo caso los principios constitucionales que integran el debido proceso, el derecho de defensa y la igualdad de las partes. En el evento en que las partes no establecieren reglas o el centro seleccionado para adelantar el trámite no tuviere reglamento de procedimientos debidamente aprobado, se aplicarán las reglas establecidas para cada caso en la presente ley.

Lo dispuesto en el mencionado artículo encaja sin mayor problema con el juego de normas supletivas arriba señaladas, pues lo único que hace es reafirmar el carácter voluntario y contractual del arbitraje, que en algunos aspectos se manifiesta. No obstante, el problema surge cuando se quiere compatibilizar esta disposición con otras normas que no comportan la mencionada formulación supletiva. En efecto, tras una interpretación literal del citado artículo 58, este supone que toda la normatividad procesal se torna susceptible de pacto en contrario, pese a la forma imperativa en que se encuentra redactada y a su carácter de normas de orden público, según lo dispuesto en el Código General del Proceso. Sin embargo, esta afirmación carece de fundamento ya que existen otras consideraciones sin cuyo análisis las posibles conclusiones se tornarían insuficientes, como se verá más adelante.

También resulta pertinente señalar que, como lo dispone el mismo artículo 58, y así como ocurre en el ámbito internacional,<sup>366</sup> resultan aplicables al arbitraje doméstico los principios generales que integran el debido proceso y el derecho de defensa. En el caso particular de la Parte I de la Ley 1563 de 2012, por cuenta de la asimilación del arbitraje a los procesos judiciales,<sup>367</sup> estas instituciones operan en

---

<sup>366</sup> Ver capítulo I

<sup>367</sup> Capítulo III Sección C.2.c)

uno y en otro escenario de forma semejante. Respecto del debido proceso, la Corte Constitucional lo definió, de forma amplia, como:

El conjunto de garantías que protegen al ciudadano sometido a cualquier proceso, que le aseguran a lo largo del mismo una recta y cumplida administración de justicia, la seguridad jurídica y la fundamentación de las resoluciones judiciales conforme a derecho. (...) El debido proceso es el que en todo se ajusta al principio de juridicidad propio del estado de derecho y excluye, por consiguiente, cualquier acción *contra legem o praeter legem*. Como las demás funciones del Estado, la de administrar justicia está sujeta al imperio de lo jurídico: sólo puede ser ejercida dentro de los términos establecidos con antelación por normas generales y abstractas que vinculan positiva y negativamente a los servidores públicos. Estos tienen prohibida cualquier acción que no esté legalmente prevista, y únicamente pueden actuar apoyándose en una previa atribución de competencia. El derecho al debido proceso es el que tiene toda persona a la recta administración de justicia. Es debido aquel proceso que satisface todos los requerimientos, condiciones y exigencias necesarios para garantizar la efectividad del derecho material.<sup>368, 369</sup>

El derecho de defensa, institución inescindiblemente ligada al debido proceso, ha sido definido por la misma Corte en los siguientes términos:

---

<sup>368</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-001 de 1993 (M. P.: Jaime Sanín Greiffenstein; enero 1 de 1993). La Corte Constitucional mediante la sentencia T-001 de 1992, confirmó la decisión proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá de amparar el derecho al debido proceso de la peticionaria Luz Stella Zuluaga Morales. Lo anterior, dado el proceso de tutela T-3668, emprendido por la misma luego de que la Inspección Segunda de Policía ordenara el archivo de todas las diligencias realizadas por esta institución en el marco del caso concreto.

<sup>369</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-383 de 2000 (M. P.: Álvaro Tafur Galvis; abril 05 de 2000). En esta providencia la Corte Constitucional declaró exequible la expresión "o que no aparece ninguna como tal", presente en el numeral 5 del artículo 407 del CPC, de conformidad con la modificación elaborada por el Decreto 2282 de 1989. Esto, a raíz de la demanda de inconstitucionalidad que promovió Héctor Enrique Quiroga Cubillos, por considerar que tal expresión violaba la Constitución Política en sus artículos 29, que consagra el derecho al debido proceso; el 63, referente a los bienes de carácter público y el 228, relativo a la administración de justicia.



Sea lo primero recordar que, el derecho de defensa es presupuesto esencial de toda clase de procedimientos en los cuales se vea envuelta la garantía de los derechos de las personas, dado que con él ofrece todos los medios posibles y adecuados para obtener la protección y reconocimiento de los mismos, mediante la resolución del asunto en derecho con un adecuado acceso a la administración de justicia.

De ahí que la Corte haya señalado que la finalidad tanto del derecho al debido proceso, como a la defensa sea “la interdicción a la indefensión”,<sup>370</sup> pues la desprotección de las personas frente al reclamo de sus propios derechos, desconociendo la vigencia efectiva de los principios superiores que rigen los procesos (C.P., art. 29), desconoce el derecho a la igualdad. La indefensión surge, en términos de esta Corte “(...) cuando se priva al ciudadano de la posibilidad de impetrar la protección judicial, de sus derechos, o la de realizar dentro de dicho proceso, las adecuadas pruebas, o cuando se le crea un obstáculo que dificulte la actividad probatoria, o cuando se le niega una justa legal facultad de que su negocio sea conocido en segunda instancia.”<sup>371</sup>

En este mismo orden de ideas, la Corte Constitucional desarrolló el principio de la indefensión, citado en la anterior providencia, así:

La indefensión se predica no sólo de situaciones en las cuales la persona se encuentra inerme o desamparada, es decir, sin medios físicos o jurídicos de defensa, sino también de aquellas en las cuales los medios y elementos disponibles se revelan insuficientes para resistir o repeler la agresión o la amenaza

---

<sup>370</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-416 de 1998 (M. P.: Alejandro Martínez Caballero; agosto 12 de 1998). En esta providencia se resuelve la acción de tutela instaurada por Julio Cesar Guerra Tulena contra el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Sincelejo. Lo anterior, dado que el tutelante considera violados sus derechos al debido proceso, a la igualdad y al acceso a la justicia, con ocasión del proceso de jurisdicción voluntaria de interdicción del señor Pedro Tulena, por no haber sido designado como curador de este último. Frente al caso, la Corte Constitucional decide confirmar la sentencia del Juzgado Primero Penal del Circuito de Sincelejo de febrero de 1998, el cual confirma el fallo del Juzgado Penal Municipal de Sincelejo, por considerar la tutela improcedente.

<sup>371</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-383 de 2000.

de vulneración de un derecho fundamental.<sup>372</sup> La situación de indefensión debe apreciarse en concreto, esto es, según los hechos y circunstancias que rodean el caso.<sup>373</sup>

En principio, estos parámetros, así definidos, plantean un marco general sobre la autonomía de la voluntad en el ámbito del proceso arbitral, muy semejante al del arbitraje internacional, ya que el artículo 58 establece la posibilidad de que las partes pacten normas de procedimiento con la única salvedad de que deben observar el debido proceso, el derecho de defensa y la igualdad de las partes.

#### **a) El carácter supletivo de algunas disposiciones de la Ley 1563 de 2012**

En las leyes debe distinguirse entre aquellas de sus normas que son imperativas para sus destinatarios, es decir, las que se imponen sin posibilidad de pacto o decisión en contra pues sus efectos deben producirse con independencia del querer de las personas, de las que tienen un carácter apenas supletorio de la voluntad de los sujetos a quienes se refieren, las cuales operan solamente a falta de decisión particular contraria, y también de las opcionales, esto es, las que permiten a los individuos escoger, según su deseo y conveniencias, entre dos o más

---

<sup>372</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-161 de 1993 (M. P.: Antonio Barrera Carbonell; abril 26 de 1993). Esta sentencia resuelve la acción de tutela emprendida por Nurys Engs Campillo y Antonio José Palomino contra el Instituto de Seguros Sociales de Barranquilla, Conservas S.A de Barranquilla y su jefe de personal, Francisco Abello Salcedo, por considerar que se vulneraron sus derechos y los de sus familias a la intimidad y la asociación sindical, dada la condición de subordinación e indefensión en la que se encontraban. Al respecto, la Corte decide reformar el fallo emitido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla y amparar los derechos a la intimidad y el buen nombre de ambos tutelantes y a la libre asociación sindical en el caso del señor Palomino.

<sup>373</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-425 de 1995 (M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz; septiembre 26 de 1995). En la providencia en mención la Corte Constitucional decide amparar los derechos del accionante al revocar la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda del 17 de mayo de 1995 y confirmar y adicionar el fallo del Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala Plena. Lo anterior, en el marco del proceso de tutela T- 72178 promovido por Augusto Vargas Saenz contra Anais Moreno de Alzate, por considerar transgredidos sus derechos y los de sus empleados a la vida, la paz y el trabajo.

posibilidades reguladas por la misma ley, en cuanto a los efectos de las opciones consagradas.<sup>374</sup>

Las disposiciones con carácter supletivo otorgan a las partes la posibilidad de determinar libremente el alcance o el carácter particular de su relación jurídica, por lo que las normas que tienen dicha naturaleza entran a operar en la medida en que no haya un pronunciamiento expreso sobre ese aspecto específico de la relación. Por consiguiente, tienen la función de suplir el vacío regulatorio, de tal manera que la ley solo producirá efectos si los interesados no han manifestado su voluntad. Este tipo de disposiciones permiten que la autonomía de la voluntad prevalezca y que haya claridad sobre aquellos aspectos que son abiertamente desistibles o modificables por quienes concurren a una determinada relación contractual.<sup>375</sup>

En materia arbitral, en el capítulo I de esta obra se hizo referencia a la importancia de esta categoría de normas para la materia, dado el carácter contractual que regularmente se le atribuye a este mecanismo en el ámbito internacional. En el referido apartado se ilustraron los alcances de esta fórmula regulatoria a partir de la Ley Modelo de la CNUDMI y, por consiguiente, de la Parte III de la Ley 1563 de 2012 o Estatuto Arbitral colombiano que, como se ha dicho, replica el modelo propuesto por las normativas modeladoras.

No obstante, en el ámbito doméstico llama la atención el hecho de que el número de normas que se pueden identificar como supletivas es en extremo reducido. Como se puede apreciar en el apéndice I, las disposiciones de la Ley 1563 de 2012 con tal carácter son:

- **Clases de arbitraje:** “A falta de acuerdo respecto de su naturaleza y cuando en el pacto arbitral las partes guarden silencio, el arbitraje será institucional”. (Artículo 2º).

---

<sup>374</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-597 de 1995 (M. P.: José Gregorio Hernández Galindo; diciembre 07 de 1995).

<sup>375</sup> Colombia. Código de Comercio. “Artículo 40. Preferencia de las estipulaciones contractuales. Las estipulaciones de los contratos válidamente celebrados preferirán a las normas legales supletivas y a las costumbres mercantiles.”

- **Tipo de laudo:** “En el pacto arbitral las partes indicarán la naturaleza del laudo. Si nada se estipula al respecto, este se proferirá en derecho”. (Artículo 3).
- **Número de árbitros:** “Si nada se dice al respecto, los árbitros serán tres (3), salvo en los procesos de menor cuantía, caso en el cual el árbitro será único”. (Artículo 7).
- **Término del proceso:** “Si en el pacto arbitral no se señalare término para la duración del proceso, este será de seis (6) meses, contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite”. (Artículo 10).
- **Fijación de honorarios:** “Para la fijación, tomará en cuenta la cuantía de las pretensiones de la demanda, determinada de conformidad con el Código de Procedimiento Civil. Si hubiere demanda de reconvencción, tomará como base la de la cuantía mayor. Lo anterior, sin perjuicio de que las partes, antes del nombramiento de los árbitros, acuerden los honorarios y así se lo comuniquen junto con su designación”. (Artículo 25).

Esta formulación de normas con carácter eminentemente supletivo resulta excesivamente limitada y contrasta de manera evidente con las disposiciones de la Parte III de la mencionada ley, cuya particularidad es que, en su gran mayoría, son normas de esta categoría. Si las normas susceptibles de derogación por acuerdo privado, en los términos del artículo 58 de la Ley 1563 de 2012, fueran únicamente las disposiciones redactadas de forma supletiva, dicho escenario resultaría extremadamente restringido y los fines de la normatividad no se ajustarían a los presupuestos señalados por la Corte Constitucional, cuando manifestó:

Significa lo anterior que aun cuando el Legislador no puede adoptar una regulación procesal que haga inoperante el principio de voluntariedad (en especial para los arbitrajes independiente e institucional), sí tiene el deber de exigir la observancia de las garantías mínimas del debido proceso. Del mismo modo, en

virtud de la naturaleza procesal del arbitramento, los particulares tampoco pueden renunciar al deber de resolver sus disputas en el marco de un trámite que garantice los parámetros mínimos del debido proceso.<sup>376</sup>

En virtud de lo anterior, resulta necesario adentrarse en el resto de las disposiciones, analizar aquellas cuya forma de redacción es de normas típicamente imperativas e intentar determinar así la idoneidad o no de la técnica legislativa escogida para la redacción del Estatuto Arbitral en su apartado doméstico.

### **b) Formulación imperativa de algunas disposiciones del Estatuto Arbitral y de la normatividad procesal**

Las normas imperativas son aquellas que señalan pautas de obligatorio cumplimiento y que limitan la libertad contractual de las partes; imponen requisitos, prohibiciones y sanciones en aras de tutelar el interés general y el orden público. Son normas excepcionales y de aplicación restrictiva no susceptibles de pacto en contrario, ya que ello conlleva algún grado de ineficacia jurídica.<sup>377</sup>

El Estatuto Arbitral dispuso de un significativo número de normas con alto contenido procesal, que se constituyen en referentes necesarios a la hora de adelantar el trámite y en límites para las partes a la hora de definir las reglas de funcionamiento del tribunal.

De igual manera, la Ley 1563 de 2012 contiene disposiciones que son de ineludible cumplimiento para los árbitros cuando las partes no han acordado soluciones diferentes, ya que ni las normas legales ni las reglamentarias autorizan al tribunal a soportarse en otras disposiciones cuya entidad procesal resulte menos gravosa para la celeridad y flexibilidad del trámite. Como se ha visto, esta última alternativa sí está contemplada tanto en la Ley Modelo de la CNUDMI como en las normas de arbitraje internacional contenidas en la Parte III del Estatuto Arbitral.

---

<sup>376</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-713 de 2008.

<sup>377</sup> Marcela Castro de Cifuentes, *Derecho comercial...*, 125.

En este contexto resulta evidente que el sustrato procesal del Estatuto Arbitral, en su apartado doméstico, no subyace únicamente de los principios que lo encarnan y de la jurisprudencia que lo ha antecedido, sino también de las normas que delinear el “proceso” arbitral, contentivas de múltiples referencias a estatutos que fueron concebidos por el legislador para regular las acciones promovidas en el escenario de la justicia estatal. A continuación se analizan cada una de estas instituciones cuyo carácter aparece como de orden imperativo, y se buscará determinar si son, en algún grado, susceptibles de pacto en contrario por las partes en el trámite arbitral.

### ***i) Cláusulas escalonadas y acceso a la administración de justicia***

Un primer elemento a considerar guarda una relación directa con el carácter jurisdiccional del arbitraje, en los términos que se han señalado en el presente estudio. Este presupuesto, en el que se enmarca la función de los árbitros, tiene consecuencias directas en el alcance y la flexibilidad del marco del trámite, que no resulta ser cosa diferente a un verdadero proceso judicial. En este sentido, como resulta evidente, resultan aplicables los principios generales del derecho de acceso a la administración de justicia, por lo que una primera limitación a los acuerdos privados, en los términos del artículo 58 referido, es lo dispuesto por el artículo 13 del Código General del Proceso:

Artículo 13. Observancia de normas procesales. (...) Las estipulaciones de las partes que establezcan el agotamiento de requisitos de procedibilidad para acceder a cualquier operador de justicia no son de obligatoria observancia. El acceso a la justicia sin haberse agotado dichos requisitos convencionales, no constituirá incumplimiento del negocio jurídico en donde ellas se hubiesen establecido, ni impedirá al operador de justicia tramitar la correspondiente demanda.

Las estipulaciones de las partes que contradigan lo dispuesto en este artículo se tendrán por no escritas.

En este orden de ideas, las llamadas *cláusulas escalonadas*, tan frecuentes en el ámbito del arbitraje internacional, encuentran una primera limitación derivada

tanto de los términos de la misma ley como de la jurisprudencia constitucional, que dispuso y reafirmó, en lo relativo a la determinación de la conciliación como requisito de procedibilidad, que es legítimo que el legislador establezca, por ejemplo, límites temporales dentro de los cuales debe hacerse uso de las acciones judiciales, o señale requisitos de procedibilidad para poner en movimiento el aparato judicial, como exigir el agotamiento previo de la vía gubernativa, o condicione el acceso a la justicia a la intervención mediante abogado o a la observancia de determinados requisitos de técnica jurídica.<sup>378</sup>

Esta limitación a la autonomía de la voluntad, además, resulta claramente identificable dados los términos de su redacción en el Código General del Proceso, pues contempla la sanción de ineficacia para todo pacto que la contravenga.

### ***ii) Juramento estimatorio y amparo de pobreza***

Estas figuras, de raigambre eminentemente procesal, aparecen en la legislación arbitral, como ya se ha señalado, de manera artificiosa frente a la naturaleza de esta institución, pero plenamente congruentes en virtud de la condición jurisdiccional del arbitraje doméstico nacional.

El juramento estimatorio existe en la legislación colombiana desde el Código Judicial, así como el método para calcular el monto de la sanción ahí prevista, cuyos orígenes se remontan al inicio mismo de dicha institución. El artículo 13 de la Ley 1743 de 2014 modificó el inciso cuarto del artículo 206 del Código General del Proceso, en el sentido de que la condena de quien hizo el juramento estimatorio de manera desproporcionada, ya no deberá pagarla a la otra parte sino al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Administrativa Ejecutiva de Administración Judicial, o a quien haga sus veces.

Frente a las sanciones previstas en el juramento estimatorio la Corte ha dicho que estas tienen finalidades legítimas. Tales objetivos versan sobre el deber de preservar la lealtad procesal de las partes y condenar la realización de demandas

---

<sup>378</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-1195 de 2001.

“temerarias” y “fabulosas” en el sistema procesal colombiano. Ha dicho, además, que estas están fundamentadas en la violación de un bien jurídico muy importante como es la eficaz y recta administración de justicia, que puede ser afectado a través de la inútil, fraudulenta o desproporcionada puesta en marcha de la Administración de Justicia.<sup>379</sup>

Al derivarse de la figura del juramento estimatorio una sanción, la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre su naturaleza y procedencia, en los siguientes términos:

Respecto del principio de legalidad de las sanciones, esta Corte ha desarrollado jurisprudencia, en la que ha establecido la prohibición de imponer sanciones si no es de acuerdo a las normas sustanciales previas que las determinen. Ha dicho además que la finalidad de este principio consiste en garantizar la libertad de los administrados y controlar la arbitrariedad judicial y administrativa mediante el señalamiento legal previo de las penas aplicables. En consecuencia, quien incurre en una actuación prohibida en la ley debe conocer previamente cuáles son las consecuencias jurídicas de su comportamiento. Y este castigo de ninguna manera puede ser definido con posterioridad a la comisión del acto ilegal porque se abriría la puerta a una posible arbitrariedad. Ha definido además ciertos requisitos que exige este principio.<sup>380</sup>

Se entiende, entonces, que esta institución cumple con unas finalidades inherentes a la protección del adecuado funcionamiento de la actividad judicial estatal, para evitar así que el sistema se vea afectado por el impulso de acciones que no guardan relación con la realidad o que se interponen con propósitos diferentes a la búsqueda de una efectiva y verdadera impartición de justicia. Ahora bien, aunque

---

<sup>379</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-067 de 2016 (M. P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; febrero 17 de 2016). A través de esta sentencia la Corte declara la exequibilidad del inciso 4 (parcial) del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso), modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014, el cual establece la modificación al juramento estimatorio. Los actores son Sebastián Durán Méndez y Diego Figueroa Falla, quienes presentan esta demanda pública de inconstitucionalidad por considerar que se vulneran los artículos 6, 13, 29 y 229 de la Constitución Política. La Corte resuelve declarar exequible el inciso 4 del artículo mencionado.

<sup>380</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-067 de 2016.



en materia arbitral estas razones pueden parecer incompatibles con el sistema, el hecho de que una eventual sanción derivada de su aplicación pueda favorecer a un ente estatal como el Consejo Superior de la Judicatura anula toda posibilidad de que las partes puedan tener libertad para regular los aspectos que instituyen esta figura que, además, por tener un carácter sancionatorio, se encuentra sometida al principio de legalidad señalado por la Corte.

Por otro lado, las disposiciones sobre el amparo de pobreza en materia arbitral tampoco aparecen como susceptibles de una regulación en contrario, dado su carácter garantista de los derechos del ciudadano al acceso a la administración de justicia y a la igualdad. Cabe recordar también que el amparo de pobreza en materia arbitral no solo opera por cuenta de remisiones a la normatividad procesal civil, sino que cuenta con una regulación imperativa particular,<sup>381</sup> que se ajusta a esta específica materia, lo que la hace una institución de orden público cuya procedencia y alcances también parecieran quedar exentos de pactos particulares que la limiten o le den un sentido no contemplado en la ley.

### ***iii) Trámite de la demanda, impedimentos y recusaciones***

Uno de los aspectos que en el arbitraje internacional se encuentra más desprovisto de formalidades y reglas preestablecidas es el relacionado con el contenido de la demanda y su notificación a la parte demandada. En Colombia, el Estatuto de Arbitraje, en su parte doméstica dispuso lo siguiente:

---

<sup>381</sup> “Si se tiene en cuenta que el artículo 13 únicamente menciona al tribunal arbitral, es necesario aquí aclarar que aun cuando en dicha explicación a las modificaciones se incluya a los centros de arbitraje, estos no han sido incluidos en la norma comentada y, por ello, mal haríamos en entender que estos, siempre que administraran un arbitraje en donde una de las partes esté beneficiada con el amparo de pobreza, solo recibirían la mitad. Y es que si se considera que los centros de arbitraje no administran justicia, se entiende que quien les solicite sus servicios estará suscribiendo un contrato de carácter privado en donde no cabe la institución pública del amparo de pobreza.” Marcela Rodríguez Mejía, “Una aproximación al régimen del arbitraje nacional del nuevo estatuto del arbitraje en Colombia, Ley 1563 de 2012”, *Revista de Derecho Privado*. Universidad Externado de Colombia, n.º 23 (2012),

<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3312/3461>

Artículo 12. Iniciación del proceso arbitral. El proceso arbitral comenzará con la presentación de la demanda, que deberá reunir todos los requisitos exigidos por el Código de Procedimiento Civil.

Artículo 20. Instalación del tribunal. (...) la admisión, la inadmisión y el rechazo de la demanda se surtirán conforme a lo previsto en el Código de Procedimiento Civil.

Este trámite, así previsto, conlleva la necesidad de adoptar una muy precisa técnica procesal y sustancial, especialmente en lo relativo a la fijación del juramento estimatorio arriba descrito, por lo que en la práctica se ha constituido en un espacio en el que se despliegan instrumentos y recursos que rompen con la fluidez del proceso y afectan la celeridad.

Esta referencia a la normatividad procesal civil, por los términos de su redacción, resulta de difícil conjugación con el artículo 58 del Estatuto Arbitral, lo que queda en evidencia luego de una revisión de los diferentes reglamentos de los centros de arbitraje, en los que la regla general es que esta instancia opera en los términos señalados.<sup>382</sup>

En el mismo sentido, los aspectos relacionados con los impedimentos y recusaciones de los árbitros están dispuestos en la normatividad mediante referencias a las normas procesales y así también opera en los reglamentos arbitrales.

---

<sup>382</sup> Cámara de Comercio de Bogotá. Centro de Arbitraje y Conciliación, *Reglamento de procedimiento de arbitraje mipymes y arbitraje social*. “Artículo 4.6. Presentación de la demanda. El interesado presentará ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá la demanda arbitral, de manera escrita y con los requisitos establecidos en la Ley para la demanda (...).”

Superintendencia de Sociedades. *Reglamento especializado en conflictos societarios*. “Artículo 110°. Presentación de la demanda. La parte que desee recurrir al arbitraje conforme al presente Reglamento, podrá presentar su solicitud a través del Portal, o de forma física, en las instalaciones de la entidad, para cuyo efecto se deberá cumplir con los requisitos establecidos por la ley para la demanda.”

#### ***iv) Etapas del trámite arbitral, pruebas, medidas cautelares e intervención de terceros***

Uno de los aspectos que más llama la atención y que contribuye enormemente en la flexibilidad del arbitraje internacional es el relativo a la posibilidad que tienen las partes de disponer una estructura de trámite arbitral en el que se pretermitan etapas del procedimiento judicial tradicional. Dentro de lo que se ha denominado *arbitraje acelerado*, se pueden encontrar procedimientos que dejan de lado la práctica de pruebas o que se limitan exclusivamente a la práctica de aquellas que tienen un carácter exclusivamente documental.<sup>383</sup>

De la misma manera, en algunos contextos, particularmente en los Estados Unidos, se ha desarrollado una figura denominada *baseball arbitration* o arbitraje de última oferta, que consiste en que cada una de las partes concurre ante el árbitro para presentarle un documento en el que se consigna una propuesta de solución a su conflicto. Posteriormente, el árbitro estudia los documentos y elige el que según su criterio de razonabilidad, proporcionalidad, mesura y justicia es el más adecuado para la solución de la controversia; al escrito seleccionado no se le realiza ninguna modificación y se le da el carácter de laudo arbitral, final y definitivo. Desde el punto de vista procesal, el trámite consta de una audiencia en la que las partes exponen sus posiciones y propuestas para que el árbitro las evalúe y decida. También es posible que todo se ventile por escrito, con la posibilidad de que las partes envíen soportes documentales junto con su propuesta.

