

La autonomía de las partes en el arbitraje *ad hoc* frente al orden público procesal

Álvaro Salcedo Flórez



UNIVERSIDAD DE BOGOTÁ
JORGE TADEO LOZANO
FACULTAD DE RELACIONES INTERNACIONALES
Y CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS

La autonomía de las partes en el arbitraje *ad hoc* frente al orden público procesal



UNIVERSIDAD DE BOGOTÁ
JORGE TADEO LOZANO
FACULTAD DE RELACIONES INTERNACIONALES
Y CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS

Salcedo Flórez, Álvaro

La autonomía de las partes en el arbitraje *ad hoc* frente al orden público procesal / Álvaro Salcedo Flórez-- Bogotá: Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano. Facultad de Relaciones Internacionales y Ciencias Jurídicas y Políticas, 2012.
286 p.; 24 cm.

ISBN: 978-958-725-100-5

1. ARBITRAMIENTO COMERCIAL. 2. ARBITRAMIENTO COMERCIAL INTERNACIONAL. I. Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano. Facultad de Relaciones Internacionales y Ciencias Jurídicas y Políticas. III. tit.

CDD347.09"s161"

Fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano
Carrera 4 N° 22-61 - pbx: 242 7030 - www.utadeo.edu.co

La autonomía de las partes en el arbitraje ad hoc frente al orden público procesal

ISBN: 978-958-725-100-5

Primera edición: 2012

Rectora: Cecilia María Vélez White

Vicerrector académico: Diógenes Campos Romero

Decano de la Facultad de Relaciones Internacionales y Ciencias Jurídicas y Políticas: Carlos Andrés Gómez González

Director editorial (E): Jaime Melo Castiblanco

Coordinación editorial: Henry Colmenares Melgarejo

Revisión de textos: Camilo Gamboa Castro

Diseño de portada: Jairo Andrés García Gutiérrez

Diseño y diagramación: Mary Lidia Molina Bernal

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio sin
autorización escrita de la Universidad.

La autonomía de las partes en el arbitraje *ad hoc* frente al orden público procesal

ÁLVARO SALCEDO FLÓREZ



UNIVERSIDAD DE BOGOTÁ
JORGE TADEO LOZANO
FACULTAD DE RELACIONES INTERNACIONALES
Y CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS

Para Adriana, Juan Carlos,
Myriam, Álvaro y Juanita
a quienes de una manera u otra
resté mi atención, durante los
meses que dediqué casi en forma
exclusiva al presente trabajo.

Mis agradecimientos a la Facultad de Relaciones Internacionales y Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, y en especial al cuerpo directivo y docentes del Programa de Derecho, por la confianza depositada y el apoyo dado a quienes como el suscrito solamente nos desempeñamos como docentes de hora cátedra, para poder cumplir con nuestro sueño de investigar.

De la misma manera, mis agradecimientos al grupo de estudiantes que colaboraron en esta investigación:

Daniel Eduardo Acosta Peña
Julieth Ávila Vanegas
Wilson Julián Chicunque Dejoy
Gladys Aydee Maceira Quispe

CONTENIDO

1.	INTRODUCCIÓN	13
2.	CONCEPTO Y FUENTES	17
2.1.	El concepto de arbitraje comercial en el derecho colombiano.....	17
2.2.	Clasificación del arbitraje.....	21
2.3.	Las fuentes del arbitraje comercial en el derecho colombiano.....	25
2.4.	El concepto de arbitraje comercial en el Derecho Internacional.....	35
3.	LA AUTONOMÍA EN EL ARBITRAJE COMERCIAL	41
3.1.	La autonomía en el arbitraje comercial internacional.....	41
3.2.	La autonomía en el arbitraje interno colombiano	50
4.	CONVENCIÓNES INTERNACIONALES QUE NUTREN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL	55
4.1.	Las convenciones internacionales.....	56
5.	LA NUEVA <i>LEX MERCATORIA</i> EN EL CONTEXTO DEL ARBITRAJE	85
5.1.	Concepto de la nueva <i>lex mercatoria</i>	85
5.2.	Fuentes de la <i>lex mercatoria</i>	91

6.	NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE	101
6.1.	Teoría Jurisdiccional.....	101
6.2.	Teoría Contractualista.....	102
6.3.	Teoría Mixta.....	103
6.4.	Teoría Autónoma o Supranacional.....	103
6.5.	Naturaleza jurídica del arbitraje comercial en el derecho colombiano.....	104
6.6.	Nuestra posición con respecto a la naturaleza jurídica del arbitraje.....	107
7.	EL PACTO ARBITRAL	115
7.1.	El concepto de Pacto Arbitral.....	115
7.2.	Línea Jurisprudencial sobre el Pacto Arbitral.....	121
7.3.	Autonomía del Pacto Arbitral.....	142
8.	ARBITRAJE Y ARBITRABILIDAD	147
8.1.	Arbitrabilidad objetiva o <i>ratione materiae</i>	154
8.2.	Arbitrabilidad subjetiva o <i>ratione personae</i>	183
9.	EL ARBITRAJE <i>AD HOC</i>	193
9.1.	Concepto.....	193
9.2.	Fundamentos constitucionales y legales del ar- bitraje <i>ad hoc</i> en el caso colombiano.....	197
9.3.	Arbitraje <i>ad hoc</i> internacional. Ley aplicable.....	204
9.4.	Autonomía de la cláusula compromisoria en el arbitraje <i>ad hoc</i>	209
9.5.	El arbitraje <i>ad hoc</i> en los tratados de inversión..	215
10.	EL ORDEN PÚBLICO	223
10.1.	El concepto de orden público.....	223
10.2.	El orden público procesal.....	228

10.3.	el orden público procesal y sus relaciones con el arbitraje <i>ad hoc</i>	231
11.	ASPECTOS PRIMORDIALES DE LA SENTENCIA MEDIANTE LA CUAL EL CONSEJO DE ESTADO DETERMINÓ LA NULIDAD DEL LAUDO TERMINORÍO	241
11.1.	Antecedentes del caso.....	241
11.2.	Consideraciones del Consejo de Estado para decretar la nulidad del laudo.....	246
11.3.	Nuestra posición frente a la decisión del Consejo de Estado.....	251
12.	CONCLUSIONES	263
13.	BIBLIOGRAFÍA	275

1. INTRODUCCIÓN

Podríamos decir, siguiendo al profesor Phillippe Fouchard, que el arbitraje comercial y el arbitraje comercial internacional se han convertido en la forma normal de solución de diferencias en el marco del comercio interno e internacional.¹

El dinamismo del arbitraje como mecanismo alternativo en la solución de conflictos se debe, entre otras cosas y en gran parte, a la autonomía que tienen las partes que celebran un pacto arbitral *ad hoc*, para determinar el derecho que será aplicable y el procedimiento que será aplicable a sus diferencias, desde el momento mismo en que lo celebran y tendrán por demás la garantía de que ese pacto será tan autónomo como el negocio jurídico que acaban de estipular, en forma tal, que las diferencias que entre ellos se presenten, siempre serán resueltas por árbitros, independientemente de la validez del contrato celebrado.

