

**DE LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCION DE CONFLICTOS Y  
DEL ARBITRAMENTO EN MATERIA COMERCIAL EN COLOMBIA**

**LUZ MARINA FIELD DE LIZARAZO  
MARGARITA MARIA OTERO VERGARA  
TANIA PATRICIA PEÑARANDA ZULETA**

**CORPORACIÓN UNIVERSITARIA DE LA COSTA  
FACULTAD DE DERECHO  
BARRANQUILLA**

**2003**

**DE LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS Y  
DEL ARBITRAMIENTO EN MATERIA COMERCIAL EN COLOMBIA**

**LUZ MARINA FIELD DE LIZARAZO  
MARGARITA MARIA OTERO VERGARA  
TANIA PATRICIA PEÑARANDA ZULETA**

**Trabajo de Investigación presentado como requisito parcial para optar el  
título de Abogadas**

**Director: Doctor JORGE ARANDA OSORIO**

**Asesor: Doctor ANTONIO MORALES**

**CORPORACIÓN UNIVERSITARIA DE LA COSTA  
FACULTAD DE DERECHO**

**BARRANQUILLA**

**2003**

**NOTA DE ACEPTACION**

---

---

---

---

---

---

**Presidente del Jurado**

---

**Jurado**

---

**Jurado**

Barranquilla, \_\_\_\_\_ 2003

## **AGRADECIMIENTOS**

Es un deber destacar, con líneas subrayadas los nombres de aquellas personas que de alguna u otra forma hicieron posible realizar este trabajo:

A los Doctores Antonio Morales y Jorge Aranda quienes desplegaron una vocación solidaria para la elaboración y feliz culminación de nuestra investigación.

También reconocemos su incondicional y constante colaboración y buena voluntad que a favor de este mismo propósito realizaron el Doctor Raúl Lugo, Cámara de Comercio de Bogotá, Medellín, Cali, Barranquilla, Cartagena y Sincelejo.

A todos ellos les hacemos explícita una sincera palabra de gratitud.

## DEDICATORIAS

A Dios ante todas las cosas.

A mi amado esposo y compañero Alfonso, el mas importante pilar de mi vida.

A mis hijos, entre los que siento de corazón a Tania y Margarita.

A mis padres.

**Luz Marina**

A Dios, mi guía, mi fortaleza y mi roca cuando siento que no puedo continuar mi camino.

A mi angelito M..., compañero y protector.

A mi mamita, por confiar en mi y enseñarme cuán importante es luchar por lo que se anhela. " Mi éxito es tuyo mami..."

A mi papá y mis hermanitos, mis tres tesoros.

A la memoria de mis viejitos consentidos que están en el cielo Sofia y Miguel... Los adoro...!

A mis profesores, que me formaron para lograr llegar hasta aquí.

A mis amigas Tania y Luz Marina con quienes conseguí finalmente llegar a la meta.

**Margarita Maria**

A Dios, por protegerme y mantenerme con suficiente entereza para soportar todas las dificultades que se me han presentado en el camino.

A mi madre, Miriam Zuleta, el ser más especial en mi vida; por su esfuerzo incansable en hacer posible este sueño... Todo es gracias a ti, Te amo mita.

A mi papá, por pregonar siempre lo orgulloso que se siente de mi.

A mi abuelita, Alicia Plata, por tenerme en sus oraciones.

A mi Hermano, Mario, por su comprensión y prudencia.

A mi tío Luis Guillermo, por su preocupación constante en que lograra esta, una de mis metas.

A mi tía Martha, por incentivar me a seguir adelante.

A Isadora, por cómplice.

A mi familia, por que sé que siempre desearon que lograra este objetivo.

A Luz Marina, mi amiga incondicional, por ser guía de mi vida.

A Margui por tolerarme y estar siempre ahí trasmitiéndome la alegría que necesito.

**Tania Patricia**

## RESUMEN

Uno de los elementos en los que reposa la mayor legitimidad de los estados de derecho modernos, es la capacidad estatal de resolver los conflictos surgidos entre los particulares. Paralelamente, la finalidad primordial de cualquier sistema legal y jurídico es el establecimiento de reglas claras para hallar soluciones justas y equitativas a las disputas.

Sin lugar a dudas, la justicia integra y agrupa las principales aristas de legitimidad de la organización política moderna, tales como la convivencia pacífica, la credibilidad institucional y los niveles de confianza y crecimiento económico. Por el contrario, la carencia de una justicia eficaz y cumplida, se refleja o se traduce principalmente en impunidad o delitos no resueltos y congestión o demora en el trámite de los procesos. Esto, en últimas, genera una percepción negativa de la institucionalidad judicial por parte del ciudadano y una falta de acceso al sistema formal de resolución de conflictos.

**Palabras clave:** Derecho comercial, Arbitraje comercial, Solución de conflictos.



## **ABSTRACT**

One of the elements in which there rests the biggest legitimacy of the modern constitutional states, is the state aptitude to solve the conflicts arisen between the individuals. In parallel, the essential purpose of any legal and juridical system is the establishment of clear rules to find just and equitable solutions to the disputes.

Undoubtedly, the justice integrates and groups the main edges of legitimacy of the modern political organization, such as the coexistence appeases, the institutional credibility and the levels of confidence and economic growth. On the contrary, the lack of an effective and complete justice, it is reflected or is translated principally in impunity or not decisive crimes and congestion or delay in the step of the processes. This, in last, generates a negative perception of the judicial institucionalidad on the part of the citizen and an absence of access to the formal system of resolution of conflicts.

**Keywords:** Commercial right, commercial Arbitration, Conflict resolution.

## CONTENIDO

	PAG.
INTRODUCCIÓN.	
1. ANTECEDENTES DE LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCION DE CONFLICTOS.	3
1.1. ORIGEN HISTORICO.	3
1.1.1. En Grecia.	3
1.1.2. En Roma.	4
1.1.3. En la edad media.	5
1.1.4. A partir del siglo XVIII.	6
2. LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCION DE SOLUCION DE CONFLICTOS SEGÚN LA DOCTRINA.	11
3. AMIGABLE COMPOSICIÓN.	19
3.1. DEFINICIÓN.	19
3.2. CONDICIONES FUNCIONALES.	20
3.3. EFECTOS DE LA DECISIÓN.	21
4. CONCILIACIÓN.	22
4.1. LA CONCILIACIÓN EN LAS DISCIPLINAS DEL DERECHO COLOMBIANO.	24
4.1.1. Normas de derecho canónico.	24
4.1.2. En el derecho laboral.	25
4.1.3. En el derecho civil.	27
4.1.4. En derecho de familia.	30
4.1.5. En derecho agrario.	31
4.1.6. En materia contencioso administrativa.	32
5. ARBITRAJE Y PACTO ARBITRAL .	33
5.1. CONCEPTO.	33
5.2. CLASIFICACION.	33
5.2.1. Según los principios.	33
5.2.1.1. En derecho.	34

5.2.1.2. En conciencia o equidad.	34
5.2.1.3. Técnico.	35
5.2.2. En razón de su origen.	35
5.2.2.1. Voluntario.	35
5.2.2.2. Forzoso.	36
5.2.3. De acuerdo con la forma de funcionamiento.	36
5.2.3.1. Independiente (ad hoc).	36
5.2.3.2. Institucional.	37
5.2.3.3. Legal.	38
5.2.4. Según el ámbito territorial.	39
5.2.4.1. Nacional o doméstico.	39
5.2.4.2. Internacional.	39
5.2.5. Desde el punto de vista de las reglas procesales.	39
5.2.5.1. Formal o ritual.	39
5.2.5.2. Informal.	40
5.3. VENTAJAS DEL ARBITRAJE.	40
5.3.1. Celeridad.	40
5.3.2. Economía.	40
5.3.3. Universalidad.	41
5.3.4. Eficacia.	41
5.3.5. Reserva.	41
5.3.6. Idoneidad.	42
5.3.7. Equidad.	42
5.3.8. Inmediación.	42
5.4. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES.	43
5.5. NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE.	43
5.5.1. Planteamiento del Problema.	43
5.5.2. Las posiciones doctrinales.	44
5.5.2.1. Escuela contractualista.	44

<b>5.5.2.2.</b>	Escuela procesalista.	45
<b>5.5.2.3.</b>	Escuela ecléctica.	45
<b>5.6.</b>	<b>EL PACTO ARBITRAL.</b>	47
<b>5.6.1.</b>	Concepto.	47
<b>5.6.2.</b>	Requisitos esenciales del pacto arbitral.	48
<b>5.6.3.</b>	Especies del pacto arbitral.	48
<b>5.6.3.1.</b>	Cláusula compromisoria.	48
<b>5.6.3.1.1.</b>	Requisitos de la cláusula compromisoria.	48
<b>5.6.3.1.2.</b>	Naturaleza jurídica de la cláusula compromisoria.	49
<b>5.6.4.</b>	Características de la cláusula compromisoria.	50
<b>5.6.4.1.</b>	Divisibilidad de la cláusula compromisoria.	51
<b>5.6.4.2.</b>	El principio de la universalidad.	52
<b>5.6.4.3.</b>	La simplicidad.	52
<b>5.6.5.</b>	Cláusula compromisoria y contrato en mérito ejecutivo.	54
<b>5.6.6.</b>	El compromiso.	59
<b>5.6.6.1.</b>	Naturaleza del compromiso.	59
<b>5.6.6.2.</b>	Requisitos del compromiso.	60
<b>5.6.6.3.</b>	Características del compromiso.	60
<b>5.6.6.4.</b>	Formalidades del compromiso.	61
<b>5.6.7.</b>	Diferencias entre la cláusula compromisoria y el compromiso.	62
<b>5.7.</b>	<b>INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL.</b>	63
<b>5.7.1.</b>	Nombramiento de los arbitros.	63
<b>5.7.1.1.</b>	El principio de la libertad de nombramiento.	63
<b>5.7.1.2.</b>	Indebida integración del tribunal.	65
<b>5.7.2.</b>	Formulas de integración.	67
<b>5.7.2.1.</b>	Los arbitros – partes.	68
<b>5.7.2.2.</b>	Delegación subsidiaria.	70
<b>5.7.2.3.</b>	Delegación en funcionario u organismo oficial.	71
<b>5.7.2.4.</b>	Delegación en dos o más terceros.	72

<b>5.7.3.</b>	Saneamiento de la formula prevista.	73
<b>5.7.4.</b>	Nueva formula de integración.	74
<b>5.7.5.</b>	Notificación del nombramiento del arbitro.	75
<b>5.7.6.</b>	Formas de integración en el derecho comparado.	75
<b>5.7.7.</b>	Control, inspección y vigilancia de los centros de arbitraje.	77
<b>5.8.</b>	<b>PROCEDIMIENTO LEGAL.</b>	79
<b>5.8.1.</b>	Tramite pre-arbitral.	80
<b>5.8.1.1.</b>	Solicitud.	80
<b>5.8.1.2.</b>	Verificación de la integración del tribunal.	81
<b>5.8.1.3.</b>	Tramite conciliatorio previo.	83
<b>5.8.2.</b>	Iniciación del tramite arbitral.	87
<b>5.8.2.1.</b>	Instalación.	87
<b>5.8.2.2.</b>	Primera audiencia de tramite.	89
<b>5.8.2.3.</b>	Intervención de terceros.	93
<b>5.8.2.4.</b>	Medidas cautelares.	95
<b>5.8.2.5.</b>	Alegaciones.	97
<b>5.8.2.6.</b>	Audiencia de fallo.	98
<b>5.8.2.7.</b>	Precisiones sobre el laudo arbitral.	99
<b>5.8.2.8.</b>	Impugnación del laudo arbitral.	99
<b>5.8.2.9.</b>	Competencia del Consejo de Estado en única instancia.	99
<b>5.8.2.10.</b>	Causales de anulación del laudo.	100
<b>5.8.2.11.</b>	Rechazo.	101
<b>5.9.</b>	El proceso arbitral y la acción de tutela.	102
<b>5.9.1.</b>	En la etapa pre-arbitral.	102
<b>5.9.2.</b>	La tutela en la etapa arbitral.	105
<b>5.10.</b>	La caducidad.	107
<b>5.10.1.</b>	La caducidad en la acción arbitral.	107
<b>5.10.2.</b>	No aplicación de caducidades ordinarias.	108
<b>5.10.3.</b>	El pacto sobre caducidad y prescripción.	110
<b>6.</b>	<b>ARBITRAJE ENTRE ESTADOS RESPECTO DE CONTROVERSIAS DE NATURALEZA PRIVADA.</b>	111

<b>6.1. CONSIDERACIÓN GENERAL.</b>	111
<b>6.2. TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN.</b>	112
<b>6.3. CONVENCIÓN SOBRE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS ENTRE ESTADOS Y NACIONALES DE OTROS ESTADOS.</b>	113
<b>7. REGULACIÓN COLOMBIANA DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL.</b>	119
<b>7.1. IMPORTANCIA DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL.</b>	119
<b>7.2. EL ARBITRAJE INTERNACIONAL.</b>	119
<b>7.2.1. Arbitraje de derecho internacional público.</b>	119
<b>7.2.2. Clases de arbitraje internacional.</b>	120
<b>7.2.2.1. Arbitraje entre estados respecto de controversias de naturaleza Privada.</b>	121
<b>7.2.2.2. Arbitraje entre un estado y agentes económicos del otro, sobre Negocios internacionales de naturaleza privada.</b>	123
<b>7.2.3. Internacionalidad del arbitraje.</b>	124
<b>7.2.4. Definición de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de la Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional – CNUDMI.</b>	125
<b>7.2.5. Definición de arbitraje internacional en la ley colombiana.</b>	126
<b>7.3. ARBITRAJE EXTRANJERO.</b>	132
<b>7.4. ARBITRAJE DOMESTICO.</b>	133
<b>7.5. NORMATIVIDAD APLICABLE AL ARBITRAJE INTERNACIONAL.</b>	133
<b>7.6. EL ARBITRAJE INTERNACIONAL SE RIGE POR TRTADOS PUBLICOS.</b>	136
<b>7.7. ARBITRAJE INTERNACIONAL EN LOS CONTRATOS ESTATALES.</b>	138
<b>7.8. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDOS ARBITRALES EXTRANJEROS E INTERNACIONALES.</b>	140
<b>7.9. EL EXEQUÁTUR LAUDOS ARBITRALES.</b>	141
<b>7.9.1. Concepto.</b>	141
<b>7.9.2. Requisitos.</b>	141
<b>7.9.3. Tramite.</b>	144