Desde el punto de vista del arbitraje doméstico en Colombia, la posibilidad de disponer de un trámite arbitral cuyas estructuras procesales se aparten sustancialmente del proceso civil tradicional parece limitada. En primer término, resulta necesario recordar la Sentencia T-017 de 2005 de la Corte Constitucional, en la que esta Corporación entendió, para efectos de la amigable composición, que los principios generales de la buena fe e igualdad previstos en la Carta

---

<sup>383</sup> Como ejemplo están el Reglamento de Arbitraje acelerado de la OMPI, de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México, de la Cámara de Comercio de Finlandia, etc.

Fundamental resultaban una guía necesaria en la ejecución de las obligaciones que incumben a los amigables componedores. Así, dispuso:

Por una parte, el principio de buena fe reconocido en el artículo 83 del Texto Superior, incorpora a las relaciones jurídicas el valor ético de la confianza, exigiendo de parte del amigable componedor la recta disposición de ánimo para proceder al cumplimiento fiel de las obligaciones que se originan en el negocio encomendado. Así las cosas, le corresponde al amigable componedor realizar los actos y trámites que resulten necesarios para lograr el cumplimiento honesto y leal de su encargo, entre los cuales, especialmente se destacan los siguientes: oír a las partes, atender sus solicitudes de pruebas, recibir sus escritos, fijar términos razonables para convalidar sus intervenciones, permitirles la realización de descargos, examinar documentos, entrevistar a terceros, contratar estudios técnicos con cargo a las partes en aras de desentrañar el significado legal de un concepto profesional, etc., todo con el objetivo plausible de llegar al convencimiento en torno a la verdad verdadera del asunto litigioso que le permita adoptar una recta solución.

En la mencionada jurisprudencia la Corte entendió que los centros de arbitraje (privados), que contengan reglamentos de amigable composición, deben estipular en ellos etapas de *apertura*, *investigación* y *decisión*. En cuanto a la etapa de investigación, previó la necesidad de contar con instancias para identificar y estudiar el problema, examinar documentos, realizar entrevistas con terceros y las partes, y en general, todas las gestiones esenciales para que el amigable componedor se forme su propio juicio.<sup>384</sup>

Es de anotar que los reglamentos de arbitraje y amigable composición son expresiones privadas que las partes están en plena libertad de seleccionar o no, y que, por consiguiente, esta regla dispuesta para enmarcar sus contenidos se constituye en una pauta extensible al ámbito de los acuerdos directos de los particulares, más aún en el entorno arbitral en el que la connotación jurisdiccional es inherente.

---

<sup>384</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-017 de 2005.

En efecto, el artículo 31 de la Ley 1563 de 2012 dispuso, de forma imperativa, que el tribunal y las partes tendrían, respecto de las pruebas, las mismas facultades y deberes previstos en el Código de Procedimiento Civil y las normas que lo modifiquen o complementen. En lo relativo a la posibilidad de reformular o limitar los alcances de estos poderes, la Corte también señaló, en sentencia C-244 de 2007, lo siguiente:

La justicia arbitral tiene unas características propias pero en todo caso lleva aparejado el ejercicio de la función jurisdiccional por parte de los árbitros, quienes están sujetos a los mismos deberes de los jueces, pero igualmente cuentan con las mismas facultades y poderes procesales de los funcionarios judiciales, entre los que se destacan: (i) el poder de decisión para resolver obligatoriamente la controversia, (ii) el poder de coerción, para procurar el cumplimiento de su decisión, (iii) el poder de documentación o investigación para practicar pruebas ya sea de oficio o a petición de partes, para llegar con la valoración de ellas a una verdad real y de esa forma poder adoptar la decisión que corresponda.<sup>385</sup>

Consideraciones de este mismo orden ha hecho esta Corte en relación con los poderes de los que disponen los árbitros en materia de medidas cautelares, tema que regula el Estatuto de Arbitraje, de forma imperativa, en los siguientes términos:

Artículo 32. A petición de cualquiera de las partes, el tribunal podrá ordenar las medidas cautelares que serían procedentes de tramitarse el proceso ante la justicia ordinaria o la contencioso administrativa, cuyos decretos, práctica y levantamiento se someterán a las normas del Código de Procedimiento Civil, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y a las disposiciones especiales pertinentes.

Tal como se observó en el capítulo III, en el que se analizaron los alcances de la Sentencia C-431 de 1995, si bien esta es una materia que las partes podrían libremente disponer sin afectar derechos constitucionales fundamentales, la posibilidad de limitar el efecto de dichas medidas o de someter su procedencia a

---

<sup>385</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-244 de 2007.

unos parámetros diferentes a los contenidos en la normatividad procesal civil no resulta del todo clara, por dos razones fundamentales: 1) El carácter imperativo de las normas que las reconocen en el proceso arbitral y el reconocimiento que ha hecho la Corte en el sentido de que corresponde al legislador “limitar o ampliar el ámbito de competencia de los árbitros, señalando para el efecto el procedimiento y requisitos que se exigen para el efecto”; y 2) Porque se constituyen en un instrumento necesario del juez (árbitro) para “garantizar la satisfacción de un derecho material, o para su defensa a lo largo del proceso.”<sup>386</sup>

Por otro lado, en lo que respecta a la intervención de “otras partes y terceros”, cabe resaltar que el legislador, en el artículo 37 del Estatuto Arbitral, sostuvo, de forma imperativa, que en ningún caso las partes o los reglamentos de los centros de arbitraje podrán prohibir la intervención de otras partes o de terceros.<sup>387</sup> Como antecedente de una disposición contraria a este presupuesto, se menciona el antiguo artículo 9, parágrafo 2, del Reglamento de la Cámara de Comercio de Bogotá,<sup>388</sup> cuyo objetivo era evitar las posibles dilaciones y dificultades que representa la participación en el trámite de personas ajenas al acuerdo de arbitraje. Así, la solución adoptada por la normativa legal reposa en la aplicación de las normas del Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso.<sup>389</sup>

---

<sup>386</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-431 de 1995.

<sup>387</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-170 de 2014 (M. P.: Alberto Rojas Ríos; marzo 19 de 2014). En esta sentencia la Corte declara la exequibilidad del parágrafo 1 del artículo 37 de la Ley 1563 de 2012, por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones, el cual se refiere a la intervención de otras partes y terceros, específicamente al llamamiento en garantía. La demandante, Ivonne Gissel Cardona Ardila, considera que esta norma vulnera el artículo 116 de la Constitución Política, el cual establece que los árbitros sólo pueden cumplir la función de administrar justicia bajo la condición de que sean habilitados para ello por las partes.

<sup>388</sup> Cámara de Comercio de Bogotá. *Reglamento Centro de Arbitraje y Conciliación* (derogado). “Artículo 9. (...) Parágrafo 2. Habida cuenta de la limitación impuesta por los efectos interpartes del pacto arbitral, no habrá lugar a la intervención de quienes tengan la condición de terceros en los términos definidos por la ley.”

<sup>389</sup> Ley 1563 de 2012. “Artículo 37. La intervención en el proceso arbitral del llamado en garantía, del denunciado en el pleito, del interviniente excluyente y demás partes, se someterá a lo previsto en las normas que regulan la materia en el Código de Procedimiento Civil.”

En este orden de ideas, se puede considerar que el entorno constitucional del arbitraje produce, en estos casos, unas aparentes limitaciones a la autonomía de la voluntad, y que las disposiciones arbitrales que señalan las potestades y deberes de los árbitros en materia probatoria, de medidas cautelares e intervención de terceros, que aparecen en la Ley 1563 de 2012 como de orden imperativo (artículos 31, 32 y 37), difícilmente resultan susceptibles de pactos sustanciales en contrario, no obstante los amplios términos aparentemente dispuestos en el artículo 58.

### **v) Forma de nombrar los árbitros**

El nombramiento de árbitros en el ámbito doméstico, que se logra mediante el común acuerdo de las partes, plantea otra evidente contradicción con el sistema arbitral internacional, en el que la regla es que estos operadores son nombrados mediante el sistema de árbitro parte, cuando el tribunal es plural.

La Ley 2 de 1938 consagró por primera vez la figura del árbitro de parte en Colombia. A diferencia de lo dispuesto en el Código Judicial de 1931, que solo reconocía la eficacia del compromiso en el que estuvieran designados los árbitros, esta norma admitió la posibilidad de que estos fueran designados por las partes, por una cámara de comercio, por una entidad nacional o internacional o por el juez.<sup>390</sup> En lo que respecta al nombramiento de parte, disponía el artículo 4:

Artículo 4. Cuando las partes mismas acuerden en el respectivo contrato designar los arbitradores, cada una de ellas nombrará un arbitrador y éstos como primera providencia designarán un tercero que con ellos integre el tribunal. El tribunal una vez integrado procederá en conformidad con lo dispuesto por los artículos 1218 a 1227 del Código Judicial.<sup>391</sup>

Posteriormente, señala la doctrina que los Códigos de Procedimiento Civil de 1970 y de Comercio de 1971, que se inclinaron por una teoría procesal del arbitraje,

---

<sup>390</sup> Camilo Hoyos, *El árbitro de parte en arbitraje nacional colombiano*, <http://www.colvyap.com/2017/07/el-arbitro-de-parte-en-arbitraje.html>

<sup>391</sup> Ley 2 de 1938, por la cual se da validez a la cláusula compromisoria. Diario Oficial 23.727, de 12 de marzo de 1938.

modificaron el mecanismo de nombramiento de árbitros de tal forma que ya no era posible hacerlo individualmente sino de común acuerdo. Esta fórmula no sufrió modificaciones en ninguna normativa ulterior, por lo que se entiende que ni entonces ni ahora pueden designarse de esta manera.<sup>392</sup>

#### **vi) Términos y suspensión del proceso**

Constituyen verdaderos límites a la autonomía privada los preceptos contenidos en los artículos 10 y 11 de la Ley 1563 de 2012.<sup>393</sup> Estas normas, con un carácter claramente imperativo, en las que explícitamente se limita cualquier posibilidad de pacto en contrario, se refieren a la prórroga del trámite arbitral y a la suspensión de este, con unos límites claramente definidos, y pueden entenderse como “limitaciones de buena fe”, ya que su objetivo es erradicar prácticas inadecuadas en que los árbitros llevan a las partes a extender injustificadamente el término de los procedimientos, como arriba se señaló.

En muchas ocasiones en que la práctica probatoria es compleja y depende de la actividad desplegada por peritos y terceras personas, dicha limitante puede constituirse en una verdadera amenaza para la seguridad del trámite y la búsqueda de una solución adecuada para los conflictos de las partes; de igual manera, puede representar dificultades en casos en que los interesados procuren una solución negociada a sus diferencias durante el curso del proceso.

---

<sup>392</sup> Julio Benetti Salgar, *El arbitraje en el derecho colombiano*. 2ª ed. (Bogotá: Temis, 2001), 139.

<sup>393</sup> Ley 1563 de 2012. Artículo 10. TÉRMINO. Si en el pacto arbitral no se señalare término para la duración del proceso, este será de seis (6) meses, contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite. Dentro del término de duración del proceso, deberá proferirse y notificarse, incluso, la providencia que resuelve la solicitud de aclaración, corrección o adición.

Dicho término podrá prorrogarse una o varias veces, sin que el total de las prórrogas exceda de seis (6) meses, a solicitud de las partes o de sus apoderados con facultad expresa para ello. (...)

Ley 1563 de 2012. Artículo 11. Suspensión. El proceso se suspenderá por solicitud de ambas partes con la limitación temporal prevista en esta ley y, además, desde el momento en que un árbitro se declare impedido o sea recusado, y se reanudará cuando se resuelva al respecto. (...)

Al término del proceso se adicionarán los días de suspensión, así como los de interrupción por causas legales. En todo caso, las partes o sus apoderados no podrán solicitar la suspensión del proceso por un tiempo que, sumado, exceda de ciento veinte (120) días.



## ***vii) Motivación del laudo arbitral***

En concepto emitido por la Dirección de Métodos Alternativos de Solución de Conflictos, del Ministerio de Justicia y del Derecho, en el que se pronuncia sobre la viabilidad de la aplicación de la figura del arbitraje de última oferta en Colombia, la mencionada entidad, a cuyo cargo se encuentra la vigilancia de los centros de arbitraje, sostuvo:

Consideramos que en Colombia no pueden expedirse laudos arbitrales sin motivación por cuanto el artículo 1 de la Ley 1563 de 2012, define que el laudo arbitral es la sentencia que profiere el tribunal de arbitraje, lo que implica que por definición el laudo cuente con los atributos y elementos de las sentencias judiciales. Lo anterior aunado a que en dicho artículo también se establece que el arbitraje está regido por el principio de contradicción, determinando que las partes cuenten con los argumentos bajo los cuales se expidió el laudo arbitral para poder contradecirlo.<sup>394</sup>

Iguales fundamentos parecen deducirse de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que sobre la motivación del laudo arbitral ha señalado:

En resumen, requisitos mínimos de un laudo arbitral es que este ´ motivado –esto es, basado en razones de equidad que consulten el contexto, no sean prejuiciadas, justifiquen lo decidido en cada caso–, y que no sea evidentemente irrazonable por desconocer flagrantemente los derechos constitucionales de las partes. El laudo inmotivado es arbitrario por imponer inopinadamente una decisión que incide sobre los derechos de las partes y por privarlas de las razones que servirían de referente para controvertir ante un juez la decisión, en caso de serles desfavorable, mediante el recurso de homologación. Por eso, el laudo carente de motivación material o evidentemente irrazonable es contrario al derecho constitucional al debido proceso, pilar del Estado Social y Democrático de Derecho.<sup>395</sup>

---

<sup>394</sup> Ministerio de Justicia y del Derecho. Dirección de Métodos Alternativos de Solución de Conflictos. Concepto OFI16-0027478-DMA-2100 de 7 de octubre de 2016.

<sup>395</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU-837 de 2002 (M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa; octubre 09 de 2002). A través de esta sentencia se resuelve una acción de tutela

En este orden de ideas, nuevamente, la asimilación del laudo arbitral a una sentencia judicial cierra la posibilidad de que las partes puedan, amparadas en el artículo 58 de la Ley 1563 de 2012, autorizar a los árbitros a emitir un laudo arbitral que no cumpla con los requisitos que exige la ley para las referidas providencias.<sup>396</sup>

### **c) Consecuencias de la aplicación de una deficiente técnica legislativa**

La disposición de normas supletivas e imperativas en el cuerpo de la ley, aunada al fenómeno de la judicialización del arbitraje y las recurrentes referencias al procedimiento civil, deja entrever que dicha libertad tiene unos límites y que la aparente liberalización del proceso arbitral, derivada del artículo 58 arriba referido, no resulta tan amplia como su alcance literal lo sugiere.

Si bien la asimilación de los árbitros a los jueces trae consigo una necesaria implementación de reglas propias de la actividad jurisdiccional a un escenario de solución de controversias, cuya naturaleza es eminentemente voluntaria, ello no necesariamente indica que las estructuras procesales deban replicarse de un escenario a otro. Bien lo ha manifestado la Corte Constitucional al señalar que el legislador ostenta una libertad configurativa de los procedimientos judiciales, y que en el desarrollo de dichas funciones no puede hacer inoperante el principio de la autonomía de la voluntad, cuando de arbitraje se trata.

Indudablemente, la normatividad arbitral doméstica se orientó en tal sentido pero en la práctica sus alcances resultan bastante difusos y limitados, especialmente si

---

instaurada por la Fundación Abood Shaio y otros ciudadanos contra el laudo del Tribunal de Arbitramento Obligatorio integrado por Tito Adolfo Ferroni Guzmán, Lilly Yolanda Vega Blanco y Armando Novoa García y contra la sentencia de homologación de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral. Los accionantes alegan que su derecho fundamental al debido proceso fue vulnerado porque el Tribunal no apreció las pruebas adecuadamente. La Corte decide confirmar, pero por distintas razones, la sentencia de agosto 22 de 2001, proferida por el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, al resolver la impugnación contra el fallo del 5 de junio de 2001, proferido por el Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, en el proceso de tutela.

<sup>396</sup> Ver capítulo III C.2.c)

se comparan las potestades ahí definidas con las que se reconocen en el ámbito del arbitraje internacional. Lo anterior guarda una relación directa con la forma en que la Ley 1563 de 2012 desarrolló los diferentes aspectos del procedimiento, sin dejar claridad alguna sobre cuáles de las disposiciones eran o no de obligatorio cumplimiento, salvo el caso de las de carácter supletivo arriba señaladas.

Aun existiendo la necesidad de respetar los postulados de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, que dispuso que el arbitraje en el que participe una entidad estatal debe regirse por unas normas específicas, los artículos atinentes al desarrollo del trámite, incluidos aquellos que reenvían al estatuto procesal civil, deberían señalar expresamente la posibilidad de ser o no derogados por las partes, si a lo que se apunta es a una verdadera liberalización del arbitraje y a garantizar en mayor medida la seguridad jurídica.

Llama la atención que, aun tratándose de reglas arbitrales para la resolución de pequeñas causas, mipymes, arbitraje social o arbitrajes especializados, las variaciones que estas normativas implementan tienen un alcance limitado y se circunscriben, a grandes rasgos, a cuestiones como la implantación de términos reducidos, cuestiones relacionadas con la forma de las notificaciones y uso de medios electrónicos, supresión de la conciliación o de la audiencia de alegatos y la confidencialidad del trámite, entre otras.

### ***C. Riesgos de filtración de prácticas domésticas en el arbitraje internacional***

Si bien el presente trabajo se orienta a revisar los aspectos del arbitraje doméstico colombiano desde la perspectiva de las limitaciones a su autonomía y los límites aparentes a la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad, resulta relevante llamar la atención sobre aquellos aspectos de la práctica local que pueden llegar a influenciar el desarrollo de arbitrajes con elementos extranjeros cuya sede sea Colombia.

Como se ha señalado, existen innumerables aspectos del ordenamiento jurídico colombiano que contribuyen a limitar la independencia del arbitraje doméstico y que dotan su trámite de excesivas formalidades, muchas de ellas ajenas a los principios que fundan la institución de los mecanismos alternativos de solución de conflictos.<sup>397</sup>

En cuanto a las disposiciones sobre arbitraje internacional, estas se encuentran dispuestas en el ordenamiento jurídico colombiano de tal manera que se pretendió asegurar su independencia y autonomía respecto de los trámites locales contemplados en la Parte I de la Ley 1563 de 2012 y las disposiciones procesales contenidas en otros cuerpos normativos que la complementan. Es así como el legislador colombiano, al adoptar una estructura dualista del arbitraje, optó por consignar en la Parte III de la mencionada Ley un ordenamiento integral, incluso repetitivo de lo dispuesto en la Parte I, pero con unos principios y una esencia completamente antagónica al de las regulaciones nacionales. Es de recordar, como ya se mencionó, que esta fórmula ha sido altamente cuestionada en algunos países dado su carácter antitécnico ya que consignar doblemente algunos principios e instituciones, que bien pudieron recogerse en un capítulo común, puede derivar en confusión sobre el verdadero alcance de las normas y el sentido en que deben aplicarse.<sup>398</sup> No obstante, dadas las características de nuestro sistema local, esta modalidad regulatoria puede redundar positivamente en el reconocimiento de la autonomía del arbitraje internacional, lo que no obsta para que se descarten algunos riesgos que, incluso, ya se han materializado, como se verá a continuación.

### **1. Riesgos asociados a la pérdida de autonomía**

Dentro de los requisitos que la ley colombiana dispone para poder fungir como árbitro en el ámbito doméstico están las de ser colombiano y ciudadano en ejercicio; no haber sido condenado por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos, ni estar inhabilitado para ejercer

---

<sup>397</sup> Ver Capítulo I Sección A.

<sup>398</sup> Ver Capítulo IV Sección A 3 a).

cargos públicos o haber sido sancionado con destitución. Adicionalmente, se dispone que si los arbitrajes son en derecho, los árbitros deberán cumplir, como mínimo, los mismos requisitos exigidos para ser magistrado de Tribunal Superior de Distrito Judicial, sin perjuicio de que los reglamentos de los centros de arbitraje exijan calidades adicionales.<sup>399</sup> En contraste, para el arbitraje internacional el estatuto arbitral prescribe que la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como árbitro y que los árbitros podrán ser o no abogados.<sup>400</sup>

En el mismo modo, como se ha señalado reiterativamente, los árbitros en el arbitraje local disponen de todos los poderes que el ordenamiento jurídico contempla para los jueces, quienes además desempeñan sus funciones en el marco de un verdadero proceso judicial. Cosa diferente sucede con las disposiciones sobre arbitraje internacional, pues estas desarrollan un entorno completamente diferente al de los procesos adelantados ante la jurisdicción y en los que se cercena a los árbitros el ejercicio de funciones que involucren el *imperium* propio de los funcionarios judiciales. Es así como el artículo 68 de la Ley 1563 de 2012 dispone de la existencia de una autoridad judicial de apoyo que acompañará, sustentará y pondrá en práctica, cuando sea necesario, las decisiones de los tribunales arbitrales en temas tales como la práctica de pruebas y el decreto de medidas cautelares.

Los factores arriba señalados, marcan una incuestionable diferencia entre la naturaleza del ejercicio de la actividad arbitral en el ámbito doméstico y en el internacional. No pueden ser jueces personas que no posean las características exigidas por la constitución y la ley colombiana y no se pueden pregonar como tales quienes, en el ejercicio de una actividad desprovista del carácter de proceso, carezcan de los poderes que son inherentes a dichos funcionarios judiciales.

#### **a) Acción de tutela**

El estatuto arbitral plantea un principio fundamental consistente en que la participación de las autoridades judiciales en los trámites arbitrales internacionales

---

<sup>399</sup> Ley 1563 de 2012. Artículo 7.

<sup>400</sup> Ley 1563 de 2012. Artículo 73.

debe ser limitada y que los alcances de dicha intervención deben estar más orientados hacia la colaboración que a la injerencia.<sup>401</sup> De acuerdo con lo señalado en el artículo 68, las funciones que pueden desempeñar las autoridades judiciales en el ámbito de lo regulado por las normas de arbitraje internacional colombianas se circunscriben a: 1) El decreto de medidas cautelares antes o durante el curso del trámite arbitral; 2) la designación de los árbitros ante la imposibilidad de conformar el tribunal arbitral por estas o por terceros delegados; 3) resolver sobre las recusaciones de los árbitros cuando a ello haya lugar; 4) declarar la cesación del encargo de un árbitro cuando ello procediere; 5) ejecución de medidas cautelares decretadas por el tribunal; 6) colaboración para la práctica de pruebas; 7) el recurso de anulación; y 8) el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros o laudos que no sean considerados como laudos nacionales en los que las partes hayan renunciado al recurso de anulación.

Vistas las características y los poderes de los que están dotados los árbitros internacionales, así como la enunciación en la normatividad especial de los posibles escenarios de intervención de las autoridades judiciales en el arbitraje internacional, resulta sensato colegir que el legislador colombiano no consideró viable la procedencia de la acción de tutela en los casos sometidos a esta clase de arbitrajes. Esta consideración se sustenta en el hecho de que, por un lado, los árbitros en estos trámites no están dotados de los poderes propios de los jueces, por lo que no podría considerarse que ejercen una función jurisdiccional propiamente dicha, como sucede en el caso del arbitraje doméstico y, por otro lado, que los espacios contemplados en la ley para la intervención judicial aparecen en un listado cuya naturaleza parece ser de carácter taxativo, en el que nunca se contempló la cabida de una acción de esta naturaleza.

Esta postura ha sido defendida en la literatura jurídica doméstica por autores como Eduardo Zuleta Jaramillo, quien formó parte del comité redactor de la ley 1563 de

---

<sup>401</sup> Ley 1563 de 2012. “Artículo 67. Alcance la intervención de la autoridad judicial. En los asuntos que se rijan por la presente sección, no podrá intervenir ninguna autoridad judicial, salvo en los casos y para los propósitos en que esta sección expresamente así lo disponga”.

2012, pues en su criterio habría que descartar el “argumento simplista” de que la procedencia de esta clase de acciones consagradas en el artículo 86 de la Carta Política no puede ser limitada por disposiciones de orden legal, de inferior jerarquía. Para soportar esta posición, el autor plantea dos argumentos centrales:<sup>402</sup>

En primer lugar, señala que existen antecedentes jurisprudenciales en los que se puede sostener la inaplicabilidad del mecanismo cuando se trata de arbitrajes internacionales cuya sede se encuentre en Colombia. En su parecer, el fundamento se encuentra en el hecho de que la Corte ha establecido como presupuesto esencial para la procedencia excepcional de la tutela contra laudos la premisa de que los árbitros son autoridades públicas y que esa condición, como ya lo hemos señalado, no es extensible a los árbitros internacionales. En efecto, no resulta apropiado colegir que por vía de la escogencia del territorio nacional como sede de un arbitraje se desprenda para el operador arbitral la condición de administrador de justicia, que obra en nombre de la República de Colombia, no obstante regirse el trámite por normas sustanciales diferentes a las de este Estado o no tener el arbitraje ningún punto de contacto con este.