No obstante lo anterior, en Colombia coexisten claras disposiciones constitucionales y legales, con posiciones doctrinales y jurisprudenciales erráticas y contradictorias con referencia a la libertad y autonomía de las partes para determinar el procedimiento o el derecho en el pacto arbitral.

1 FOUCHARD, Phillippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *Traité de l'arbitrage commercial international*. Paris: Librairie de la Cour de cassation, 1996.

Así por ejemplo, a pesar de que la Corte Constitucional declaró exequibles las normas concernientes a esta libertad, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, con ponencia del H. Magistrado Germán Rodríguez Villamizar, con fecha primero (1°) de agosto de dos mil dos (2002), radicación número 11001-03-25-000-2001-0046-01, profirió la sentencia # 21041, que anuló el laudo arbitral que había sido dictado para solucionar las diferencias que se presentaron entre la sociedad Electrificadora del Atlántico S.A. E.S.P., y la sociedad Termorío S.A. E.S.P., desconociendo la autonomía de las partes para determinar en el pacto arbitral, entre otros argumentos el procedimiento aplicable, por cuanto en su opinión, las partes no podían derogar las normas del Decreto 2279 de 1989, las cuales consideraron normas de orden público.²

Por este motivo, dado un precedente como el citado que se suma al concepto de algunos doctrinantes, y que desconoce de una forma u otra la autonomía de las partes para determinar en el pacto arbitral el derecho o el procedimiento aplicable, es necesario determinar si hay un precedente en el sentido de reconocer tal autonomía o de negarla, con el fin de establecer si Colombia está de conformidad con los estándares internacionales en la materia, puesto que ante estas posiciones encontradas, resultaría muy riesgoso para las partes que han estipulado un arbitraje *ad hoc*, que posteriormente les sea anulado el laudo con argumentos como los expuestos por el Consejo de Estado en la sentencia antes citada. La pregunta a contestar entonces será:

¿Teniendo en cuenta los precedentes jurisprudenciales y doctrinales existentes en Colombia, podremos afirmar que las

2 MANTILLA-SERRANO, Fernando. "Termorío: un duro golpe al arbitraje". En: *Revista Internacional de Arbitraje*. Junio – Diciembre 2004. Bogotá, D.C. Comité Colombiano de Arbitraje, Legis S.A. y Universidad Sergio Arboleda. Pág. 201.

partes en un conflicto de derecho privado, tienen la autonomía suficiente para decidir el derecho y/o el procedimiento aplicable a la solución de sus diferencias con la certeza de que el pacto arbitral así estipulado será respetado por el Estado colombiano?

2. CONCEPTO Y FUENTES DEL ARBITRAJE

2.1 El concepto de arbitraje comercial en el derecho colombiano

Desde el derecho romano se ha conocido al arbitraje como una convención por medio de la cual dos partes determinaban entregar a un tercero de su absoluta confianza la solución de sus diferencias comunes, acuerdo que consistía en un “*compromissum*”, que en poco difiere de lo que hoy se conoce como “*compromiso*” en el derecho moderno, pues además de reflejar la autonomía de la voluntad de las partes, les permitía designar el árbitro que quedaba obligado mediante su aceptación, a proferir una sentencia, sin que hasta ese momento tampoco se hubiese señalado por el pretor una acción específica.³

En general, el arbitraje ha sido definido como un mecanismo de resolución de conflictos; hace parte de los mecanismos heterocompositivos puesto que las partes han dejado al arbitrio de un tercero, quien está investido de jurisdicción, la solución de sus controversias. En la doctrina distintos autores han hecho sus apreciaciones de manera singular y es así como por ejemplo, para Jorge Hernán Gil Echeverri: “el arbitraje es un procedimiento jurisdiccional *sui generis*, mediante el cual, por expresa

³ GONZÁLEZ DE CANGINO, Emilssen. *Arbitraje Romano. El contrato de arbitraje*. Legis y Universidad del Rosario, Primera reimpresión 2008. Pág. 26.

voluntad de las partes, se defiere la solución de conflictos privados transigibles a un cuerpo igualmente colegiado integrado por árbitros, los que transitoriamente quedan investidos de jurisdicción para proferir un laudo con la misma categoría jurídica y los mismos efectos que una sentencia judicial”.⁴

Algunos autores tienen una percepción distinta pero todos apuntan a lo mismo: se trata de un mecanismo de solución de conflictos por medio del cual un tercero imparcial debe tomar partido definiendo y dando por terminada una contienda legal.

En Colombia, no se hace mención al arbitraje comercial en la constitución de 1886, pero aparece en la legislación colombiana,⁵⁻⁶ sin definirlo, desde la Ley 105 de 1890 y posteriormente es regulado por las leyes 103 de 1923, la Ley 105 de 1931, la Ley 28 de 1931, la Ley 2ª de 1938, los códigos de Procedimiento Civil de 1971 y el Código de Comercio de 1972, cuyas disposiciones uniformes fueron derogadas por el Decreto 2279 de 1989. Sobre la constitucionalidad de la figura hasta ese momento, se había pronunciado la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 26 de mayo de 1969.⁷ Posteriormente se promulga la Constitución Política de 1991 y ya con fundamento en ella se expiden la Ley 23 de 1991, el Decreto 2651 de 1991, la Ley 446 de 1998, el Decreto 1818 de 1998 que constituye un desafortunado intento por compilar las normas anteriores y finalmente la Ley 510 de 1999, que

4 CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ, *Nuevo Régimen de Arbitramento*, julio de 1999. Pág. 3.

5 MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Arbitraje Comercial Nacional e Internacional*. Legis Bogotá, segunda edición. Págs. 57, 70, 77 y 78.

6 BENETTI SALGAR, Julio. *El arbitraje en el Derecho Colombiano*. Editorial Temis, Bogotá 2001. Págs. 43 y 48.

7 Mediante esta sentencia se declaran constitucionales los Artículos 1214 y 1227 del Código Judicial, Ley 105 de 1931 y el Artículo 2º de la Ley 2ª de 1938, que el demandante consideró violatorios del Artículo 58 de la Constitución Política expedida en 1886, que consideraba a la justicia como un servicio público a cargo de la nación.

introduce el arbitraje en materias hipotecarias. El arbitraje en materia de contratación pública se regula por primera vez en el Artículo 13 de la Ley 4ª de 1964 y posteriormente en el Decreto 150 de 1976, el Decreto 222 de 1983 y en la Ley 80 de 1993.

Hacemos la anterior mención normativa solamente para resaltar cómo la institución no es una novedad en el país y ha sido legislada, apuntamos, tal vez en exceso y con más buenas intenciones que técnicamente o siguiendo necesarios estándares internacionales.

Sin embargo, en donde primero se refleja la necesaria dicotomía que hay que hacer entre el pacto arbitral como contrato y el arbitraje como proceso, de lo cual nos ocuparemos más adelante, es en el propio concepto de arbitraje comercial.