<b>7.9.4.</b> No es posible otorgar el exequátur si el juez extranjero profirió Sentencia a pesar de la existencia del pacto arbitral.	144
<b>8.</b> CASO TERMORÍO.	148
<b>8.1.</b> VALIDEZ DEL PACTO ARBITRAL EN EOL PRESENTE ASUNTO.	151
<b>8.2.</b> LA AUTONOMIA DE LAS PARTES FRENTE AL PROCESO ARBITRAL: EL CENTRO DEL DEBATE.	165
<b>8.2.1.</b> Declaración oficiosa de la nulidad.	165
<b>8.2.1.1.</b> Dice el Consejo de Estado.	165
<b>8.2.1.2.</b> Dice Ramiro Bejarano Guzmán.	166
<b>8.2.1.3.</b> Dice Fernando Mantilla Serrano.	168
<b>8.2.2.</b> Normativa aplicable.	170
<b>8.2.2.1.</b> Dice el Consejo de Estado.	170
<b>8.2.2.2.</b> Dice Ramiro Bejarano Guzmán.	171
<b>8.2.2.3.</b> Dice Fernando Mantilla Serrano.	174
<b>8.2.3.</b> Un arbitraje nacional.	179
<b>8.2.3.1.</b> Dice el Consejo de Estado.	179
<b>8.2.3.2.</b> Dice Ramiro Bejarano Guzmán.	179
<b>8.2.3.3.</b> Dice Fernando Mantilla Serrano.	180
<b>8.2.4.</b> Nulidad del acuerdo arbitral por objeto ilícito.	182
<b>8.2.4.1.</b> Dice el Consejo de Estado.	182
<b>8.2.4.2.</b> Dice Ramiro Bejarano Guzmán.	183
<b>8.2.4.3.</b> Dice Fernando Mantilla Serrano.	186
<b>8.2.5.</b> Una nulidad de rango constitucional.	187
<b>8.2.5.1.</b> Dice el Consejo de Estado.	187
<b>8.2.5.2.</b> Dice Ramiro Bejarano Guzmán.	188
<b>9.</b> PROYECTO DE LEY 85 DE 2002 SENADO.	190
<b>9.1.</b> EXPOSICIÓN DE MOTIVOS.	190
<b>10.</b> DATOS ESTADÍSTICOS DEL ARBITRAMIENTO EN MATERIA COMERCIAL EN COLOMBIA EN LAS CIUDADES DE: BARRANQUILLA BOGOTA, CALI, CARTAGENA, MEDELLÍN Y SINCELEJO.	197

<b>10.1. DATOS ESTADÍSTICOS DE LA CIUDAD DE BARRANQUILLA.</b>	197
<b>10.1.1. Estadísticas del año 2001.</b>	197
<b>10.1.2. Estadísticas del año 2002.</b>	198
<b>10.2. DATOS ESTADÍSTICOS DE LA CIUDAD DE BOGOTA.</b>	199
<b>10.2.1. Estadísticas del año 2001.</b>	199
<b>10.2.2. Estadísticas del año 2002.</b>	200
<b>10.3. DATOS ESTADÍSTICOS DE LA CIUDAD CARTAGENA.</b>	201
<b>10.3.1. Estadísticas del año 2001.</b>	201
<b>10.3.2. Estadísticas del año 2002.</b>	202
<b>10.4. DATOS ESTADÍSTICOS DE LA CIUDAD CALI.</b>	203
<b>10.4.1. Estadísticas del año 2001.</b>	203
<b>10.4.2. Estadísticas del año 2002.</b>	204
<b>10.5. DATOS ESTADÍSTICOS DE LA CIUDAD MEDELLÍN.</b>	205
<b>10.5.1. Estadísticas del año 2001.</b>	205
<b>10.5.2. Estadísticas del año 2002.</b>	206
<b>10.6. DATOS ESTADÍSTICOS DE LA CIUDAD DE SINCELEJO.</b>	207
<b>10.6.1. Estadísticas del año 2001.</b>	207
<b>10.6.2. Estadísticas del año 2002.</b>	208
<b>10.7. ANÁLISIS DE ESULTADOS ESTADÍSTICOS.</b>	209
<b>11 .CONCLUSIÓN.</b>	213
<b>BIBLIOGRAFÍA.</b>	216



## INTRODUCCIÓN

Uno de los elementos en los que reposa la mayor legitimidad de los estados de derecho modernos, es la capacidad estatal de resolver los conflictos surgidos entre los particulares. Paralelamente, la finalidad primordial de cualquier sistema legal y jurídico es el establecimiento de reglas claras para hallar soluciones justas y equitativas a las disputas.

Sin lugar a dudas , la justicia integra y agrupa las principales aristas de legitimidad de la organización política moderna, tales como la convivencia pacífica, la credibilidad institucional y los niveles de confianza y crecimiento económico. Por el contrario, la carencia de una justicia eficaz y cumplida, se refleja o se traduce principalmente en impunidad o delitos no resueltos y congestión o demora en el trámite de los procesos. Esto, en últimas, genera una percepción negativa de la institucionalidad judicial por parte del ciudadano y una falta de acceso al sistema formal de resolución de conflictos.

En Colombia, la violencia y la judicialización de los conflictos se han convertido en las formas predominantes de resolver las controversias. Fenómenos que se han traducido en una preocupante tasa de criminalidad y una ascendente tasa de congestión judicial, para cuya solución los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC) pueden jugar un importante papel, particularmente, el arbitramento en la resolución de controversias en materia comercial.

# **1. ANTECEDENTES DE LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCION DE CONFLICTOS " MASC "**

Antes de abordar el estudio de los diferentes Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos existentes, y aquellos regulados por la legislación colombiana, en especial el Arbitramento en materia comercial, bueno es, revisar en la historia sus orígenes, así sea de manera breve.

## **1.1 .ORIGEN HISTÓRICO.**

### **1.1.1. En Grecia.**

Las alternativas para la solución de las diferencias existentes entre las partes en contienda tienen sus primeros orígenes en la antigüedad. En efecto, en Grecia, cuando históricamente se convirtió en la cuna de la civilización occidental, encontramos que la conciliación estaba regulada por la ley, teniendo los Tesmotetes el encargo de examinar los hechos motivo de litigio y de procurar convencer a las partes de llegar a un acuerdo transaccional dado que los griegos daban fuerza de ley a las transacciones que celebran los llamados a juicio, antes de comparecer a él. (1).

(1) VALDES SANCHES, Roberto. La Transacción, Editorial Legis. Primera Edición. Pág. 22

### 1.1.2. En Roma.

En la época donde surgieron sus más importantes instituciones jurídicas, encontramos que las Doce Tablas respetaban la avenencia a que hubiesen llegado las partes, y que el mismo Cicerón aconsejaba la conciliación fundado en el aborrecimiento que debía tenerse a los pleitos, diciendo de ella que era un acto de liberalidad digno de elogio y provechoso para quien lo realizaba de oficio, siendo de notar que los romanos en más de una ocasión y en momentos de entusiasmo se reunieron (como lo hicieron en memoria de Julio César) para deponer sus diferencias y terminar amigablemente sus litigios alrededor de la columna erigida en su honor. Por ello Suetonio observa que el mejor monumento erigido por los romanos a la memoria del Cesar fue una columna, al pie de la cual el pueblo acudió durante mucho tiempo a ofrecer sacrificios y votos y a transigir sus controversias.

Con el advenimiento del Cristianismo estos medios encontraron un impulso. Así se observa que en el Evangelio de San Mateo se encuentran tres textos que pudieran considerarse como precedentes concretos. Dice uno: <<Al que quiere litigar contigo y quitarte la túnica, dale también el manto>>. Otro expresa: <<Sé transigente con tu adversario pronto, mientras estés con él en camino, no sea que te entregue al juez>>. Y el tercero: <<Si pecare contra tí tu hermano, ve y corrígele a solas; si te oyere, habrás ganado a tu hermano; pero si no te oyere, lleva contigo uno o dos, para que en boca de dos o tres testigos esté la palabra>>.

### **1.1.3. En la edad media.**

En relación con el desarrollo histórico subsiguiente encontramos una muy buena descripción en la obra del Dr. Miguel Salazar <<Curso de Derecho Procesal del Trabajo>> cuando hace la cita de los antecedentes históricos de la conciliación como institución que el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo incorporó en su sentencia de casación del 15 de diciembre de 1948, cita que indica cómo <en la Edad Media en el Fuero Juzgo Ley 15, título 1º, libro II se habla de los mandaderos de paz y avenidores, pero estos funcionarios no eran una institución permanente, sino que fueron nombrados en cada caso por el rey para avenir y conciliar los pleitos que éste les indicaba determinadamente.

Por lo tanto, la conciliación no fue en ese estatuto un trámite previo y necesario para los litigantes, al decir de un procesalista español (Procedimientos judiciales, Fábrega y Cortés), sino que sólo existía en ciertas causas en que por la importancia de las mismas o de las personas que litigaban podrían originarse perturbaciones, y para evitarlas el rey enviaba los mandaderos de paz para procurar una avenencia entre las partes.

No fomentaba, pues, el Fuero Juzgo la avenencia entre los litigantes, como medida general porque la Ley 5ª, Título 2º, Libro II, la prohíbe, una vez comenzado el juicio, bajo pena de pechar al rey, tanto como fuese lo que se reclamaba en la demanda.

En las partidas: no se encuentra regulada la conciliación o avenencia, aunque sí existe la institución de los avenidores o amigables componedores que presentan su analogía con aquélla, pero que difiere en que la amigable composición es un verdadero juicio en que los litigantes eligen sus jueces que han de decidirlo por medio de una sentencia o laudo>>. (2).

#### **1.1.4. A partir del siglo XVIII.**

Más adelante, la conciliación fue incorporada como un medio permanente de solución de conflictos en el Siglo XVIII apareciendo primero con tal carácter en los pueblos del norte, principalmente en Holanda, bajo distintos sistemas pues mientras en unos países – como en Francia y en España - se declaró obligatorio el intentarla como requisito previo a todo juicio declarativo, en otros fue potestativo de las partes el acudir a ella.

Se ha estimado que fueron poderosos en el ánimo revolucionario, para la adopción de la conciliación los escritos de Voltaire. Por ejemplo, decía éste en una carta escrita en 1745: la mejor ley, el más excelente uso, el más útil que yo haya visto jamás, está en Holanda. Cuando dos hombres quieren pleitear el uno contra el otro, son obligados a ir ante los jueces conciliadores, llamados hacedores de paz. Si las partes llegan con un abogado y un procurador, se hace de pronto retirar de estos últimos como se aparta la leña de un fuego que se

(2) Obra citada. Pág. 23.

quiere extinguir. Los pacificadores dicen a las partes: " Sois unos locos por querer gastar vuestro dinero en haceros mutuamente infelices; nosotros vamos a arreglaros sin que os cueste nada. Si el furor por pleitear es sobrado fuerte en esos litigantes, se aplaza para otro día, a fin de que el tiempo suavice los síntomas de la enfermedad; en seguida los jueces les envían a buscar una segunda, una tercera vez; si su locura es incurable, se les permite litigar, como se abandonan a la amputación los miembros cangrenados; entonces la justicia hace su obra ".

En plena Revolución Francesa, por medio de la Ley de 24 de agosto de 1790, se dispuso en Francia, que no se admitiría demanda alguna civil sin previo intento de la conciliación y que a esta no podían concurrir curiales o apoderados. Posiblemente no fueron benéficos sus resultados, porque al tratar de publicarse en 1806 el Código de Procedimiento Civil, que fue otro de los códigos llamados de Napoleón, la mayor parte de las audiencias el Tribunado y el Consejo de Estado aconsejaron que fuese suprimida, no obstante lo cual en ese país fue conservada la conciliación como obligatoria.

Sin embargo, el Código Ginebrino de 1819 se separó de este precedente y admitió el acto de conciliación como voluntario. Su autor M. Bellot, en la exposición de motivos, combate el acto conciliatorio impuesto como medida obligatoria y necesaria a todo litigante, y se funda, de modo primordial, en que impuesto como obligatorio sería ese acto más que un trámite preliminar y necesario, una especie

de pasaporte – dice – para poder ingresar en el templo de la justicia, pasaporte que se toma como una formalidad de procedimiento sin que ninguno de los litigantes tenga el menor ánimo de transigir sus diferencias.

En España tuvo su origen como medida general en la Constitución Nacional de 1812, excepto en algunas leyes especiales, principalmente de orden mercantil, como las Ordenanzas de Bilbao, en las que se previene que no se tramite juicio alguno antes de que los cónsules llamen a los interesados y propongan una transacción entre los mismos, y hagan lo posible para que esta transacción sea aceptada. Esta disposición fue reproducida en las matrículas de marina respecto de los matriculados o aforados, imponiendo también a las autoridades de la marina la obligación de citar a los matriculados o aforados para avenirlos.

También en España, en una instrucción dirigida a los corregidores el 15 de mayo de 1788 se les había ordenado que evitaran, en cuanto de ellos dependiera y les fuera posible, los pleitos, procurando la avenencia entre las partes a objeto de que se compusieran amistosa y voluntariamente, para lo cual deberían hacer uso, aquellos funcionarios, de la persuasión y no dando por terminado su intento sino después de emplear todos los medios persuasivos cuando encontrasen completamente irreconciliables y muy enconados los ánimos de los litigantes, de suerte que fuesen necesario llegar a la vía judicial para que el juez o tribunal resolviese.

Así mismo, la Ley de 3 de junio de 1821, de dicho país, prevenía a los alcaldes que debían presidir los juicios llamados de conciliación, trámite indispensable para poderse iniciar un juicio, imponiéndose como obligatorio, con cuyo carácter pasó a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, si bien en esta dejó de ser juicio y correspondió a los jueces de paz. En esa ley de enjuiciamiento fue regulada de modo que se la impone como obligatoria a las partes antes del comienzo de un pleito y el juez municipal y los hombres buenos que pueden intervenir en la conciliación tienen el deber de aproximar a las partes contendientes.