En segundo lugar, el citado doctrinante alude a lo planteado por el profesor Emmanuel Gaillard, en el sentido de que esta postura se adecúa a la noción de la *representación monolocalizadora del arbitraje internacional*, concepto que en la actualidad se encuentra prácticamente superado ya que, según autores como Berthold Goldman, a diferencia de una corte nacional el árbitro internacional no tiene foro. Esta afirmación encuentra soporte en tres premisas fundamentales, a saber:

i) la jurisdicción de los tribunales de arbitramento internacionales no deviene directamente de la ley del foro o sede del arbitraje sino del pacto arbitral en sí mismo. A su vez, el acuerdo de arbitraje se rige por las disposiciones escogidas

---

<sup>402</sup> Eduardo Zuleta Jaramillo, “La colaboración de los jueces en el arbitraje internacional”, en *Estatuto arbitral colombiano. Análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012*, Antonio Aljure Salame y otros (Bogotá: Legis Editores S.A., 2013), 485-502.

expresa o implícitamente por las partes para ello o, en defecto de un acuerdo, por las disposiciones que el tribunal arbitral determine, sin que ello implique una necesaria aplicación de las normas de la sede del arbitraje;

ii) La sede del tribunal no es necesariamente escogida por las partes pues en aquellos casos en que estas guardan silencio, dicha responsabilidad corresponde a las instituciones administradoras (arbitraje institucional) o al mismo tribunal de arbitramento (arbitraje ad hoc). En estos casos, no es razonable pensar que este órgano de solución de controversias se vea investido de una función pública jurisdiccional ni que actúe en representación de un Estado cuando este es solamente el asiento en el que adelanta el trámite.

iii) Así como en el arbitraje doméstico se encuentran casos en los que se ha demandado la declaratoria de responsabilidad del Estado por providencias emanadas de tribunales de arbitramento,<sup>403</sup> asumir que los tribunales internacionales desempeñan el rol de administradores de justicia conduciría a la ilógica consecuencia de que los actos adelantados por estos podrían acarrear la responsabilidad, nacional e internacional, de la Nación colombiana.

Entonces, concluye Zuleta Jaramillo, los árbitros internacionales deben ser considerados como privados y la acción de tutela contra sus decisiones sólo podría operar en los supuestos previstos en la ley para la procedencia de esta clase de acciones contra los particulares, según lo establece la Constitución Política de Colombia.<sup>404</sup> Ahora, el alcance del amparo para estos eventos se dispuso en el

---

<sup>403</sup> Infinagro S.A. contra la Nación – Ministerio de Justicia y Cámara de Comercio de Bogotá. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A. Proceso No. 2017-310. M.P. Juan Carlos Garzón Martínez.

<sup>404</sup> Constitución Política de Colombia (1991). Artículo 86. *“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.*

*(...) La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el*



Decreto 2591 de 1991, norma anterior a la Ley 1563 de 2012, especial, que expresamente dispone la excepcionalidad de la intervención judicial, en los términos arriba señalados, y en la que de manera explícita se limita a señalar el recurso de anulación como único medio de impugnación contra la decisión de competencia del tribunal internacional y el laudo arbitral que dirime definitivamente las controversias.

**i) La sentencia SU-500 de 2015**<sup>405</sup>

No obstante lo anteriormente señalado, la jurisprudencia constitucional se ha direccionado por un camino completamente diferente al arriba descrito, lo que ha comprometido la autonomía del arbitraje, ya no sólo en el plano doméstico sino también en el internacional.

En la referida providencia, la Corte aborda el conocimiento de una acción de tutela que surge de unas controversias derivadas del contrato de obra entre la sociedad de economía mixta Hidroeléctrica la Miel S.A. y el Consorcio Miel, cuyo objeto era la construcción del Proyecto La Miel I dentro del “Desarrollo Hidroeléctrico del Río La Miel”. En concreto el Contrato estaba destinado a la “*construcción de las obras civiles y el diseño, la fabricación, el suministro, la instalación y las pruebas de los equipos electromecánicos y electrónicos, la operación inicial y comercial de las unidades y la entrega de la Central de Operación Comercial*”. En la cláusula compromisoria, modificada mediante Otrosí suscrito el 06 de julio de 2004, se dispuso:

[t]odas las desavenencias y controversias que deriven de este contrato o que guarden relación con éste, y que no hayan sido resueltas por las partes mediante esfuerzo amigable o de arreglo directo en un plazo de sesenta (60) días contados a partir de la fecha en que una de las partes notifique a la otra de la existencia de la respectiva desavenencia o controversia, serán resueltas definitivamente mediante

---

*interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.*

<sup>405</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU-500 de 2015 (M. P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez; agosto 06 de 2015).

arbitraje internacional de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) por tres (3) árbitros nombrados conforme a dicho Reglamento.

Así mismo, se dispuso que la sede del arbitraje sería la ciudad de Bogotá, Colombia, y que el procedimiento se ajustaría a lo previsto en el Reglamento de Arbitraje de la CCI, “o, en su defecto, el que determine el Tribunal Arbitral”.

Isagen interpuso el recurso de anulación contra el laudo arbitral proferido el 2 de julio de 2010 con base en las causales 1, 2, 4, 5, 6 y 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 que, valga anotar, era la norma que regulaba en aquel momento esta clase de recursos tanto para el ámbito doméstico como para el internacional, ante la carencia de un recurso con causales especiales para este último caso. Finalmente, la providencia que resolvió el recurso de anulación se profirió el 29 de noviembre de 2012 y el día 12 de julio del mismo año se interpuso la acción de tutela, tanto en contra del laudo arbitral como de la decisión de anulación correspondiente.

Isagen señaló en su escrito que si bien la regla general es la improcedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, pues las mismas hacen tránsito a cosa juzgada, la Corte Constitucional ha establecido que de manera excepcional la acción de tutela procede contra sentencias judiciales y laudos arbitrales, si en ellos se ha incurrido en violaciones a derechos fundamentales, y si, además, se satisfacen los requisitos de procedibilidad.<sup>406</sup>

Por su parte, las empresas que se manifestaron en contra de la procedencia de la tutela pusieron de presente una serie de argumentos propios de la oposición a las acciones de tutela contra sentencias judiciales en el ámbito nacional. Ahora bien, llamó la atención la utilización de un único argumento relacionado con el carácter internacional del laudo. Según este, en términos de la Convención de Nueva York,

---

<sup>406</sup> Como se ha señalado en este texto, los requisitos son que: (i) el asunto revista relevancia constitucional, (ii) se hayan agotado los medios de defensa judicial y (iii) haya habido inmediatez al interponerse la demanda de tutela.

incorporada al ordenamiento colombiano mediante Ley 39 de 1990, los laudos arbitrales solo pueden

ser cuestionados ante la justicia nacional a través del recurso extraordinario de anulación y por las causales reguladas por la ley

de manera que

[ ] la posibilidad de que sus laudos se puedan dejar sin efecto luego de un recurso de anulación, por la vía de la tutela, desborda los términos de la aludida Convención, y crea no solo una clara incertidumbre en el campo de los negocios internacionales, sino que pone en duda nuestro sistema judicial.

El 17 de octubre de 2013 la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado resolvió negar el amparo solicitado, limitándose a estudiar una posible configuración de los defectos orgánico y fáctico de las providencias judiciales impugnadas y concluyó que lo que se observaba era que el accionante presentaba un desacuerdo con las consideraciones y decisiones del juez administrativo cuando resolvió el recurso de anulación, por lo que Isagen pretendió reabrir un debate ya concluido. Esto, corroborado por el hecho que los argumentos expuestos por la tutelante para alegar la configuración de los defectos mencionados, iban dirigidos en contra del Tribunal de Arbitramento, los cuales ya habían sido resueltos por quien tenía la competencia natural para ello mediante el recurso de anulación.. Esta decisión no fue impugnada por ninguna de las partes.

Dicha tutela fue seleccionada por la Corte Constitucional y llama poderosamente la atención los términos en que este tribunal aborda y delimita el problema jurídico, en los siguientes términos:

#### **4. Delimitación del problema jurídico**

Corresponde a esta Corporación determinar si el Tribunal de Arbitramento Internacional, por una parte, y el Consejo de Estado, Sección Tercera, por la otra, vulneraron el derecho fundamental al debido proceso de Isagen con ocasión del laudo arbitral proferido por el primero y del recurso de anulación resuelto por el

segundo. Para tal efecto, se pasará a hacer algunas consideraciones sobre la procedibilidad de la acción de tutela cuando se interpone contra laudos arbitrales, y el contenido especial que en estos casos adoptan los requisitos generales de procedibilidad y las causales específicas, dado que el proceso arbitral se fundamenta en la decisión voluntaria de las partes de apartarse de la jurisdicción ordinaria, y someterse a la decisión arbitral. Lo anterior, permitirá pasar a hacer un análisis en el caso concreto para determinar si se cumplen estos requisitos.

A lo que añade:

5.1. La posibilidad de reprochar una decisión arbitral por medio de la acción de tutela obedece a una equivalencia, al menos material, del laudo arbitral con una providencia judicial, pues como se indicó en la Sentencia C-242 de 1997 tales laudos son, también, decisiones eminentemente jurisdiccionales.

De esta manera, el tribunal constitucional elabora una argumentación dirigida a precisar algunos aspectos relacionados con las particularidades de los laudos arbitrales frente a las sentencias de los jueces ordinarios y los términos en los que las acciones de tutela operan frente a esta forma de expresiones judiciales; en tal sentido, retoma, desarrolla y delimita el concepto de las vías de hecho por defecto orgánico, sustantivo y fáctico, haciendo especial énfasis en la autonomía que se debe garantizar a las actuaciones arbitrales por ser estas una manifestación excepcional para la solución de controversias, en la que las partes optan por separarse del sistema judicial estatal permanente.

Sin embargo, la sentencia en mención no aborda en ningún momento la problemática relativa a la naturaleza diversa de los tribunales arbitrales internacionales, los atributos de los árbitros que desarrollan su labor en este contexto ni el carácter no jurisdiccional de las actuaciones adelantadas por esta clase de órganos, según lo arriba señalado. Por el contrario, la caracterización de la función arbitral doméstica parece extenderse al plano internacional sin ninguna consideración sobre los elementos que diferencian en el fondo y en la forma a estas dos expresiones de la figura.

En virtud de lo anterior, resulta ineludible concluir que, para el máximo tribunal de lo constitucional, los laudos arbitrales dictados en el ámbito de un arbitraje internacional, cuya sede sea Colombia, son asimilables a una sentencia judicial doméstica, no obstante haberse escogido la sede mediante una decisión de un estamento diferente a las partes o haberse fundado la decisión en una ley sustancial extranjera. Esto último resulta particularmente problemático si se analiza la institución de la vía de hecho por defecto sustantivo en los términos en que es abordada en la sentencia objeto de estudio.

Así, cabe señalar que la Corte, previo señalamiento de las características del recurso de anulación y su carácter restrictivo y limitado a cuestiones de orden procedimental, concluyó lo siguiente:

Lo anterior no quiere decir que las decisiones arbitrales no estén sometidas a la Constitución y a la ley aplicable, y estén al margen de control judicial cuando comporten afectación de derechos fundamentales, evento frente al cual se ha admitido la posibilidad de que, a través de la acción de tutela se pueda argüir la presencia de defectos sustantivos que tengan la virtualidad de constituirse en violación de un derecho fundamental cuando (i) los árbitros fundamentan su decisión en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto, y en razón de ello desconocen de manera directa un derecho fundamental; (ii) el laudo carece de motivación material o su motivación es manifiestamente irrazonable; (iii) la interpretación o aplicación que se hace de la norma en el caso concreto, desconoce sentencias con efectos erga omnes que han definido su alcance; (iv) la interpretación de la norma se hace sin tener en cuenta otras disposiciones aplicables al caso y que son necesarias para efectuar una interpretación sistemática y (v) la norma aplicable al caso concreto es desatendida y por ende inaplicada.

Estos planteamientos hacen aparecer que el juez de tutela tendría la posibilidad de adentrarse en aspectos relacionados con la aplicación indebida de la ley, aun cuando esta no fuere la ley colombiana, conclusión a todas luces cuestionable ya que, además del hecho de que en materia internacional debería respetarse la autonomía del árbitro, el recurso de anulación, contenido en la Ley 1563 de 2012,

en este campo, excluye intencionalmente la posibilidad de que la autoridad judicial tenga algún tipo de injerencia en los aspectos de fondo que incidieron en la resolución de la controversia, al señalar:

Artículo 107. La anulación como único recurso judicial contra un laudo arbitral. Contra el laudo arbitral solamente procederá el recurso de anulación por las causales taxativamente establecidas en esta sección. En consecuencia, la autoridad judicial no se pronunciará sobre el fondo de la controversia ni calificará los criterios, valoraciones probatorias, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral.

A lo que la misma ley agrega:

Artículo 109. Procedimiento para el recurso de anulación. El recurso de anulación se tramitará mediante el siguiente procedimiento:

(...) 5. Contra la decisión del recurso de anulación no procederá recurso o acción alguna.

En suma, esta decisión del juez constitucional adolece, cuando menos, de un estudio de fondo de los aspectos señalados y los términos en que fue concebida puede afectar gravemente el principio de autonomía e independencia del arbitraje internacional, institución sobre la cual no debería caber duda alguna, por cuestiones de orden técnico, de su naturaleza diversa a la del arbitraje local. Si bien la Constitución Política de 1991 en su artículo 116 no distinguió entre la función arbitral desempeñada en uno y otro entorno, es claro que el sentido de las disposiciones acuñadas por el legislador y la esencia misma del arbitraje internacional demandan un abordaje que suponga tomar en cuenta las variables enunciadas.

**ii) Sentencia 6226-2018 - Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil**<sup>407</sup>

La decisión arriba estudiada dio lugar a un pronunciamiento posterior de la Corte Suprema de Justicia en sede de tutela, el día 15 de mayo de 2018. Esta acción fue promovida por la empresa española AMC Juices S.L. contra un tribunal de arbitramento constituido bajo el reglamento de la Cámara de Comercio Internacional -CCI- cuya sede fue finalmente Bogotá, Colombia.

La sociedad extranjera accionante solicitó el amparo de la garantía al debido proceso que consideró vulnerada por el mencionado tribunal arbitral al emitir un laudo en el que se desestimaron sus pretensiones e incurrió, en su decir, en un defecto fáctico consistente en una indebida valoración probatoria; adicionalmente, se sustentó la petición en la falta de motivación de la decisión y la equivocada interpretación de la ley aplicable.<sup>408</sup>

Como antecedentes relevantes del caso, se destaca que Productos Florida S.A., sociedad constituida bajo las leyes de la República de Costa Rica, celebró en 2014 un contrato para el “*suministro de concentrado de congelado de piña*” con la sociedad arriba referenciada, en el que se consignó que la primera ostentaba la calidad de vendedora, y la segunda, compradora. Posteriormente, en el año 2015, entre las mismas partes se celebró un segundo contrato consistente en el “*suministro de jugo aséptico de piña en good pack bins*”. En ambos negocios jurídicos se estableció que las controversias serían decididas por un tribunal de arbitramento internacional y que “*tanto la validez, como el efecto de este contrato serán interpretados de acuerdo y conforme a las leyes de la República de Costa Rica (...)*”.

---

<sup>407</sup> Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, STC-6226-2018, Radicación n.º 11001-02-03-000-2018-01200-00 (M. P. \_ Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo; mayo 9 de 2018).

<sup>408</sup> La accionante solicitó “se deje sin efectos el laudo final de fecha 12 de octubre de 2017, notificado el 31 de octubre de 2017 emitido dentro del proceso de arbitraje CCI No. 22379/ASM/JPA”.

En solicitud de convocatoria de tribunal arbitral radicada ante la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional el día 04 de noviembre de 2016, la demandante propuso someter la disputa ante un único árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes, bajo el idioma español y con sede en San José -Costa Rica-, o, en su defecto, en el lugar que dispusiera la entidad administradora del trámite.

El 13 de enero de 2017, la Secretaría señaló que, en vista de que las partes no designaron el árbitro único ni llegaron a un acuerdo respecto de la sede del arbitraje, la Corte procedería a nombrar el árbitro que dirimiría el asunto. El 26 de enero siguiente se informó a las partes que la Corte había fijado la sede del arbitraje en Bogotá, D.C., Colombia y el día 9 de febrero del mismo año se les comunicó la elección del árbitro único, de nacionalidad colombiana. El 12 de octubre de 2017 se profirió el laudo arbitral en el contexto señalado.

El día 03 de mayo de 2018, se admitió la acción de tutela en la que la accionante alegó violentadas sus garantías superiores ya que el laudo arbitral había incurrido en un defecto fáctico consistente en no valorar los documentos presentados por las partes y que, además, en él se dejaron de estudiar las pruebas que demostraban el incumplimiento por parte de Productos Florida; adicionalmente, criticó la falta de motivación de la decisión y que se resolviera el asunto bajo una indebida interpretación normativa.

Son de resaltar los argumentos expuestos por la accionada quien *“pidió rechazar de plano la solicitud de amparo, como quiera que la misma se torna improcedente contra tribunales de arbitraje internacional, pues los árbitros internacionales no tienen la calidad de “autoridad pública”*. [Cursivas añadidas] Mencionó, además, que *“internacionalmente se reconoce que quienes se desempeñan como árbitros internacionales no hacen parte de la jurisdicción de ningún país, que no desempeñan una función judicial y que su actuación tiene fundamento eminentemente contractual”*. Finalmente, esgrimió un argumento más cercano a los preceptos del arbitraje doméstico, al indicar que el único recurso procedente



contra un laudo arbitral era el recurso de anulación y que, al no haberse intentado, la acción de tutela no cumplía con el requisito de subsidiariedad.

La Corte aborda la problemática a partir de la premisa de que a ninguna persona, sea nacional o extranjera, le está vedado recurrir al mecanismo de la tutela para salvaguardar sus garantías constitucionales. Acto seguido, señaló:

3. A partir del examen de la decisión censurada en el cual, el Tribunal de Arbitramento de Cámara de Comercio Internacional, Sede Bogotá –Colombia, resolvió la controversia negocial suscitada entre las Sociedades Productos Florida S.A. (Costa Rica) y la aquí accionante, AMC Juices S.L. (España), no logra advertirse la vulneración de los derechos de la sociedad tutelante, toda vez que la interpretación que allí se plasmó y la conclusión a la que arribó el Tribunal, no puede considerarse irracional o antojadiza, pues la oficina accionada motivó razonada y suficientemente las razones de su determinación.

A lo que añadió, previo análisis de lo manifestado por el tribunal en relación con el alcance y los términos de aplicación de la ley costarricense al caso concreto:

4. En conclusión, aquellas consideraciones no evidencian capricho del Tribunal de arbitramento acusado, como tampoco sus razones merecen el calificativo de absurdas ni de autoritarias, y con independencia de que se comparta o no su interpretación, no es posible descalificar la providencia emitida, cuando la misma no se evidencia infundada ni arbitraria, de modo que no se amerita el otorgamiento del amparo invocado, más cuando se tiene claro que no se puede recurrir a la acción de tutela para imponer al fallador una determinada valoración de las pruebas, a efectos de que su raciocinio coincida con el de las partes, porque, es precisamente en ese campo en donde se expresa con mayor fuerza su independencia.

De lo anterior se puede observar que los términos del presente pronunciamiento judicial replican el patrón impuesto por la sentencia SU-500 de 2015 al desestimar la importancia de valorar el carácter internacional del tribunal arbitral, su naturaleza, el alcance de los poderes de los árbitros y la categoría del laudo emitido. De nuevo, este estamento judicial parte de asimilar la función del árbitro nacional

al internacional y omite resolver sobre los argumentos esgrimidos por el accionado, que en esta ocasión sí fueron explícitos y sustentados.

Pero, adicionalmente, llama la atención la manera en la que la Corte aborda la institución de la vía de hecho por defecto sustantivo si se considera que la norma aplicable para resolver las controversias contractuales es una ley extranjera que el tribunal desconoce en sus términos y alcances; no obstante, al final, el juez de tutela dictamina que la misma fue correctamente aplicada y que la postura del tribunal no resultó caprichosa o “antojadiza”.

Entonces, confluyen en este caso varios reparos al hecho de no haberse considerado el carácter especial del arbitraje internacional, como son i) este arbitraje no presentaba ningún punto de contacto con la República de Colombia, dado que ni las partes, ni los contratos ejecutados, ni las normas sustanciales aplicables concertadas en virtud del principio de la autonomía conflictual eran las de este Estado; ii) fue el pacto arbitral y no las normas colombianas las que atribuyeron al árbitro la facultad de decidir la controversia entre las partes; iii) el carácter de autoridad pública y representante del Estado colombiano en la misión de administrar justicia devino de una decisión de un tercero quien seleccionó la sede del arbitraje movido por la necesidad de encontrar un territorio y un árbitro neutral para las partes, que hubiera podido, o no, ser Colombia.

#### **b) Interpretación prejudicial de la C.A.N.**

Uno de los debates que más controversias ha generado alrededor de la práctica del arbitraje doméstico en Colombia ha sido el relativo a la aplicación de las normas de la Comunidad Andina de Naciones a los procesos arbitrales y más específicamente los alcances de las decisiones de dicho órgano en relación con el recurso de anulación. Como se señaló anteriormente, varias decisiones han afectado el tránsito autónomo del arbitraje al haberse creado una causal de anulación, por vía jurisprudencial, relacionada con la inaplicación del mecanismo de la interpretación prejudicial de las normas de la comunidad en casos en los que se debaten asuntos relacionados, por ejemplo, con la propiedad intelectual.

Ineludiblemente, el debate planteado en este escenario guarda una estrecha relación con la condición jurisdiccional del arbitraje, tal como lo ha señalado el mismo Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en los siguientes términos:

Si la calidad de juez nacional alcanza a los árbitros, no se encuentra impedimento para que ellos lo soliciten directamente, máxime si con este medio de solución de controversias se persigue una justicia más rápida y sin dilaciones. No se puede olvidar, la duración excesiva de muchos juicios bajo la justicia ordinaria, ni la imposibilidad física de que los organismos judiciales atiendan oportunamente dichos requerimientos y la necesidad de evitarlos perjuicios que ocasiona la demora en su despacho.

(...)

En este orden de ideas, se determina la obligatoriedad de solicitar la interpretación prejudicial de manera directa al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, por parte de los árbitros, cuando el arbitraje sea en Derecho y verse sobre asuntos regulados por el Ordenamiento Jurídico Comunitario y funja como única o última instancia ordinaria.<sup>409</sup>

Como resulta apenas previsible, la tesis según la cual este instrumento propio del derecho comunitario debe ser extensible a los arbitrajes internacionales cuya sede sea Colombia y en los que se debatan asuntos sustanciales propios de la regulación andina, ya ha sido recogido por algunos abogados en los foros académicos.<sup>410</sup> Las razones esgrimidas para justificar dicha postura no son otras que las que han servido de sustento para afianzar la procedencia de la acción de tutela en el ámbito arbitral internacional colombiano, más específicamente la consideración de equiparar al árbitro internacional al doméstico.

No obstante lo anterior, en este caso particular existen argumentos adicionales para considerar que esta alternativa puede resultar altamente lesiva en términos de

---

<sup>409</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia de agosto 26 de 2011.

<sup>410</sup> Tema tratado en tertulia adelantada el día 16 de mayo de 2018 en la Cámara de Comercio de Bogotá.

sacrificio de la autonomía arbitral, además de conllevar posibles contingencias relativas a que Colombia no sea considerada como una sede atractiva para el arbitraje internacional.

En primer lugar, es claro que en el arbitraje internacional la connotación contractual de la figura resulta a todas luces contradictoria con un mecanismo de esta naturaleza. En efecto, el vínculo jurídico entre las partes y los árbitros es de un mayor nivel de intensidad en términos de lo que estos representan para aquellas en virtud de sus particulares conocimientos y visiones académicas y profesionales sobre los temas objeto de debate. En virtud de lo anterior, los árbitros suelen ser elegidos mediante el sistema de árbitro-parte, por lo que supeditar los términos de su decisión a un órgano comunitario externo rompe los vínculos mencionados y desnaturaliza la función de esta especie de mandatario que presta sus servicios en un entorno en el que el elemento convencional es un principio esencial.

En segunda medida, el supuesto de aplicación de esta postura conlleva que el laudo arbitral estaría sometido a la causal de nulidad creada jurisprudencialmente y que su activación se podría producir no solo por la intervención directa del juez de anulación sino también por el Tribunal Andino. A más de que las normas arbitrales contenidas en la Ley 1563 de 2012 limitan la intervención de las autoridades judiciales y restringen los recursos pertinentes contra el laudo arbitral, esta fórmula desconoce el carácter supletivo del recurso de anulación en materia internacional. Así, pretender que las causales de anulación contenidas en el artículo 109 del Estatuto Arbitral pueden ampliarse en vez de limitarse o renunciarse, contraría nuevamente el espíritu de la normatividad, así como el tenor literal de las disposiciones, que señalan:

Artículo 109. Procedimiento para el recurso de anulación. (...) 2. El recurso será rechazado de plano cuando aparezca de manifiesto que su interposición fue extemporánea o no fue oportunamente sustentado, o que las causales alegadas no corresponden a las establecidas en la presente sección.