El Decreto 2279 de 1989, en su Artículo 1º, en lo interno no se ocupa de definir el arbitraje comercial, pero sí nos indica en el Artículo 2º que mediante el pacto arbitral (contrato)⁸ se puede dar lugar a un proceso arbitral, explicando que por él, primero las partes se obligan a someter sus diferencias, originadas en un contrato específico, utilizando

8 Decreto 2279 de 1989:

ARTÍCULO 2º Por medio del pacto arbitral, que comprende la cláusula compromisoria y el compromiso, las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión de árbitros, renunciando a hacer valer sus pretensiones ante los jueces.

La cláusula compromisoria puede estipularse para someter a la decisión arbitral, todas o algunas de las diferencias que se susciten en relación con un contrato determinado; si estas no se especificaren, se presumirá que la cláusula compromisoria se extiende a todas las diferencias que puedan surgir de la relación contractual.

El compromiso puede pactarse una vez surgido el conflicto, antes o después de iniciado el proceso judicial; en este último caso mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia.

ARTÍCULO 3º Las partes deberán acordar el pacto arbitral en cualquier documento, con inclusión de telegramas, télex, fax u otro medio semejante en el que manifiesten expresamente su propósito de someterse a decisión arbitral.

El pacto arbitral deberá indicar el lugar exacto en que las partes recibirán notificaciones e impondrá a estas el deber de comunicarse cualquier variación, so pena de que se surtan en el lugar inicialmente señalado.

ARTÍCULO 6º Las partes indicarán si los árbitros deben decidir en derecho, en conciencia o fundados en principios técnicos. Si nada se estipula, el fallo será en derecho.

Cuando el laudo deba proferirse en conciencia, los árbitros podrán conciliar pretensiones opuestas.

el segundo y renunciando de esta manera a hacer valer sus pretensiones ante los jueces.

Tal pacto es además, conforme a la norma, un contrato solemne en la medida en que debe constar en documento, que indique la dirección de las partes y si los árbitros investidos de jurisdicción por las mismas partes y en ejercicio de su competencia, decidirán las diferencias puestas a su conocimiento en derecho o en conciencia.

La Ley 23 de 1991 en su Artículo 96⁹ tampoco define el arbitraje pero reitera el contenido del Artículo 1° del Decreto 2279 de 1989 en cuanto a la posibilidad de acudir al arbitramento para la solución de controversias transigibles entre particulares.

Posteriormente la Ley 446 de 1998¹⁰ al modificar el Artículo 1° del Decreto 2279 de 1989, que como ya se dijo nada definía, reconoce al arbitraje en calidad de Mecanismo Alternativo de Solución de Conflictos y defiere a un Tribunal la solución de un conflicto transigible, invistiendo al mismo tribunal de la facultad temporal de administrar justicia.

Por último, la Honorable Corte Constitucional, en sentencia C - 1038/02,¹¹ se manifestó así sobre el concepto de arbitraje:

“La jurisprudencia ha determinado que, conforme a la Carta, el arbitramento es un mecanismo jurídico en virtud del cual las partes en conflicto deciden someter sus diferencias

9 Ley 23 de 1991.-. ARTÍCULO 96. El artículo 1o. del Decreto 2279 de 1989, quedará así:

Artículo 1o. Podrán someterse a arbitramento las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir. El arbitramento puede ser en derecho, en conciencia o técnico.

10 Ley 446 de 1998.-. Artículo 111. Definición y modalidades. El artículo 1° del Decreto 2279 de 1989, quedará así:

“Artículo 1°. El arbitraje es un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral.-...”

11 Sala Plena de la Honorable Corte Constitucional, sentencia No. 1038 de fecha 28 de noviembre 28 del 2002, proceso N° D-4066. Actor: Andrés Felipe Ospina.

a la decisión de un tercero, aceptando anticipadamente sujetarse a lo que allí se adopte. Mecanismo que tiene ciertas características básicas: i) es uno de los instrumentos autorizados para que los particulares puedan administrar justicia; ii) está regido por el principio de habilitación o voluntariedad, pues el desplazamiento de la justicia estatal por el arbitramento tiene como fundamento “un acuerdo previo de carácter voluntario y libre efectuado por los contratantes”. Además iii) el arbitramento es temporal, pues la competencia de los árbitros está restringida al asunto que las partes le plantean. El arbitramento iv) es también de naturaleza excepcional pues la Constitución impone límites materiales a la figura, de suerte que no todo “problema jurídico puede ser objeto de un laudo”, ya que “es claro que existen bienes jurídicos cuya disposición no puede dejarse al arbitrio de un particular, así haya sido voluntariamente designado por las partes enfrentadas”. Finalmente, v) la Corte ha destacado que la voluntariedad del arbitramento no excluye que la ley regule la materia, pues el arbitramento es un verdadero proceso, a pesar de que sea decidido por particulares, y por ello está sujeto a ciertas regulaciones legales, en especial para asegurar el respeto al debido proceso”.

2.2. Clasificación del arbitraje

El arbitraje en términos generales puede ser clasificado como lo hizo la Cámara de Comercio de Bogotá, en el documento denominado *Alternativas a la Justicia Institucional, Arbitraje – Conciliación*,¹² teniendo en cuenta los siguientes criterios:

12 CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. *Alternativas a la Justicia Institucional, Arbitraje – Conciliación*. Editorial Guadalupe, 1986. Pág. 35.

2.2.1. Según el fundamento del laudo

2.2.1.1. Arbitraje en Derecho

Se trata de un proceso arbitral que debe terminar con un laudo que se profiere ceñido a las normas de determinado estado en lo substancial y en lo procesal. En este tipo de arbitraje el laudo debe ser motivado.

2.2.1.2. Arbitraje en Equidad

Este se resuelve conforme al leal saber y entender del árbitro, procediendo de buena fe, y conforme al cocimiento o experiencia que tiene sobre el tema. La ley le dispensa una mayor discrecionalidad en la solución del conflicto, sin perder de vista que deben seguirse por estas reglas del debido proceso. No obstante, en este tipo de arbitraje, no es necesario que el laudo sea motivado.

2.2.2 Según su origen

2.2.2.1. Arbitraje Forzoso

Se trata de un tipo especial de arbitraje que no nace en su estipulación de un acuerdo de voluntad de las partes, sino que se origina en la Ley que lo impone de manera obligatoria. Recordemos que este tipo de arbitraje no existe en Colombia y que como se explica más adelante en los fundamentos jurisprudenciales del arbitraje, la Corte Constitucional se ha opuesto a él. Roque Calvano¹³ nos proporciona algunas disposiciones legales que imponen el arbitraje forzoso en Argentina y

¹³ CALVANO, Roque. *El arbitraje: Nociones introductorias*. <http://www.derecho-comercial.com/Doctrina/Arb-001.pdf>

sabemos que esta forma de arbitraje existe en varios países y se aplica con éxito, por una parte como mecanismo de descongestión de la justicia, pero también como una forma de evitar el traslado de funciones jurisdiccionales a entidades administrativas, tan en boga en nuestra legislación, solo para citar un ejemplo, en materia de conflictos entre socios¹⁴ o en materia de solución de conflictos de los consumidores.¹⁵

Es nuestra opinión personal que en nada se opone la Constitución colombiana al establecimiento de este tipo de arbitraje, en la medida en que se establezcan también los mecanismos que garanticen el derecho de acceso a la justicia al ciudadano o entidad que no tengan cómo costear un arbitraje.