Autorizados escritores del pasado le negaron al Estado la facultad u obligación de procurar la conciliación de los intereses privados, diciendo que nadie debe ser más amante de la paz, del orden y de los intereses de su patrimonio que su dueño mismo; y apoyado en ese concepto, Bentham, por ejemplo, al ocuparse del acto de la conciliación, reprobaba al Estado el entrometimiento en buscar la avenencia de los ciudadanos, porque decía que la conciliación envuelve para uno de los que transigen, una renuncia de parte de su derecho a favor del otro, y como el Estado no debe procurar transacciones en materia de justicia, sino que ésta se cumpla en toda su extensión y sin sacrificio alguno, no puede prohijar un acto por el cual, si resulta conciliación, necesariamente ha de haber sacrificio de justicia por parte de uno de los litigantes. La conciliación - dijo Bentham – es un mercado en el que gana más quien más regatea.



Otros, por el contrario, viendo en la conciliación un medio que el Estado tiene en su poder para procurar, sin sacrificio alguno, el reinado y pacífico cumplimiento del derecho, encuentran provechoso que los poderes públicos fomenten, en cuanto sea posible, la conciliación. Entre estos, hay quienes opinan que el Estado debe favorecer la conciliación, pero mediante ciertas condiciones como estas: 1. Que sea voluntaria y no obligatoria. y 2. Que el juez conciliador sea distinto del que ha de fallar el litigio en caso de promoverse.

Muchos tratadistas como Bentham, Bancenne, Allard, Meyer y otros, citados por Fábrega y Cortés (3)., se muestran partidarios que el acto conciliatorio sea voluntario para los litigantes, los cuales quedan en libertad para ocurrir a él cuando crean conveniente y provechosa la transacción y prescindir de provocarlo cuando sólo se trata de llenar una mera formalidad.

Pero no obstante, legislaciones como la francesa, la española, la italiana, la alemana y la argentina la instituyen como obligatoria.

---

(3) Obra citada. Pág.26.

## **2. LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS SEGÚN LA DOCTRINA**

Parte importante de la doctrina sobre resolución de conflictos reconoce dos grandes sistemas de respuesta. El primero, denominado de autocomposición, compuestos por aquellos medios en los cuales son las propias partes confrontadas las que resuelven sus desavenencias, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, ya sea de manera directa o asistidos por terceros neutrales que facilitan el diálogo y la búsqueda de soluciones al conflicto. Dentro de este primer grupo se encuentran mecanismos como la negociación, la mediación y la amigable composición.

El segundo grupo, denominado de heterocomposición, compuestos por aquellos medios en los cuales las partes enfrentadas someten la solución de sus conflictos a terceros que se encargan de resolver independientemente de la autonomía de la voluntad de las partes. En este segundo grupo se ubican tanto los mecanismos de justicia formal como el arbitraje.

La intervención de terceros neutrales dentro de estos dos sistemas puede variar según el grado de su intervención y control del proceso. La doctrina ha denominado intervención inquisitiva a aquella en la que el tercero maneja completamente el proceso con muy poca intervención de las partes en conflicto. Esta forma de intervención es típica de los sistemas de heterocomposición. Por el

contrario, la intervención es dispositiva cuando son las partes en controversia las que manejan el proceso, como ocurre en la mediación o la conciliación. Finalmente puede existir una intervención mixta, cuando tanto las partes como el tercero, en diferente grado y distinta forma, participan y controlan el proceso de búsqueda de soluciones.

En la autocomposición las partes pueden abordar la solución de los conflictos, ya sea comunicándose e intercambiando propuestas directamente – y en este caso estamos ante una negociación -, o bien con la intervención de un tercero neutral e imparcial que facilita y promueve el diálogo y la negociación entre ellas – en este evento nos encontramos ante la mediación, en cualquiera de sus modalidades -. Si bien el término conciliación se emplea en varias legislaciones como sinónimo de mediación, en sentido estricto la conciliación es una forma particular de mediación en la que el tercero neutral e imparcial, además de facilitar la comunicación y la negociación entre las partes, puede proponer fórmulas de solución que las partes pueden o no aceptar según sea su voluntad.

Dentro de este conjunto de mecanismos alternativos de solución de conflictos, en especial en el sistema norteamericano, se destacan distintas modalidades que varían según el tipo de intervención y las funciones que realice el tercero. Estas modalidades se pueden clasificar en tres grandes grupos:

1. La negociación directa de las partes, donde sólo quienes están involucrados en el asunto en discusión participan en el diálogo y sin la intervención de un tercero, proponen formulas de arreglo y adoptan una solución para poner fin al conflicto.

2. La resolución asistida por un tercero neutral, que a su vez se divide en dos subgrupos:

a. La mediación que es un procedimiento consensual, confidencial a través del cual las partes, con la ayuda de un facilitador neutral entrenado en resolución de conflictos, interviene para que las partes puedan discutir sus puntos de vista y buscar una solución conjunta al conflicto. La mediación puede ser de distintas formas, entre las cuales se encuentran: la facilitación, la conciliación y la regulación negociada.

b. Los sistemas híbridos de negociación asistida, que tienen resultados predefinidos y dentro de los cuales se encuentran la evaluación neutral previa, el descubrimiento de los hechos, el defensor de usuarios, consumidores o empleados, el mini juicio, el proceso abreviado ante jurado, el arbitraje no vinculante, la mediación-arbitraje.

3. La adjudicación, en la que un tercero resuelve el conflicto por las partes y dentro del cual se encuentra el arbitraje, los sistemas de justicia formal y la justicia impartida por determinadas autoridades administrativas.

La mediación es tal vez el más informal, expedito y económico – en materia de tiempo y costos - de los mecanismos mencionados. Es también uno de los más populares debido principalmente a que el mediador no decide quien tiene la razón, no dispone de autoridad para imponer una decisión a las partes, tan sólo las asiste para que conjuntamente exploren, reconcilien sus diferencias y encuentren alternativas de solución a su disputa.

En la sentencia de Sala Plena de 15 de noviembre de 2001 C – 1195 la H. Corte Constitucional de Colombia hace una descripción de las principales características de los mecanismos de negociación asistida por terceros y descritos anteriormente así:

“En primer lugar, está la **facilitación**, en la cual el mediador tiene un papel menos activo y limita su actuación a reducir los obstáculos de comunicación, para permitir que todas las partes expongan su versión de la disputa y expresen sus sentimientos, posiciones e intereses con el fin de que puedan identificar rápidamente las áreas de acuerdo y desacuerdo entre las partes. En segundo lugar, está la **conciliación**, donde el mediador tiene un papel más activo, pues además de facilitar el diálogo, puede proponer formulas de arreglo que las partes pueden o no aceptar. En tercer lugar, está la **regulación negociada** empleada principalmente con gremios o grupos enfrentados, para acordar nuevas reglas de juego o promover la autorregulación de conductas, especialmente en materia de seguridad laboral y ambiental.

“En cuarto lugar, está la **evaluación neutral previa**, se trata de un mecanismo confidencial, generalmente empleado en la solución de asuntos comerciales complejos, mediante el cual las partes acuden a un experto neutral, normalmente un abogado con mucha experiencia en la materia que evalúa cada posición dentro del caso, identifica los elementos comunes, las posibilidades legales de cada pretensión y luego comunica sus conclusiones a las partes, usualmente por separado. Esta evaluación permite llegar a una solución temprana del conflicto, pero también permite que las partes, en caso de que decidan acudir a un proceso judicial, acuerden un plan para la discusión judicial del caso y la reducción del debate a lo esencial. En quinto lugar, está el **descubrimiento de hechos**, donde el tercero neutral indaga sobre los hechos que originan el conflicto, los examina y propone una conclusión a las partes, quienes pueden acogerla o rechazarla. En sexto lugar, está el **defensor de usuarios, consumidores o empleados**, persona neutral que recibe quejas por productos o servicios defectuosos o, incluso, excepcionalmente peticiones de los mismos empleados de la compañía y que interviene para mediar los posibles conflictos que surjan entre la compañía y el quejoso, proponer alternativas de solución o recomendar modificaciones a los sistemas de administración de la compañía.

“En séptimo lugar, se encuentra el **mini juicio**, usado principalmente para solucionar conflictos entre grandes corporaciones o entre corporaciones y agencias gubernamentales, a través del cual los abogados de cada parte presentan versiones resumidas del caso ante las directivas, o las personas con

capacidad de decisión en la respectiva corporación o agencia involucrada, bajo la moderación de un asesor neutral, normalmente un juez retirado, en sesiones de un día o dos. Al final de estas sesiones, las directivas tratan de negociar una solución y en caso de no lograrlo, el asesor neutral puede promover una mediación o recomendar una fórmula de arreglo específica. Este mecanismo permite a los directivos de una corporación un examen breve de su situación y posibilidades de éxito en caso de acudir a la justicia estatal para resolver la disputa. En octavo lugar, está el **proceso abreviado ante jurado**, en el que se intenta identificar los posibles resultados de un juicio simulado. Este procedimiento fue diseñado para evitar juicios largos en casos complejos, mediante audiencias breves ante un panel de jurados asesores que emiten una decisión no vinculante y explican a las partes los factores que los llevan a esa decisión.

“En noveno lugar, se encuentra la **administración del proceso**, a través del cual el juez y las partes examinan preliminarmente los asuntos en discusión, la posibilidad de acudir a mecanismos alternativos de resolución de conflictos, el volumen de pruebas que se presentarán, el orden de discusión de los asuntos, la eliminación de cuestiones no relevantes o su postergación a una etapa posterior y el tiempo requerido para cada etapa del proceso, con el fin de reducir el caso a los asuntos más relevantes y acordar un plan y un calendario aproximado con tiempos procesales cortos para la resolución de los mismos. En décimo lugar, está el **arreglo judicial negociado**, mediante el cual las partes acuden por recomendación del juez que está a cargo del caso o a iniciativa de las partes, ante

un juez distinto que actúa como mediador o facilitador para buscar una solución negociada. Este nuevo juez actúa como mediador, promueve la comunicación entre las partes y ofrece asesoría neutral con el fin de terminar el proceso mediante la firma de un acuerdo. Si tal acuerdo no se logra, el proceso judicial continúa su trámite.

“En undécimo lugar, está el **arbitraje no vinculante**, mediante el cual una disputa entre dos o más partes es sometida a un árbitro para que, con base en las pruebas y argumentos aportados por las partes, resuelva el conflicto por éstas, quienes pueden aceptar la solución o controvertirla ante una corte. Y, finalmente, la **mediación- arbitraje**, empleada por las partes para que el tercero neutral resuelva la cuestión en caso de que ellas no logren un acuerdo. En ese evento, el tercero puede ser la misma persona que intenta mediar el conflicto y en caso de no lograrse el acuerdo, sustituye a las partes en la formulación de la solución que resulta vinculante para ellas. Con frecuencia, dado que ante la figura del mediador es factible que las partes compartan información reservada que puede ser usada en su contra en caso de que fracase la mediación, las partes prefieren que la persona que actúa como mediador sea distinta de la que resuelva el asunto como árbitro.

“La implementación de estos mecanismos en los distintos sistemas jurídicos coinciden con el logro de cuatro objetivos básicos comunes: (i) facilitar el acceso a la justicia; (ii) proveer una forma mas efectiva de solución a los conflictos; (iii)



mejorar la capacidad de la comunidad para participar en la resolución de los conflictos; y (iv) aliviar la congestión, la lentitud y los costos de la justicia estatal formal...” (4).

Como se pudo observar, los apartes de la jurisprudencia transcrita nos ilustran de manera clara y sin límite, acerca de los diferentes Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos, siendo solo utilizado en Colombia, a la luz del Decreto 1818 de 1998, La Amigable Composición, la Conciliación y el Arbitramento.

---

(4) Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-1195 de 15 de noviembre de 2001. Magistrados Ponentes Doc. Manuel José Cepeda Espinosa – Doc. Marco Gerardo Monroy Cabra.

### **3. LA AMIGABLE COMPOSICIÓN**

#### **3.1. DEFINICIÓN.**

El artículo 23 del Decreto 1818 de 1998 (artículo 130 de la Ley 446 de 1998) define la Amigable Composición en la siguiente forma:

“La Amigable Composición es un mecanismo de solución de conflictos, por medio del cual dos o más particulares delegan en un tercero, denominado amigable componedor, la facultad de precisar, con fuerza vinculante para ellas, el estado, las partes y la forma de cumplimiento de un negocio jurídico particular. El amigable componedor podrá ser singular o plural”.

Aun cuando por definición legal la Amigable Composición opera entre particulares sobre negocios particulares, por remisión del artículo 68 de la Ley 80 de 1993 también es aplicable a las actuaciones contractuales del Estado.

Como se observa, en la Amigable Composición las partes convienen en deferir a un tercero la solución de un conflicto en este caso de naturaleza contractual y lo apropiado sería que llegaran a esa determinación después de haber agotado la etapa de Arreglo Directo, entre otras cosas, por cuanto con ello se facilitaría mucho más la labor del Amigable Componedor habida cuenta del acerbo probatorio decantado que recibiría del esfuerzo realizado por los sujetos contractuales.

Acordado el mecanismo que nos ocupa, le corresponde igualmente a las partes proceder a la designación del Amigable Componedor. Esta gestión se puede adelantar directamente o encomendársele a un tercero, persona natural o jurídica, como por ejemplo el presidente de una Asociación de Profesionales, o las Cámaras de Comercio.

Así mismo, no alude la norma a las calidades del Amigable Componedor pero es evidente que las partes deben adelantar un riguroso escrutinio sobre las condiciones personales y profesionales de quien habrá de escogerse, independientemente de que, como lo permite la ley, pueda ser singular o plural, persona natural o jurídica, atendiendo la gran responsabilidad asumida por el designado para tal efecto.

### **3.2. CONDICIONES FUNCIONALES.**

La designación del Amigable Componedor conlleva una delegación del poder natural que tienen las partes para resolver directamente sus diferencias, de tal manera que aquel representa simultáneamente a los sujetos intervinientes en la operación comercial y con ese criterio deberá cumplir con sus funciones.

Como el objeto sobre el cual recae la gestión del Amigable Componedor se refiere al estado, las partes y la forma de cumplimiento del negocio contractual, es claro entonces que ella abarca cualquier clase de conflicto o diferencia entre los sujetos

contractuales, contando además que la ley no establece ninguna restricción sobre el particular. En cuanto al procedimiento para que el Amigable Componedor cumpla con la misión encomendada, no aparece regulación alguna en la ley, de tal manera que a él le corresponderá establecer las condiciones bajo las cuales adelantará la definición de la controversia.

### **3.3. EFECTOS DE LA DECISIÓN.**

Señala el artículo 223 del Decreto 1818 de 1998 que la decisión del Amigable Componedor tiene fuerza vinculante para las partes y, complementariamente, el artículo 224 del mismo Decreto, que corresponde al 131 de la Ley 446 de 1998, determina que dicha decisión producirá los efectos legales relativos a la transacción.