Finalmente, si bien es aceptable que las disposiciones andinas, por cuenta de su incorporación a la ley colombiana, resulten aplicables cuando la ley sustancial que rige el trámite es la de este Estado, no es comprensible que un tribunal arbitral internacional, que en su esencia no está ligado a ningún foro, deba verse compelido, para emitir su decisión, a los mandatos de una instancia judicial supra nacional que opera por cuenta de los tratados internacionales suscritos por el Estado que le sirve de asiento.

## **2. Riesgos asociados a la limitación de la autonomía de la voluntad**

Las normas de arbitraje internacional consagradas en la legislación colombiana constituyen uno de los sistemas arbitrales más modernos del mundo ya que integraron al ordenamiento jurídico nacional la última versión de la Ley Modelo de Arbitraje de la CNUDMI con una serie de modificaciones que permitieron la construcción de un texto con grandes avances en términos de reconocimiento a la autonomía de la voluntad.

En tal sentido, un análisis objetivo de dichas disposiciones arroja plena certeza sobre la independencia del arbitraje internacional respecto de la aplicación de estatutos procesales alternos y asegura plenos efectos a los acuerdos que sobre el procedimiento configuren las partes. Más aun, el estatuto libera a los árbitros de llamar al trámite las normas que rigen los procesos arbitrales nacionales, como ya se ha señalado, al disponer:

Artículo 92. Determinación del procedimiento. Las partes, con sujeción a las disposiciones de la presente sección, podrán convenir el procedimiento, directamente o por referencia a un reglamento arbitral.

A falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado, con sujeción a lo dispuesto en la presente sección y sin necesidad de acudir a las normas procesales de la sede del arbitraje. Esta facultad incluye la de determinar la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas.

Ahora bien, desde la entrada en vigor de la Ley 315 de 1996 el concepto de internacionalidad del arbitraje no ha sido generalmente apreciado en los términos en que lo demandan los tratados internacionales, así como la doctrina más autorizada. En efecto, el artículo 1 de la mencionada normativa establecía que el arbitraje sería internacional “*cuando las partes así lo hubieren pactado, siempre que además se cumpla con cualquiera de los siguientes eventos: (...)*”. Esta fórmula adoptada por el legislador se encontraba plagada de imprecisiones conceptuales si se observaba desde la perspectiva de convenciones como la de Nueva York (1958) o Panamá (1975), ya que la internacionalidad de una arbitraje no puede estar supeditada a una manifestación de voluntad sino a la confluencia de las relaciones jurídicas o el arbitraje con elementos internacionales, según lo disponga cada legislación.

En lo que respecta a la actual legislación, la anterior fórmula fue superada y se ajustó su redacción a los estándares internacionalmente aceptados, entendiendo que el arbitraje comporta un carácter internacional cuando se cumplen los requisitos sin requerir que las partes lo acuerden.

Por tal razón, llama la atención una particular fórmula que se recogió en la Directiva Presidencial No. 04 de 18 de mayo de 2018, cuyo propósito es “asegurar la protección jurídica de los intereses del Estado”. En dicho documento, el gobierno nacional dispuso:

El arbitraje es internacional cuando se cumple al menos uno de los elementos previstos en el artículo 62 de la Ley 1563 de 2012. Se destaca que incluso en aquellos casos en los que se cumple alguno de los elementos establecidos en dicha norma para considerar que el arbitraje es internacional es posible que las partes acuerden que el arbitraje sea nacional.<sup>411</sup>

---

<sup>411</sup> Directiva Presidencial No. 04 de 18 de mayo de 2018, <http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DIRECTIVA%20PRESIDENCIAL%20N%2004%20DEL%2018%20DE%20MAYO%20DE%202018.pdf>

La hipótesis señalada en este documento oficial plantea un presupuesto cuyos términos pueden derivar en serias afectaciones a la autonomía del arbitraje internacional y, a su vez, al libre ejercicio de la autonomía de la voluntad. Tal como se ha señalado, la nacionalidad de un arbitraje se establece de conformidad con la ocurrencia o no de unos criterios de internacionalidad señalados en la ley del foro (*lex loci arbitri*) que cuando confluyen, en un caso específico, le atribuyen a ese arbitraje el carácter de internacional, de tal manera que lo rigen las disposiciones especiales que la ley previó para ello (ley 1563 de 2012, Parte III).

Si bien las normas de arbitraje internacional privilegian en gran medida la autonomía de la voluntad, la categorización de un arbitraje internacional como nacional escapa a ese tipo de expresiones convencionales. No es viable confundir la atribución que tienen las partes de dotar el arbitraje internacional de elementos propios del arbitraje doméstico (nacionalidad de los árbitros, causales de recusación, idioma, reglas de procedimiento, ley sustancial aplicable, etc.) con transformar su esencia internacional a una puramente doméstica.

La proliferación de cláusulas modelo contentivas de dicha fórmula pueden acarrear serias afectaciones al desarrollo del arbitraje internacional y a la seguridad jurídica. Tampoco es posible dejar de lado que, en tal que las expresiones de voluntad pueden ser expresas o tácitas, admitir una generalización de esta postura puede conllevar que alguna de las partes o el tribunal arbitral, basados en un pacto cuyos elementos internacionales no se encuentren expresamente definidos, pretendan convertir, a pesar de la confluencia de algún criterio de internacionalidad, un arbitraje de esta categoría en uno puramente doméstico. Así, el desarrollo del arbitraje en Colombia, en lugar de tender a su adaptación al tráfico internacional moderno, corre el riesgo de replegarse y convertirse en un instrumento cada vez más local y cerrado a acoger las prácticas y tendencias del comercio transfronterizo.

### ***Corolario***

La equiparación de las funciones del árbitro a las del juez se constituyó en la piedra angular de un sistema que se inclinó hacia la judicialización y la excesiva

formalización. En ello, el único referente asimilable es el de la legislación ecuatoriana, que consagra una fórmula que dota de *imperium* a los tribunales de arbitramento para la práctica de medidas cautelares, la cual ha dado lugar a un amplio debate sobre la conveniencia o no de esta manifestación de poder.<sup>412</sup> Sin entrar a calificar las repercusiones positivas o negativas que estas atribuciones pueden tener para la práctica arbitral en Colombia, sí es claro que tienen una incidencia en la categorización del trámite como un verdadero proceso.

Una de las consecuencias que se derivan de esta asimilación es la incuestionable afectación al principio de autonomía del arbitraje, que significa que las soluciones a las controversias sometidas a este mecanismo no se resuelven únicamente en sede arbitral, sino en otras instancias del sistema judicial. En el caso de la protección de derechos fundamentales, se observa un desarrollo jurisprudencial paralelo entre la acción de tutela en sede judicial y en sede arbitral, pero también una jurisprudencia que se ha especializado en las particularidades del arbitraje. Este sistema se ha constituido en un mecanismo complementario del recurso de anulación, pues procede en supuestos en los que dicho recurso no se configura una causal, pero también se ha solapado con este y se le han dado alcances de instrumento para resolver el fondo de controversias, como si se tratara de una apelación.

Otro ámbito en el que se evidencia una intromisión de sistemas normativos ajenos al arbitraje es el de las disposiciones supranacionales de la Comunidad Andina de Naciones. Esta instancia ha permitido dejar sin efecto laudos arbitrales, a través de la figura de la interpretación prejudicial, no solo mediante el pronunciamiento de los jueces comunitarios sino del mismo juez de anulación que, mediante la creación de una nueva causal por vía jurisprudencial, impuso a los tribunales arbitrales nuevos estándares en la promulgación de sus providencias.

El caso de las normas de arbitraje doméstico colombiano también merece especial atención, puesto que, pese a que el arbitraje es concebido como un sistema de solución de conflictos eminentemente voluntario, el procedimiento se desarrolla

---

<sup>412</sup> Ver capítulo II.



bajo unos presupuestos de excesiva formalización y judicialización. Lo anterior, por cuenta de la aplicación, por vía de referencia legal, de las normas de procedimiento civil, tal como sucede en las legislaciones de Chile, Costa Rica, Ecuador, Argentina y Uruguay.<sup>413</sup>

Llama igualmente la atención que en lo relativo a la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad para configurar el procedimiento arbitral, los antecedentes jurisprudenciales de las Cortes colombianas no encuentran referentes similares o equivalentes en el escenario latinoamericano y sus términos han alcanzado negativamente la práctica arbitral, al punto que ni siquiera los reglamentos de arbitraje más frecuentemente utilizados se han desmarcado de los presupuestos de aplicación de las normas procesales civiles en temas medulares como la integración del contradictorio, los términos de los impedimentos de los árbitros, la práctica de pruebas, etc.

Así mismo, llama poderosamente la atención que estas visiones restringidas de la práctica arbitral hayan alcanzado al mismo tiempo el arbitraje internacional que tiene lugar en territorio colombiano. Si bien el espíritu de las normas especiales y los términos en que fueron redactadas dan cuenta de una evidente separación del régimen doméstico, la manera en que han venido interpretándose por algunos sectores ha derivado en una evidente pérdida de autonomía. Esto, lejos de favorecer el desarrollo de esta figura en el plano local, puede derivar en un alejamiento de los operadores internacionales del arbitraje respecto del ordenamiento colombiano pese, incluso, a la moderna normatividad que nuestro sistema acogió.

---

<sup>413</sup> Ver capítulo II.

## CONCLUSIONES, RETOS Y PLANTEAMIENTOS

### *A. Conclusiones*

Los ordenamientos y las instituciones de los países de Latinoamérica vivieron profundos procesos de transformación a finales del siglo XX y en los comienzos del siglo XXI. Las razones de la evolución tuvieron orígenes diferentes, pero en muchos casos fueron una respuesta a anomalías de los procesos democráticos que derivaron en el establecimiento de regímenes autoritarios, con hondas y negativas repercusiones en el plano del respeto de los derechos individuales.

El derecho constitucional enfrentó las primeras reformas, y las Cartas Políticas de la región dieron un especial énfasis a la estructura democrática del Estado y a la protección de los derechos fundamentales, económicos, sociales y culturales. Por cuenta de estos antecedentes, el arbitraje recaló en un número importante de textos constitucionales, bien bajo la forma de un mecanismo complementario a la jurisdicción, bien como un derecho de carácter fundamental.

### *La constitucionalización del arbitraje*

La constitucionalización del arbitraje ha inspirado múltiples posturas alrededor de quienes la critican y de quienes consideran que es positiva para su desarrollo. Pese a que este es un fenómeno exclusivo de las jurisdicciones latinoamericanas, las fórmulas adoptadas para el reconocimiento del arbitraje en los textos fundamentales no son uniformes.

Existen fórmulas de constitucionalización del arbitraje que no implican su asimilación a un mecanismo de carácter eminentemente jurisdiccional. En otros países de la región, el arbitraje es reconocido como un derecho de rango constitucional de los particulares que quieran resolver sus controversias por esa vía, por lo que los legisladores y las Cortes lo promueven e impulsan, por ejemplo, mediante la adopción de normas modernas, de raigambre internacional, que incluso regulan el arbitraje doméstico. En estos escenarios, aunque no se puede

desprender necesariamente una práctica desprovista de complicaciones, el ordenamiento jurídico es mucho más proclive a garantizar el acceso y la mayor efectividad del arbitraje en razón de su carácter de derecho fundamental reconocido.

Este fenómeno puede tener efectos positivos o paralizantes dependiendo de si el juez constitucional interpreta el texto de la Carta Fundamental como una mera guía de carácter político, o si lo entiende como un instrumento que entra en choque permanente con las disposiciones especiales sobre la materia.

Ahora bien, es claro que la consagración de esta figura en la Constitución Política de un Estado no es un presupuesto para su validez y eficacia en el ámbito de las relaciones mercantiles privadas y aquellas que surgen entre los particulares y el Estado. El sistema jurídico español, que ha tenido gran influencia en los principios y normas internas de los países del hemisferio, reconoció a través de su Tribunal Constitucional que la libertad, como valor superior del ordenamiento, soporta la existencia del arbitraje. Así, postulados como el de la libertad económica, la libre empresa, el respeto a la propiedad privada y el principio de autonomía de la voluntad son fundamentos constitucionales suficientes para asegurar su plena operatividad.

En el ordenamiento jurídico colombiano, el arbitraje no es una novedad. Su primera referencia legal se remonta a 1923, con expresiones posteriores en 1931 y 1938, lo cual muestra que en sus primeros estadios se desarrolló en un entorno de desconstitucionalización. Jurisprudencialmente, su validez se sustentó en que la Carta Política de 1886 autorizaba al legislador a crear tribunales y juzgados, por lo que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, que asimiló los tribunales de arbitramento a estas estructuras judiciales permanentes, encontró así su fundamento constitucional.

No obstante dicha analogía, la jurisprudencia osciló entre una concepción contractualista y una puramente judicial del arbitraje. Esta última visión se materializó en las normas del Código de Procedimiento Civil de 1971 y el Decreto

2279 de 1989. Finalmente, un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia que antecedió la Constitución de 1991 sentó las bases para su reconocimiento en la Carta Política, bajo la modalidad de mecanismo en el que los particulares, temporalmente habilitados por las partes, ejercen función jurisdiccional.

En este contexto, la constitucionalización del arbitraje en Colombia ha tenido un efecto restrictivo de su independencia, con efectos limitantes en el plano de la autonomía de la voluntad. En efecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional que se desató en los primeros años de reconocimiento de la figura en el texto superior resaltó y reafirmó sus semejanzas con la actividad judicial y sus procedimientos asociados. Las leyes que impulsaron la modernización del arbitraje en los años noventa siguieron la tendencia señalada por ese tribunal e incluyeron múltiples referencias al proceso civil, para efectos del desarrollo e impulso del trámite.

Posteriormente, la influencia de las tendencias internacionales dio cabida a disposiciones que consagraron la libertad de las partes para pactar los procedimientos arbitrales. Sin embargo, los pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre el particular han sido históricamente contradictorios. Mientras algunas sentencias convalidaron la efectividad del arbitraje independiente e institucional, otras providencias parecieron limitar los alcances de la autonomía de la voluntad, supeditándola a la existencia de vacíos en las normas especiales del arbitraje y el procedimiento civil.

### ***Las legislaciones arbitrales en el contexto latinoamericano como punto de referencia***

Desde el punto de vista de las legislaciones arbitrales, las experiencias latinoamericanas fueron de diversa índole y derivaron en estructuras que respondieron de forma diferente ante las necesidades de los actores del comercio. En sus inicios, como una herencia del derecho español, los países de la región desarrollaron el arbitraje como un mecanismo paralelo a la jurisdicción, también regulado en los códigos procesales decimonónicos. Con la apertura de las

economías y el desarrollo del comercio, la necesidad de modernizar las leyes mercantiles se hizo patente. Organismos internacionales de cooperación adelantaron misiones para incorporar en los ordenamientos nacionales disposiciones ajustadas a los estándares internacionales, entre las que el arbitraje tuvo una atención significativa.

Así las cosas, las normativas del hemisferio se debatieron entre el monismo y el dualismo, siguiendo cada uno de estos sistemas sus propios objetivos según la evolución propia de cada Estado. De esta manera, algunas legislaciones regularon los temas del arbitraje doméstico y el internacional en cuerpos separados, de tal manera que las normativas locales conservaron los esquemas tradicionales fundados en las reglas procesales, y las disposiciones sobre arbitraje internacional se homologaron a los instrumentos internacionales modeladores, vigentes desde 1985. Otros, en cambio, optaron por concentrar la normatividad arbitral en un solo cuerpo, usualmente fundado en las disposiciones sugeridas por la CNUDMI para el arbitraje internacional.

Pero estas fórmulas regulatorias no fueron únicas y absolutas; la evolución de la legislación de cada país fue diferente y múltiples combinaciones entre normas nacionales e internacionales, en sistemas dualistas y monistas, se entremezclaron.

En este orden de ideas, es posible afirmar que el monismo o el dualismo, como modelos regulatorios, en sí mismos, no determinan las características definitivas de una legislación, pues será necesario entrar en las particularidades de cada sistema para identificar qué tanto respetan la esencia del arbitraje, o qué tan compatibles son con los estándares internacionalmente propuestos. Todo lo anterior, sobre la base de que no se trata de hacer juicios de valor ni calificar un sistema como adecuado o inadecuado, pues cada régimen se traza sus propios objetivos a partir de necesidades concretas.

## ***La autonomía de la voluntad en el arbitraje***

El presupuesto de que el arbitraje es un mecanismo de solución de controversias mediante el cual las partes resuelven disputas de carácter disponible, sin ninguna afectación de los derechos de terceros o del orden público, se constituye en el principal sustento para garantizar los plenos efectos de la autonomía de la voluntad. Aun en aquellos sistemas en los que el trámite arbitral tiene características de proceso judicial, este principio, de profundas raíces en el derecho contractual, conserva sus alcances en mayor o menor medida.

Tratándose de arbitraje internacional esta institución se encuentra normalmente garantizada, especialmente si los Estados en los que se adelanta el trámite han reconocido los instrumentos internacionales sobre la materia. La Ley Modelo de la CNUDMI y la Convención de Nueva York disponen de herramientas para que los laudos en los que se evidencia que los árbitros no han respetado las intenciones de las partes, puedan ser anulados o no lleguen a ser reconocidos y ejecutados.

Como todos los derechos y prerrogativas, la autonomía de la voluntad tiene límites en el arbitraje. Usualmente, esas fronteras están marcadas por el respeto del derecho a la igualdad y el debido proceso, entendido este último principio como la plena oportunidad que debe tener cada una de las partes para ser escuchada y hacer valer sus derechos.

Si bien se ha visto que en muchos casos el arbitraje doméstico dispone de más restricciones a la autonomía de la voluntad, también es cierto que en muchas legislaciones se ha equiparado el procedimiento local con el internacional.

La Ley Modelo de la CNUDMI, como expresión de *soft law*, fue originariamente concebida para que en las legislaciones de los países se incorporaran las más modernas tendencias en materia de arbitraje internacional, sobre la base de un documento producido por los más importantes expertos en la materia. No obstante, esta propuesta evolucionó con el tiempo y se convirtió en un referente válido para regular igualmente el arbitraje doméstico. Por ejemplo, el legislador

español, al promulgar en su ordenamiento una ley basada en la Ley Modelo de la CNUDMI, afirmó categóricamente que lo que era deseable para el comercio internacional debía serlo igualmente para el comercio doméstico.

Entre otros aspectos fundamentales, la norma modelo contiene fórmulas precisas para dar una amplia cabida a la autonomía de la voluntad en el procedimiento arbitral. En ella se pueden identificar claramente aquellos aspectos del trámite del que las partes pueden disponer, pues los artículos que contienen las correspondientes instituciones están marcados por una redacción que le da a la norma un carácter eminentemente supletivo. Esta formulación se reafirma pues también es posible identificar en el texto normas con un carácter claramente imperativo, frente a las cuales la autonomía de la voluntad se restringe de manera expresa.

En lo que hace a una técnica legislativa adecuada en pro de la identificación del alcance de la voluntad privada, se encuentra también la normatividad del Reino Unido. Sus disposiciones sobre procedimiento arbitral concluyen con un apéndice en el que se listan todos los aspectos que no pueden ser modificados por las partes o por los árbitros y que resultan de obligatoria observancia al momento de adelantar el trámite arbitral. La Arbitration Act de 1996 regula en un solo cuerpo de normas tanto lo doméstico como lo internacional.

Este tipo de recursos no solo potencian la autonomía privada, sino que además le otorgan al trámite la seguridad que las partes y los tribunales requieren para que la resolución de su controversia pueda desembocar en un laudo arbitral sin vicios y plenamente ejecutable.

### ***La autonomía de la voluntad en el arbitraje doméstico colombiano***

La evolución de las normas sobre reconocimiento de la autonomía de la voluntad en el procedimiento arbitral doméstico no ha estado exenta de debate ni en la doctrina ni en la jurisprudencia. Si bien los antecedentes jurisprudenciales han sido

contradictorios, la Corte Constitucional ha dejado claro que el legislador no puede hacer nugatorio el derecho de las partes a pactar las reglas de procedimiento, y que le corresponde al legislador enmarcar dicha posibilidad.

A pesar de ello, el legislador colombiano se ha resistido a acoger una normativa unificada para el arbitraje, en el que las reglas del arbitraje doméstico sean las mismas que aplican en el ámbito internacional. Por el contrario, el sistema dualista colombiano conserva, para el ámbito nacional, un importante número de instituciones que son ajenas a la naturaleza de este mecanismo, por lo que aparece evidente una tendencia a proteger de manera especial al *consumidor de justicia* local.

Aunado a estos factores, la manera en que el legislador reconoció la posibilidad que tienen los particulares de seleccionar las reglas aplicables al arbitraje resulta confusa y de difícil implementación. Esta premisa está consagrada en el último artículo de la Parte I de la Ley 1563 de 2012, y para su aplicación se requiere interpretar la mutabilidad o inmutabilidad de las disposiciones que componen dicho apartado, con la dificultad de que la gran mayoría de las normas son referencias al ordenamiento procesal civil y fueron redactadas a título imperativo. En este caso, es posible afirmar que las tensiones existentes entre las diferentes visiones del arbitraje derivaron en la aplicación de una fórmula regulatoria antitécnica.

### ***La autonomía del arbitraje doméstico en el ordenamiento jurídico colombiano***

La manera en que se redactó la norma constitucional sobre la materia y el desarrollo jurisprudencial derivado marcaron una clara tendencia en la limitación del principio de autonomía, que supone que el arbitraje debe regularse por sus disposiciones especiales, y que la respuesta a las problemáticas que ahí se presentan deben encontrarse en sus propias instituciones y no en otras áreas del derecho como el procedimiento civil.



La jurisprudencia constitucional desarrolló una asimilación del proceso judicial al trámite arbitral y del juez al árbitro, que se deslindan, principalmente pero no de forma exclusiva, por cuenta de que los segundos deben contar con una habilitación de las partes, ejercen función jurisdiccional de manera temporal y solo pueden conocer de materias que la ley disponga como arbitrables.

En tal sentido, las decisiones de los árbitros están sometidas a mecanismos de control que no forman parte de la normatividad arbitral, como la acción de tutela para la protección de derechos fundamentales. Esta particularidad no es exclusiva del ordenamiento jurídico colombiano, pero en aquellos países en donde más se ha garantizado la independencia del arbitraje, este mecanismo solo tiene cabida cuando el juez de anulación, habiéndose percatado de la infracción de un derecho constitucional, no tome los correctivos necesarios para restituir la juridicidad. Y es que no se trata de que en el arbitraje pueda atentarse contra los principios y deberes fundamentales, sino que, a través de los instrumentos propios de esta institución, como el recurso de anulación, se puedan solventar aquellas situaciones irregulares que afectan a las partes que deciden resolver su controversia por una vía alternativa a la jurisdicción permanente.

Otro punto de gran relevancia consiste en que, en el arbitraje, las partes se someten libremente a las decisiones que toman los árbitros en cuanto al fondo del litigio, por lo que la calidad de los fallos guarda una relación directa con la idoneidad de los profesionales elegidos. No obstante, en Colombia se han presentado casos en los que los jueces constitucionales, a través de la acción de tutela, han realizado valoraciones que tocan el fondo de la controversia. Estas decisiones, que no son regla general, han sido calificadas como verdaderas segundas instancias del proceso arbitral, lo que directamente afecta el principio de autonomía referido.

En materia de recurso de anulación, la autoridad judicial competente ha sido generalmente respetuosa del alcance limitado que tiene el mencionado instrumento para controvertir las decisiones de los tribunales arbitrales. Sin embargo, la referida asimilación del arbitraje a la actividad judicial determinó la adición a las causales de anulación de otro criterio derivado del derecho

supranacional: la interpretación prejudicial. En la oportunidad referida en el capítulo IV, el Tribunal Andino de Justicia ordenó al Consejo de Estado revertir una decisión de un tribunal de arbitramento por no haber acatado la premisa de que los jueces, en ciertas materias cubiertas por las normas de la Comunidad Andina, debían recurrir a la mencionada interpretación ante las instancias comunitarias, previa emisión del fallo. Por tal razón, el juez de anulación entendió que un laudo emitido sin el cumplimiento del requisito señalado no podía generar efectos y accedió a la creación, por vía jurisprudencial, de una nueva causal de anulación.

Esta circunstancia no solamente afecta el principio de autonomía por el hecho de que se crea una nueva causal para el mencionado recurso, no contemplada en las disposiciones especiales sobre la materia, sino porque el juez comunitario adquiere la potestad de guiar la decisión de los árbitros mediante la imposición de un criterio interpretativo de las normas sustanciales.

Finalmente, se afecta el principio de autonomía del arbitraje cuando, a falta de un acuerdo entre las partes sobre un aspecto concreto del procedimiento, los árbitros se ven obligados a recurrir a las normas de los procesos civiles sin que les esté permitido recurrir a otros instrumentos o principios para guiar el curso del trámite, como sucede en el caso del arbitraje internacional. Esta coexistencia de las normas procesales con el arbitraje tiene su origen en una asociación histórica no superada del arbitraje a los procedimientos judiciales, que fue sostenida y reafirmada en el proceso constituyente de 1991 y su jurisprudencia derivada.