2.2.2.2. Arbitraje Voluntario

Este tipo de arbitraje es el que nos ocupa y que como se explica ampliamente en este trabajo, es el que tiene origen en la autonomía de las partes, que en forma voluntaria adoptan el arbitraje como el medio para solucionar su controversia.

2.2.3. Según el ámbito territorial

2.2.3.1 Arbitraje Doméstico

Este tipo de arbitraje, *abarca las controversias dentro del marco estatal*, se trata de conflictos entre partes que están sujetas a una ley nacional tanto en lo substancial como en lo procesal.

14 Ley 1258 de 2008, Artículo 24 párrafo 2; Artículo 4 Inciso 2; Artículo 42 Incisos 2 y 3; Artículo 43 Incisos 1 y 2.

15 Decreto 3466 de 1982. Artículo 29.

2.2.3.2. Arbitraje Internacional

Es el mecanismo de solución de conflictos, que comprende partes, o bienes, sujetos a la legislación de diferentes Estados o teniendo en cuenta que el lugar de residencia de las partes se encuentra en Estados diferentes.

2.2.4. Según el procedimiento escogido

2.2.4.1. Arbitraje Legal

Cuando las partes no han hecho en el pacto arbitral una manifestación expresa sobre la Ley substancial aplicable o el procedimiento bajo el cual se tramitará la solución de sus diferencias, uno y otro serán el que señale la ley del país en donde debe constituirse y tramitarse el proceso arbitral.

2.2.4.2. Arbitraje Independiente o *ad hoc*

En este tipo de arbitraje las partes tienen un protagonismo mayor, ya que son quienes acuerdan el procedimiento y el derecho aplicable¹⁶ a la solución de su conflicto. Se habla de un arbitraje *ad hoc, estricto sensu*¹⁷ que es aquel en que son las mismas partes quienes establecen las reglas de procedimiento bajo las cuales funcionará el tribunal y de un arbitraje *ad hoc* de tipo amplio en el que las partes hacen remisión a un reglamento previamente establecido, lo cual no hace que el arbitraje se convierta en institucional sino que continúa teniendo su carácter *ad hoc*.

16 FELDTTEIN DE CÁRDENAS, Sara. *Arbitraje interno e internacional en Argentina*. Abeledo- Perrot S.A. 1998. Pág. 22.

17 DERAIS, Yves, *El contrato de arbitraje. Cláusulas compromisorias patológicas y combinadas*. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario – Legis, 2008. Pág. 193.

2.2.4.3. Arbitraje Institucional o Administrado

En este tipo de arbitraje las partes acuerdan solucionar su conflicto ante instituciones especializadas a cuyo reglamento se someten. Tal modalidad se da tanto en el arbitraje interno como en el internacional, teniendo en cuenta que en ambos casos existen centros de arbitraje especializados que disponen no solo de un reglamento que las partes conocen al momento de hacer la estipulación, sino cuentan además con toda la logística necesaria para el funcionamiento del tribunal.

2.2.5. Clasificación Normativa

Por su parte, el Artículo 116 del Decreto 1818 de 1998, clasifica el arbitraje como independiente, institucional y legal, definiéndolos en cada caso por referencia a las normas que los rigen y a la forma de adopción de ellas por las partes.

2.3. Las fuentes del arbitraje comercial en el derecho colombiano

Las fuentes del arbitraje comercial son de naturaleza constitucional, legal, jurisprudencial y doctrinal, las cuales estudiaremos separadamente:

2.3.1. Fuentes Constitucionales

Tal como fue advertido anteriormente, en la Constitución colombiana de 1886 no se hace mención al arbitraje comercial y sobre la constitucionalidad de la figura hasta ese momento solamente se había pronunciado la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 26 de mayo de 1969.¹⁸

¹⁸ Mediante esta sentencia se declaran constitucionales los artículos 1214 y 1227 del Código Judicial,

Pero indudablemente la posibilidad de someter diferencias entre particulares a un proceso arbitral, surge hoy en Colombia principalmente del contenido del Artículo 116¹⁹ de la Constitución Política de 1991, que autoriza a los particulares para fungir temporalmente como árbitros, en los términos que determine la ley, pudiendo proferir fallos en derecho o en equidad.

2.3.2. Fuentes Legales

El propósito constitucional antes enunciado se ve reforzado inicialmente en el Artículo 8° de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Justicia²⁰ y posteriormente, en un esfuerzo muy saludable para el presente trabajo, en el Artículo 13 de la Ley 1285 de 2009,²¹ que avoca no solo el arbitraje en toda su extensión, como mecanismo alternativo de solución de conflictos, sino que además instituye en forma franca y directa

Ley 105 de 1931 y el Artículo 2° de la Ley 2ª de 1938, que el demandante consideró violatorios del Artículo 58 de la Constitución Política expedida en 1886, que consideraba a la justicia como un servicio público a cargo de la nación.

19 Constitución Política de Colombia. Artículo 116. La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los tribunales y los jueces, administran justicia. También lo hace la justicia penal militar.

El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales.

Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no le será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.

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.

20 Ley 270 de 1996.-... Artículo 8°. Alternatividad. La ley podrá establecer mecanismos diferentes al proceso judicial para solucionar los conflictos que se presenten entre los asociados y señalará los casos en los cuales habrá lugar al cobro de honorarios por estos servicios.

21 Ley 1285 de 2009.-... Artículo 6°. Modifíquese el artículo 13 de la Ley 270 de 1996: Artículo 13. *Del ejercicio de la función jurisdiccional por otras autoridades y por particulares.* 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.*

la figura del arbitraje *ad hoc*, aplicable en todos aquellos casos en que no sea parte el Estado y así lo deseen las partes, sujetándose desde luego a los principios constitucionales que integran el debido proceso.

No estamos diciendo con lo anterior que en Colombia, en épocas pasadas no se hubiese definido legislativamente el arbitraje *ad hoc*, llamado también independiente, toda vez que el Artículo 112 de la Ley 446 de 1998²² al modificar el Artículo 90 de la Ley 23 de 1991, lo definió como aquel en que las partes acuerdan autónomamente las reglas de procedimiento aplicables a la solución de su conflicto. Lo que estamos destacando es que el Artículo 6° de la Ley 1285 de 2009, en su condición de Ley Estatutaria, que desarrolla el Artículo 116 de la Constitución Política, al definir no solo el arbitraje, sino también el arbitraje independiente o *ad hoc*, hace desde ese momento innegable su posibilidad en Colombia.

2.3.3. Fuentes Jurisprudenciales

Es profusa la jurisprudencia constitucional en relación con el arbitraje y por ello nos limitaremos a citar en este acápite las sentencias más relevantes sobre la materia, advirtiendo desde ya, que con referencia al pacto arbitral, más adelante presentaremos a su consideración una línea jurisprudencial sobre el tema, que fue elaborada por el asistente de investigación Daniel Eduardo Acosta Peña:

22 Artículo 112. Clases. El artículo 90 de la Ley 23 de 1991, quedará así: “**Artículo 90.** El arbitraje podrá ser independiente, institucional o legal. *El arbitraje independiente es aquel en que las partes acuerdan autónomamente las reglas de procedimiento aplicables en la solución de su conflicto*, institucional, aquel en el que las partes se someten a un procedimiento establecido por el centro de arbitraje; y, legal, cuando a falta de dicho acuerdo, el arbitraje se realice conforme a las disposiciones legales vigentes”. (Resaltado del autor).