#### 4. LA CONCILIACIÓN

La conciliación, desde sus albores, ha tenido como finalidad especial y primordial servir de remedio a situaciones de conflicto, y ha sido utilizada en la psicología como mecanismo para apaciguar los ánimos, las conciencias y las pasiones, lograr el equilibrio interpersonal y social, de manera que las controversias puedan solucionarse pacíficamente y por las mismas personas que hacen parte del conflicto.

La conciliación comenzó a aplicarse inicialmente en materia laboral en la misma forma en que se practica hoy en día, y en lo civil, con mucha timidez desde la expedición del Código de Procedimiento Civil de 1971, para los procesos verbales; se extendió con el nuevo Código de Procedimiento Civil y llega a su máxima expresión con la Ley 23 de 1991, con el Decreto 2651 de 1991, luego con la Ley 446 de 1998 y ahora con la Ley 640 de 2001, estatutos estos que imponen la obligatoriedad del mecanismo para todos los procesos, y que recogen el clamor de muchos doctrinantes, quienes, durante años quisieron convertir este mecanismo en un instrumento para descongestionar la administración de justicia, al menos en lo civil, y como una forma de desjudicializar la solución de conflictos. Al mismo tiempo, con la conciliación se pretende acabar con la exagerada judicialización de todas las controversias y crear una nueva cultura en el ciudadano y en el abogado, que aspiran a que las controversias no trasciendan a los estrados

judiciales, sino que tengan una solución amigable y efectiva, mediante mecanismos alternos como la conciliación

Esta judicialización o “jurisdiccionalización” de los conflictos ha generado el desprestigio y la pérdida de credibilidad en el Estado colombiano y en la administración de justicia, toda vez que el ciudadano, frente a una situación de conflicto, debe someterse a la decisión de un órgano estatal congestionado, desgastado y malgastado. Por tanto, hoy el ciudadano debe entender, que antes de someter su conflicto a una litis, cuenta con mecanismos alternativos tan eficaces como una sentencia judicial con la garantía de constituir también cosa juzgada material, evitando así el angustioso rigor de un proceso judicial.

La conciliación, tal como se encuentra concebida en nuestra legislación, además de ser un acto obligatorio para el juez, tanto por ser una etapa en el trámite del proceso como por la obligación que aquel tiene de conocer desde un comienzo el conflicto y de proponer fórmulas de acuerdo, también es carga procesal para las partes, toda vez que ellas deben concurrir personalmente a la audiencia, so pena de ser sancionados drásticamente, jurídica y pecuniariamente.

Además de lo anterior, la conciliación constituye el mecanismo legal que desarrolla un querer o sentimiento nacional, nacido de las entrañas de gobiernos anteriores, tendiente a darle solución a ciertos problemas por medio de instrumentos del conflicto. Sin duda, la conciliación es una manera de privatizar los conflictos, que

permite que sean los mismos contendientes quienes de acuerdo con su personalidad, cultura y habilidades, procuren las fórmulas de arreglo, con la única finalidad mediata de que la función jurisdiccional sea el último recurso que tengan las partes frente a sus controversias, que encuentren caminos fáciles inmediatos, y quizás más idóneos, económicos y accesibles, para ponerle fin a la situación antagónica o de conflicto.

La conciliación debe servir al Estado para reorientar la enseñanza del derecho y a las facultades de derecho de nuestras universidades para que tomen conciencia sobre el cambio de cultura en su enseñanza.

#### **4.1. LA CONCILIACIÓN EN LAS DISCIPLINAS DEL DERECHO COLOMBIANO.**

##### **4.1.1. Normas de derecho canónico.**

Como esta legislación no es ajena a nuestra historia, pues ha influido de una u otra manera en ciertas instituciones, se tiene que desde el código que rigió en el siglo XIX hasta la aparición del código de 1917 y el reformado por el concilio y vigente desde 1983, se ha consagrado el canon 1446 que textualmente establece: “[...] 2. Al comenzar el litigio, y en cualquier otro momento siempre que abrigue alguna esperanza de éxito, el juez no dejará de exhortar y ayudar a las partes para que procuren de común acuerdo buscar una solución equitativa de su controversia, y

les indicará los medios oportunos para lograr este fin, recurriendo incluso a personas serias como mediadoras”. Esta forma, según los entendidos, no ha variado en todo su sentido y, por el contrario, constituye guía obligatoria de comportamiento para jueces y partes en esa materia.

#### **4.1.2. En el derecho laboral.**

En esta legislación se introduce la figura de la conciliación para los conflictos colectivos de trabajo, con un carácter potestativo, al tenor de lo establecido en la Ley 120 de 1921, que sirvió a la vez de antecedente al Código Sustantivo del Trabajo. En materia sustantiva, se estableció en los Decretos 2663 y 3743 del 1950, que conformaron el Código Sustantivo del Trabajo (art. 432 a 443) una categoría especial de conciliación, propia para los casos en que se presentaban los conflictos colectivos de trabajo. Hasta ese entonces, el Código Sustantivo del Trabajo no estableció sustancialmente una forma de conciliación para asuntos individuales de trabajo, vale decir, cuando hubiese controversia entre un trabajador y su empleador, pues para esos casos se consagró la conciliación prejudicial que se contempla en los artículos 19 y siguientes del código Procesal del Trabajo. Las normas ya citadas sobre los conflictos colectivos sufrieron algunas modificaciones con las leyes 39 de 1985 y la Ley 50 de 1990. en el campo procesal, mediante el decreto 2158 de 1948, se estableció la conciliación en el capítulo IV (arts. 19 a 24) como una forma facultativa que se tenía antes del proceso o dentro de él, dándose las pautas para su celebración, y en los artículos 77 a 79 se reglamenta



la forma de proceder para su realización en los procesos ordinarios laborales. Esas normas fueron reformadas, pero siguen rigiendo en la práctica judicial.

Lo anterior fue modificado casi radicalmente con la puesta en vigencia de la Ley 23 de 1991, que en su capítulo III reestructura la conciliación en materia laboral, cuya esencia consiste en hacerla obligatoria antes del proceso ordinario y al mismo tiempo la transformó en un presupuesto procesal para demandar. Ese mismo mandato legal se recoge en el artículo 68 de la Ley 446 de 1998, norma que tuvo corta vida si tenemos en cuenta la declaratoria de inexecutable que se dictó mediante la sentencia C-160 de 1999. No obstante, el legislador creyó que los argumentos y razones que en su momento adujo la Corte Constitucional para declarar la inexecutable de la conciliación como requisito de procedibilidad en materia laboral, se habían superado, es decir, que los impedimentos de carácter práctico que había expuesto la Corte en su sentencia, para imponer la conciliación como obligatoria antes de incoar la acción, habían desaparecido, por lo que expidió la Ley 640 de 2001 que establece la conciliación como requisito de procedibilidad, según preceptuaba el artículo 35 de esa disposición. Pero con argumentos nuevos, la Corte Constitucional declaró inexecutable ese artículo de la ley, en lo que tiene que ver con la materia laboral.

Antes esta nueva posición asumida por la Corte y la argumentación expuesta por ella, y dada la importancia que ha recobrado la conciliación frente al derecho y frente a la nueva visión de administrar justicia y de desconcentrar la función

judicial, se promulgó la Ley 712 de 2001, con la cual se revive la conciliación laboral, imponiéndole al juez laboral, apático hasta ahora a la conciliación, que llame directamente a las partes antes de emprender formalmente el proceso, a fin de buscar un acuerdo en sus diferencias, obligándole a proponer a las partes una fórmula de arreglo.

#### **4.1.3. En derecho civil.**

Como único antecedente tenemos el Decreto 1400 de 1970, que en su artículo 445, sobre el proceso verbal en materia civil, estructura la conciliación como una etapa dentro de la audiencia propia de ese procedimiento.

Luego, en la reforma del procedimiento introducida por el Decreto 2282 de 1989, en la reforma del artículo 101 del Código de Procedimiento Civil se implantó la conciliación como un paso obligado en la audiencia que ordena esa norma, pero con la limitante de ser para procesos ordinarios y abreviado en los casos en que las mismas normas procesales no la prohibieran. En este estatuto, siguiendo el lineamiento del proceso verbal que desde el Código de 1970 se había implantado para los procedimientos verbales, se impuso también la conciliación como paso y acto procesal en la audiencia de procesos verbales de mayor y menor cuantía o en los verbales sumarios, según se establece en los artículos 432 y 439 del nuevo Código de Procedimiento Civil.

Consideradas las restricciones que todavía tenía la conciliación, se expidió la Ley 23 de 1991 que en su artículo 75 estableció la posibilidad de adelantar así existiera proceso, y que podría adelantarse hasta antes de proferirse sentencia de primera instancia, no solo ante los llamados “Centros de Conciliación” que se creaban, sino también ante los conciliadores en equidad y ante el mismo juez. Tímida fue la Ley 23 de 1991 para tratar de implantar y extender aún más la conciliación como medio de descongestión de la justicia, por lo que posteriormente se expide el decreto transitorio 2651 de 1991 con el que se generaliza la conciliación en todo tipo de procesos, según los artículo 2° a 10, y se hace extensiva la conciliación incluso en los procesos arbitrales (art. 16).

También en el Decreto 350 de 1989 se plantea la posibilidad de la conciliación en la audiencia preliminar (art. 27) y en la audiencia de deliberaciones finales que es previa al del proceso concordatario. Por cuanto el Estado observó la necesidad de establecer la permanencia de algunas normas del Decreto transitorio 2651 de 1991, se expidió la Ley 446 de 1998, con la cual impone como legislación permanente las normas relacionadas con conciliación, recogiendo el texto de los artículos 2°, 6°, 7° y 10, entre otros. Igualmente, las normas del Código de Comercio habían sido modificadas en lo que tiene que ver con los procedimientos mercantiles especiales de los concordatos, mediante el Decreto 350 de 1989, en sus artículos 27 y siguientes, sobre la audiencia preliminar y las deliberaciones finales; estas normas fueron modificadas por la Ley 222 de 1995, que en sus artículos 129 al 142 determina el procedimiento a seguir respecto de las

liquidaciones concordatarias; del mismo modo, en lo que tiene que ver con la liquidación obligatoria de los comerciantes, se consagran, a partir del artículo 200 de la mencionada ley, las reglas para conciliar las diferencias, lo que no impide que se dé aplicación a las normas de conciliación, tanto de los trámites concordatarios como del trámite de los procesos verbales (si hay acciones revocatorias o de simulación).

En materia comercial, como una nueva modalidad de conciliación, se establece la figura de la “promoción de los acuerdos de reestructuración”, consagrada en la Ley 550 de 1999 como el acto celebrado entre el promotor empresarial con el empresario y sus acreedores, con el fin específico de lograr acuerdos con los cuales se viabilice la actividad y se reactive la empresa.

La Ley 640 de 2001 con la cual se impone en materia civil la conciliación como requisito de procedibilidad, para los siguientes casos: cuando se trate de acciones que por su naturaleza deban tramitarse por el procedimiento ordinario o abreviado, con excepción de los de expropiación y divisorios; cuando en el futuro proceso no se vayan a solicitar medidas cautelares. Así se consagra en los artículos 35 y 38 de la ley en mención.

Igualmente, en asuntos administrativos de índole civil, adelantados ante la Superintendencia de Industria y Comercio, por conflictos de competencia desleal o por violación al Estatuto del Consumidor la entidad podrá, de oficio o a solicitud de

parte, convocar a un arreglo conciliatorio, al cual será obligatoria la asistencia de las partes, so pena de las sanciones que se consagran en la ley procesal. Así se dispone en los artículos 33 y 34 de la Ley 640 de 2001.

#### **4.1.4. En derecho de familia.**

Cuando esta jurisdicción formaba un cuerpo con la civil, la Ley 1ª. de 1976 en su artículo 27, siguiendo algunos lineamientos del derecho canónico y como última esperanza de reconciliación y de preservación de la institución del matrimonio, estableció la obligatoriedad de celebrar audiencia de conciliación entre los cónyuges en trámites del proceso de divorcio, que se hizo extensiva para los procesos de separación de cuerpos de matrimonios civiles y católicos.

Actualmente, dado que el Decreto 2272 de 1989 le adscribió a esa jurisdicción el conocimiento de algunos casos, es aplicable en esa materia el procedimiento señalado a los procesos verbales (C.P.P, art. 432 y 439), y de acuerdo con el artículo 101, para los procesos ordinarios que no tengan otro trámite; la Ley 223 de 1991 (art. 47 al 58) estableció que estas normas, en lo que sean compatibles con la conciliación, deben ser aplicadas en concordancia con las pocas disposiciones de la Ley 446 de 1998 que quedaron vigentes, pues la Ley 640 de 2001 derogó buena parte de las normas que regulaban la materia de la conciliación prejudicial. Esta ley, en forma deliberada, consagra que en derecho

de familia la conciliación prejudicial será requisito de procedibilidad bajo los rigores del artículo 35, en los casos expresos consagrados en el artículo 40, ibídem.

#### **4.1.5. En derecho agrario.**

Como se trata de una legislación nueva, en el Decreto 2303 de 1989, que creó esa jurisdicción, se establece la conciliación en sus artículos 35 y siguientes, como acto procesal anterior al proceso o que se puede adelantar dentro de él y al que de todas maneras le son aplicables tanto las normas del Código de Procedimiento Civil como el artículo 75 de la Ley 23 de 1991 y la Ley 446 de 1998, en lo que sea compatible con la ley especial agraria. Sin embargo, al entrar en vigencia la Ley 640 de 2001, por haber derogado expresamente el artículo 75 de la Ley 23 y las normas de la Ley 446 que regulaban la conciliación prejudicial, en materia agraria recobran plena vigencia las disposiciones consagradas en el Decreto 2303 de 1989, que en sus artículos 35 al 44 reglamentan la conciliación prejudicial. Lo que sí es aplicable de la Ley 640 de 2001 en esta materia, es lo referente a los conciliadores instituidos para adelantar el trámite de la conciliación prejudicial

#### **4.1.6. En materia contencioso administrativa.**

Hasta 1984 el procedimiento administrativo estaba disperso en varias normas. El Decreto 1 de 1984 no consagró la posibilidad de aplicar la conciliación y solo con la promulgación de la Ley 23 de 1991 (cap. V), se ordena la práctica de la conciliación, únicamente para los casos que pudieran originar procesos con base en las acciones a que se refieren los artículos 85 a 87 del Código Contenciosos Administrativo. La posibilidad legal para conciliar en esta materia fue restringida, por el Decreto 2651 de 1991 en su artículo 6°, y por el Decreto 171 de 1993, que regula la conciliación dentro del juicio. Todas estas normas fueron recogidas en parte por la Ley 446 de 1998, que subrogó algunas, y con posterioridad por la Ley 640 de 2001, que restringió la posibilidad de conciliar ante los centros de conciliación y otros funcionarios administrativos distintos al delegado de la Procuraduría para esa área.