## ***B. Retos y planteamientos***

### ***La exclusión del arbitraje del texto constitucional colombiano***

El estudio de los temas vinculados a la primera hipótesis planteada en la introducción de este trabajo nos permite concluir, sin lugar a duda, que la fórmula constitucional escogida por el constituyente de 1991 derivó en una innegable judicialización y formalización de la práctica arbitral doméstica colombiana que, a

su vez, derivó en grandes afectaciones a la autonomía e independencia de este mecanismo de solución de controversias.

Como se se ha visto, para que el arbitraje pueda operar en una jurisdicción no es presupuesto necesario que la figura sea consagrada en su texto constitucional ya que, por tratarse de un mecanismo que tiene por propósito resolver conflictos entre partes que no interesan a terceros ni al orden público, su sustento se encuentra en otros principios constitucionales propios de las democracias liberales como son la libertad económica, la libertad de empresa, el respeto a la propiedad privada, la autonomía contractual, entre otros.

En tal sentido, una primera alternativa al estado actual de cosas es la exclusión del arbitraje del texto constitucional para permitir que sea el legislador quien libremente disponga la naturaleza, características y alcances del instrumento, todo dentro de los parámetros y principios constitucionales enunciados. No obstante, no es posible perder de vista que esta alternativa se encuentra supeditada a una evolución del pensamiento del juez constitucional. En efecto, como ya fue señalado en este texto, la convalidación del arbitraje bajo el imperio de la Constitución de 1886 se presupuestó en el entendido de que, si bien el arbitraje no estaba consagrado expresamente en la Carta Política, su compatibilidad con los principios superiores se derivaba de la habilitación que daba el constituyente al legislador para crear tribunales y juzgados.

Un ejemplo para ilustrar y soportar esta propuesta es el de la amigable composición en Colombia: En efecto, el ordenamiento jurídico ha garantizado su plena operatividad como mecanismo de solución de controversias puramente contractual, pese a ser una figura que no está reconocida expresamente en el texto superior. Más aún, este instrumento ha enfrentado grandes retos en su evolución en el contexto nacional y encontró su punto más alto de desarrollo en el escenario de la construcción de infraestructura en Colombia, un espacio álgido si se toma en cuenta que en estas operaciones participa el Estado colombiano y se ponen en riesgo los recursos públicos de la Nación.

Pese a ello, la amigable composición se utiliza de forma exitosa como instrumento de solución de controversias adjudicativo, a la manera de los mundialmente reconocidos *dispute adjudication boards*, pero con las particularidades que la legislación colombiana le imprimió, como es que la decisión tiene efectos de cosa juzgada para las partes, vía la producción de los efectos jurídicos propios de la transacción.

Ahora bien, existe una diferencia fundamental entre los amigables componedores y los árbitros, cual es la relativa a los poderes que uno y otro operador adquieren en el ejercicio de sus funciones. Si bien los primeros están facultados para *precisar el alcance o forma de cumplimiento de las obligaciones derivadas de un negocio jurídico, determinar la existencia o no de un incumplimiento contractual y decidir sobre conflictos de responsabilidad suscitados entre las partes, entre otras determinaciones*, surge la dificultad de que entre sus prerrogativas no aparece explícita la posibilidad de pronunciarse sobre aspectos como la nulidad de los contratos, elemento neurálgico de la actividad arbitral.

Sin embargo, como se ha señalado a lo largo de este trabajo, es importante precisar que en la mayoría de las legislaciones del mundo no se atribuye a los árbitros el carácter jurisdiccional propio de los órganos judiciales permanentes del Estado y ello no impide que se puedan pronunciar sobre la validez, existencia o eficacia de los negocios jurídicos. Es así como la Ley Modelo de Arbitraje dispone que “*la decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso jure la nulidad de la cláusula compromisoria*”. También, la ley española estipula que “*la decisión de los árbitros que declare la nulidad del contrato no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral*”. Estas dos preceptivas, entre muchas otras que se encuentran alrededor del mundo y que se expresan en el mismo sentido, representan un principio que constituye la espina dorsal del arbitraje: el de autonomía, separabilidad o independencia del pacto arbitral.

Así, se retoma lo señalado en el Capítulo I en el que se explicó que la más moderna literatura sobre la materia ha entendido que el “arbitraje es arbitraje” y no puede clasificarse como eminentemente contractual o jurisdiccional; ni siquiera puede

concebirse como una institución con carácter mixto ya que tiene un carácter autónomo, que evoluciona bajo un régimen “emancipado”. Como se mencionó, la naturaleza del arbitraje debería ser determinada, de hecho y de derecho, atendiendo a su práctica y finalidades. Esto quiere decir, que el arbitraje debe reconocerse en función de lo que en él se hace, a lo que apunta y a cómo y por qué opera de la manera en que lo hace; además, debe entenderse que las normas que lo regulan se han desarrollado exclusivamente para permitir su adecuado funcionamiento.

### ***Otras posibles fórmulas de constitucionalización***

Hay que señalar que la constitucionalización de una institución no depende exclusivamente de que las disposiciones superiores la consagren. En sistemas como el nuestro, este fenómeno se produce por cuenta del desarrollo jurisprudencial que ocurre en relación con la materia objeto de control por parte del guardián constitucional. En Colombia, por ejemplo, se evidencia que alrededor de la figura de la amigable composición se ha producido un número significativo de providencias, especialmente de tutela, que han moldeado y definido sus alcances para garantizar su plena compatibilidad con el texto superior.

En efecto, la Corte, pese a no haber implementado reglas tan exigentes en términos de su funcionamiento como lo ha hecho para el arbitraje, sí ha contemplado la necesidad de respetar unos principios mínimos que persiguen que el trámite se desarrolle en un marco de protección a los derechos fundamentales de los intervinientes.

En este sentido, en virtud de las características del sistema de control constitucional existente en Colombia y de las dinámicas propias de los mecanismos alternativos de solución de controversias con carácter adjudicativo, resulta inexorable la participación del juez constitucional, sea que dicho mecanismo esté o no consagrado de forma expresa en la Carta Política. Por estas razones, el éxito y pleno desarrollo de un instrumento de esta naturaleza se encuentra atado a que el

juez constitucional apueste por potencializar su independencia y promover una cultura favorable a su alrededor.

Estos presupuestos abren la puerta para contemplar fórmulas diversas a nuestro sistema actual, de reconocimiento constitucional del arbitraje como mecanismo de carácter jurisdiccional. Particularmente, llama la atención la alternativa acogida por órganos constituyentes de otros países de América Latina que reconocieron el arbitraje como un verdadero derecho fundamental que las autoridades están llamadas a promover en aras de garantizar el orden social y la convivencia pacífica. Esta técnica impone al juez constitucional un verdadero mandato para potencializar el arbitraje que puede resultar altamente valiosa en el entorno nacional para alcanzar los fines aquí señalados y sobreponerse a los fenómenos que han cohartado su autonomía e independencia.

### ***Aspectos asociados al marco regulatorio del arbitraje doméstico***

El primer elemento para considerar cuando se estudia la problemática del marco regulatorio debe ser el relativo a la estructura del Estatuto Arbitral y su aptitud para abordar tanto las cuestiones propias del arbitraje doméstico como del arbitraje internacional.

Como se ha señalado en este texto, el dualismo y el monismo, como técnicas regulatorias, no son determinantes en sí mismas para que el desarrollo del arbitraje en una jurisdicción sea consistente o no con los estándares deseables para la materia. Un país que adopte una regulación dualista puede constituirse en un referente internacional mientras que otro con un sistema monista puede alejarse radicalmente de los usos comúnmente aceptados.

Entonces, si la estructura del sistema legal no es determinante para garantizar la autonomía e independencia del arbitraje en un marco constitucional en el que el arbitraje no se consagra en el texto superior o se califica como un derecho fundamental, sí cobra especial relevancia el papel del juez constitucional, cuyo papel debe ser el de promover posiciones autonómicas del arbitraje, más que

orientarse por aquellas que, en algún punto, comporten un contenido procesal o jurisdiccional.

Ahora bien, históricamente, el legislador colombiano ha sido renuente a promulgar regulaciones monistas, autónomas e independientes, fundadas en los preceptos del arbitraje internacional. Esta postura, como se ha demostrado a lo largo de este texto, se ha fundado en la consideración de que el “*consumidor de justicia*” local no puede ser equiparado al actor del comercio internacional y las disposiciones que enmarcan sus actuaciones deben comportar un carácter más garantista.

Así, dado que estas consideraciones encuentran un importante arraigo tanto en la visión del juez y del legislador colombiano, se considera razonable conservar un sistema dualista en el que las particularidades que normalmente inspira y demanda el sistema local no redunden en una desnaturalización de las prácticas internacionales operantes, que bajo el esquema de una legislación monolítica podrían verse relativizadas.

### ***Sobre el papel de la autonomía de la voluntad***

Pese a que el principio de la autonomía de la voluntad ha sido reconocido como un precepto con aplicación e injerencia indiscutible en el desarrollo del arbitraje, también es innegable que la tradición formalista de un sector de la comunidad jurídica nacional, apoyado en la fórmula constitucional adoptada, justifica la existencia de un procedimiento arbitral con reglas precisas e indiscutibles, en el que se asegura, desde una perspectiva clásica de los procedimientos judiciales, el respeto a los derechos de las partes y el equilibrio procesal.

Ahora bien, en un hipotético entorno de desconstitucionalización del arbitraje o de su reconocimiento bajo un criterio diferente al jurisdiccional -e.g. derecho fundamental-, la aplicación de las reglas del procedimiento civil no resultarían de referencia obligatoria y se abriría la posibilidad de dar plena efectividad a criterios mucho más amplios, aunque no menos garantistas, como los principios constitucionales que integran el debido proceso, el derecho de defensa y la igualdad

de las partes, tal como lo han reconocido la Ley Estatutaria de Administración de Justicia y las mismas disposiciones arbitrales sobre la materia.

Estos criterios, como han sido interpretados por la Corte Constitucional en el caso de la amigable composición, si bien demandan la materialización de unas etapas mínimas del procedimiento, no comportan la inexorable aplicación de las reglas propias de los procesos judiciales, situación que redundaría en una mayor autonomía e independencia del trámite que se adelanta. En aras de apuntar a este objetivo, la estructura del estatuto arbitral doméstico debería comportar, como lo hace la Ley Modelo, una estructura básica, flexible, complementada con dos instancias para la construcción del trámite: 1) la definición por las partes de las reglas del arbitraje; y 2) la habilitación a los árbitros para configurar las pautas del proceso en caso de que las primeras no logren acordarlo. Todo lo anterior, sin perjuicio de que unos y otros puedan someter el arbitraje a la normatividad procesal civil si lo consideran ajustado a las necesidades de cada caso.

Adicionalmente, deben concebirse fórmulas claras que hagan explícitos aquellos aspectos del procedimiento que pueden ser pactados en contra. Se sugieren, según se ha estudiado en este texto, cualquiera de las siguientes modalidades: 1) la introducción de fórmulas de supletividad (*salvo acuerdo en contrario de las partes..., a menos que las partes acuerden otros términos...*);<sup>414</sup> o 2) la identificación, en un apartado de la ley, de todo aquello que ineludiblemente deba conservar un carácter imperativo.<sup>415</sup>

---

<sup>414</sup> A título meramente enunciativo, ver temas incluidos en el Apéndice I, 2ª columna, fuente verde.

<sup>415</sup> A título meramente enunciativo, se podrían incluir en esta sección los temas que a continuación se relacionan, siguiendo la línea de algunas legislaciones modernas sobre la materia: 1) la obligación de detener los procedimientos judiciales, en aquellos casos en que media un acuerdo de arbitraje válido; 2) los poderes de los jueces para remover árbitros; 3) la imposibilidad de extender los poderes de los árbitros fallecidos a terceras personas; 4) las obligaciones adquiridas por las partes en relación con los honorarios y expensas de los árbitros; 5) la inmunidad de los árbitros; 6) los términos para expresar las objeciones relacionadas con la jurisdicción del tribunal; 7) la autoridad de los jueces para determinar ciertas cuestiones relacionadas con la jurisdicción del tribunal; 8) los deberes del tribunal de actuar imparcialmente y dar un trato justo y equitativo a las partes; 9) la obligación de los árbitros de pagar los honorarios de los expertos asesores del tribunal; 10) los



## ***La autonomía de la voluntad en el ordenamiento constitucional vigente: alternativas para dotar el proceso de seguridad jurídica***

La jurisprudencia de la Corte aparece como contradictoria con lo preceptuado por las disposiciones de carácter legal que han propugnado por la liberalización de las reglas del trámite arbitral. No obstante, las más recientes jurisprudencias sobre la materia no parecen haber circunscrito la posibilidad de que las partes intervengan en la redacción del procedimiento a la existencia de vacíos legales sino a que el legislador así lo permita.

No obstante lo anterior, las fórmulas acogidas en la ley para tales efectos no han resultado del todo claras pues el contexto general del Estatuto Arbitral, en su apartado doméstico, está claramente dominado por disposiciones con carácter imperativo y referencias categóricas a la aplicación del ordenamiento procesal civil, coronadas con los términos de un artículo 58 que aparece a todas luces artificioso en el entorno de una normativa plagada de formalismos.

En este sentido, en un escenario de preservación del ordenamiento constitucional actual, que no es el deseable ni el propicio para garantizar la autonomía del arbitraje ni asegurar la plena aplicación de la autonomía de la voluntad, se considera pertinente la construcción de unas reglas de trámite sujetas a unos enunciados procesales mínimos, ajustados al carácter jurisdiccional que históricamente ha prevalecido, en el que las habilitaciones para modelar el procedimiento arbitral sean claras e indiscutibles y permitan alcanzar una verdadera flexibilidad. Para ello, las fórmulas legislativas arriba descritas

---

deberes de las partes de actuar de manera diligente ante los requerimientos del tribunal; 11) el deber de las partes de asegurar la presencia de testigos ante el tribunal, por medio de procedimientos judiciales; 12) la potestad de los árbitros para reservarse la emisión del laudo en caso de no pago de sus honorarios; 13) la imposibilidad de pactar, con anterioridad al surgimiento del conflicto, que solo una de las partes sufrague los gastos del tribunal; 14) la ejecutabilidad del laudo arbitral; 15) el alcance del recurso de anulación; 16) los derechos de las partes que no concurren al trámite arbitral a impugnar ciertas decisiones y pedir la nulidad del laudo; 17) la renuncia al derecho a objetar; 18) la inmunidad de las instituciones arbitrales; 19) la habilitación de los jueces para asegurar el pago de los honorarios de los abogados.

(supletividad de las normas o señalamiento taxativo de cuestiones imperativas) contribuyen de una mejor manera a este propósito.

***Efectos del marco regulatorio del arbitraje doméstico sobre las normas de la Parte III de la Ley 1563 de 2012***


Finalmente, resulta claro que las actuales normas internacionales sobre la materia han contribuido al desarrollo de esta faceta del arbitraje, y en la actualidad se están promoviendo múltiples debates alrededor de su funcionamiento. Por tal razón, el reto más evidente e inmediato consiste en asimilar que la práctica arbitral que se desarrolla bajo estas normas no puede alimentarse de los usos locales, ni se le deben hacer extensivas figuras e instituciones cuya naturaleza no responde a las prácticas universales uniformes y al carácter global que le es inherente.


Para tales efectos, la adopción de un régimen de desconstitucionalización de la figura o reformulación de su naturaleza, en los términos de los dos primeros planteamientos de este acápite, contribuiría significativamente a la reducción de los riesgos asociados al actual sistema que, como se ha explicado a lo largo de este texto, resulta altamente gravoso en términos de afectación a la autonomía e independencia del arbitraje, no solo doméstico sino también internacional.

## APÉNDICE I

### Comparativo de articulado

#### Parte I y Parte III Ley 1563 de 2012

 Normas con redacción imperativa

 Normas con carácter supletivo

<p><b>ARTÍCULO 1o. DEFINICIÓN, MODALIDADES Y PRINCIPIOS.</b></p> <p>(...) El laudo arbitral es la sentencia que profiere el tribunal de arbitraje. <u>El laudo puede ser en derecho, en equidad o técnico.</u></p> <p>En los tribunales en que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, si las controversias han surgido por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, <b>el laudo deberá proferirse en derecho.</b></p>	<p><b>ARTÍCULO 101. NORMAS APLICABLES AL FONDO DEL LITIGIO.</b></p> <p><u>El tribunal arbitral decidirá de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes.</u> (...)</p> <p>Si las partes no indican la norma, el tribunal arbitral aplicará aquellas normas de derecho que estime pertinentes.</p> <p><u>El tribunal arbitral decidirá <i>ex aequo et bono</i> solo si las partes lo hubieren autorizado.</u> En todo caso, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y teniendo en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso.</p>
<p><b>ARTÍCULO 2o. CLASES DE ARBITRAJE.</b></p> <p>El arbitraje será <i>ad hoc</i>, si es conducido directamente por los árbitros, o institucional, si es administrado por un centro de arbitraje. <u>A falta de acuerdo respecto de su naturaleza y cuando en el pacto arbitral las partes guarden silencio, el arbitraje será institucional.</u> Cuando la controversia verse sobre contratos celebrados por una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, <b>el proceso se regirá por las reglas señaladas en la presente ley para el arbitraje institucional.</b></p> <p>(...) Cuando por razón de la cuantía o de la naturaleza del asunto no se requiera de abogado ante los jueces ordinarios, <b>las partes podrán intervenir directamente en el arbitraje.</b></p>	<p><b>ARTÍCULO 92. DETERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO.</b></p> <p>Las partes, con sujeción a las disposiciones de la presente sección, <u>podrán convenir el procedimiento, directamente o por referencia a un reglamento arbitral.</u></p> <p><b>ARTÍCULO 73. NOMBRAMIENTO DE LOS ÁRBITROS.</b></p> <p>(...) 3. Para representar a las partes ante el tribunal arbitral <u>no es necesaria la habilitación como abogado</u> en el lugar de la sede del arbitraje, ni tener dicha nacionalidad.</p>

<p style="text-align: center;"><b>ARTÍCULO 4o. CLÁUSULA COMPROMISORIA.</b></p> <p>La cláusula compromisoria, podrá formar parte de un contrato o <b>constar en documento separado inequívocamente referido a él.</b></p> <p>La cláusula compromisoria que se pacte en documento separado del contrato, para producir efectos jurídicos <b>deberá expresar el nombre de las partes e indicar en forma precisa el contrato a que se refiere.</b></p> <p style="text-align: center;"><b>ARTÍCULO 6o. COMPROMISO.</b></p> <p><b>El compromiso podrá constar en cualquier documento, que contenga:</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li><b>1. Los nombres de las partes.</b></li> <li><b>2. La indicación de las controversias que se someten al arbitraje.</b></li> <li><b>3. La indicación del proceso en curso, cuando a ello hubiere lugar. En este caso las partes podrán ampliar o restringir las pretensiones aducidas en aquel.</b></li> </ol>	<p style="text-align: center;"><b>ARTÍCULO 69. DEFINICIÓN Y FORMA DEL ACUERDO DE ARBITRAJE.</b></p> <p>El “acuerdo de arbitraje” es aquel por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas o algunas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no. El acuerdo de arbitraje <b>podrá</b> adoptar la forma de una cláusula compromisoria o la de un acuerdo independiente.</p> <p>El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito:</p> <p>a) Se entenderá que el acuerdo de arbitraje consta por escrito <u>cuando quede constancia de su contenido en cualquiera forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, o mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.</u> (...)</p>
<p style="text-align: center;"><b>ARTÍCULO 7o. ÁRBITROS.</b></p> <p>Las partes <b>determinarán conjuntamente el número de árbitros</b>, que siempre será impar. Si nada se dice al respecto, los árbitros serán tres (3), <b>salvo en los procesos de menor cuantía, caso en el cual el árbitro será único.</b></p> <p><b>El árbitro debe ser colombiano y ciudadano en ejercicio; no haber sido condenado por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos, ni estar inhabilitado para ejercer cargos públicos o haber sido sancionado con destitución.</b></p> <p>En los arbitrajes en derecho, <b>los árbitros deberán cumplir, como mínimo, los mismos requisitos exigidos para ser magistrado de Tribunal Superior de Distrito Judicial, sin perjuicio de las calidades adicionales exigidas por los reglamentos de los centros de arbitraje o por las partes en el pacto arbitral.</b></p>	<p style="text-align: center;"><b>ARTÍCULO 72. NÚMERO DE ÁRBITROS.</b></p> <p>Las partes <u>podrán determinar libremente el número de árbitros</u>, que, en todo caso, será impar. A falta de tal acuerdo, los árbitros serán tres.</p>

<p style="text-align: center;"><b>ARTÍCULO 8o. DESIGNACIÓN DE LOS ÁRBITROS.</b></p> <p>Las partes <b>nombrarán conjuntamente los árbitros</b>, o delegarán tal labor en un centro de arbitraje o un tercero, total o parcialmente. La designación a cargo de los centros de arbitraje <b>se realizará siempre mediante sorteo, dentro de la especialidad jurídica relativa a la respectiva controversia y asegurando una distribución equitativa entre los árbitros de la lista.</b> Ningún árbitro o secretario podrá desempeñarse simultáneamente como tal, en más de cinco (5) tribunales de arbitraje en que intervenga como parte una entidad pública o quien ejerza funciones administrativas en los conflictos relativos a estas.</p>	<p style="text-align: center;"><b>ARTÍCULO 73. NOMBRAMIENTO DE LOS ÁRBITROS.</b></p> <p>En el nombramiento de árbitros en el arbitraje internacional. &lt;sic:&gt;</p> <p>1. <i>La nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como árbitro.</i></p> <p>2. <i>Los árbitros podrán ser o no abogados, a elección de las partes.</i></p> <p>(...) 4. <i>Las partes podrán acordar libremente el procedimiento para la designación del árbitro o los árbitros.</i></p> <p>5. A falta de acuerdo:</p> <p>(...) b) En el arbitraje con tres árbitros, <i>cada parte nombrará un árbitro</i> y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero; (...)</p>
<p style="text-align: center;"><b>ARTÍCULO 9o. SECRETARIOS.</b></p> <p>Los árbitros <b>designarán un secretario quien deberá ser abogado y no podrá ser cónyuge o compañero permanente, ni tener relación contractual, de subordinación o dependencia, de parentesco hasta cuarto grado de consanguinidad o civil o segundo de afinidad, con ninguno de los árbitros.</b> El secretario <b>deberá ser escogido</b> de la lista del centro en la que se adelante el procedimiento arbitral.</p>	<p style="text-align: center;">N.A.</p>
<p style="text-align: center;"><b>ARTÍCULO 10. TÉRMINO.</b></p> <p><i>Si en el pacto arbitral no se señalare término para la duración del proceso, este será de seis (6) meses</i>, contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite. (...)</p> <p><i>Dicho término podrá prorrogarse una o varias veces, sin que el total de las prórrogas exceda de seis (6) meses</i>, a solicitud de las partes o de sus apoderados con facultad expresa para ello.</p> <p>Al comenzar cada audiencia <b>el secretario informará el término transcurrido</b> (...)</p>	<p style="text-align: center;">N.A.</p>

<p style="text-align: center;"><b>ARTÍCULO 11. SUSPENSIÓN.</b></p> <p><u>El proceso se suspenderá por solicitud de ambas partes con la limitación temporal prevista en esta ley</u> y, además, desde el momento en que un árbitro se declare impedido o sea recusado, y se reanudará cuando se resuelva al respecto.</p> <p>Igualmente, <b>se suspenderá por inhabilidad, renuncia, relevo o muerte de alguno de los árbitros, hasta que se provea a su reemplazo.</b></p> <p>Al término del proceso se adicionarán los días de suspensión, así como los de interrupción por causas legales. <b>En todo caso, las partes o sus apoderados no podrán solicitar la suspensión del proceso por un tiempo que, sumado, exceda de ciento veinte (120) días. No habrá suspensión por prejudicialidad.</b></p>	<p style="text-align: center;">N.A.</p>
<p style="text-align: center;"><b>ARTÍCULO 12. INICIACIÓN DEL PROCESO ARBITRAL.</b></p> <p>El proceso arbitral comenzará con la presentación de la demanda, que <b>deberá reunir todos los requisitos exigidos por el Código de Procedimiento Civil</b>, acompañada del pacto arbitral y <b>dirigida al centro de arbitraje acordado por las partes. En su defecto, a uno del lugar del domicilio de la demandada</b>, y si esta fuere plural, <b>en el de cualquiera de sus integrantes.</b> El centro de arbitraje que no fuere competente, remitirá la demanda al que lo fuere. <b>Los conflictos de competencia que se susciten entre centros de arbitraje serán resueltos por el Ministerio de Justicia y del Derecho.</b></p> <p>Si no hubiere centro de arbitraje en el domicilio acordado o en el del domicilio del demandado, <b>la solicitud de convocatoria se presentará en el centro de arbitraje más cercano.</b></p> <p>Tratándose de procesos en los que es demandada una entidad pública, el centro de arbitraje correspondiente <b>deberá remitir comunicación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado</b>, informando de la presentación de la demanda.</p> <p><b>La remisión de la comunicación a que se refiere este inciso, es requisito indispensable para la continuación del proceso arbitral</b></p>	<p style="text-align: center;"><b>ARTÍCULO 94. INICIACIÓN DE LA ACTUACIÓN ARBITRAL.</b></p> <p><u>Salvo que las partes hayan convenido otra cosa</u>, la actuación arbitral se entenderá iniciada en la fecha en que el demandado reciba la solicitud de someter la controversia a arbitraje.</p> <p style="text-align: center;"><b>ARTÍCULO 96. DEMANDA Y CONTESTACIÓN.</b></p> <p><u>Dentro del plazo convenido por las partes o determinado por el tribunal arbitral, el demandante deberá presentar su demanda, indicando los hechos en que se funda, los puntos controvertidos y el objeto de ella. El demandado, al responderla, deberá referirse a los distintos elementos de aquella, a menos que las partes hayan acordado otra cosa.</u></p> <p>El demandante en su demanda y el demandado en su contestación podrán aportar los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a documentos u otras pruebas que pretendan hacer valer.</p> <p><u>Salvo acuerdo en contrario de las partes</u>, en el curso de las actuaciones arbitrales cualquiera de ellas podrá modificar o ampliar su demanda o contestación, a menos que el tribunal arbitral considere improcedente esa alteración en razón de la tardanza con que se haya hecho.</p>