- Sentencia de mayo 26 de 1969. Corte Suprema de Justicia. La Constitución de 1886 no consideró la existencia de Tribunales de arbitramento. Sin embargo, la misma Corte en sentencia de mayo 26 de 1969 declaró constitucionales los artículos 1214 a 1227 del Código Judicial de 1931 y la ley 2ª de 1938. El demandante consideraba que las normas impugnadas violaban el Artículo 58 de la Constitución de 1886, que decía que la justicia es un servicio público a cargo de la nación.
- Sentencia de agosto 26 de 1976. La Corte Suprema de Justicia analizó la constitucionalidad del Artículo 115 del Decreto 150 de 1976, mediante el cual se permitió convenir en los contratos de empréstito celebrados por la nación la cláusula compromisoria que permite que haga las veces de árbitro la corporación nacional o internacional que acuerden las partes. La sentencia declaró inconstitucional la expresión “*o internacional*” del artículo citado y constitucional el resto del inciso 2º, el inciso 3º y el párrafo del citado Artículo 115 del Decreto 150, en los que se aceptó la cláusula compromisoria, se dispuso que la homologación del laudo arbitral corresponde al tribunal o entidad prevista en el contrato; y que los convenios que se celebren con entidades gubernamentales se sujetarían en esta materia a lo que en tales convenios se pactare.
- Sentencia de julio 28 de 1977. Ante la Corte Suprema de Justicia se demandó como inconstitucional el Artículo 2012 del Código de Comercio en la parte que dice que la sentencia ha de dictarse en derecho y su numeral 5º, así como el inciso 1º del Artículo 2013 y el numeral 6º del artículo 2020 del Código de Comercio. La Corte declaró constitucionales las normas legales anteriores,

argumentando que la motivación no solo puede ser jurídica sino que puede contener razones de equidad o de orden social.

- Sentencia de enero 31 de 1985. Se demandó ante la Corte Suprema de Justicia la inexecutableidad del inciso 2° del párrafo del Artículo 24 del Decreto 222 de 1983 que dice: si se hubiere pactado arbitramento, no podrá acudirse a él sin que previamente se haya cumplido lo relativo a la interpretación unilateral y lo resuelto en esta etapa no podrá ser objeto de arbitramento. La Corte declaró constitucional la norma impugnada por cuanto lo único que hace es determinar una condición previa al ejercicio del arbitramento basada en consideraciones de interés público.
- Sentencia de octubre 30 de 1986. La Corte Suprema de Justicia reitera la tesis sostenida al declarar la inexecutableidad del Artículo 3° del Decreto 3614 de 1985 en sentencia de marzo 20 de 1986. Sin embargo, expresa que las normas no son iguales. La Corte manifiesta al respecto: en el caso que ahora se examina, lo único que ha hecho el legislador ha sido reconocer principios del derecho internacional privado, fundados en tesis de Savigny y hoy aceptados universalmente, a cuyo tenor los contratos celebrados entre personas de distintos Estados deben regirse por la ley imperante en el lugar de su cumplimiento (*Iex loci executionis*) y los conflictos jurídicos que surjan habrán de resolverse por los jueces del lugar (*Iex fori*).
- Sentencia de marzo 21 de 1991. Esta sentencia de la Corte Suprema de Justicia declaró inconstitucional el Artículo 8° del Decreto 2279 de 1989, la Corte afirmó que el arbitraje tiene función jurisdiccional por cuanto sustrae o excluye el negocio

sub lite de la competencia de la jurisdicción ordinaria, sustituyéndola. Agrega que el otorgamiento de poderes jurisdiccionales a los terceros designados como árbitros, si bien se origina en un negocio jurídico privado (el compromiso o la cláusula compromisoria), emana de la ley. Expuso la Corte que el ejercicio de la función jurisdiccional entra en los derechos políticos que la Constitución reserva a los nacionales y que como los árbitros ejercen función jurisdiccional deben ser ciudadanos colombianos y por esta razón el citado Artículo 8° del Decreto 2279 resulta inconstitucional. Sin embargo, la Corte dejó a salvo el arbitraje regulado en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

- Sentencia de diciembre 12 de 1991. La Corte expresa: que en los casos analizados de ocurrencia de causales de revocatoria directa, la conciliación normada en la ley 23 de 1991, en cuanto no compromete la legalidad de los actos administrativos, bien en controversias posibles de acción de nulidad y restablecimiento del derecho o en controversias contractuales, ora en la etapa judicial o todavía en la prejudicial, no contraría la Constitución de la República, pues en esos eventos no se entrega a la voluntad de las partes la potestad administrativa o jurisdiccional de anular la presunción de legalidad del acto administrativo y su firmeza.
- Sentencia C - 592 de 1992²³ de la Corte Constitucional, que

²³ Corte Constitucional, sentencia C - 592 de 1992. Acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 9° al 22; 32 y 41 del Decreto 2651 de 1991: "... El artículo 116 de la Constitución Política, señala que la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales, los jueces y la justicia penal militar, administran justicia; que el Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales; que la ley podrá atribuir funciones judiciales a determinadas autoridades administrativas, salvo para adelantar la instrucción de sumarios o para juzgar delitos; que los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la función de conciliadores o de árbitros, luego no desvirtúa el principio de la separación de poderes (art. 113 de la C. N.), ni la autonomía de la Rama Judicial del poder público (art. 228 de la C. N.), ni el debido proceso por falta de juez competente, el

al resolver una demanda presentada entre otros por los doctores Claudia Bibiana Rodríguez Ramírez y William Castellanos contra los artículos 9° al 22; 32 y 41 del Decreto 2651 de 1991, se refiere ya a la luz de la Constitución de 1991, a la constitucionalidad del arbitraje, no obstante lo cual, con posterioridad, en la sentencia C - 1038 de 2002, revalúa y replantea gran parte la constitucionalidad inicialmente declarada, especialmente en cuanto a la función pre-arbitral de los Centros de Arbitraje y Conciliación.

- Sentencia C - 294 de 1995,²⁴ de la Corte Constitucional que declaró la constitucionalidad del Artículo 2° del Decreto 2651 de 1991, sobre la posibilidad de llevar a arbitramento las excepciones en Proceso Ejecutivo , reiterando de paso la posibilidad que tienen los árbitros de impartir justicia transitoriamente, previa habilitación de las partes y en los términos que determine la ley.
- Sentencia C - 242 de 1997²⁵ de la Corte Constitucional, que

traslado a tribunales de arbitramento en los que los particulares desarrollan la función arbitral de tipo jurisdiccional, ni las funciones que defiere el Decreto 2651 a los Centros de Arbitraje para admitir la solicitud de arbitramento, ni la posibilidad de que estos designen árbitros, por cuanto, se ha visto, la Constitución Política autoriza a la ley para investir transitoriamente de la función de administrar justicia a los particulares. Se mantiene invariable el principio constitucional consagrado en el inciso 4o. del artículo 116, según el cual, hace parte del debido proceso de los procesos de conciliación y arbitramento el principio de la voluntariedad de las partes en su funcionamiento y en la decisión final tratándose del primero de los mismos, en los términos que determine la ley”.