## **5. ARBITRAJE Y PACTO ARBITRAL**

### **5.1. CONCEPTO.**

El arbitraje es un procedimiento jurisdiccional sui géneris, mediante el cual, por expresa voluntad de las partes, se defiere la solución de conflictos privados transigibles a un cuerpo colegiado integrado por árbitros los que transitoriamente quedan investidos de jurisdicción para proferir un laudo con los mismos efectos que una sentencia judicial.

El artículo 111 de la Ley 446 de 1998 (hoy artículo 115 del Decreto 1818 de 1998, más conocido como el Estatuto Orgánico de los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos), lo define como un mecanismo, con lo cual se indica su calidad de sistema alternativo de solución de conflictos, sin que esta razón pierda su condición de proceso.

### **5.2. CLASIFICACIÓN.**

#### **5.2.1. Según los principios.**

De acuerdo con los principios en que se fundamenten los árbitros para proferir su decisión, el arbitraje puede ser:



#### **5.2.1.1. En derecho.**

Es aquel en el cual los árbitros deben fundamentar su laudo teniendo en cuenta las normas sustantivas vigentes y las reglas de derecho probatorio.

#### **5.2.1.2. En conciencia o equidad.**

Es aquel en el cual los árbitros profieren su fallo sin sujeción a la tarifa legal probatoria ni al derecho sustantivo. En esta modalidad, los árbitros deciden según su leal saber y entender, aplicando los principios de equidad, el sentido común y la verdad sabida y buena fe guardada, y pueden conciliar las pretensiones opuestas.

El fallo en conciencia o en equidad es aquel que se profiere en atención al íntimo convencimiento que adquieren los árbitros después de haber analizado los antecedentes del litigio, la naturaleza y el comportamiento de las partes, los hechos del proceso, las pruebas recaudadas y las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar, aplicando el sentido común y el juicio de un hombre recto y justo.

### **5.2.1.3 Técnico.**

Es aquel en el cual los árbitros pronuncian su fallo con fundamento en especiales conocimientos que deben tener sobre determinada ciencia, arte o profesión, los que deberán aplicar para resolver un conflicto de índole técnica, cuya solución se les defiere en el pacto arbitral.

El arbitraje técnico ha sido menospreciado en Colombia, y su utilización es casi nula. Sin embargo, este sistema puede constituirse en una práctica ayuda a la justicia.

De otra parte, en el arbitraje técnico los árbitros tampoco están sujetos al derecho sustantivo, debido a que fallan sujetándose a sus especiales conocimientos en una profesión, arte u oficio. En relación con el procedimiento, éste es libre y se somete a los usos y costumbres que al respecto hayan venido imponiéndose.

### **5.2.2. En razón de su origen.**

#### **5.2.2.1. Voluntario.**

Es aquel que tiene su origen en el pacto arbitral suscrito libremente por las partes, con el fin de resolver sus conflictos de intereses presentes o futuros.

#### **5.2.2.2. Forzoso.**

Tiene su origen en la ley, como instancia obligatoria en la solución de un conflicto. En Colombia se presenta únicamente en materia laboral, pero para resolver conflictos colectivos de trabajo; es una figura totalmente diferente del proceso arbitral regulado en el estatuto de los sistemas alternos de solución de conflictos.

#### **5.2.3. De acuerdo con la forma de funcionamiento.**

##### **5.2.3.1. Independiente (ad hoc).**

Es aquel en el cual las partes acuerdan libremente las reglas de procedimiento.

Es de advertir que la irritualidad o informalidad se refiere exclusivamente a las reglas de procedimiento, sin que sea lícito a las partes disponer, contractualmente, un apartamiento al derecho sustantivo colombiano, estableciendo que se aplicarán las normas y los principios sobre contratación establecidas por la UNIDROIT, en vez de Código Civil y Mercantil.

La escogencia del derecho sustantivo, cuando se trate de arbitraje en derecho, solamente está permitido en el arbitraje internacional, por obvias razones. Lo anterior no se opone a que también exista absoluta libertad en la aplicación o

inaplicación del derecho sustantivo, cuando el arbitraje es independiente y los árbitros deban fallar en conciencia.

Finalmente, es importante advertir que, en todo caso, las reglas de procedimiento legal contenidas en el Decreto 2279 de 1989, la Ley 23 de 1991, la Ley 446 de 1998 y el Código de Procedimiento Civil, son de aplicación residual y obligatoria, en la medida en que en el arbitraje independiente o institucional no exista regulación específica al respecto, sin que dicha aplicación residual cambie su naturaleza de arbitraje institucional o independiente.

#### **5.2.3.2. Institucional.**

Será institucional el arbitraje cuando las partes se sometan a las reglas de procedimiento establecidas por un centro de arbitraje nacional y, además, el tribunal funcione en ese centro, quien tendrá el carácter de administrador del proceso.

El arbitraje institucional presenta las siguientes ventajas:

**Lista de árbitros:** el centro debe contar con una lista de árbitros cuya idoneidad avale la institución.

**Secretaria técnica:** los centros de arbitraje cuentan con lista de secretarios cuidadosamente escogidos y especialmente preparados en la técnica del proceso arbitral.

**Tarifas justas:** los honorarios de árbitros y secretarios, así como las costas de funcionamiento del tribunal de arbitramento, están sometidos a tablas de tarifas cuidadosamente elaboradas, graduales y acumulativas.

**Soportes técnicos:** los centros de arbitraje cuentan con una infraestructura técnica especializada en el proceso arbitral

#### **5.2.3.3. Legal.**

Es aquel que se desarrolla conforme con las normas vigentes, por no haberse remitido a un procedimiento especial (independiente) o a las reglas de arbitraje de un centro de arbitraje (institucional). El arbitraje legal es residual, es decir, opera sólo cuando las partes no se han remitido a las reglas de una institución arbitral o no han diseñado su propio procedimiento, constituyéndose de esta forma en un elemento de la naturaleza del pacto arbitral. En el arbitraje legal resulta de forzosa aplicación lo dispuesto en el Estatuto Orgánico de los Métodos Alternos de Solución de Conflictos y, en su defecto, el Código de Procedimiento Civil.

#### **5.2.4. Según el ámbito territorial.**

##### **5.2.4.1. Nacional o doméstico.**

Es aquel que se desarrolla en Colombia con sujeción a la ley colombiana, para resolver litigios sobre derechos y obligaciones que producen efectos jurídicos en territorio colombiano.

##### **5.2.4.2. Internacional.**

Es aquel que se rige de conformidad con el derecho internacional y produce efectos jurídicos en diferentes estados.

#### **5.2.5. Desde el punto de vista de las reglas procesales**

##### **5.2.5.1. Formal o ritual.**

Es aquel en el cual las partes no pueden escoger sus propias reglas procesales, y deben sujetarse, ellas y los árbitros, a las reglas procesales consagradas por el legislador (arbitraje legal).

#### **5.2.5.2. Informal.**

Es aquel en el cual las partes están habilitadas para establecer libremente las reglas procesales aplicables al caso, y los árbitros deben fallar de conformidad con lo previsto en el pacto arbitral. En Colombia se lo denomina independiente.

### **5.3. VENTAJAS DEL ARBITRAJE.**

#### **5.3.1. Celeridad.**

El arbitraje es una opción rápida para resolver cualquier conflicto de intereses, si se tiene en cuenta que el término para producir el fallo es el que las partes prevean; subsidiariamente, el término será de seis meses, contados a partir de la primera audiencia de trámite. Esta ventaja se presenta tanto para asuntos sencillos o complejos, que perfectamente podrían agotar la vida útil de un abogado, como ocurre en algunos procesos ordinarios o liquidaciones, tramitados ante la justicia ordinaria.

#### **5.3.2. Economía.**

De la celeridad surge la economía del proceso arbitral, si se tiene en cuenta que resulta más oneroso para las partes el transcurso del tiempo que los costos y gastos procesales que se ocasionen con motivo del proceso arbitral.

### **5.3.3. Universalidad.**

Por medio de la justicia arbitral pueden resolverse todo tipo de conflictos, con la condición de que éstos sean transigibles. Lo anterior indica que, perfectamente, un tribunal de arbitramento puede conocer y decidir lo referente a controversias que, de ser sometidas a la justicia ordinaria, desencadenarían un proceso ordinario, abreviado, verbal o especial, pues todos ellos son fácilmente sustituibles por el proceso arbitral.

### **5.3.4. Eficacia.**

Los laudos arbitrales producen los mismos efectos que las sentencias proferidas por los Jueces de la República, pero no están sometidos a los recursos de apelación y casación.

### **5.3.5. Reserva.**

El desenvolvimiento del proceso arbitral se mantiene dentro de la más estricta reserva. Esto permite que el buen nombre de las partes intervinientes no se vea afectado por el hecho del litigio, lo que no acontece en la justicia ordinaria, especialmente cuando las partes son muy conocidas.



### **5.3.6. Idoneidad.**

Con el arbitraje se asegura la calidad del fallo por las especiales calidades morales y profesionales de los árbitros, quienes son expertos en la materia decidida.

### **5.3.7. Equidad.**

Árbitros idóneos producen fallos justos.

Este principio puede entenderse como la aplicación para la solución de determinados conflictos de la justicia, a fin de colmar las lagunas del derecho positivo o de corregir su aplicación cuando fuese demasiado riguroso.

### **5.3.8. Inmediación.**

La interrelación de los árbitros con las partes es permanente, lo que sin duda conduce más fácilmente a la verdad. Los árbitros decretan y practican directamente las pruebas, con la colaboración de las partes y sus apoderados, lo que redundará a favor de la lealtad procesal; por otra parte, los árbitros disponen de ánimo y tiempo suficientes para realizar una valoración probatoria minuciosa y acertada, situación que por causas variadas difiere frente a la justicia ordinaria.

#### **5.4. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES.**

Para zanjar toda la discusión respecto a la constitucionalidad del arbitraje, el artículo 116 de la Constitución de 1991 consagró el arbitraje, en los siguientes términos:

“Los particulares puede ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.

Del texto constitucional surgen los siguientes principios:

- a. Los árbitros son particulares.
- b. Los árbitros son administradores de justicia temporales.
- c. Los árbitros deben ser previamente habilitados por las partes.
- d. La ley es la que fija o señala los términos en los cuales se administra la justicia arbitral, al no existir limitación constitucional al respecto.

#### **5.5. NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE.**

##### **5.5.1. Planteamiento del problema.**

Es evidente que la institución arbitral es de origen eminentemente contractual. Sin el convenio o pacto arbitral no puede iniciarse ni, menos, tramitarse el proceso.

Pero, a un mismo tiempo, el acuerdo de las partes da origen a un verdadero proceso judicial que culmina con una sentencia o laudo, proveído ajeno e independiente del querer de los contratantes.

Visto así el panorama, es factible que el arbitramento se catalogue como una institución de derecho contractual o derecho procesal, lo que en el fondo determinará su pertenencia al derecho público o privado.

Tomar posesión por cualquiera de estos extremos implicará soluciones diferentes a determinados problemas que necesariamente surgen de la aplicación de las normas que regulan el tema.

## **5.5.2. Las posiciones doctrinales.**

### **5.5.2.1. Escuela contractualista.**

Puesto que hay unanimidad en la doctrina comparada en cuanto a que el pacto arbitral implica la celebración de un verdadero contrato, los defensores de esta escuela sostienen que por ser el convenio el elemento esencial e indispensable en el proceso, el arbitraje es de naturaleza contractual o de derecho privado.

Al tenor de esta escuela, los árbitros cumplen un encargo de las partes previamente delimitado en el pacto arbitral, adquiriendo la calidad de mandatarios.

### **5.5.2.2. Escuela procesalista.**

Para los defensores de esta teoría los árbitros son jueces y el laudo se pronuncia siguiendo un procedimiento, razón por la cual adquiere la calidad de sentencia. El punto sustancial en el proceso no es el convenio inicial sino la actuación por intermedio de árbitros, cumpliendo unas etapas procesales.

Los árbitros no son mandatarios de las partes, sino jueces independientes que resuelven un conflicto de intereses con efectos de cosa juzgada.

### **5.5.2.3. Escuela ecléctica.**

El arbitraje participa simultáneamente de la naturaleza contractual y procesal.

Para quienes defienden esta teoría, distinguen perfectamente dos etapas dentro del arbitraje. La primera, de contenido eminentemente contractual, se perfecciona y finaliza con la suscripción del pacto arbitral. La segunda, de efectos netamente procesales, tiene operancia cuando surge el conflicto entre los contratantes y se inicia el proceso arbitral. Sin embargo, ninguna etapa puede separarse de la otra una vez los árbitros inician su gestión.

La escuela ecléctica o sincrética tiene pleno respaldo en la legislación colombiana.

Su naturaleza contractual aparece de manifiesto en el artículo 116 de la

Constitución en donde se consagra el principio de la autonomía como fuente de jurisdicción o sumisión del arbitraje. Es claro el precepto al disponer que los árbitros quedan facultados para administrar justicia y proferir laudos, porque han sido previamente habilitados por las partes.

Por otro lado, su naturaleza procesalista es también evidente, en la medida en que el legislador le otorga al arbitraje la calidad de proceso judicial. Para corroborar lo anterior, basta observar que el libro tercero del Código de Procedimiento Civil que trata sobre los procesos, en su sección quinta, se ocupa del denominado proceso arbitral.