<p><b>ARTÍCULO 13. AMPARO DE POBREZA.</b></p> <p>El amparo de pobreza <b>se concederá, total o parcialmente, en los términos del Código de Procedimiento Civil.</b> Si hubiere lugar a la designación del apoderado, esta se hará a la suerte entre los abogados incluidos en la lista de árbitros del respectivo centro de arbitraje, salvo que el interesado lo designe.</p> <p>Sin perjuicio de lo que resuelva el laudo sobre costas, <b>el amparado quedará exonerado del pago de los honorarios y gastos del tribunal arbitral, sin que le corresponda a su contraparte sufragar lo que al amparado le hubiese correspondido pagar.</b></p>	<p style="text-align: center;">N.A.</p>
<p style="text-align: center;"><b>ARTÍCULO 14. INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL.</b></p> <p><b>Para la integración del tribunal se procederá así:</b></p> <p>1. Si las partes han designado los árbitros, pero no consta su aceptación, <b>el director del centro de arbitraje los citará</b> por el medio que considere más expedito y eficaz, <b>para que se pronuncien en el término de cinco (5) días.</b> El silencio se entenderá como declinación.</p> <p>(...)</p> <p>2. Si las partes no han designado los árbitros debiendo hacerlo, o delegaron la designación, <b>el director del centro de arbitraje requerirá por el medio que considere más expedito y eficaz a las partes o al delegado, según el caso, para que en el término de cinco (5) días hagan la designación.</b></p> <p>3. Si las partes delegaron al centro de arbitraje la designación de todos o alguno o varios de los árbitros, <b>aquella se hará por sorteo dentro de los cinco (5) días siguientes a la solicitud de cualquiera de ellas.</b></p> <p>4. En defecto de la designación por las partes o por el delegado, <b>el juez civil del circuito, a solicitud de cualquiera de las partes, designará de plano, por sorteo, principales y suplentes, de la lista de árbitros del centro en donde se haya radicado la demanda, al cual informará de su actuación.</b></p> <p>5. De la misma forma se procederá siempre que sea necesario designar un reemplazo.</p> <p>6. <u>Las partes, de común acuerdo, podrán reemplazar, total o parcialmente, a los árbitros con anterioridad a la instalación del tribunal.</u></p>	<p style="text-align: center;"><b>ARTÍCULO 72. NÚMERO DE ÁRBITROS.</b></p> <p>(...)</p> <p>5. A falta de acuerdo:</p> <p>a) En el arbitraje con árbitro único, si las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la designación del árbitro dentro de los treinta (30) días contados a partir de la solicitud de una de ellas, la autoridad judicial procederá al nombramiento a instancia de cualquiera de las partes;</p> <p>(...)</p> <p><u>6. Cuando en un trámite de nombramiento convenido por las partes:</u></p> <p>a) Una parte no actúe conforme a lo estipulado en dicho trámite; o</p> <p>b) Las partes, o los árbitros, no puedan llegar a acuerdo conforme al mencionado trámite; o</p> <p>c) Un tercero, incluida una institución, no cumpla la función correspondiente, <u>cualquiera de las partes podrá solicitar a la autoridad judicial que nombre el árbitro o adopte la medida necesaria, a menos que en el acuerdo sobre el trámite de nombramiento se prevean otros medios para conseguirlo.</u></p> <p><u>7. Al nombrar un árbitro, la autoridad judicial tendrá en cuenta las condiciones de este requeridas por las partes</u> y tomará las medidas necesarias para garantizar el nombramiento de persona independiente e imparcial. En el caso de árbitro único o del tercer árbitro, apreciará la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes.</p>

**Artículo 15. Deber de información.**

La persona a quien se comunique su nombramiento como árbitro o como secretario **deberá informar**, al aceptar, si coincide o ha coincidido con alguna de las partes o sus apoderados en otros procesos arbitrales o judiciales, trámites administrativos o cualquier otro asunto profesional en los que él o algún miembro de la oficina de abogados a la que pertenezca o haya pertenecido, intervenga o haya intervenido como árbitro, apoderado, consultor, asesor, secretario o auxiliar de la justicia en el curso de los dos (2) últimos años. Igualmente **deberá indicar** cualquier relación de carácter familiar o personal que sostenga con las partes o sus apoderados.

(...)

**Artículo 16. Impedimentos y recusaciones.**

Los árbitros y los secretarios están impedidos y son recusables por las mismas causales previstas para los jueces en el **Código de Procedimiento Civil**, por las inhabilidades, prohibiciones y conflictos de intereses señalados en el **Código Disciplinario Único**, y por el incumplimiento del deber de información indicado en el artículo anterior.

En los arbitrajes en que sea parte el Estado o alguna de sus entidades, se aplicarán además de lo previsto en el inciso anterior las causales de impedimento y recusación previstas en el **Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo**.

**Artículo 75. Motivos de recusación.**

La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro **deberá revelar** todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. El árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará oportunamente tales circunstancias a las partes.

Un árbitro sólo podrá ser recusado si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia, o si no posee las calidades convenidas por las partes.

Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de hecha la designación.



<p><b>Artículo 17. Trámite de los impedimentos y las recusaciones.</b></p> <p>El árbitro que se declare impedido cesará inmediatamente en sus funciones y lo comunicará a quien o quienes lo designaron, para que procedan a reemplazado.</p> <p>El árbitro o árbitros que fueren recusados <b>se pronunciarán</b> dentro de los cinco (5) días siguientes. Si el recusado o recusados aceptan la recusación o guardan silencio, cesarán inmediatamente en sus funciones, hecho que se comunicará a quien hizo la designación para que proceda a su reemplazo. Si el árbitro rechaza la recusación, <b>los demás árbitros decidirán de plano</b>. Si fueren recusados todos los árbitros o varios, o se tratase de árbitro único, <b>decidirá en la misma forma el juez civil del circuito del lugar donde funcione el tribunal de arbitraje</b>, para lo cual <b>se remitirá</b> la actuación que deberá ser sometida a reparto en el término de cinco (5) días.</p> <p><b>La providencia que decide la recusación no será susceptible de ningún recurso.</b></p> <p>Si el árbitro hubiese sido designado por el juez civil del circuito, en caso de impedimento o aceptación de la recusación, se remitirán a este, sin necesidad de reparto, las piezas procesales pertinentes con el fin de que proceda a la designación del árbitro que haya de reemplazar al impedido.</p>	<p><b>Artículo 76. Procedimiento de recusación.</b></p> <p>En el procedimiento de recusación del arbitraje internacional:</p> <p><u>1. Las partes podrán acordar libremente el procedimiento de recusación de árbitros o someterse al procedimiento contenido en un reglamento arbitral.</u></p> <p><u>2. A falta de acuerdo o de reglamento arbitral aplicable, se seguirán las siguientes reglas: (...)</u></p>
<p><b>Artículo 19. Control disciplinario.</b></p> <p>En los términos de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, el control disciplinario de los árbitros, los secretarios y los auxiliares de los tribunales arbitrales, se regirá por las normas disciplinarias de los servidores judiciales y auxiliares de la justicia.</p>	<p><b>N.A.</b></p>

#### **Artículo 20. Instalación del tribunal.**

Aceptada su designación por todos los árbitros y, en su caso, cumplidos los trámites de recusación y reemplazo, **el tribunal arbitral procederá a su instalación, en audiencia para la cual el centro de arbitraje fijará día y hora.**

Si alguno de los árbitros no concurriere, podrá presentar excusa justificada de su inasistencia dentro de los tres (3) días siguientes. **Si no presentare dicha excusa o, si presentada, no concurriere en la nueva fecha, se procederá a su reemplazo en la forma prevista en la presente ley.**

**En la audiencia de instalación el centro de arbitraje entregará a los árbitros el expediente.**

**El tribunal elegirá un Presidente y designará un Secretario,** quien deberá manifestar por escrito su aceptación dentro de los cinco (5) días siguientes, y será posesionado una vez agotado el trámite de información o de reemplazo.

Sin perjuicio de lo que luego haya de decidir el tribunal sobre su propia competencia en la primera audiencia de trámite, **la admisión, la inadmisión y el rechazo de la demanda se surtirán conforme a lo previsto en el Código de Procedimiento Civil.** El tribunal **rechazará de plano la demanda** cuando no se acompañe prueba de la existencia de pacto arbitral, salvo que el demandante invoque su existencia para los efectos probatorios previstos en el parágrafo del artículo 3°. En caso de rechazo, el demandante **tendrá un término de veinte (20) días hábiles** para instaurar la demanda ante el juez competente para conservar los efectos derivados de la presentación de la demanda ante el centro de arbitraje.

**El poder para representar a una cualquiera de las partes en la audiencia de instalación incluye además de las facultades legales que se le otorgan, la facultad para notificarse de todas las determinaciones que adopte el tribunal en la misma, sin que se pueda pactar lo contrario.**

#### **Artículo 92. Determinación del procedimiento.**

Las partes, con sujeción a las disposiciones de la presente sección, podrán convenir el procedimiento, directamente o por referencia a un reglamento arbitral.

A falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado, con sujeción a lo dispuesto en la presente sección y sin necesidad de acudir a las normas procesales de la sede del arbitraje. Esta facultad incluye la de determinar la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas.

#### **Artículo 94. Iniciación de la actuación arbitral.**

Salvo que las partes hayan convenido otra cosa, la actuación arbitral se entenderá iniciada en la fecha en que el demandado reciba la solicitud de someter la controversia a arbitraje.

#### **Artículo 96. Demanda y contestación.**

Dentro del plazo convenido por las partes o determinado por el tribunal arbitral, el demandante deberá presentar su demanda, indicando los hechos en que se funda, los puntos controvertidos y el objeto de ella. El demandado, al responderla, deberá referirse a los distintos elementos de aquella, a menos que las partes hayan acordado otra cosa.

El demandante en su demanda y el demandado en su contestación podrán aportar los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a documentos u otras pruebas que pretendan hacer valer.

Salvo acuerdo en contrario de las partes, en el curso de las actuaciones arbitrales cualquiera de ellas podrá modificar o ampliar su demanda o contestación, a menos que el tribunal arbitral considere improcedente esa alteración en razón de la tardanza con que se haya hecho.

<p><b>Artículo 21. Traslado y contestación de la demanda.</b></p> <p>De la demanda se correrá traslado por el término de veinte (20) días. Vencido este, se correrá traslado al demandante por el término de cinco (5) días, dentro de los cuales podrá solicitar pruebas adicionales relacionadas con los hechos en que se funden las excepciones de mérito.</p> <p>Es procedente la demanda de reconvención pero <b>no las excepciones previas ni los incidentes</b>. Salvo norma en contrario, los árbitros decidirán de plano toda cuestión que se suscite en el proceso.</p> <p><b>Parágrafo.</b> La no interposición de la excepción de compromiso o cláusula compromisoria ante el juez implica la renuncia al pacto arbitral para el caso concreto.</p> <p><b>Artículo 22. Reforma de la demanda.</b></p> <p>Notificado el demandado del auto admisorio de la demanda, esta podrá reformarse por una sola vez antes de la iniciación de la audiencia de conciliación prevista en esta ley.</p>	
<p><b>Artículo 24. Audiencia de conciliación.</b></p> <p>Vencido el término de traslado de las excepciones de mérito propuestas contra la demanda inicial o la de reconvención, o contestadas sin que se hubieren propuesto excepciones, o vencido sin contestación el término de traslado de la demanda, <b>el tribunal señalará día y hora para celebrar la audiencia de conciliación, a la que deberán concurrir tanto las partes como sus apoderados.</b></p> <p>En la audiencia de conciliación <b>el tribunal arbitral instará a las partes a que resuelvan sus diferencias mediante conciliación</b>, para lo cual podrá proponerles fórmulas, sin que ello implique prejuzgamiento. Si las partes llegaren a una conciliación, el tribunal la aprobará mediante auto que hace tránsito a cosa juzgada y que, en caso de contener una obligación expresa, clara y exigible, prestará mérito ejecutivo.</p>	<p>N.A.</p>

<p>El Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado podrán intervenir activamente en la audiencia con el fin de lograr que las partes concilien sus diferencias y expresar sus puntos de vista sobre las fórmulas que se propongan.</p>	
<p><b>Artículo 25. Fijación de honorarios y gastos.</b></p> <p>Fracasada en todo o en parte la conciliación, en la misma audiencia el tribunal fijará los honorarios y gastos mediante auto susceptible de recurso de reposición, que será resuelto inmediatamente. <b><u>Para la fijación, tomará en cuenta la cuantía de las pretensiones de la demanda, determinada de conformidad con el Código de Procedimiento Civil.</u></b> Si hubiere demanda de reconvenición, tomará como base la de la cuantía mayor.</p> <p>Lo anterior, <u>sin perjuicio de que las partes, antes del nombramiento de los árbitros, acuerden los honorarios y así se lo comuniquen junto con su designación.</u></p> <p><b>Artículo 26. Límite de los honorarios y partida de gastos.</b></p> <p>Los árbitros <b>tendrán como suma límite para fijar los honorarios de cada uno, la cantidad de mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (1.000 smlmv). El Gobierno Nacional reglamentará las tarifas de honorarios y gastos.</b></p> <p>En caso de árbitro único, los honorarios podrán incrementarse hasta en un cincuenta por ciento. <b>Los honorarios del secretario no podrán exceder de la mitad de los de un árbitro.</b></p> <p>Cuando no fuere posible determinar la cuantía de las pretensiones, <b>los árbitros tendrán como suma límite para fijar los honorarios de cada uno,</b> la cantidad de quinientos salarios mínimos legales mensuales vigentes (500 smlmv).</p>	<p>N.A.</p>

<p style="text-align: center;"><b>Artículo 27. Oportunidad para la consignación.</b></p> <p>(...)</p> <p style="text-align: center;"><b>Artículo 28. Distribución de honorarios.</b></p> <p>(...)</p>	<p style="text-align: center;">N.A.</p>
<p style="text-align: center;"><b>Artículo 31. Audiencias y pruebas.</b></p> <p>El tribunal en pleno realizará las audiencias que considere necesarias, con o sin participación de las partes. Las audiencias podrán realizarse por cualquier sistema que permita la comunicación de los participantes entre sí.</p> <p><b><u>El tribunal y las partes tendrán, respecto de las pruebas, las mismas facultades y deberes previstos en el Código de Procedimiento Civil y las normas que lo modifiquen o complementen.</u></b> Las providencias que decreten pruebas no admitir recurso alguno; las que las nieguen son susceptibles de reposición. Cuando la prueba haya de practicarse en el exterior, se aplicarán los tratados vigentes sobre la materia y, en subsidio, <b><u>las normas del Código de Procedimiento Civil,</u></b> en lo pertinente. En este caso, cuando en el proceso se hayan practicado todas las pruebas y sólo faltare la prueba en el exterior, los árbitros podrán suspender de oficio el proceso arbitral, mientras se practicare la misma.</p> <p>(...)</p> <p style="text-align: center;"><b>Artículo 30. Primera audiencia de trámite.</b></p> <p>Una vez consignada la totalidad de los honorarios y gastos, el tribunal arbitral celebrará la primera audiencia de trámite con la asistencia de todos sus miembros, en la cual resolverá sobre su propia competencia para decidir de fondo la controversia mediante auto que solo es susceptible de recurso de reposición.</p>	<p style="text-align: center;"><b>Artículo 92. Determinación del procedimiento.</b></p> <p>Las partes, con sujeción a las disposiciones de la presente sección, <u>podrán convenir el procedimiento, directamente o por referencia a un reglamento arbitral.</u></p> <p>A falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado, con sujeción a lo dispuesto en la presente sección y <u>sin necesidad de acudir a las normas procesales de la sede del arbitraje.</u> Esta facultad incluye la de determinar la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas.</p>

Si decidiere que no es competente para conocer de ninguna de las pretensiones de la demanda y la reconvenición, se extinguirán los efectos del pacto arbitral para el caso concreto, y se devolverá a las partes, tanto la porción de gastos no utilizada, como los honorarios recibidos. En este caso, para conservar los efectos derivados de la presentación de la demanda ante el centro de arbitraje, el demandante tendrá un término de veinte (20) días hábiles para instaurar la demanda ante el juez competente.

**En caso de que el tribunal se declare competente por mayoría de votos, el árbitro que haya salvado voto, cesará inmediatamente en sus funciones y será reemplazado en la forma prevista en esta ley. Nombrado el reemplazo, se reanudará y terminará la primera audiencia de trámite.**

Por último, el tribunal resolverá sobre las pruebas pedidas por las partes y las que de oficio estime necesarias.

**Concluida la audiencia, comenzará a contarse el término de duración del proceso.**

### **Artículo 33. Audiencias de alegatos y de laudo.**

Concluida la instrucción del proceso, el tribunal oírán en audiencia las alegaciones de las partes por un espacio máximo de una hora cada cual, sin que interese el número de sus integrantes. En el curso de la audiencia, las partes podrán entregar sus alegaciones por escrito. A continuación el tribunal señalará día y hora para audiencia de laudo, en la que se dará lectura a la parte resolutive de este.

**Artículo 32. Medidas cautelares.**

A petición de cualquiera de las partes, el tribunal podrá ordenar las medidas cautelares que serían procedentes de tramitarse el proceso ante la justicia ordinaria o la contencioso administrativa, cuyos decretos, práctica y levantamiento **se someterán a las normas del Código de Procedimiento Civil, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y a las disposiciones especiales pertinentes.** El tribunal podrá comisionar al juez civil municipal o del circuito del lugar en donde deba practicarse la medida cautelar. Cuando se trate de procesos arbitrales en que sea parte una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, además de la posibilidad de comisionar a los referidos jueces civiles, el tribunal de arbitraje podrá comisionar al juez administrativo, si lo considera conveniente.

(...)

**No podrá prestarse caución cuando las medidas cautelares no estén relacionadas con pretensiones económicas o procuren anticipar materialmente el fallo.**

Para que sea decretada cualquiera de las anteriores medidas cautelares innominadas, **el demandante deberá prestar caución equivalente al veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones estimadas en la demanda**, para responder por las costas y perjuicios derivados de su práctica. Sin embargo, el tribunal, de oficio o a petición de parte, podrá aumentar o disminuir el monto de la caución cuando lo considere razonable, o fijar uno superior al momento de decretar la medida.

(...)

**Artículo 80. Facultad del tribunal arbitral para decretar medidas cautelares.**

Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a instancia de cualquiera de ellas, decretar medidas cautelares.

**Artículo 82. Petición de una orden preliminar y condiciones para su decreto.**

Salvo acuerdo en contrario, cualquiera de las partes, sin dar aviso a ninguna otra, podrá solicitar una medida cautelar y pedir una orden preliminar del tribunal arbitral por la que se ordene a alguna parte que no frustre la finalidad de la medida cautelar solicitada.

**Artículo 85. Exigencia de caución por el tribunal arbitral.**

El tribunal arbitral exigirá al peticionario de una orden preliminar que preste caución respecto de la orden, salvo que lo considere inapropiado o innecesario.

<p><b>Artículo 37. Intervención de otras partes y terceros.</b></p> <p>La intervención en el proceso arbitral del llamado en garantía, del denunciado en el pleito, del interviniente excluyente y demás partes, <b><u>se someterá a lo previsto en las normas que regulan la materia en el Código de Procedimiento Civil.</u></b> Los árbitros fijarán la cantidad adicional a su cargo por concepto de honorarios y gastos del tribunal, mediante providencia susceptible de recurso de reposición. La suma correspondiente deberá ser consignada dentro de los diez (10) días siguientes. (...)</p> <p><b>Parágrafo 2°. En ningún caso las partes o los reglamentos de los centros de arbitraje podrán prohibir la intervención de otras partes o de terceros.</b></p>	<p>N.A.</p>
<p><b>Artículo 40. Recurso extraordinario de anulación.</b></p> <p>Contra el laudo arbitral <b>procede el recurso extraordinario de anulación, que deberá interponerse debidamente sustentado, ante el tribunal arbitral, con indicación de las causales invocadas, dentro de los treinta (30) días siguientes a su notificación o la de la providencia que resuelva sobre su aclaración, corrección o adición.</b> Por secretaría del tribunal se correrá traslado a la otra parte por quince (15) días sin necesidad de auto que lo ordene. Vencido aquel, dentro de los cinco (5) días siguientes, el secretario del tribunal enviará los escritos presentados junto con el expediente a la autoridad judicial competente para conocer del recurso.</p>	<p><b>Artículo 107. La anulación como único recurso judicial contra un laudo arbitral.</b></p> <p>Contra el laudo arbitral solamente procederá el recurso de anulación por las causales taxativamente establecidas en esta sección. En consecuencia, la autoridad judicial no se pronunciará sobre el fondo de la controversia ni calificará los criterios, valoraciones probatorias, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral. <u>Cuando ninguna de las partes tenga su domicilio o residencia en Colombia, las partes podrán, mediante declaración expresa en el acuerdo de arbitraje o mediante un acuerdo posterior por escrito, excluir completamente el recurso de anulación, o limitarlo a una o varias de las causales contempladas taxativamente en la presente sección.</u></p>



**Artículo 45. *Recurso de revisión.***

Tanto el laudo como la sentencia que resuelva sobre su anulación, son susceptibles del recurso extraordinario de revisión por las causales y mediante el trámite señalado en el Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, quien tuvo oportunidad de interponer el recurso de anulación no podrá alegar indebida representación o falta de notificación. Cuando prospere el recurso de revisión, la autoridad judicial dictará la sentencia que en derecho corresponda.

**N.A.**



## BIBLIOGRAFÍA

### DOCTRINA

- Abanto Torres, Jaime David. “El arbitraje en las sentencias del Tribunal Constitucional y la procedencia del amparo contra laudos arbitrales”. *Revista Peruana de Arbitraje*, n.º 3 (2006): 137-194.
- Aguilar Grieder, Hilda. “La intervención de terceros en el arbitraje comercial internacional”. *Anuario da Facultade de Dereito*, <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2114/AD-5-3.pdf?sequence=1>
- Alvins Santi, Ramón y Pedro Saghy Cadenas. “El acuerdo de arbitraje en el derecho venezolano: estudio crítico sobre su eficacia en la jurisprudencia reciente de los tribunales venezolanos”. En *Tratado de Derecho Arbitral. El Convenio Arbitral*, director Carlos Alberto Soto Coaguilla, 811-833. II. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas/Grupo Editorial Ibáñez/Instituto Peruano de Arbitraje, 2011.
- Arévalo Reyes, Héctor. *Arbitraje : Arbitramento en derecho, en equidad, técnico, legal, institucional e independiente o ad hoc, el pacto arbitral, procedimiento, minutas y modelos*. Bogotá: Doctrina y Ley, 2012.
- Asamblea Nacional Constituyente. Comisión Cuarta. “Informe-Ponencia para primer debate en plenaria. Democracia participativa, reforma y pedagogía de la Constitución”. *Gaceta Constitucional*, n.º 81 (mayo 24 de 1991).
- Asociación Latinoamericana de Integración. *Acerca de ALADI*. [http://www.aladi.org/nsfaladi/arquitec.nsf/VSITIOWEB/quienes\\_somos](http://www.aladi.org/nsfaladi/arquitec.nsf/VSITIOWEB/quienes_somos)
- Asociación Latinoamericana de Libre Comercio. *Tratado de Montevideo 1980*. Montevideo, 12 de agosto de 1980.
- Bajpai, Pallavi. “Limitations of Party Autonomy in International Regime of Arbitration”. *Law Mantra Journal* 2, n.º 4 (2015).
- Banco Interamericano de Desarrollo. *Programa de Fortalecimiento de Métodos Alternos para la Solución de Controversias. Proyecto BID*. Bogotá: Banco Interamericano de Desarrollo, 1997.