- 24 Corte Constitucional, sentencia C - 294 de 1995. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 2o. (parcial) del Decreto 2651 de 1991. “...Los particulares solamente pueden ser investidos de la función de administrar justicia, en calidad de conciliadores o en la de árbitros, transitoriamente. Esta transitoriedad es evidente no sólo por el texto mismo de la norma, sino porque al ser las partes en conflicto potencial o actual las que habilitan a los árbitros, al resolverse el conflicto desaparece la razón de ser de la función arbitral. La segunda, que son las partes quienes habilitan a los árbitros para fallar, en derecho o en conciencia. Y una última, que los árbitros administran justicia “en los términos que determine la ley”. Esto permite al legislador, por ejemplo, establecer las reglas a las cuales debe someterse el proceso arbitral. No existen otras limitaciones. Por ello, no es admisible sostener que los asuntos que se ventilan, o podrían ventilarse, en el proceso de ejecución, están excluidos del proceso arbitral.-...”.
- 25 Corte Constitucional, sentencia C - 242 de 1997. “...El arbitramento consiste en un mecanismo jurídico en virtud del cual las partes en conflicto deciden someter sus diferencias a la decisión de un tercero, aceptando anticipadamente sujetarse a lo que allí se adopte. Adicionalmente, la doctrina

desata una Acción Pública de inconstitucionalidad contra el numeral 19.14 del Artículo 19 de la Ley 142 de 1994, nos señala los límites respecto del ámbito material y temporal del arbitraje, y explica las razones por las cuales no todos los asuntos pueden ser sometidos genéricamente a su conocimiento.

- Sentencia C - 347 de 1997,²⁶ de la Corte Constitucional, que decide sobre una demanda de inconstitucionalidad en contra de los artículos 1º (parcial) y 4º (parcial) de la ley 315 de 1996, presentada por el doctor Juan Pablo Cárdenas Mejía, y que señala claramente la posibilidad de someter al arbitraje las controversias civiles que, en el ámbito internacional, se presenten entre particulares.
- Sentencia C - 672 de 1999,²⁷ de la Corte Constitucional, que

constitucional lo ha definido. De la regulación constitucional y de su interpretación se infiere, adicionalmente, que dicha figura presenta límites respecto de su ámbito material y temporal, en razón a que no todos los asuntos pueden ser sometidos genéricamente a su conocimiento, como por ejemplo, los relacionados con el estado civil de las personas, ya que detenta un carácter transitorio para su realización.-....”.

26 Corte Constitucional, sentencia C - 347 de 1997. “...Al arbitraje internacional pueden someterse también controversias civiles, siempre y cuando ellas se refieran a derechos sobre los cuales tengan las partes facultad de disponer y que sean susceptibles, por lo mismo, de transacción. El arbitramento, tanto el nacional como el internacional, tiene su fundamento en la autonomía de la voluntad, como lo reconoce expresamente la Constitución. Si los árbitros pueden ser facultados por las partes para fallar en conciencia, o en equidad como dice la Constitución, bien puede la ley prever que esas mismas partes sometan sus diferencias a un tribunal arbitral internacional, en los términos que la misma ley señale.-...”.

27 Corte Constitucional, sentencia C - 672 de 1999: “...Si bien la Corte ha avalado la justicia arbitral como un mecanismo alternativo para la solución de los conflictos, ello no puede interpretarse en el sentido que aquella resulte privilegiada frente a la función permanente de administrar justicia por parte del Estado, ni que esta pueda verse cada vez más sustituida o reducida en su campo de acción. La institución de la justicia arbitral, que es onerosa, no puede expandirse a tal extremo que implique el replazo de la administración de justicia gratuita a cargo del Estado. Debe buscarse, por el contrario, el fortalecimiento de esta para que ella sea la preferida y utilizada por las personas para solucionar sus conflictos, de tal suerte que a la justicia arbitral sólo se acuda excepcionalmente y como una mera opción. Ello es así, porque robustecer en extremo la justicia arbitral en desmedro de la justicia a cargo del Estado, puede significar, en muchos casos, que se imponga a la parte débil en una relación jurídica, por la vía del arbitramento, la solución de un conflicto, que en ciertas ocasiones puede implicar la renuncia a sus derechos e intereses. -...”.

reitera el aval dado al arbitraje por la misma Corporación y lo reconoce como uno de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, pero exhorta a evitar su generalización para no distorsionar la función permanente que tiene el Estado, de administrar justicia.

- Sentencia C - 330 de 2000²⁸ de la Corte Constitucional, mediante la cual la Corte reitera la definición de arbitraje admitida en la doctrina constitucional y ratifica sus características de voluntario, temporal, excepcional, fijando los límites dentro de los cuales puede ser estipulado en materia laboral y declarando por otra parte que su estipulación no tiene por qué limitar el derecho de acceso a la justicia.

28 Corte Constitucional, sentencia C - 330 de 2000. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 130 a 142 del decreto 2158 de 1948 –Código Procesal del Trabajo–. Demandantes: Alirio Uribe Muñoz y Diana Teresa Sierra. Magistrado ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz: “...La aplicación de este artículo (138. Honorarios y gastos), no puede convertirse en una herramienta para entorpecer la defensa de los derechos de los contratantes, o crear cargas tan gravosas que hagan del arbitramento, un mecanismo inocuo para impartir justicia. Y si bien es cierto que un arbitramento, sin importar su naturaleza, siempre produce unos costos, al punto que diferentes regulaciones han adoptado una clasificación de acuerdo con la cuantía de las pretensiones, no puede ignorarse la evidencia que, nuevamente, ofrece la realidad a partir de la práctica rutinaria de las relaciones laborales: las controversias alrededor del cumplimiento del contrato de trabajo enfrentan a trabajadores que pertenecen, generalmente, a estratos económicos y ocupacionales medios y bajos y empleadores con grandes mecanismos y experiencia en los litigios; la asimetría en las relaciones de trabajo –a la que ya se hizo referencia–, incide igualmente en el acceso a la justicia laboral. ...Es razonable que los efectos económicos del arbitramento en materia laboral, sean asumidos de manera consecuente con la capacidad económica de las partes enfrentadas, pues aunque se trata de una figura que tiene origen en el acuerdo de voluntades, su utilización no puede patrocinarse al precio de desconocer la desigualdad material entre trabajador y empleador, creando costos tan agobiantes para una de las partes, que terminan convirtiéndose en un verdadero obstáculo para obtener justicia efectiva. La Corte ha sido clara al señalar que la vigencia del arbitramento como mecanismo de administrar justicia no puede convertirse en una forma de acotar el campo de acción de la justicia ordinaria –por naturaleza gratuita–, ni en un escenario en el que los derechos de alguna de las partes sean desconocidos como resultado del poder económico o jurídico que ejerce la otra.-...-. Con el propósito de proteger los derechos fundamentales que están en juego, la eficacia de las normas vigentes en materia de arbitramento laboral voluntario, depende de su adecuada integración con las demás disposiciones procesales, y así, en los casos en los que se pruebe que una de las partes no cuenta con los recursos suficientes para enfrentar un proceso judicial, es imperioso aplicar la herramienta que el ordenamiento jurídico ha establecido con el propósito de salvaguardar los derechos de quienes no pueden enfrentar los costos de un litigio y paliar, de esta forma, las cargas económicas que se desprenden del debate ante los tribunales; se trata del amparo de pobreza.-...-”.