La sala Civil de la Corte, en forma reciente, aceptó la condición mixta o escuela ecléctica del arbitraje al expresar:

“2. De cuanto acaba de anotarse acerca de la configuración jurídica que le es característica y su razón de ser como una de las especies en que suele manifestarse el pacto arbitral, sitúese que son de dos clases los efectos que la cláusula compromisoria produce, unos de clara estirpe contractual y de carácter positivo en cuya virtud quedan obligadas las partes a estar y pasar por el estipulado, habida cuenta que la situación así creada en ejercicio de la autonomía de la voluntad recibe el tratamiento normativo general que señalan los artículos 1602 y 1603 del Código Civil, al paso que otros son propiamente procesales en la medida en que al igual que el compromiso, la cláusula en examen... de origen illico, es decir aun antes de que los árbitros sean nombrados o acepten o entren de todos

modos en función a una excepción de improcedibilidad, verbigracia de incompetencia, proponible ante la autoridad judicial, siempre que una de las partes acuda a ella con una demanda suya en orden a controversias comprendidas o que las demás partes conceptúen comprendidas en la cláusula, en cuyo caso decidirá la autoridad judicial misma si efectivamente aquella excepción es o no es fundada... . (5).

La principal consecuencia de tipo procesal que provoca la existencia de una cláusula compromisoria es, entonces, la de excluir para el futuro la actividad jurisdiccional de conocimiento respecto a las cuestiones litigiosas que dicha cláusula abarca” .(6).

## **5.6. EL PACTO ARBITRAL.**

### **5.6.1. Concepto.**

Es un negocio jurídico de naturaleza contractual mediante el cual las partes manifiestan su voluntad de deferir la solución de sus conflictos de intereses actuales o futuros, originados en una relación contractual o en una situación de hecho, a la justicia arbitral, quedando derogada la jurisdicción ordinaria.

---

(5) REDENTI, Enrico. Derecho Procesal Civil. Tomo III, capítulo 60. Pág. 266.

(6) Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia de Junio 17 de 1997. Expediente 4781.

## **5.6.2. Requisitos esenciales del pacto arbitral.**

El único requisito general de la esencia del pacto arbitral es que conste, como dice la ley, en cualquier documento; en la práctica lo que resulta importante es que conste por escrito.

## **5.6.3. Especies del pacto arbitral.**

### **5.6.3.1. Cláusula compromisoria.**

Mediante este convenio, las partes contratantes acuerdan solucionar total o parcialmente las diferencias futuras que puedan surgir en relación con un contrato determinado, a través de un tribunal de arbitramento.

#### **5.6.3.1.1. Requisitos de la cláusula compromisoria.**

La esencia de la cláusula compromisoria es que ésta se formalice antes de que surjan las diferencias contractuales a las cuales se refiere.

Además del requisito general que implica que la expresión de voluntades de las partes de someterse a la justicia arbitral conste en un documento, si el acuerdo de voluntades consta en documento separado del contrato al cual se refiere la

cláusula compromisoria, es necesario para su eficacia, es decir para que produzca efectos jurídicos y sea vinculante, que sea precisa en los siguientes aspectos:

a. Que ese documento forme parte integrante del contrato al cual se refiere la cláusula compromisoria, sea que se denomine otrosí, modificación, complementación, contrato adicional, etcétera.

b. Que ese segundo documento esté suscrito por las mismas personas que suscribieron el contrato principal o sus causahabientes legales.

#### **5.6.3.1.2. Naturaleza jurídica de la cláusula compromisoria.**

La cláusula compromisoria es un verdadero contrato como lo acepta la doctrina nacional.

El doctor Martínez Neira, en forma brillante, concluyó:

“La cláusula compromisoria participa de la naturaleza jurídica del pacto arbitral, es un verdadero contrato que se erige como la ley de las partes y para los propios árbitros...” (7).

Otros autores, por su parte, aceptan el principio de la autonomía siempre y cuando la cláusula compromisoria se haya pactado en documento separado, distinción que, no tiene sustento legal.

---

(7) MARTINEZ NEIRA. Transformaciones del derecho mercantil moderno. Dike. Pág. 350.



En igual sentido se pronuncia el profesor Marco Gerardo Monroy Cabra para quien “La cláusula compromisoria no es una simple cláusula accesoria a un contrato como anteriormente se haya observado, sino que por su misma naturaleza es un verdadero contrato cuya única exigencia es que debe ser por escrito” .(8).

Para la Corte Constitucional, el pacto arbitral, en cualquiera de sus formas, constituye un verdadero contrato; al respecto manifestó:

“Así pues, la justicia arbitral implica la suscripción voluntaria de un contrato o negocio jurídico, por medio del cual las partes renuncian a la jurisdicción ordinaria y acuerdan someter la solución de cuestiones litigiosas, que surgen o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas, a la decisión de árbitros ”. (9).

#### **5.6.4. Características de la cláusula compromisoria.**

En general, la cláusula compromisoria goza de las siguientes características que la diferencian claramente del compromiso:

a. Tiene relación directa e inmediata con un contrato. Por tanto, a través de la cláusula compromisoria no pueden someterse, a decisión de los árbitros, asuntos

(8) Arbitraje Comercial. Legis. 1998. Pág. 96.

(9) Corte Constitucional. Sentencia C-163 de Marzo 17 de 1999.

o diferencias extracontractuales.

b. Se debe pactar antes de que se origine cualquier conflicto o controversia entre las partes. Es decir, la esencia misma de la cláusula compromisoria nos indica que opera únicamente para diferencias futuras.

c. Si nada se expresa, ésta se extiende a cualquier conflicto o diferencia, que directa o indirectamente tenga relación con el contrato al cual se refiere.

Esta presunción general de competencia arbitral fue consagrada por el inciso segundo del artículo 2° del Decreto 2279 de 1989, derogado por la Ley 446 de 1998; sin embargo, en aplicación a los principios generales sobre interpretación de los contratos se llega a la misma conclusión.

#### **5.6.4.1. Divisibilidad de la cláusula compromisoria.**

Un atributo importante de la cláusula compromisoria, como relación contractual autónoma e independiente, es su divisibilidad.

La divisibilidad implica que en la formación y consagración de la cláusula concurren elementos relacionados pero perfectamente diferenciados, los cuales pueden ser de su esencia, de su naturaleza o meramente accidentales. De esta manera, la

nulidad, ineficacia o inexistencia de su cláusula, salvo que se trate de un elemento sustancial, no afecta la totalidad del pacto arbitral.

#### **5.6.4.2. El principio de la Universalidad.**

La previsión de que se extiende a todas las diferencias que puedan surgir de la relación contractual, nos indica que el pacto arbitral cobija los conflictos que se presenten, no solamente durante la ejecución o cumplimiento del contrato, sino igualmente los que tengan relación con la extinción, terminación o liquidación del contrato, aspectos éstos que en ninguna forma pueden calificarse como ajenos a la relación contractual.

Existen otros puntos conexos o complementarios al contrato mismo, que también deben ser dirimidos a través del arbitraje, como lo sería lo referente a la interpretación y al alcance de sus cláusulas, aunque no tengan un contenido patrimonial.

El arbitraje en asuntos de contenido no patrimonial, también es admitido en el derecho comparado.

#### **5.6.4.3. La simplicidad**

Siendo la cláusula la compromisoria un verdadero negocio jurídico cuyo contenido y definición está previsto en la ley, según nuestro juicio, dicho acuerdo se perfecciona de manera sencilla y simple, bastando que las partes se refieran a ella de una manera inequívoca. Así por ejemplo, en la cláusula quinta del contrato, las partes expresan:

“Cláusula quinta. Arbitramento. Por la presente se pacta la cláusula compromisoria”.

“Cláusula compromisoria. Las partes acuerdan una cláusula compromisoria, en los términos de ley”.

“Aquí hemos pactado la cláusula compromisoria”, etcétera.

Todos estos eventos tienen en común la manifestación inequívoca de querer el pacto de cláusula compromisoria. En efecto, el artículo 116 de la ley 446, codificado en el artículo 117 del Decreto 1818, señala expresamente qué se entiende por cláusula compromisoria, razón por la cual habrá de aplicarse lo dispuesto en el artículo 28 del CC en el sentido de darle a la expresión cláusula compromisoria el sentido definido expresamente por el legislador. De igual forma, debe aplicarse el artículo 1620 del CC que expresa que la interpretación mediante

la cual una cláusula puede producir efecto, debe preferirse a aquella en que dicha cláusula no produzca ningún efecto.

#### **5.6.5. Cláusula compromisoria y contrato con mérito ejecutivo.**

Desde ahora debe quedar claro que no existe norma alguna que prohíba pactar la cláusula compromisoria en contratos que presten mérito ejecutivo, puesto que las diferencias, que normalmente se ventilarían por medio de un proceso ejecutivo, resultantes de obligaciones de dar, hacer, o no hacer, o de pagar una suma líquida de dinero, también son de competencia de un tribunal arbitral, pues al tenor de la ley, la jurisdicción arbitral se extiende a todas las diferencias. Y todas las diferencias no excluyen la obligación que tenga una de las partes de pagar una suma líquida de dinero o hacer o no hacer alguna cosa, a favor de la otra.

De todas formas, hoy no es extraño ni ajeno a nuestra legislación que un tribunal arbitral conozca conflictos que ante la justicia ordinaria se ventilarían a través de un proceso ejecutivo, como lo dispuso expresamente el legislador en el artículo 2° del Decreto 2651 de 1991.

Resulta aún más interesante preguntarse sobre la validez de pactar cláusula compromisoria en un título valor, con el fin de dirimir los conflictos que puedan surgir frente al cobro, pago o liquidación del mismo, debido al principio de la autonomía entre el contrato o relación casual y el título mismo. En primer lugar, es

indudable que el pacto sería válido, si en el título mismo aparece el contrato fundamental como es lo usual en los pagarés en donde en un mismo documento se hace constar el título valor y el contrato mutuo. Claro que en este evento el acreedor debe manifestar su adherencia o aceptación de la cláusula compromisoria, en un documento aparte.

Frente a la controversia surgida entre las partes con ocasión de la suscripción de un título valor, nada impide que se celebre ante la justicia ordinaria, entre otras razones porque el único requisito para que se abra paso la justicia arbitral es que el asunto sea susceptible de transacción, lo que es evidente frente a cualquier conflicto que sea posible tramitar por la vía del proceso ejecutivo.

En otras palabras, si todo lo que se tramita por vía del proceso ejecutivo es susceptible de transacción, entonces podrá también ser materia de competencia arbitral.

Por todo lo anterior, consideramos que si al existir cláusula compromisoria o compromiso se inicia el respectivo proceso ejecutivo, el juez debe declarar la prosperidad de la excepción previa que formule el demandado, pues el artículo 97 del CPC no excluye esta excepción frente a los procesos de ejecución.

La excepción previa de cláusula compromisoria o compromiso, frente a un proceso ejecutivo que se pretende tramitar por la vía ordinaria, ha sido aceptada por algunos tribunales del país, como el Tribunal de Cali.

En todo juicio ejecutivo hay, en efecto, dos procedimientos vinculados pero con individualidad propia: un proceso de puro conocimiento y un proceso de ejecución. El primero tiene por objeto determinar si se reúnen las condiciones necesarias para la ejecución y decidir la controversia que se produce entre las partes con motivo de las excepciones que el ejecutado pone en requerimiento de pago, naturaleza puramente jurisdiccional y no requiere para su realización ejercicio de los actos de imperio.

con las modificaciones introducidas a la legislación sobre arbitramento los jueces de la jurisdicción ordinaria, hoy en día conocen únicamente de la ejecución del laudo, que equivale a la ejecución de una sentencia como lo dispone el artículo 509 del CPC. (10) .

El Tribunal Superior de Bogotá ha conceptuado: “ El Juez ordinario no está facultado legalmente para tramitar procesos ejecutivos, mientras no se derogue por las partes la cláusula arbitral no adquiere competencia para conocer de la presente ejecución en curso, porque, como se repite, el proceso ejecutivo debe adelantarse ante los árbitros quienes tienen la facultad de administrar justicia“.(11).

En una jurisdicción coactiva para conocer de los procesos de ejecución

(10) Tribunal Superior de Cali. Sala civil). Sentencia de diciembre 3 de 1992.

(11) Tribunal Superior de Bogotá. Sala Civil. Sentencia del 27 de Abril de 1996.

reservados a los jueces permanentes y, dentro de ellos, a los de jurisdicción ordinaria civil (artículos 16 numeral 1; 23, numeral 1; 488 y ss. Del CPC), sin perjuicio de las excepciones pertinentes, como la competencia para jurisdicción coactiva administrativa (artículo 268, numeral 5 de la CN), etc, no es permitida la jurisdicción coactiva arbitral. Entonces, si conforme con la Constitución y la Ley los árbitros no pueden ejecutar coactiva o forzosamente sus propias decisiones recogidas en laudo mucho menos pueden hacerlo respecto a otras decisiones judiciales, ni a decisiones o títulos creados por los particulares que requieran poder o potestad coactiva. Pues esto es de tal entidad que su representación en la libertad (verbigracia, mandamiento forzoso de pago) y en el patrimonio (verbigracia, medidas de embargo y secuestro, orden de llevar a cabo la ejecución, remate, etcétera) del ejecutado, requiere, a juicio de nuestro ordenamiento, la intervención de los órganos jurisdiccionales permanentes del Estado. De allí, si la ley no establece distinción dentro de su reserva estatal, para este tipo de conocimiento, se concluye que de la competencia y jurisdicción arbitral quedan excluidos todos los procesos ejecutivos incluyendo los atinentes a las pólizas de seguros en los casos del artículo 8° de la Ley 45 de 1991” .(12).



Esta sentencia fue confirmada por la Corte Constitucional mediante un fallo, en proceso de exequibilidad, con efecto Erga Omnes. Al efecto, la Corte Constitucional expreso:

(12) Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia del 23 de septiembre de 1994. Exp. 1566 Acción de Tutela impetrada por Orlando Yidi Dacarett.

Los árbitros, habilitados por las partes, en los términos que determine la ley, pueden administrar justicia para decidir conflictos surgidos en torno a obligaciones exigibles ejecutivamente, así esté en trámite el proceso ejecutivo, o no haya comenzado aún. Así lo establece inequívocamente el inciso cuarto del artículo 116 de la Constitución.

Los únicos juicios ejecutivos que escaparían al ámbito propio de los árbitros serían los que se adelantan por la jurisdicción coactiva, para cobrar deudas a favor del fisco, a una especial de los cuales se refiere el numeral 5 del Artículo 368 de la Constitución” .(13).

El juez al conocer, de un lado, la existencia del pacto arbitral, y, de otros, la voluntad de una de las partes de acogerse a él, debe inmediatamente declarar que carece de jurisdicción para continuar conociendo de la causa. De no hacerlo, lo actuado con posterioridad a tal conocimiento será nulo.