- Banco Mundial. *Doing Business*. s.f. <http://espanol.doingbusiness.org/-Methodology/enforcing-contracts>
- Barona Vilar, Silvia. “Arbitraje en España: a la búsqueda de un lugar adecuado en el marco de la justicia”. En *Arbitraje y justicia en el siglo XXI*, por Silvia Barona Vilar, 25-28. Cizur Menor, Navarra: Aranzadi S.A., 2007.
- Barral Oliveira, Welber y Adriana Silva Maillart. “Brasil”. En *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica: regulación, presente y tendencias del futuro*, directores Adriana Zapata de Arbeláez, Silvia Barona Vilar y Carlos Esplugues Mota, 183-209. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.
- Beganović, Edita, ed. *International Commercial Arbitration – Is there a possibility for clients to abuse procedure?* 2013. <http://www.defactual.com/wp-content/uploads/2013/10/Commercial-Arbitration.pdf>
- Bhatia, Vijay; Candlin, Christopher y Gotti, Maurizio. *Discourse and Practice in International Commercial Arbitration: Issues, Challenges and Prospects*. England: Ashgate, 2012.
- Bejarano Guzmán, Ramiro. *Procesos declarativos, ejecutivos y arbitrales*. 8ª ed. Bogotá: Temis, 2017.
- Benetti Salgar, Julio. *El arbitraje en el derecho colombiano*. 2ª ed. Bogotá: Temis, 2001.
- Berger, Klaus Peter. *Forum Internationale: The New German Arbitration Law in International Perspective*. The Hague: Kluwer Law International, 2000.
- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. *Historia de la Ley 19.971 sobre arbitraje comercial internacional*, septiembre 29 de 2004. [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4\\_uibd.nsf/22B0881816F8250A05257D020067D686/\\$FILE/HL19971.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/22B0881816F8250A05257D020067D686/$FILE/HL19971.pdf)
- Biggs, Gonzalo. “Arbitraje comercial internacional: una tarea pendiente”. *Revista del Abogado*, n.º 30 (2004).
- Blanco Carrasco, Marta. *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos: Una visión jurídica*. Madrid: Editorial Reus S.A., 2009.
- Born, Gary. *International Arbitration: Cases and Materials*. 2ª ed. Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International, 2015.

- Cairns, David y Bernardo María Cremades. “El arbitraje en la encrucijada entre la globalización y sus detractores”. *Revista de la Corte Española de Arbitraje* 17, n.º 2002 (2002): 15-62.
- Caivano, Roque. “Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario”, *Arbitration*, n.º 1 (2006). [http://www.limaarbitration.net/LAR1/roque\\_j\\_caivano.pdf](http://www.limaarbitration.net/LAR1/roque_j_caivano.pdf)
- . “Planteos de inconstitucionalidad en el arbitraje”. *Revista Peruana de Arbitraje*, n.º 2 (2006): 107-153.
- Cámara de Comercio de Bogotá. “La constitucionalización del arbitraje”. En *Notas de Arbitraje*, 137-172. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá: Uniempresarial, 2008.
- . Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles. *Panorama y perspectivas de la legislación iberoamericana sobre arbitraje comercial*. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 1993.
- . Centro de Arbitraje y Conciliación. *Reglamento de procedimiento de arbitraje mipymes y arbitraje social*. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, s.f.
- . *Reglamento Centro de Arbitraje y Conciliación*, 2017.
- Cámara de Comercio Internacional. *Guía de ADR de la CCI*. París: Centro Internacional de ADR de la CCI, 2001. <http://www.cadeco.org/cca/documentos/lateral/4.2%20GUIA%20ADR%20de%20la%20CCI.pdf>
- . *ICC reveals record number of new Arbitration cases filed in 2016*. París, 2017. <https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-reveals-record-number-new-arbitration-cases-filed-2016/>
- . *Reglamento de arbitraje*. París: CCI, 2013.
- Cárdenas, Abel. “El arbitraje en Colombia es de talla mundial”. *Portafolio*, agosto 19 de 2015. <http://www.portafolio.co/economia/finanzas/arbitraje-colombia-talla-mundial-37224>
- Carnelutti, Francesco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Tomo IV. Buenos Aires: Uthea, 1944.

- Carroll, Eileen y Giles Dixon. "Alternative Dispute Resolution Developments in London". *The International Construction Law Review*, (1990): 436-437.
- Castro de Cifuentes, Marcela. *Derecho comercial. Actos de comercio, empresas, comerciantes y empresarios*. 2a ed. Bogotá: Ediciones Uniandes/Editorial Temis, 2016.
- Centro de Investigaciones Jurídicas. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. *Arbitraje en Venezuela y derecho comparado*, agosto 5 de 2013. <http://cij.org.ve/site/arbitraje-en-venezuela-y-derecho-comparado/>
- Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Comercio y Servicios de Nicaragua "Antonio Leiva Pérez". *¿Quiénes somos?* <http://www.cmanicaragua.com.ni/index.php/quienes-somos/quienes-somos/>
- Cepeda Espinosa, Manuel José. "La constitucionalización del arbitraje en Colombia". En *Hacia una mayor eficacia en el arbitraje: control de tiempos y costos*, por Rafael Bernal Gutiérrez, Yves Derains y Fernando Mantilla Serrano, 151-171. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2010.
- Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú. *Lineamientos para una reforma constitucional*, julio de 2011. [http://www.congreso.gob.pe/comisiones/2002/debate\\_constitucional/bases.htm](http://www.congreso.gob.pe/comisiones/2002/debate_constitucional/bases.htm)
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. *Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras*. Nueva York, 1958.
- . *Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI acerca de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, en su versión enmendada en 2006*. Nueva York: CNUDMI, 2008.
- Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial. *Acerca de la CIAC*. <http://www.ciac-iacac.org/portal/default.aspx>
- Conejero Roos, Cristian, "El arbitraje comercial en Iberoamérica: un panorama general". En *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica*, coordinado por Cristian Conejero Roos, Antonio Hierro Hernández Mora, Valeria Macchia y Carlos Soto Coaguila. Bogotá: Legis Editores S. A., 2009.

- Congreso de la República de Colombia. Proyecto de Ley 085 de 2002. Por la cual se expide la Ley General de Arbitraje. *Gaceta del Congreso* de 22 de noviembre de 2002.
- . Proyecto de Ley 176 de 2011 Cámara, 18 de 2011 Senado. Informe de ponencia para primer debate. *Gaceta del Congreso*, n.º 108, de 27 de marzo de 2012.
- . Proyecto de Ley 18 de 2011 (Senado). *Gaceta del Congreso* n.º 542 de 29 de julio de 2011.
- Cordero-Moss, Giuditta. “Limits to Party Autonomy in International Commercial Arbitration”. *Oslo Law Review*, n.º 1 (2014): 47-66.  
<http://dx.doi.org/10.5617/oslaw979>
- Cremades, Bernardo. “Arbitraje y desarrollo económico mundial”. *Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación – Servilex*, mayo 22 de 2012.  
<http://www.servilex.com.pe/arbitraje/congresopanama/b-11.php>
- De Jesús O., Alfredo. “La Sala Constitucional y el arbitraje comercial. Hacia un régimen racional del control judicial del laudo arbitral en el derecho venezolano”. *Revista Peruana de Arbitraje*, n.º 3 (2006): 64.  
[http://www.peruarbitraje.org/pdf/revista/REVISTA\\_PERUANA\\_DE\\_ARBITRAJE\\_RPA\\_3\\_2006.pdf](http://www.peruarbitraje.org/pdf/revista/REVISTA_PERUANA_DE_ARBITRAJE_RPA_3_2006.pdf)
- . “The impact of constitutional law on international commercial arbitration in Venezuela”. *Journal of International Arbitration* 24, n.º 1 (2007): 69-80.
- . “La autonomía del arbitraje comercial internacional a la hora de la constitucionalización del arbitraje en América Latina”. *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones* 2, n.º 1 (2009): 29-80.
- Di Rosa, Paolo y Rafael Cox-Alomar. “El control judicial del arbitraje: ¿siempre tributario de un foro local?”. En *Arbitraje internacional: tensiones actuales*, coordinador Fernando Mantilla Serrano, 241-251. Bogotá: Legis Editores S.A., 2007.
- Dunlap, Eric. “Setting aside arbitration awards and the manifest disregard of the law standard”. *Florida Bar Journal*, julio de 2006.  
<https://www.floridabar.org/divcom/jn/jnjournal01.nsf/Author/A33096BC18C00CF28525719A0057B575>

- Dursun, Seyda. "A critical examination of the role of party autonomy in international Commercial Arbitration and an assessment of its role and extent". *Yalova U'niversitesi Hukuk Faku'ltesi Dergisi* 1, n.º 1 (2012): 161-188.
- Escolar Capella, Claudia. *¿Se salvó el arbitramento en Colombia?* Bogotá: Corporación Excelencia en la Justicia, s.f.  
<http://www.cej.org.co/index.php/infografias-de-los-observatorios-ciudadanos/7-sala-de-prensa/editoriales/23-ise-salvo-el-arbitramento-en-colombia>
- Esplugues Mota, Carlos. "Líneas generales de la regulación del arbitraje en Europa en las últimas décadas: paralelismos y divergencias con el proceso Latinoamericano". En *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica: regulación, presente y tendencias del futuro*, directores Adriana Zapata de Arbeláez, Silvia Barona Vilar y Carlos Esplugues Mota, 37-57. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.
- Etcheverry, Raúl Aníbal. "El Acuerdo Arbitral y el Sistema Argentino". En *Tratado de Derecho Arbitral. El Convenio arbitral*, director Carlos Alberto Soto Coaguilla, 105-130, I. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas/Grupo Editorial Ibáñez/Instituto Peruano de Arbitraje, 2011.
- Fernández López, Alberto. "Algunos criterios relevantes sobre el arbitraje en Costa Rica tras la Ley No. 8937 de 2011". *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones* 4, n.º 3 (2011): 797-811.
- Fernández Rozas, José Carlos. "Arbitraje y jurisdicción: una interacción necesaria para la realización de la justicia". *Derecho Privado y Constitución* 13, n.º 19 (2005): 55-91.  
[http://eprints.ucm.es/6573/1/ARBITRAJE\\_Y\\_JURISDICCION.pdf](http://eprints.ucm.es/6573/1/ARBITRAJE_Y_JURISDICCION.pdf)
- . "La situación actual de arbitraje comercial en España: perspectivas de futuro". *Revista de la Corte Española de Arbitraje* 3, (1986): 29-52.
- . *Tratado del arbitraje comercial en América Latina*. Madrid: Iustel, 2008.
- Friedland, Paul. *2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration*. Washington: White & Case, 2015.



- Fundación Estudios de Derecho Administrativo. *Compilación de las Constituciones Políticas*. Caracas: Funeda, 1999.
- Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social. “Aspectos prácticos del arbitraje en El Salvador”. *Boletín de Estudios Legales*, marzo de 2005. Acceso el 6 de octubre de 2014. [http://biblioteca.utec.edu.sv/siab/virtual/estudios\\_legales\\_fusades/fel\\_51.pdf](http://biblioteca.utec.edu.sv/siab/virtual/estudios_legales_fusades/fel_51.pdf)
- Gaillard, Emmanuel y John Savage, eds. *Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration*. Hague; London: Kluwer Law International, 1999.
- Gaillard, Emmanuel. *Legal Theory of International Arbitration*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2010.
- García-Bolívar, Omar y Otero, Hernando. *Recognition and Enforcement of International Commercial Arbitral Awards in Latin America: Law, Practice and Leading Cases*. Leiden: Brill Nijhoff, 2014.
- García Mirón, Raúl. “Sobre la penosa sentencia 11-2010. Apelación en arbitrajes de derecho en El Salvador”. *El blog de abogae*, marzo 22 de 2012. <http://www.abogae.com.ar/sobre-la-penosa-sentencia-11-2010-apelaci%C3%B3n-en-arbitrajes-de-derecho-en-el-salvador>
- Gaviria Gutiérrez, Enrique. *Lecciones de derecho comercial*. 3a ed. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1989.
- Gil Echeverry, Jorge Hernán. *La conciliación extrajudicial y la amigable composición*. 2ª ed. Bogotá: Editorial Temis, 2011.
- . *Régimen arbitral colombiano. Parte General – Tomo I*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2017.
- . *Re´gimen arbitral colombiano. Parte Procesal-Tomo II*. 2a ed. Bogotá: Grupo Editorial Iba´n□ez, 2017.
- Gobierno de España. Ministerio de la Presidencia, “Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. Exposición de motivos”. *Boletín Oficial del Estado* 309 (26 de diciembre del 2003). <https://www.boe.es/boe/dias/2003/12/26/pdfs/A46097-46109.pdf>

- Gómez Rodas, Carlos y Francisco Gómez Fonseca. “Costa Rica”. En *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica: regulación, presente y tendencias del futuro*, directores Adriana Zapata de Arbeláez, Silvia Barona Vilar y Carlos Esplugues Mota, 309-333. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.
- González de Cossío, Francisco. “Chauvinism rejected: Mexican Supreme Court upholds the constitutionality of the Mexican Arbitration Statute”. *Journal of International Arbitration* 22, n.º 2 (2005): 163-166.
- . *Arbitraje*. 2a ed. México D. F.: Editorial Porrúa S.A., 2018.
- Guasp, Jaime. *El arbitraje en el derecho español: su nueva regulación conforme a la Ley de 22 de diciembre de 1953*. Barcelona: Bosch, 1956.
- Haeger, Walther. *Schiedsgerichte für Rechtsstreitigkeiten der Handelswelt*. Berlin: Struppe & Winckler, 1910.
- Hernández-Bretón, Eugenio e Ivette Esis Villarroel. “Venezuela”. En *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica: regulación, presente y tendencias del futuro*, directores Adriana Zapata de Arbeláez, Silvia Barona Vilar y Carlos Esplugues Mota, 719-748. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.
- Hernández-Bretón, Eugenio. “Significado constitucional del arbitraje en Venezuela”. En *Constitucionalización del derecho privado. Actas del Tercer Congreso Internacional de la Association Andrés Bello Des Juristes Franco-Latino-Américains*, por Christian Larroumet, Sebastián Ríos Labbé y Association Andrés Bello des Juristes Franco-Latino-Américains. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- Herrera Mercado, Hernando. *La impugnación de los laudos arbitrales – Análisis legal y jurisprudencial*. Bogotá: Legis Editores S.A., 2014.
- Hight, Keith y George Kahale III. “International decisions”. *American Journal of International Law* 88, n.º 1 (1994): 105-109.
- Holtzmann, Howard M. y Joseph E. Neuhaus. *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*. Deventer: Kluwer Law and Taxation, 1995.

- Holtzmann, Howard. "Summary of Discussion in the Second Working Group". En *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, editado por Albert Jan van den Berg, 275-285, 9. The Hague [u.a.]: Kluwer Law International, 1999.
- Hoyos, Camilo. *El árbitro de parte en arbitraje nacional colombiano*. <http://www.colvyap.com/2017/07/el-arbitro-de-parte-en-arbitraje.html>
- Ibáñez Najar, Jorge Enrique. *La acción de tutela contra laudos arbitrales*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana/Depalma/Grupo Editorial Ibáñez, 2009.
- Instituto de Derecho Internacional. Resolución 13, 1989 (XVI YBCA 236 (1991) 238).
- International Bar Association. *Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitrajes Internacionales 2014*. Adoptadas por acuerdo del Consejo de la IBA el jueves 23 de octubre de 2014.
- Jean, Robert. *L'arbitrage: Droit interne, droit international privé*. 6ª ed. París: Dalloz, 1993.
- Jequier Lehedé, Eduardo. "Chile". En *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica: regulación, presente y tendencias del futuro*, directores Adriana Zapata de Arbeláez, Silvia Barona Vilar y Carlos Esplugues Mota, 211-253. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.
- Jiménez Figueres, Dyalá. "Una visión siempre optimista: la nueva Ley de Arbitraje Comercial Internacional de Costa Rica". *Revista Internacional de Arbitraje*, n.º 17 (2012): 103-117. Acceso el 9 de abril de 2014. <http://www.latinarbitrationlaw.com/una-visi-n-siempre-optimista-la-nueva-ley-de-arbitraje-comercial-internacional-de-costa-rica/>
- Kreindler, Donald. *Vacating Arbitration Awards for "Manifest Disregard" of law or the evidence*. <http://www.phillipsnizer.com/pdf/Article-FashMannNov-Deco3.pdf>
- Leathley, Christian. *International Dispute Resolution in Latin America: An Institutional Overview*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2007.
- Lew Julian, Loukas A. Mistelis y Stefan Kröll. *Comparative International Commercial Arbitration*. La Haya: Kluwer Law International, 2003.

- Lobo Lara, Francisco Darío y Francisco Darío Lobo Flores. “Honduras”. En *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica: regulación, presente y tendencias del futuro*, directores Adriana Zapata de Arbeláez, Silvia Barona Vilar y Carlos Esplugues Mota, 503-530. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.
- López Blanco, Fabio. *El proceso arbitral nacional*. Bogotá: Dupre Editores Ltda, 2013.
- López Ortiz, Alejandro y Ana Morales, trads. “Ley Francesa de Arbitraje de 13 de enero de 2011”. *Revista del Club Español de Arbitraje*, n.º 11 (2011): 9-24.
- Luque Gamero, Ricardo. “El arbitraje y el control de la constitucionalidad”. *Revista Peruana de Arbitraje*, n.º 5 (2007): 109-140.
- Macho Gómez, Carolina. “Los Alternative Dispute Resolution en el Comercio Internacional”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 5, No. 2, (2012)
- Mantilla Serrano, Fernando. “El anteproyecto de ley de arbitraje: entre Dr. Jekyll y Mr. Hyde”, 20 de julio de 2011.  
<https://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Mercantil-Propiedad-Intelectual-y-Arbitraje/noti-110726-09-el-anteproyecto-de-ley-de-arbitraje-entre-dr-jekyll-y-mr-hyde>.
- . “El principio de autonomía y su aplicación al procedimiento arbitral”. *Jurisconsulta* 5, (2002).
- . “La Autonomía del derecho del arbitraje internacional: ¿Hacia un arbitraje realmente autónomo?”. En *Arbitraje Internacional: tensiones actuales*, coordinado por Fernando Mantilla-Serrano. Bogotá: Legis Editores S.A., 2007.
- . “Termorío: un duro golpe al arbitraje”. *Revista Internacional de Arbitraje*, n.º 1 (2004), 191-205.
- . *La Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*. Madrid: Iustel, 2005.
- Mantilla Serrano, Fernando. *Uso y abuso del secretario del tribunal arbitral*, s.f., [http://www.arbitrajecomercial.com/BancoMedios/Documentos%20PDF/aambitojuridico.com-uso\\_y\\_abuso\\_del\\_secretario\\_del\\_tribunal\\_arbitral\[1\].pdf](http://www.arbitrajecomercial.com/BancoMedios/Documentos%20PDF/aambitojuridico.com-uso_y_abuso_del_secretario_del_tribunal_arbitral[1].pdf)

- Marchán, Juan Manuel y Javier Andrade Cadena. “El arbitraje comercial internacional en Ecuador: marco legal y jurisprudencial”. En *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica*, coordinadores Cristian Conejero Roos, Antonio Hierro, Valeria Machia y Carlos Soto Coaguila, 319-348. Bogotá: Legis Editores S.A., 2009.
- Matute Morales, Claudia. “El desarrollo de los métodos alternativos de solución de controversias en América Latina”. *Revista Anuario del Instituto de Derecho Comparado* 38, n.º 25 (2002).  
<http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/idc25/25-3.pdf>
- Mereminskaya, Elina. “Arbitraje doméstico e internacional en Chile: en búsqueda de la armonía”. En *Arbitraje y mediación en las Américas. Teoría y práctica*, coordinadores Juan Enrique Vargas Viancos y Francisco Javier Gorjón Gómez. Santiago de Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas/Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, 2006.
- Merino Merchán, José Fernando y José María Chillón Medina. *Tratado de derecho arbitral*. 4a ed. Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi S. A., 2014.
- Merino Merchán, José Fernando. “Fundamentos públicos y constitucionales del arbitraje”. En *Curso de derecho arbitral*, director José Fernando Merino Merchán, 21-50. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2009.
- . *Curso de derecho arbitral*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2009.
- Ministerio de Justicia y del Derecho. Dirección de Métodos Alternativos de Solución de Conflictos. Concepto OFI16-0027478-DMA-2100 de 7 de octubre de 2016.
- Ministerio de Justicia. Programa Nacional de Conciliación. *Modelo de Reglamento para Centros de Conciliación, arbitraje y Amigable Composición*.
- Mistelis, Loukas A. *Arbitral Seats: Choices and Competition*, noviembre 26 de 2010. <http://kluwerarbitrationblog.com/2010/11/26/arbitral-seats-choices-and-competition/>
- Monroy Cabra, Marco. *Arbitraje Comercial, nacional e internacional*. 4a ed. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2017.

- Mourre, Alexis. “Los méritos de la "constitucionalización" del procedimiento civil y del derecho del arbitraje”. En *Constitucionalización del derecho privado. Actas del Tercer Congreso Internacional de la Association Andrés Bello des juristes Franco-Latino-Américains*, por Christian Larroumet, Sebastián Ríos Labbé, Paulina Andrés y Association Andrés Bello des Juristes Franco-Latino-Américains. Bogotá: Universidad Externado de Colombia/Universidad del Rosario/Convenio Andrés Bello, 2007.
- Oppetit, Bruno. *Teoría del arbitraje*. Bogotá: Legis Editores S.A., 2006.
- Osorio, Mario. “Amigable composición y arbitraje en equidad: pasado presente y futuro de dos engendros colombianos”. En *Ensayos Arbitrales*. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 2010.
- . “Arbitraje: un caso en contra de la constitucionalización de los mecanismos alternativos de solución de conflictos”. *Revista de Derecho Privado*, n.º 47 (2012): 1-34. [https://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/-com\\_revista/archivos/derechoprivado/pri450.pdf](https://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/-com_revista/archivos/derechoprivado/pri450.pdf)
- Palao Moreno, Guillermo. “Nuevas tendencias en materia de arbitraje comercial internacional en América Latina”. En *Arbitraje y justicia en el siglo XXI*, por Silvia Barona Vilar. Cizur Menor, Navarra: Thomson Civitas, 2007.
- Pallarés, Beatriz y Jorge Albornoz. “Argentina”. En *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica: regulación, presente y tendencias del futuro*, directores Adriana Zapata de Arbeláez, Silvia Barona Vilar y Carlos Esplugues Mota, 85-147. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.
- Paricio, Javier. *Los arbitrajes privados en la Roma clásica*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2014.
- Paulsson, Jan. “El orden público como criterio para negar el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales”. En *El arbitraje comercial internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario*, directores Guido Tawil y Eduardo Zuleta. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008.
- Peña Castrillón, Gilberto y Néstor Humberto Martínez Neira. *Pacto arbitral y arbitramento en conciencia*. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2008.

- Perloff, Saul. "The Ties that Bind: The Limits of Autonomy and Uniformity in International Commercial Arbitration". *University of Pennsylvania Journal of International Law* 13, n.º 2 (1995): 323-350.
- Presidencia de la República de Colombia. Directiva Presidencial No. 04 de 18 de mayo de 2018.  
<http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DIRECTIVA%20PRESIDENCIAL%20N%2004%20DEL%2018%20DE%20MAYO%20DE%202018.pdf>
- Pryles, Michael. "Limits to party autonomy in arbitral procedure". *Journal of International Arbitration* 24, n.º 3 (2007): 327-339.
- Redfern, Alan y Hunter, Martin. *Law and practice of international commercial arbitration*. 4a ed. Londres: Sweet and Maxwell, 2004.
- Rey Vallejo, Pablo y Tatiana González Abaunza, "El arbitraje y las nuevas tecnologías". En *Derecho y TIC 10.0*, coordinador Nelson Remolina Angarita, 270-279. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2011.
- Robayo, Juan Fernando y Felipe Cuberos. *Panorama y perspectivas de la legislación iberoamericana sobre arbitraje comercial*. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 1993.
- Rodríguez Cortés, Héctor. *Justicia alternativa y solución de conflictos*. Bogotá: Universidad INCCA de Colombia, 2014.
- Rodríguez Mejía, Marcela. "Sujetos y procedimiento para adoptar medidas cautelares en el proceso arbitral". En *Medidas cautelares en el proceso arbitral*, por Marcela Rodríguez Mejía, 95-179. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.
- . "Una aproximación al régimen del arbitraje nacional del nuevo estatuto del arbitraje en Colombia, Ley 1563 de 2012". *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 23 (2012).  
<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3312/346>  
1
- Romero Seguel, Alejandro. "La Convención de Arbitraje en Chile". En *Tratado de Derecho Arbitral. El Convenio Arbitral*, director Carlos Alberto Soto Coaguila, 386-397, I. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de

- Ciencias Jurídicas/Grupo Editorial Ibáñez/Instituto Peruano de Arbitraje, 2011.
- Santistevan de Noriega, Jorge. “Arbitraje y jurisdicción desde la perspectiva del Tribunal Constitucional del Perú”. *Revista Peruana de Arbitraje*, n.º 2 (2006): 15-66.
- . “La habilitación constitucional para el arbitraje con el Estado y su desarrollo en el Perú”. *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones* 3, n.º 1 (2010): 43-83.
- Serrano Puig, Armando. “La autonomía de la voluntad en el convenio arbitral. Alcances y limitaciones. El caso ecuatoriano”. En *Tratado de derecho arbitral. El convenio arbitral*, director Carlos Alberto Soto Coaguila, 541-580. II. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas/Grupo Editorial Ibáñez/Instituto Peruano de Arbitraje, 2011.
- Silva Romero, Eduardo. “La nouvelle loi costaricienne sur l'arbitrage commercial international du 25 mai 2011”. *Revue de l'Arbitrage*, n.º 3 (2011): 843-850.
- Soto Coaguila, Carlos Alberto. “Presentación”. En *Instituto Peruano de Arbitraje. Decreto Legislativo No. 1071. Nueva Ley Peruana de Arbitraje 2008*, 3-6. Lima: Ediciones Magna, 2009.
- Stipanowich, Thomas J. “Punitive Damages in Arbitration - Garrity v. Lyle Stuart, Inc. Reconsidered”. *Boston University Law Review* 66, n.º 5 (1986).
- Talero Rueda, Santiago. *Arbitraje comercial internacional. Instituciones básicas y derecho aplicable*. Bogotá: Editorial Temis. 2008.
- Tamara, Egbedi. *An analysis of the effect of public policy on party autonomy in international arbitration*. [http://docplayer.net/19635660-An-analysis-of-the-effect-of-public-policy-on-party-autonomy-in-international-arbitration-egbedi-tamara1-black\\_queen234-yahoo.html](http://docplayer.net/19635660-An-analysis-of-the-effect-of-public-policy-on-party-autonomy-in-international-arbitration-egbedi-tamara1-black_queen234-yahoo.html)
- Tantaleán Odar, Reynaldo Mario. “Tipología de las Investigaciones Jurídicas”. *Revista Derecho y Cambio Social*, n.º 43 (2016): 1-37.
- Tribunal de Arbitramento Aserfranca S.A.S. – Aserfranca en liquidación contra Refinería de Cartagena S. A. - Reficar. Bogotá, 18 de julio de 2014, <http://bibliotecadigital.ccb.org.co/bitstream/handle/11520/17363/2729%2>



oASER%20ZONA%20FRANCA%20vs%20REFINERIA%20DE%20CARTAG  
ENA%2018%2007%2014.pdf?sequence=1.