- Sentencia C - 098 de 2001²⁹ mediante la cual se resuelve una demanda de inconstitucionalidad 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 Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia. Es en esta sentencia en donde por primera vez se trata al arbitraje como un mecanismo alternativo de solución de conflictos, mediante el cual los particulares involucrados en un conflicto, están en la posibilidad de *derogar la jurisdicción* en cabeza del Estado. Ratifica la voluntariedad del arbitraje y resume nuevamente sus características en forma similar a como lo había hecho la sentencia C - 330, pero precisa mejor los límites materiales de la institución al señalar que la justicia arbitral solo puede operar cuando los derechos en conflicto son de libre disposición por su titular, es decir, que es imperativo que frente a ellos exista la libertad de renuncia en un todo o en parte. Esta capacidad de renuncia o de disposición, es lo que determina el carácter de transigible de un derecho o de un litigio.

29 Corte Constitucional, sentencia C - 098 de 2001: el arbitramento como mecanismo alternativo de resolución de conflictos, ha de entenderse como la derogación que hacen las partes involucradas en un conflicto o precavido su existencia, de la jurisdicción en cabeza del Estado y en favor de un particular (árbitro), quien queda investido de la facultad temporal de resolver con carácter definitivo y obligatorio, a través de una decisión denominada laudo arbitral, las diferencias que se susciten entre ellos.-...Se ha entendido que la justicia arbitral sólo puede operar cuando los derechos en conflicto son de libre disposición por su titular, es decir, que frente a ellos exista la libertad de renuncia en un todo o en parte. Esta capacidad de renuncia o de disposición, es lo que determina el carácter de transigible de un derecho o de un litigio. Esta libertad de renuncia está determinada por la naturaleza misma del derecho y corresponde al legislador establecer en qué casos esta es posible, capacidad legal de disposición.-...”.

- Sentencia C - 1038 de 2002,³⁰ que declara cómo la fase prearbitral es de naturaleza jurisdiccional, explica las razones para ello, y declara constitucionales el Artículo 13 y los ordinales 1°, 2°, 5° y 6° del Artículo 15 del Decreto No. 2651 de 1991, adoptados como legislación permanente por el Artículo 162 de la Ley 446 de 1998; el numeral 3° del Artículo 15 del Decreto No. 2651 de 1991, adoptado como legislación permanente por el Artículo 162 de la Ley 446 de 1998, y cuyo contenido fue modificado por la Ley 446 de 1998, en el entendido que, en desarrollo del principio de habilitación (CP art. 116), la expresión “*en caso contrario el Centro designará a los árbitros*” es aplicable si las partes lo han autorizado previa y expresamente. Declara exequible el Artículo 122 de la Ley 446 de 1998, excepto la expresión “*y fracasada la conciliación a que se refiere el artículo anterior de la presente ley, o si esta fuere parcial*” que se declara inexecutable. Declara inexecutable la expresión “*Previo a la instalación del tribunal de arbitramento*” y el párrafo del Artículo 121 de la Ley 446 de 1998 y declara exequible el resto del Artículo, en el entendido que corresponde realizar el trámite inicial al tribunal arbitral, después de su instalación.

2.4. El concepto de arbitraje comercial en el Derecho Internacional

Frente a la posibilidad de que en una relación contractual internacional, se presenten diferencias que podrían obligar a las

³⁰ Corte Constitucional, sentencia 1038 de 2002, mediante la cual se resuelve una demanda de inconstitucionalidad y con respecto a la naturaleza de la fase prearbitral decide: “...La Corte concluye que la fase prearbitral tiene una naturaleza jurisdiccional, por las siguientes razones: i) puede implicar limitaciones al acceso a la administración de justicia; ii) está destinada a impulsar el proceso arbitral, que es de naturaleza jurisdiccional, y iii) en su fondo y forma está sometida a lo previsto en el estatuto procesal civil para los procesos judiciales.-...”.

partes a litigar ante una jurisdicción o bajo una ley que no conocen, en idioma extranjero, bajo procedimientos que cumplen su trámite a distancias considerables de sus lugares de origen, pueden las mismas partes estipular delantadamente, en el propio contrato, la forma en que resolverán tales diferencias, tratando de minimizar los efectos de todas las circunstancias antes anotadas. Este momento es el más propicio para hacerlo puesto que las partes, interesadas en el negocio, están en una mejor disposición para negociar. Lo mismo puede hacerse con posterioridad a la celebración del contrato, pero al presentarse ello en medio de conflictos contractuales latentes, emergentes o manifiestos, la disposición a negociar ya no será la misma.

Históricamente la figura del arbitraje precedió a la justicia ordinaria como una regla general. Pero a la aparición de esta el procedimiento arbitral se opacó, puesto que la justicia estatal aparecía como la forma normal de solución de los conflictos. Pasa entonces la justicia ordinaria a ser la regla general y el arbitraje la excepción a ella. Pese a lo anterior, es incuestionable que el arbitraje comercial internacional es en la actualidad un método dominante para la solución de conflictos en el comercio internacional, ganando terreno y fuerza como institución autosuficiente y confiable,³¹ con mayor razón si se tiene en cuenta que la propia Carta de las Naciones Unidas compromete a las partes en una controversia, a buscarle solución mediante el arbitraje, entre otros mecanismos alternativos de solución de conflictos.³²

Es difícil construir un concepto en relación con el arbitraje comercial internacional, salvo que acudamos de alguna manera a los elementos

31 VÁRADY, Tibor. *International Commercial Arbitration, a transnational perspective*. Editorial Thomson West, 2006. Pág. 38.

32 Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas.

que lo integran, tales como un contrato de stirpe internacional, unas partes situadas en diferentes países, unas diferencias entre esas mismas partes en relación con el contrato y una cláusula compromisoria estipulada en el mismo o un compromiso anexo a este.

El profesor chileno Rafael Eyzaguirre Echeverría,³³ cita en esta materia a su colega Juan Andrés Llitteras,³⁴ quien sobre este concepto nos dice:

“El profesor Llitteras, abogado asesor de la Comisión Interamericana de Arbitraje (Ciac) llega al concepto de Arbitraje Comercial Internacional, mediante la conjunción de una serie de elementos copulativos jurídicamente ensamblados, a saber: 1) un contrato transnacional, entre partes residentes o dedicadas a negocios en varios países. 2) Un convenio arbitral (pacto compromisorio) reconocido como válido y ejecutable conforme a las leyes de dos o más países. 3) Un compromiso (submisión) adecuado para la organización del arbitral. 4) El juicio o procedimiento contradictorio bajo la jurisdicción de un tribunal arbitral, y 5) los tratados que comprometan a las partes interesadas en diversas naciones al reconocimiento y ejecución de la sentencia arbitral dictada en el extranjero.-...”.