La sala estima que ante la presencia de esta vía de hecho, es procedente acudir a

la tutela de violación al derecho fundamental al debido proceso, contra la providencia judicial que decreta el mandamiento ejecutivo (de fecha 9 de febrero de 1995) y contra la providencia que confirma lo anterior (de fecha mayo 2 de 1995), así como contra la sentencia de que decreta las medidas cautelares,

(13) Corte Constitucional. Sentencia C-294de 1995.. Exp. D-7-91. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 2° del Decreto 2651 de 1991.

medida esta última accesoria a la del mandamiento ejecutivo.

#### **5.6.6. El Compromiso.**

El compromiso se ha definido como aquel contrato “por medio del cual dos o más personas capaces acuerdan someter las controversias presentes suscitadas antes, durante y después de iniciado un proceso, derivadas de una relación jurídica susceptible de transacción, para ser resueltas en derecho, conciencia o técnicamente por un tercero...”.(14).

Mediante el compromiso, las partes convienen en someter sus conflictos de intereses presentes y determinados, relacionados o no con un vínculo contractual, a la justicia arbitral, aun cuando el asunto ya esté ventilándose ante la justicia ordinaria, siempre que no se haya dictado sentencia de primera instancia. A las personas que suscriben un compromiso se les denomina compromisarios o compromitentes.

#### **5.6.6.1. Naturaleza del compromiso.**

El compromiso es un contrato y por consiguiente es de naturaleza contractual, como lo tiene establecido la mayoría de la doctrina.(15). Sin embargo, hay

(14) BONIVENTO F. José Alejandro. Los principales contratos civiles y comerciales. Tomo II. Pág. 121.

(15) MARTINEZ NEIRA, MONROY CABRA y BONIVENTO FERNÁNDEZ. Consejo de Estado. Sentencia del 3 de Julio de 1993. Expediente Nro. 7215.

sectores que lo consideran simplemente un negocio jurídico procesal o una convención.

#### **5.6.6.2. Requisitos del compromiso.**

El contrato de compromiso deberá contener lo siguientes requisitos mínimos:

1. Nombre y domicilio de las partes.
2. Las diferencias y los conflictos concretos que someterán a la justicia de árbitros.
3. Indicación del proceso en curso, si fuere el caso.

Aparte de las condiciones anteriores y la formalidad de que conste por escrito, como requisitos esenciales solamente se requieren el convenio de someterse a decisión arbitral y que se trate de un conflicto presente y determinado.

#### **5.6.6.3. Características del Compromiso.**

El contrato de compromiso tiene las siguientes características:

1. Somete al conocimiento de la justicia arbitral diferencias surgidas tanto de relaciones contractuales como extracontractuales.
2. El compromiso es un convenio que se pacta con posterioridad o una vez surgidas las diferencias entre las partes. Es de la esencia del compromiso que entre los suscriptores de dicho pacto ya exista una controversia judicial o extrajudicial.

Las diferencias o litigios que las partes someten a decisión arbitral son únicamente las expresamente previstas en el contrato de compromiso, sin que pueda suponerse que, además se extienden a cualquier otro asunto conexo o complementario, íntimamente ligado con las diferencias objeto de compromiso.

Si el compromiso se pacta con posterioridad al inicio de un proceso ante la justicia ordinaria, las partes, de común acuerdo, podrán aumentar o disminuir sus

pretensiones, sin quedar sujetos a las formuladas ante el juez que venía conociendo el asunto.

#### **5.6.6.4. Formalidades del compromiso.**

El compromiso, al igual que la cláusula compromisoria, puede pactarse en documentos separados, con tal de que se cumplan los requisitos mínimos que trata la ley. No es de la naturaleza ni de la esencia del compromiso, que el acuerdo conste en un solo documento, aunque sí es lo usual.

#### **5.6.7. Diferencias entre la cláusula compromisoria y el compromiso.**

La diferencia sustancial entre ambas figuras consiste en que la primera se relaciona con controversias futuras, al paso que la segunda se refiere a controversias presentes, que, por tanto, deben estar precisamente individualizadas y especificadas en el convenio.

De tiempo atrás, la doctrina colombiana ha manifestado:

“El tribunal reconoce la influencia decisiva de la voluntad particular en la atribución de la competencia a los arbitradores; sin ella no puede hablarse de cláusula compromisoria, ni tampoco de contrato de compromiso. Pero, según se trate de una u otra de estas dos figuras, varía el momento oportuno para la expresión del

consentimiento. En la cláusula compromisoria, por definición, la voluntad particular opera en el momento de la formación del vínculo contractual cuyo desarrollo puede generar, sea por interpretación o por aplicación, eventuales diferencias que los contratantes, anticipadamente, deciden someter al juicio de arbitradores.

El compromiso, en cambio, no requiere necesariamente una vinculación contractual previa entre quienes difieren acerca de una materia determinada; y la voluntad opera frente a controversias ya planteadas, cuyos sujetos deciden componer con la intervención de arbitradores. La controversia puede haber surgido con ocasión de las estipulaciones de una convención, o propósito de relaciones extracontractuales” .(16).

“Pero el compromiso es un contrato autónomo para dirimir controversias ya surgidas. En cambio, la cláusula compromisoria es un contrato accesorio cuyo objeto es dirimir conflictos futuros” .(17).

## **5.7. INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL.**

### **5.7.1. Nombramiento de los árbitros.**

#### **5.7.1.1. El principio de la libertad de nombramiento.**

En principio puede afirmarse que este aspecto quedó a la libre voluntad de las partes, las que discrecionalmente eligen la fórmula que van a aplicar para nombrar los árbitros que integrarán el tribunal de arbitramento (elección directa o subsidiaria, etcétera), salvo que se guarde silencio o se trate de arbitraje legal, caso en el cual esa libertad está limitada por parámetros o hipótesis generales que la ley dispone taxativamente, dentro de las cuales deben moverse las partes. Las fórmulas que establece la ley colombiana son:

(16) Tribunal de Arbitramento Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero Versus General Electric de Colombia S.A. laudo de febrero 17 de 1964.

(17) Tribunal Superior de Bogotá. Sala Civil. Sentencia de junio 14 de 1994.

- Nombramiento directo y de común acuerdo por las partes.
- Deferir la integración total del tribunal en un tercero.
- Las partes nombran parcialmente el tribunal de común acuerdo y defieren la integración restante, es un tercero.

Cualquier otra fórmula diferente a las anotadas, estaría viciada de nulidad y originaría la indebida integración del tribunal arbitral. (En este mismo sentido se pronunció la Superintendencia de Sociedades, mediante Oficio OA 16550 del 19 de Agosto de 1980).

Cabe anotar que las cláusulas no poco frecuentes, en las cuales se acuerda que cada parte nombra un árbitro, y los dos así nombrados nombrarán al tercero, durante mucho tiempo estuvieron viciadas de nulidad, pues no se acomodaban a las condiciones legales. Esta forma de integración del tribunal de arbitramento tuvo respaldo legal durante la vigencia de la Ley 2ª de 1938 y continuó siendo válida a la luz de la libertad contractual prevista por el artículo 2016 del Código de Comercio y por el 665 del Código de Procedimiento Civil, pero perdió toda vigencia con la aparición del Decreto 2279 de 1989.

Con la aparición de la Ley 446/98 recobró vigencia nuevamente, constituyéndose en una de aquellas reglas procesales que las partes pueden fijar.

#### **5.7.1.2. Indebida integración del tribunal.**

La integración del tribunal apunta a una etapa eminentemente prearbitral, judicial o extrajudicial, integración que en todo caso puede ser atacada por los siguientes aspectos:



1. Porque los árbitros elegidos no reúnen las condiciones legales o contractuales.

Por ejemplo, se nombra a un árbitro no abogado para proferir un laudo en derecho o se nombra a un árbitro experto en familia, cuando el pacto arbitral determina que los árbitros designados deberán ser expertos en comercial.

2. Porque se elige un número de árbitros diferentes del previsto en la ley o en el pacto.

La norma general es que si las partes fijan el número de árbitros, éste será obligatorio, cualquiera que sea la cuantía o naturaleza del proceso, pues sólo en defecto de estipulación opera la norma supletiva que enseña que en los procesos de menor cuantía actuará un árbitro único y en los de mayor cuantía, tres árbitros.

En este orden de ideas, habría indebida integración del tribunal si a falta de pacto, el centro de arbitraje, equivocadamente, tramita el proceso como de menor cuantía, cuando en realidad es de mayor cuantía y, por tanto, nombra cuando se ha fijado el número de árbitros contractualmente, y se efectúa el nombramiento contrariando el pacto arbitral. También se presenta esta causal, cuando el tribunal queda integrado por un número par de árbitros.

3. Que se trate de arbitraje institucional y que el árbitro nombrado no forme parte de la lista del respectivo centro. El artículo 93 de la Ley 23 de 1991 codificado en el artículo 125 del Decreto 1818/98, implícitamente exige que en el arbitramento institucional se elijan árbitros de lista.

4. Porque la aceptación del cargo fue extemporánea y, sin embargo, el árbitro así nombrado fungió como tal y participó en el laudo.

5. Porque el árbitro fue designado en forma contraria como lo estipula la ley (por ejemplo utilizando la fórmula árbitro-parte).

6. Porque el árbitro fue designado por la persona o el organismo que no tenía competencia para hacerlo. Esta hipótesis aparece generalmente vedada y, por tanto, es mucho más difícil de percibir pero ocurre con demasiada frecuencia; por ejemplo: el juez procede a nombrar árbitro, cuando dicha función le compete al centro de arbitraje; el Consejo de Estado nombra árbitro cuando la competencia se radica en el centro de arbitraje; el director del centro nombra un árbitro para remplazar a otro impedido, recusado o retirado, haciendo caso omiso de que primero debe requerir a las partes para tal fin; el director del centro nombra árbitro, sin que previamente se haya requerido al tercero previsto en el pacto, para que proceda de conformidad, etcétera.

En otras palabras, si una persona, entidad o institución nombra un árbitro usurpando competencia de otro, conforme con la ley o el contrato, se presenta una indebida integración del tribunal.

7. Debido a que alguno de los árbitros dejó de asistir, sin excusa válida, a más de dos audiencias, o con excusa válida a más de tres audiencias y, sin embargo, no fue removido de su cargo y continuó actuando.

### **5.7.2. Fórmulas de integración.**

Habiéndose consagrado con su verdadero alcance y contenido el denominado arbitraje independiente, es evidente que la fórmula legal prevista en el artículo 7° del Decreto 2279/89 (hoy artículo 122 del Decreto 1818/98) sólo es operante cuando en el pacto arbitral se guarde silencio al respecto o cuando las reglas del centro de arbitraje o institución escogida no contemplen nada al respecto.

Resulta por demás importante destacar que la facultad de crear sus propias reglas de procedimiento presupone libertad absoluta de las partes para escoger una, varias o todas, empezando por la forma de elegir los árbitros; de manera que la elección de una fórmula, diferente de la regulada en el Decreto 1818/98, así sea la única regla de procedimiento escogida, es válida a la luz de la nueva legislación. Con la aclaración anterior, pasamos a estudiar las fórmulas más usuales.

### **5.7.2.1. Los árbitros- partes.**

Se denomina así la fórmula, no poco frecuente, mediante la cual se conviene que cada una de las partes nombrará su propio árbitro y los dos así nombrados, nombrarán al tercero faltante.

Esta fórmula fue introducida en nuestra legislación por el artículo 4° de la ley 2ª de 1938 que a su tenor disponía:

“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”.

La integración mediante el sistema de árbitros partes no perdió validez con la derogatoria de la Ley 2ª de 1938, sino que conservó la operancia durante la vigencia del Código de Comercio y el Código de Procedimiento Civil, pese a que la Superintendencia de Sociedades y los tribunales ordinarios y de lo contencioso reiteradamente pregonaron su invalidez. En efecto, el artículo 2013 del Código de Comercio y su equivalente, el 665 del Código de Procedimiento Civil, expresaban:

“En caso de que la cláusula compromisoria nada diga sobre el nombramiento de los árbitros, las partes deberán hacerlo de acuerdo”. Es decir, solamente a falta de

pacto expreso, era obligación efectuar el nombramiento de común acuerdo, como que la norma estableció una designación legal meramente supletiva, dejando en plena libertad a los estipulantes, al respecto.

La integración –árbitros y partes – que es la fórmula más favorecida en derecho comparado, no implica compromiso del árbitro, con su nominador, como se cree. Bien lo ha dicho la Corte Suprema: “Los árbitros... aun cuando puedan ser escogidos por los contendores, no obran en nombre de éstos, no ostenta propiamente su representación sino pronuncian decisiones como sujetos independientes de la voluntad de unos y otros opelegis... Tanto que el litigante que resulte afectado por el fallo arbitral no puede exigir ningún tipo de responsabilidad del árbitro” .(18).

Con la consagración del arbitraje institucional no existe duda respecto a la validez de esta fórmula, incluso respecto a cláusulas compromisorias suscritas antes de la Ley 446 de 1998. De manera que solamente tratándose de arbitraje legal, la mencionada fórmula está prohibida.

---

(18) Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Sentencia de marzo 21 de 1995.

### **5.7.2.2. Delegación subsidiaria.**

Se entiende por delegación subsidiaria, aquel sistema mediante el cual se estipula que si alguna de las partes no efectúa el nombramiento a su cargo, lo hará un tercero designado subsidiariamente.

La designación subsidiaria opera cuando se estipula que en caso de que las partes no se pongan de acuerdo, cualquiera de ellas podrá acudir ante un tercero (generalmente las Cámaras de Comercio) para que tercero efectúe las nominaciones, en reemplazo de las partes.

Una tercera variante se presenta cuando se consagre que el tercero escogido no efectúa la designación, ésta la hará un tercero subsidiario.

Todas las fórmulas anotadas resultaban nulas en razón de que la ley colombiana no disponía que a falta de acuerdo o cuando el tercero delegado no efectúa la designación, ésta la realizará el director del centro. Lo anterior quiere significar que la falta de consenso entre las partes o la renuencia del tercero, da lugar a la intervención del centro y no a la intervención de otro tercero.

Es importante aclarar que, para el Consejo de Estado, la delegación subsidiaria sí estaba permitida, según se desprende del siguiente pronunciamiento:

“Estima la Sala que la fórmula empleada en la cláusula compromisoria para la designación de árbitros no viola las normas legales que regulan este punto.