- Vásquez Palma, María Fernanda. “Arbitraje y jurisdicción estatal: su coordinación en una perspectiva latinoamericana”. *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones* 3, n.º 3 (2010): 766-788.
- Victoria-Andreu, Francisco. “Virtudes de la constitucionalización del procedimiento civil y del arbitraje”. En *Constitucionalización del derecho privado. Actas del Tercer Congreso Internacional de la Association Andrés Bello Des Juristes Franco-Latino-Américains*, por Christian Larroumet, Sebastián Ríos Labbé, Paulina Andrés y Association Andrés Bello des Juristes Franco-Latino-Américains. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- Younes Moreno, Diego. *Hacia el mejoramiento del acceso a la justicia*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2014.
- Zuleta Jaramillo, Eduardo. “Special Constitutional Action to Preserve International Arbitration”. *Journal of International Arbitration* 18, n.º 4 (2001): 475-480.
- . “La colaboración de los jueces en el arbitraje internacional”. En *Estatuto arbitral colombiano. Análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012*. Bogotá: Legis Editores S.A., 2013.
- Zuleta Londoño, Alberto. “La protección constitucional del arbitraje”. En *Arbitraje internacional: tensiones actuales*, coordinador Fernando Mantilla Serrano, 67-99. Bogotá: Legis Editores S.A., 2007.
- . “La renuncia al recurso de anulación contra el laudo en el arbitraje comercial”. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, n.º 3 (2011): 245-261.  
[http://iea.ec/pdfs/2011/Art\\_Alberto\\_Zuleta.pdf](http://iea.ec/pdfs/2011/Art_Alberto_Zuleta.pdf)

## **JURISPRUDENCIA**

### **Colombia**

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera.  
Expediente 6695. Sentencia de abril 3 de 1992.

Consejo de Estado. Sección Primera. Expediente 6601. Auto del 7 de diciembre de  
2000.

Consejo de Estado. Sección Cuarta. Decisión de 09 de agosto de 2012.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera.  
Expediente 5326. Sentencia de mayo 15 de 1992.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera.  
Expediente 7809. Sentencia de noviembre 12 de 1993.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera.  
Expediente 6751. Sentencia de junio 16 de 1994.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera.  
Expediente 11632. Sentencia de octubre 24 de 1996.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera.  
Expediente 17797. Sentencia de mayo 18 de 2000.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera.  
Expediente 19090. Sentencia de agosto 23 de 2001.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera.  
Expediente 19488. Sentencia de junio 20 de 2002.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera.  
Expediente 21217. Sentencia de julio 4 de 2002.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera.  
Expediente 22.012. Sentencia de julio 4 de 2002.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera.  
Expediente 21041. Sentencia de agosto 1 de 2002.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera.  
Expediente 25560. Sentencia de noviembre 25 de 2004.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera.  
Expediente 25811. Sentencia de abril 28 de 2005.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera.  
Expediente 32398. Sentencia de junio 8 de 2006.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera.  
Expediente 32871. Sentencia de diciembre 4 de 2006.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera.  
Expediente 33644. Sentencia de marzo 27 de 2008.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera.  
Expediente 33645. Sentencia de marzo 27 de 2008.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera.  
Expediente 33643. Sentencia de mayo 21 de 2008.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera.  
Expediente 34525. Sentencia de mayo 13 de 2009.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera.  
Sentencia de agosto 25 de 2011.

Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera.  
Expediente 45.922. Sentencia de junio 6 de 2013.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera.  
Expediente 52930. Sentencia de 27 de mayo de 2015.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera.  
Expediente 53165. Sentencia de diciembre 10 de 2015.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera.  
Expediente 56845. Sentencia de noviembre 10 de 2016.

Constitución Política de Colombia. 1991.

Corte Constitucional de Colombia. Auto 100 de 2006 (M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa; marzo 22 de 2006).

Corte Constitucional de Colombia. Auto 588 de 2016 (M. P.: Aquiles Arrieta Gómez; noviembre 30 de 2016).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-592 de 1992 (M. P.: Fabio Morón Díaz; diciembre 7 de 1992).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-001 de 1993 (M. P.: Jaime Sanín Greiffenstein; enero 1 de 1993).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-161 de 1993 (M. P.: Antonio Barrera Carbonell; abril 26 de 1993).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-426 de 1994 (M. P.: José Gregorio Hernández; septiembre 29 de 1994).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-294 de 1995 (M. P.: Jorge Arango Mejía; julio 6 de 1995).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-431 de 1995 (M. P.: Hernando Herrera Vergara; septiembre 28 de 1995).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-425 de 1995 (M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz; septiembre 26 de 1995).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-451 de 1995 (M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz; octubre 4 de 1995).

Corte Constitucional. Sentencia T-597 de 1995 (M. P.: José Gregorio Hernández Galindo; diciembre 07 de 1995)

Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 1996 (M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa; febrero 5 de 1996).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-242 de 1997 (M. P.: Hernando Herrera Vergara; mayo 20 de 1997).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-347 de 1997 (M. P.: Jorge Arango Mejía; julio 23 de 1997).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-416 de 1998 (M. P.: Alejandro Martínez Caballero; agosto 12 de 1998).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-608 de 1998 (M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa; octubre 27 de 1998).

Corte Constitucional Colombia. Sala Plena. Sentencia C-330 de 2000 (M. P.: Carlos Gaviria Díaz; marzo 22 de 2000).

Corte Constitucional. Sentencia C-383 de 2000 (M. P.: Álvaro Tafur Galvis; abril 05 de 2000).

Corte Constitucional. Colombia. Sentencia T-555 de 2000 (M. P.: Fabio Morón Díaz; mayo 15 de 2000).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1140 de 2000. (M. P.: José Gregorio Hernández Galindo; agosto 30 de 2000)

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1436 de 2000 (M. P.: Alfredo Beltrán Sierra; octubre 25 de 2000).

Corte Constitucional. Sentencia C-060 de 2001. (M. P.: Carlos Gaviria Díaz; enero 24 de 2001).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-098 de 2001 (M. P.: Martha Victoria Sáchica; enero 31 de 2001).

Corte Constitucional. Sentencia C-893 de 2001 (M. P.: Clara Inés Vargas Hernández; agosto 22 de 2001).

Corte Constitucional. Sentencia C-1195 de 2001 (M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra; noviembre 15 de 2001).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1001 de 2001 (M. P.: Rodrigo Escobar Gil; septiembre 18 de 2001).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-807 de 2002 (M. P.: Jaime Araújo Rentería; octubre 03 de 2002).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-837 de 2002 (M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa; octubre 09 de 2002).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1038 de 2002 (M. P.: Eduardo Montealegre Lynett; noviembre 28 de 2002).

Corte Constitucional. Sentencia SU-058 de 2003 (M. P.: Eduardo Montealegre Lynett; enero 30 de 2003).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-920 de 2004 (M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra; septiembre 23 de 2004).

Corte Constitucional. Sentencia T-017 de 2005 (M. P.: Rodrigo Escobar Gil; enero 20 de 2005).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-481 de 2005 (M. P.: Jaime Araújo Rentería; mayo 11 de 2005).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-590 de 2005 (M. P.: Jaime Córdoba Triviño; junio 08 de 2005).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-114 de 2007 (M. P.: Nilson Pinilla Pinilla; febrero 22 de 2007).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-174 de 2007 (M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa; marzo 14 de 2007).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-244 de 2007 (M. P.: Humberto Sierra Porto; marzo 30 de 2007).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-713 de 2008 (M. P.: Clara Inés Vargas Hernández; 15 de julio de 2008).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-058 de 2009 (M. P.: Jaime Araujo Rentería; febrero 02 de 2009).

Corte Constitucional de Colombia. Salvamento de voto Sentencia T-058 de 2009 (Clara Elena Reales Gutiérrez, febrero 02 de 2009).

Corte Constitucional de Colombia. Salvamento de voto Sentencia SU-556 de 2016 (magistrado Alejandro Linares Mantilla; octubre 13 de 2016).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-790 de 2010 (M. P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; octubre 01 de 2010).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-466 de 2011 (M. P.: Humberto Sierra Porto; junio 09 de 2011).

Corte Constitucional. Sentencia C-222 de 2013 (M. S.: María Victoria Calle Correa; abril 17 de 2013).

Corte Constitucional. Sentencia T-288 de 2013 (M. P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; mayo 20 de 2013).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-170 de 2014 (M. P.: Alberto Rojas Ríos; marzo 19 de 2014).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-500 de 2015 (M. P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez; agosto 06 de 2015).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-067 de 2016 (M. P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; febrero 17 de 2016).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-430 de 2016 (M. P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez; agosto 11 de 2016).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-556 de 2016 (M. P.: María Victoria Calle Correa; octubre 13 de 2016).

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala Plena. Sentencia de 29 de mayo de 1969 (M. P.: Luis Sarmiento Buitrago). Gaceta Judicial, Tomo CXXXVII, n.º 2338, págs. 58-68.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala Plena. Expediente 2227 (M. P.: Pedro Escobar Trujillo; marzo 21 de 1991).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. SC-12467-2016. Radicación n.º 11001-02-03-000-2014-02737-00. (M. P.: Luis Armando Tolosa Villabona; septiembre 7 de 2016).

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. STC-6226-2018, Radicación n.º 11001-02-03-000-2018-01200-00 (M. P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo; mayo 9 de 2018).

Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Tercera, Subsección A. Radicación n.º 2017-310. (M.P. Juan Carlos Garzón Martínez; agosto 23 de 2018).

### **Comunidad Andina de Naciones**

Tribunal de Justicia. Sentencia de 26 de febrero de 1991. Proceso 2-IP-91.

Tribunal de Justicia. *Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá vs. La República de Colombia*. Proceso AI-003-2010 de 26 de agosto de 2011.

### **Costa Rica**

Corte Suprema de Justicia. Sala Primera. Exp: 00-000003-004-CA. Res. n.º 000594-F-00 de 18 de agosto de 2000. <http://sitios.poder-judicial.go.cr/sala1/Textos%20fallos%20relevantes/Archivos%20pdf/594-F-00.pdf>

### **Chile**

Tribunal Constitucional. Sentencia Rol 420 de 25 de agosto de 2004.

### **El Salvador**

Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Constitucional. Sentencia 11-2010 de 30 de noviembre de 2011. Diario Oficial n.º 234, Tomo 393, de 14 de diciembre de 2011.

Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Constitucional. Sentencia del 15 de febrero de 2002.

## **España**

Tribunal Constitucional. Sentencia 176/1996 de 11 de noviembre. Boletín Oficial del Estado.

Tribunal Constitucional. Providencias ATC 259/1993, SSTC 288/1993 y 174/1995. Boletín Oficial del Estado.

## **Estados Unidos**

U. S. Supreme Court. *Burchell v. Marsh*, 58 U.S. 17 How. 344 344 (1854).  
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/58/344/case.html>

United States Supreme Court. *Scherk v. Alberto-Culver Co.*, (1974) No. 73-781  
Argued: April 29, 1974 Decided: June 17, 1974.  
<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/417/506.html>

United States Supreme Court Volt Info. *Sciences v. Leland Stanford JR. U.*, (1989)  
No. 87-1318 Argued: November 30, 1988, Decided: March 6, 1989.  
<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/489/468.html>

United States Supreme Court *Mastrobuono v. Shearson Lehman Hutton, Inc.*,  
(1995) No. 94-18. Argued: January 10, 1995 Decided: March 6, 1995.  
<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/514/52.html>

**U.S. Court of Appeals for the Second Circuit - 808 F.2d 930 (2d Cir. 1986).** *Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc., Petitioner-appellee, v. Jack Bobker*, Respondent-appellant, 808 F.2d 930 (2d Cir. 1986).  
<http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/808/930/173801/>

**U.S. Court of Appeals for the Eleventh Circuit - 909 F.2d 456 (11th Cir. 1990).** Sam Skurnick, Defendant/Appellant, v. Al Ainsworth, Plaintiff/Appellee. No. 76520. September 12, 1991.  
<http://law.justia.com/cases/florida/supreme-court/1991/76520-o.html>

## **Nueva Escocia**

The Supreme Court of Nova Scotia en Banc. *Vita Food Products Inc.* (Appeal No. 82 of 1938) v. *Unus Shipping Company Limited* in liquidation (Nova Scotia)



[1939] UKPC 7 (30 January 1939). [http://www.bailii.org/uk/cases/UKPC/-1939/1939\\_7.pdf](http://www.bailii.org/uk/cases/UKPC/-1939/1939_7.pdf)

### **Perú**

Tribunal Constitucional. *Caso Fernando Cantuarias Salaverry*. Expediente No 6167-2005-PHC/TC, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados García Toma, Presidente; Gonzales Ojeda, Vicepresidente; Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen y Landa Arroyo, con el voto discrepante en el Fundamento No 20, pero coincidente en el fallo, del magistrado Gonzales Ojeda.

### **Suecia**

SVEA Court of Appeal. Department 02. División 0204. Caso n.º T 3108-06, <http://www.arbitration.sccinstitute.com/Views/Pages/GetFile.ashx?portalId=89&cat=95791&docId=1023798&propId=1578>

### **Venezuela**

Corte Suprema de Justicia. Expediente No. 08-0763 (M. P.: Luisa Estella Morales Lamuño; octubre 17 de 2008).

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia No. 1.393 (M. P.: Jesús Eduardo Cabrera Romero; agosto 7 de 2001).

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Expediente n.º 08-0763 (M. P.: Luisa Estella Morales Lamuño; octubre 17 de 2008).

## **NORMATIVIDAD**

### **Internacional**

Comisión del Acuerdo de Cartagena. Decisión 351. Lima, Perú, 17 de diciembre de 1993.

Comisión de la Comunidad Andina. Decisión 472. Codificación del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Cochabamba, Bolivia, 28 de mayo de 1996.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. Nueva York: CUNDMI, 1958.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. Aprobada el 21 de junio de 1985. Nueva York: CNUDMI, 2008.

Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores. Decisión 500. Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Valencia, Venezuela, 22 de junio de 2001.

Consejo de la Unión Europea y Parlamento Europeo. Decisión nº 276/1999/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de enero de 1999 por la que se aprueba un plan plurianual de acción comunitaria para propiciar una mayor seguridad en la utilización de Internet mediante la lucha contra los contenidos ilícitos y nocivos en las redes mundiales.

Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. Convención de Nueva York 1958.

Organización de Estados Americanos. Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional. Convención de Panamá. Ley 44 de 1986. Panamá: OEA, 1975.

### **Argentina**

Código Civil y Comercial de la Nación.

Ley 25690 de 2002. Establécese que las empresas ISP (*Internet Service Provider*) tendrán la obligación de ofrecer software de protección que impida al acceso a sitios específicos. Noviembre 28 de 2002. Boletín Oficial n.º 30060.

## **Bolivia**

Código de Comercio. Decreto Ley No. 14379 de 25 de febrero de 1977.

Código de Procedimiento Civil.

Constitución Política del Estado. Texto Acordado. 1995.

Ley 1770 de 1997. Ley de Arbitraje y Conciliación. Marzo 10 de 1997. Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia.

## **Brasil**

Constituição da República Federativa do Brasil. 1988.

Ley 9307 de 1996. Disposiciones sobre arbitraje. Septiembre 23 de 1996. Diário Oficial da União.

## **Colombia**

Asamblea Nacional Constituyente. Comisión Cuarta. Informe-Ponencia para primer debate en plenaria. Democracia participativa, reforma y pedagogía de la Constitución. *Gaceta Constitucional* n.º 81; mayo 24 de 1991.

Congreso de la República. Acto Legislativo n.º 03 de 2002. Por el cual se reforma la Constitución Nacional.

Constitución Política de la República de Colombia. 1991.

Código de Procedimiento Civil. Decreto 1400 de 1970. DO 33.150, 21 de septiembre de 1970.

Código General del Proceso. Ley 1564 de 2012. DO 48.489, 12 de julio de 2012.

Código de Comercio. Decreto 410 de 1971. DO 33.339, 16 de junio de 1971.

Código de Procedimiento Administrativo. Ley 1437 de 2011. DO 47.956, 18 de enero de 2011.

Código Judicial. Ley 105 de 1931. DO 21.823, 24 de octubre de 1931.

Decreto 2279 de 1989 [Presidencia de la República]. Por el cual se implementan sistemas de solución de conflictos entre particulares y se dictan otras disposiciones. Octubre 7 de 1989.

Decreto 2591 de 1991 [Presidencia de la República]. Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política. Noviembre 19 de 1991.

Decreto 2651 de 1991 [Departamento Administrativo de la Presidencia de la República]. Por el cual se expiden normas transitorias para descongestionar los despachos judiciales. Noviembre 25 de 1991.

Decreto 1818 de 1998 [Presidencia de la República de Colombia]. Por medio del cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos. Septiembre 7 de 1998.

Ley 103 de 1923. Sobre Organización Judicial y Procedimiento Civil. DO 19.498, diciembre 5 de 1923.

Ley 28 de 1931. Sobre Cámaras de Comercio. DO 21.624, febrero 18 de 1931.

Ley 105 de 1931. Sobre organización judicial y procedimiento civil. DO 21.823, octubre 24 de 1931.

Ley 2 de 1938. Por el cual se da validez a la cláusula compromisoria. Febrero 25 de 1938. DO 23.727 del 12 de marzo de 1938.

Ley 44 de 1986. Por medio de la cual se aprueba la "Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional". Septiembre 19 de 1986. DO 23.147.

Ley 39 de 1990. Aprobatoria de la "Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras". Noviembre 20 de 1990. DO 23.137.

Ley 23 de 1991. Por medio de la cual se crean mecanismos para descongestionar los Despachos Judiciales, y se dictan otras disposiciones. Marzo 21 de 1991. DO 39.752.

Ley 23 de 1992. Por medio de la cual se aprueba el "Convenio para la Protección de los Productores de Fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus Fonogramas", hecho en Ginebra el 29 de octubre de 1971. Noviembre 30 de 1992. DO 40.679.

- Ley 80 de 1993. Por el cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Octubre 28 de 1993. DO 41.094.
- Ley 142 de 1994. **Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. Julio 11 de 1994. DO 41.433.**
- Ley 267 de 1995. Por medio de la cual se aprueba el “Convenio sobre arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados”. Enero 29 de 1996. DO 42.704.
- Ley 182 de 1995. **Por la cual se reglamenta el servicio de la televisión y se formulan políticas para su desarrollo, se democratiza el acceso a éste, se conforman la Comisión Nacional de Televisión, se promueven la industria y actividades de televisión, se establecen normas para contratación de los servicios, se reestructuran entidades del sector y se dictan otras disposiciones en materia de telecomunicaciones. Enero 20 de 1995. DO 41.681.**
- Ley 270 de 1996. Estatutaria de la Administración de Justicia. Marzo 7 de 1996. DO 42.945.
- Ley 315 de 1996. **Por la cual se regula el arbitraje internacional y se dictan otras disposiciones. Septiembre 12 de 1996. DO 42.878.**
- Ley 446 de 1998. Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia. Julio 7 de 1998. DO 43.335.
- Ley 527 de 1999. **Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones. Agosto 18 de 1999. DO 46.673.**
- Ley 1285 de 2009. **Por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia. Enero 22 de 2009. DO 47.240.**

Ley 1563 de 2012. Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. Julio 12 de 2012. DO 48.489.

### **Costa Rica**

Constitución Política de la República de Costa Rica. 1949.

Decreto Ejecutivo n.º 32152 [Presidente de la República y Ministra de Justicia y Gracia]. Reglamento al Capítulo IV de la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social. Octubre 27 de 2004.

Ley 7727 de 1997. Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social. Diciembre 27 de 1997. La Gaceta n.º 9.

Ley 8937 de 2011. Sobre Arbitraje Comercial Internacional basada en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Abril 27 de 2011. La Gaceta n.º 100.

### **Chile**

Constitución Política de la República de Chile. 1980.

Código Orgánico de Tribunales. Ley 1421 de 1943.

Código de Procedimiento Civil. Ley 1552 de 1902.

Ley 19.971 de 2004. Sobre arbitraje comercial internacional.

### **Ecuador**

Código de Procedimiento Civil. RO Sup 687 de 18 de mayo de 1987.

Constitución Política de la República de Ecuador. 1998.

Ley de Arbitraje y Mediación. RO 417, 14 de diciembre de 2006.

### **El Salvador**

Código de Comercio.

Código de Procedimientos Civiles. Decreto Ejecutivo. 31 de diciembre de 1981.  
Diario Oficial 01/01/1882.

Constitución Política de la República de El Salvador. 1983.

Decreto n.º 914. Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje de 2002. Diario Oficial n.º 153, agosto 21 de 2002.

Decreto Legislativo n.º 141. Reformas a la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje. Diario Oficial n.º 203, octubre 1 de 2009.

Ley de Procedimientos Mercantiles.

## **España**

Ley 60 de 2003. **De arbitraje. Con las modificaciones operadas por la ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la ley 60/2003, de 23 de diciembre. Diciembre 23 de 2003. BOE n.º 309.**

## **Estados Unidos**

Children Online Privacy Protection Act. October 21, 1998. 15 U.S.C. §§ 6501-6506 (Pub.L. 105-277, 112 Stat. 2681-728).

## **Francia**

Code de Procédure Civile. Loi n° 1-74-447 du 11 ramadan 1394 (28 septembre 1974)  
Ley de Enjuiciamiento Civil.

## **Guatemala**

Constitución Política de la República de Guatemala. 1985.

## **Honduras**

Constitución Política de la República de Honduras. 1982.

Decreto 161 de 2000. Ley de Conciliación y Arbitraje. Diciembre 29 de 2000.  
Diario Oficial La Gaceta.

Decreto 244 de 2003. Ley sobre justicia constitucional.

Ley sobre justicia constitucional. Agosto 30 de 2004. Diario Oficial La Gaceta.

## **México**

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 1917.

## **Nicaragua**

Constitución de Nicaragua. 1987.

Ley 540 de 2005. Ley de Mediación y Arbitraje. Mayo 25 de 2005. La Gaceta n.º 122.

### **Panamá**

Constitución Política de Panamá. 1972.

Decreto Ley No. 5 de 1999. Por el cual se establece el Régimen General de Arbitraje de la Conciliación y de la Mediación. Julio 8 de 1999. Gaceta Oficial 23837.

### **Paraguay**

Constitución de la República de Paraguay. 1992.

### **Perú**

Constitución Política del Perú. 1993.

Ley No. 26572. Ley General de Arbitraje. Enero 3 de 1996. Diario Oficial El Peruano.

Ley de Arbitraje. Decreto Legislativo 1071. Junio 27 de 2008. Diario Oficial El Peruano.

### **Reino Unido**

Arbitration Act. June 17, 1996. The Stationery Office Limited.

### **República Dominicana**

Constitución Política de la República Dominicana. 2002.

### **Uruguay**

Constitución de la República Oriental del Uruguay. 1967.

Código General del Proceso de Uruguay. Ley N° 15.982 de 18 de octubre de 1988.

Ley 14.476 de 1975. Se derogan todas las disposiciones legales que imponen el arbitraje forzoso en materia civil y comercial. Diciembre 9 de 1975. Gaceta Oficial.

Ley 18.786. Ley de Participación Público-Privada. Septiembre 19 de 2011. Gaceta Oficial.



## **Venezuela**

Asamblea Nacional Constituyente. Exposición de motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial n.º 5.453. Extraordinario de fecha 24 de marzo del año 2000.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. 1999.

Ley de Arbitraje Comercial. Abril 7 de 1998. Gaceta Oficial n.º 36.430