La expresión “arbitraje comercial internacional”, consagrada por la Convención Europea³⁵ suscrita en Ginebra el 21 de abril de 1961, al describir el objeto de la convención lo define,³⁶ indicando que ella se

33 EYZAGUIRRE ECHEVERRÍA, Rafael. *El arbitraje comercial en la legislación chilena y su regulación internacional*. Editorial Jurídica de Chile. Pág. 100.

34 LLITTERAS, Juan Andrés. “El Abril internacional”. Trabajo presentado ante el VI Congreso Internacional de Arbitraje, México 1978. Pág. 1.

35 Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional, Artículo 1°.

36 Cf., FOUCHARD, Phillippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *Traité de l'arbitrage commercial international*. Paris: Librairie de la Cour de cassation, 1996. Pág. 12.

aplicará a los acuerdos de arbitraje celebrados para resolver las disputas que surjan en el comercio internacional, entre personas físicas o jurídicas y que tengan su domicilio y residencia habituales o su asiento en diferentes países contratantes.

El arbitraje entonces se distingue de otros métodos de solución de conflictos, específicamente de la conciliación y la mediación, en la medida en que, con ocasión de los dos últimos mecanismos no existe un sometimiento del conflicto a un tercero, sino que son las mismas partes quienes resuelven dicho conflicto, ya sea directamente o con la asistencia de un tercero. Esta distinción se ha mantenido a nivel internacional,³⁷ en la medida en que se ha aceptado que lo esencial radica en la aceptación de la naturaleza jurisdiccional de la función del árbitro.³⁸

El profesor José María Roca Martínez³⁹ cita a Fenech Navarro, quien de manera acertada indica que el arbitraje se puede contemplar desde el punto de vista del arbitraje interno que se rige por las normas jurídicas particulares de cada país o desde el punto de vista del arbitraje internacional, “...cuyas coordenadas de lugar y tiempo lo sitúan en otro vector, absolutamente distinto del arbitraje interno o nacional”, pero agregando que las dos figuras no se enfrentan, ni difieren en su fondo, sino que son complementarias, en presencia de operadores económicos de diferente nacionalidad y de algunas características del contrato en contención, como la simple voluntad de las partes, lugar de celebración, lugar de ejecución, financiación, etc., que involucran al derecho interno de varios países.

Ahora bien: tengamos en cuenta que en Colombia, a nivel nacional y como lo veremos más adelante, el arbitraje es plenamente

37 Cf., FOUCHARD, Phillippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *Op. cit.* Pág. 18.

38 Cf., FOUCHARD, Phillippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *Op. cit.* Pág. 25.

39 ROCA MARTÍNEZ, José María. *Arbitraje e Instituciones Arbitrales*. J. M. Bosch Editores S.A. Págs. 85-90.

jurisdiccional,⁴⁰ puesto que los árbitros son jueces y sus laudos son sentencias en toda la extensión de la palabra, pero no podemos predicar lo mismo del arbitraje internacional, puesto que los elementos que definen el arbitraje en este nivel pueden estipularse libremente por las partes, pero el laudo estará sujeto en su validación al *exequatur*.

Conforme a la legislación colombiana, el arbitraje internacional será aquel que se rige conforme a los presupuestos indicados por la Ley 315 de 1996 y en particular por las disposiciones de los tratados, convenciones, protocolos y demás acuerdos de derecho internacional, suscritos y ratificados por Colombia. Lo anterior implica que para que exista arbitraje internacional, debe concurrir, al menos, alguno de los componentes extranjeros que trata el Artículo 1° de la Ley 315 de 1996, los cuales deben aparecer de manera objetiva.⁴¹ Tales criterios son: el pacto de las partes y la situación internacional por los hechos. Respecto el pacto de las partes, la ley contempla que “será internacional el arbitraje cuando las partes así lo hubieren pactado”. Así las cosas, podemos apreciar un primer componente que es de carácter convencional y puede entenderse que si no se pacta expresamente que el arbitraje será internacional, se entenderá que el arbitraje es doméstico, pese a que concurren varios elementos extranjeros regulados por el mencionado Artículo 1° de la Ley 315 de 1996. Claro está que el Artículo 3° de la misma ley dispone

40 GAMBOA SERRANO, Rafael H. *Arbitramento, ubicación y recursos*. XXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Universidad Externado de Colombia – Instituto de Derecho Procesal: “En Colombia el arbitraje es de linaje jurisdiccional, los árbitros son verdaderos jueces y los laudos arbitrales son verdaderas sentencias que no están sujetas a ninguna validación ni homologación por parte del juez ordinario, por que los árbitros están investidos de jurisdicción, de esa que proviene de la soberanía del Estado, del *ius imperii*, que les da de inmediato poder de ejecución a sus decisiones. En cambio cuando se trata de arbitraje internacional más se parece a una amigable composición que a un proceso propiamente jurisdiccional, en el cual se puede pactar la Ley sustancial con arreglo a la cual se va a decidir la controversia, se puede pactar el procedimiento, el idioma, la designación de árbitros, etc., por que no está sujeto a ninguna Ley de ningún Estado, simplemente por que no puede estarlo.-...”.

41 GIL ECHEVERRY, Jorge Hernán. *Nuevo Régimen de Arbitramento*. Manual Práctico. Publicaciones Cámara de Comercio de Bogotá. Págs. 33 y 74.

que cuando la sede del tribunal se encuentre fuera de Colombia, así el arbitraje tenga carácter nacional, el laudo será extranjero, lo cual tiene importancia para efectos del *exequatur*.

Respecto al segundo criterio determinante de un arbitraje internacional, este hace referencia a los elementos extranjeros tales como: el domicilio, el lugar de cumplimiento, el lugar del arbitraje, la vinculación de intereses, y la afectación del comercio internacional. Estos elementos nos ayudaran a definir en qué momento nos encontramos en el arbitraje internacional.

Podríamos decir, siguiendo al profesor Phillipe Fouchard, que el arbitraje comercial y el arbitraje comercial internacional se han convertido en la forma normal de solución de diferencias en el marco del comercio interno e internacional.

El dinamismo del arbitraje como mecanismo alternativo en la solución de conflictos se debe, entre otras cosas y en gran parte, a la autonomía que tienen las partes que celebran un pacto arbitral *ad hoc*, para determinar el derecho que será aplicable y el procedimiento que será aplicable a sus diferencias, desde el momento mismo en que lo celebran y tendrán por demás la garantía de que ese pacto será tan autónomo como el negocio jurídico que acaban de estipular, en forma tal, que las diferencias que entre ellos se presenten, siempre serán resueltas por árbitros, independientemente de la validez del contrato celebrado.

No obstante lo anterior, en Colombia coexisten claras disposiciones constitucionales y legales, con posiciones doctrinales y jurisprudenciales erráticas y contradictorias con referencia a la libertad y autonomía de las partes para determinar el procedimiento o el derecho en el pacto arbitral.



UNIVERSIDAD DE BOGOTÁ
JORGE TADEO LOZANO
www.utadeo.edu.co