Dichas normas permiten que las partes deleguen en un tercero la designación total o parcial de los árbitros, y sólo cuando exista desacuerdo entre ellos o juez quien la realice. Aquí las partes acordaron que el nombramiento lo haría la Cámara de Comercio de Riohacha que es un tercero, si ellos mismos no llegaban a un acuerdo para dicha designación. La ley no prohíbe que sea un tercero quien designe los árbitros” .(19).

De todas maneras, hoy no hay duda alguna sobre la validez de esta fórmula de nombramiento de árbitros, habida cuenta de la consagración del arbitraje independiente, contenida en la Ley 446 de 1998 y recogida por el Estatuto Orgánico del MASC (solamente está prohibida en el arbitraje legal).

#### **5.7.2.3. Delegación en funcionario u organismo oficial.**

Aunque no son muy frecuentes, se han presentado eventos en los cuales se defiere la integración total o parcial de un tribunal en funcionarios oficiales como el Presidente de la República, o en organismos gubernamentales como el Ministerio de Justicia, el SENA, etcétera.

(19) Consejo de Estado. Sección Tercera, Sentencia de mayo 10 de 1994. Exp.8004.

Por el principio constitucional de la competencia reglada, los funcionarios públicos y los entes gubernamentales no tienen facultades para nombrar árbitros, salvo que exista norma expresa al respecto.

Razón tiene al Superintendencia de Sociedades, cuando en su Oficio OA 16550 del 19 de agosto de 1980 puntualizó:

“En cuanto a la delegación del nombramiento de árbitros en un tercero, es preciso tener en cuenta que ella no puede hacerse en funcionarios públicos, pues éstos tienen sus funciones detalladas en la ley o un reglamento sin que sea posible a los particulares atribuirles nuevas funciones mediante convenios, ni al funcionario ejercer las que no le hayan sido atribuidas por la Constitución, la ley o el reglamento respectivo”.

Por los motivos expuestos, ni siquiera tratándose de arbitraje independiente, la mencionada cláusula adquiere operancia y validez.



#### **5.7.2.4. Delegación en dos o más terceros.**

Esta delegación ocurre cuando se ha deferido a dos o más terceros la integración total o parcial de un tribunal de arbitramento, sea por vía directa o por vía subsidiaria.

La prohibición encuentra sustento en que la ley permite la delegación en un tercero y no en varios terceros, concepto que ha sido reiterado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia nacional.

Precisamente, el Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de 14 de noviembre de 1979, manifestó:

“El numeral habla tan sólo de un tercero: o deleguen a un tercero. Igual ocurre en el artículo 2014: ‘Si en el compromiso o en la cláusula compromisoria se hubiere convenido que los árbitros sean nombrados por un tercero y éste no hiciere la designación..., el auto que ordene el requerimiento se notifica personalmente a la otra parte y en él señalará al tercero un término de cinco días para que haga la designación”. Igual se puede afirmar del 2016 en su numeral 2.

Destacamos nuevamente el hecho de que la consagración del arbitraje independiente (Ley 446/98) formalizó y reguló el mencionado pacto, quedando prohibido su operancia, tratándose de arbitraje legal.

### **5.7.3. Saneamiento de la fórmula prevista.**

Ya hemos expuesto la teoría de que hoy, las partes son enteramente libres para establecer la fórmula de nombramiento de árbitros.

En todo caso, cuando se acuerde una fórmula que deviene en ilegal, por ser contraria a la ley, la integración del Tribunal se sana efectuando el nombramiento conforme con la legislación vigente, es decir, nombrando los árbitros de común acuerdo o solicitando su designación por parte del director del Centro.

Ahora bien, para despejar cualquier duda frente a la debida integración del tribunal es conveniente, además (no indispensable), que en la primera audiencia de trámite los apoderados ratifiquen el nombramiento e integración del Tribunal.

Sobre el saneamiento de la fórmula de integración escogida, nuestra jurisprudencia ha conceptuando:

“El hecho de haber adoptado una fórmula inicial no impide que, de común acuerdo, se adopte otra; ya que la ley quiere, en primer término, que sobre el punto prevalezca la voluntad de las partes”. (20).

#### **5.7.4. Nueva fórmula de integración.**

Frente a la reglamentación prevista en el reciente Decreto 1818/98 surge una nueva fórmula para la integración del tribunal. Es así como válidamente puede pactarse que las diferencias entre las partes serán resueltas por un tribunal de arbitramento integrado por tres árbitros, salvo que se trate de un proceso arbitral

(20) Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de junio 27 de 1986. exp. 4835.

de menor cuantía (\$50.000.000.), caso en el cual se nombrará un solo árbitro.

#### **5.7.5. Notificación del nombramiento de árbitro.**

Efectuada la nominación, las partes, el tercero, o director del centro, según el caso, deben informarles a los árbitros su nombramiento, a fin de que dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes manifiesten, por escrito, si aceptan el cargo. En caso de no aceptación o de que guarden silencio al respecto, quien efectuó el nombramiento podrá proceder a su reemplazo.

Si se trata de arbitraje institucional y el nombramiento corresponde al centro, el tribunal de arbitramento necesariamente estará integrado por árbitros inscritos en

la lista del centro de arbitraje correspondiente. La aceptación, en este caso, será obligatoria, so pena de ser excluido de la mencionada lista.

#### **5.7.6. Formas de integración en el derecho comparado.**

Resulta útil para el desarrollo del arbitraje en Colombia, tener en cuenta las formas de integración más socorridas por las legislaciones extranjeras y las regulaciones de los centros de arbitraje internacional.

Las principales fórmulas son las siguientes:

1. Libertad absoluta en la integración del tribunal. Ese sistema es el más empleado.
2. La figura simple de los árbitros – partes.
3. El sistema del tercero en discordia. Este sistema permite el funcionamiento arbitral par, aunque en la integración también se haya designado un tercer árbitro, quien solamente actuará en caso de empate entre los dos árbitros principales.
4. La figura de tercero presidente. Esta fórmula consiste en la integración del tribunal con árbitros – partes; es decir, cada parte nombrará su propio árbitro, y los dos así nombrarán un tercero quien ejercerá la presidencia del tribunal.

5. Sistema del tercero con voto calificado. Este método es igual al anterior con la variante de que el tercero, quien ejerce las veces del presidente tendrá un voto calificado y prevalente sobre el voto de los otros dos árbitros. El presidente cuenta con facultades para decidir, él solo, los recursos y peticiones que se formulen en el transcurso del proceso.

6. La delegación subsidiaria con todas sus variantes.

7. El sistema de elección de listas. Esta fórmula es la usual en los centros de arbitraje internacional. El centro envía a las partes (convocante y convocada) una misma lista integrada, generalmente, por quince (15) árbitros. El convocante y el convocado tachan de la lista los nombres de las personas que no quieren que figuren como árbitros y enumeran a los demás, en orden prelación. Devueltas las listas al centro, la institución elegirá como árbitros aquellas personas que coincidan en ambas listas, según los órdenes de prelación. En caso de no existir coincidencias, el centro podrá integrar el tribunal, libremente.

8. El sistema de árbitro-parte único. Con este sistema se prevé que las partes deberán designar su propio árbitro dentro de un término específico, previo al requerimiento que efectúe la contraparte. Si el requerido se niega hacerlo o guarda silencio, actuará como árbitro único el elegido por la parte no renuente.

### **5.7.7. Control, inspección y vigilancia de los centros de arbitraje.**

El Ministerio de Justicia y del Derecho tendrá funciones de control, inspección y vigilancia sobre los conciliadores, con excepción de los jueces, y sobre los centros de conciliación y/o **arbitraje**. Para ello podrá instruir sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones que regulen su actividad, fijar los criterios técnicos y jurídicos que faciliten el cumplimiento de tales normas y señalar los procedimientos para su cabal aplicación. Adicionalmente, el Ministerio de Justicia y del Derecho podrá imponer las sanciones a que se refiere el artículo 94 de la Ley 446 de 1998. (Artículo 18 de la Ley 640/2001).

El artículo transcrito fue declarado INEXEQUIBLE por la Honorable Corte Constitucional, en Sentencia C-917 de 29 de octubre de 2002, Magistrado Ponente Doctor: Marco Gerardo Monroy Cabra, en donde se indicó por parte de esta corporación, que cualquier reglamentación que tienda a instruir sobre la forma en que los conciliadores deben ejercer su actividad afecta el funcionamiento de la administración de justicia y, por lo tanto, ésta se debe reservar al Consejo Superior de la Judicatura.

Así mismo, señaló, que cuando el artículo 116 de la Carta Política prescribe que los particulares pueden ser investidos de la función de administrar justicia en calidad de conciliadores, excluye expresamente de la potestad reglamentaria de la rama ejecutiva el ejercicio de la función conciliadora, por cuanto se trata de una función jurisdiccional, la que no le es dada por la Constitución.

La Corte aclaró que la vigilancia que puede ejercer el Ministerio de Justicia sobre los centros de conciliación se encuentran directamente relacionados con los tramites burocráticos que enmarcan y promueven la función de los conciliadores. Este control a su vez, se debe restringir a obligaciones impuestas por la Ley a dichos centros.

Como se observa, las consecuencias de la declaratoria de inexecutable, no solo atañe a los centros de conciliación, sino, también a los de arbitraje, por lo que es importante resaltar en esta tesis el alcance de tal declaratoria. Inquietándonos los planes del actual gobierno en cabeza del doctor Alvaro Uribe Vélez de eliminar el Consejo Superior de la Judicatura, ya que de llevarse esto a cabo, cuál sería la entidad que tendría competencia para hacerlo?

Finalmente, no se puede desconocer, que tanto los conciliadores como los arbitros administran justicia, por lo que es el Consejo Superior de la Judicatura, como lo prescribe la Constitución de 1991, al que le corresponde reglamentar su actividad, por hacer parte de la rama judicial y no al Ministerio de Justicia, que como bien sabemos, hace parte de la rama ejecutiva; de lo contrario, se estaría violando lo preceptuado en el artículo 129 de la Carta Política.

## **5.8. PROCEDIMIENTO LEGAL.**

Tal como se expuso en el aparte concerniente a las Modalidades del Arbitramento, las partes pueden convenir el procedimiento que debe seguirse para su funcionamiento (Independiente) o someterse al procedimiento establecido por un Centro de Arbitraje (Institucional), pero si ello no ocurre entonces el procedimiento será el establecido directamente por las normas pertinentes sobre la materia (legal).

También es sabido que por mandato del artículo 166 de la Ley 446 de 1998, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1818 de 1998 mediante el cual se compilaron, todas las disposiciones vigentes sobre los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, entre ellas las relacionadas con el Arbitramento, y que, fuera de los aspectos ya analizados sobre el particular, contiene preceptos relacionados con el procedimiento que debe seguirse cuando las partes no se pronuncian sobre el tema, distinguiendo entre el Trámite Prearbitral (Artículo 127 y S.S.) y la iniciación del Trámite Arbitral (Artículo 139 y S.S.), aspectos que seguidamente se analizan:



### **5.8.1. Tramite Prearbitral.**

#### **5.8.1.1. Solicitud.**

Cualquiera de las partes o ambas deberá formular la solicitud de convocatoria del Tribunal de Arbitramento, en escrito que reúna los mismos requisitos exigidos por la Ley para la demanda correspondiente, el cual se presentará ante el Centro de Arbitraje acordado y, en su defecto, ante uno del lugar de domicilio de la otra parte, cuando fuere del caso.

Cuando la otra parte fuere plural o tuviere varios domicilios, la solicitud de convocatoria se presentará ante el Centro de cualquiera de ellos a elección de quien convoca el Tribunal, sin perjuicio de que en el evento de un rechazo de la petición el Ministerio de Justicia indique a qué centro le corresponde avocar el conocimiento del asunto.

Como en los asuntos contractuales el Arbitraje es en derecho y, en su caso, técnico, las partes deben concurrir a dicho proceso por medio de abogado inscrito, a menos que se trate de asuntos exceptuados por la ley como en el caso de controversias de menor cuantía, o sea aquellas cuyo monto asciende hasta 400 SMMLV, de tal manera que las que superen dicho monto y las que no versen sobre derechos patrimoniales se consideran de mayor cuantía (artículo 122 y 123).

#### **5.8.1.2. Verificación de la integración del tribunal.**

Asumido el conocimiento del asunto por parte del Centro de Arbitraje que corresponda, se procederá a verificar la designación y aceptación de los árbitros; si sólo falta lo segundo, el director del Centro los citará personalmente o por telegrama para que dentro del término de cinco (5) días asuman el cargo y si ello ocurre se entenderá el silencio como rechazo del nombramiento.

En caso de no existir nombramiento, de no aceptación, o de retiro, el centro citará a las partes o a quien estas hayan delegado para que se haga la designación, asumiendo dicha atribución en el evento en que aquellas no cumplan con dicho propósito. De todas maneras, el nombramiento de los árbitros y del secretario del Tribunal se hará de las listas correspondientes del Centro de Arbitraje y su aceptación tendrá carácter obligatorio, so pena de que los designados sean excluidos de las listas mencionadas.

De otra parte, en materia de impedimentos y recusaciones es pertinente tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 130 del Decreto compilador: “Los árbitros están impedidos y son recusables por las mismas causales previstas en el Código de Procedimiento Civil para los jueces (que son las mismas referenciadas por el Código Contencioso Administrativo para dicho sector):

“Los árbitros nombrados por acuerdo de las partes no podrán ser recusados sino por causales sobrevinientes a la designación. Los nombrados por el juez o por un

tercero, serán recusables dentro de los cinco (5) días siguientes a la designación del árbitro”.

Sin perjuicio del procedimiento establecido por los artículo 133 a 136 del Decreto 1818 de 1998 para tramitar los impedimentos y recusaciones, debe observarse lo dispuesto por el artículo 137 Ibídem, en cuando a que “El proceso arbitral se suspenderá desde el momento en que el árbitro se declare impedido, acepte la recusación o se inicie el trámite de la misma, hasta cuando sea resuelta y sin que se afecte la validez de los actos surtidos con anterioridad.

“Igualmente se suspenderá el proceso arbitral por inhabilidad o muerte de alguno de los árbitros, hasta que se provea su reemplazo.

“El tiempo que demande el trámite de la recusación, la sustitución del árbitro impedido o recusado, la provisión del inhabilitado o fallecido, se descontará del término señalado a los árbitros para que pronuncien su laudo”.

#### **5.8.1.3. Trámite conciliatorio previo.**

Determina el artículo 141 del Decreto 1818 de 1998 que, con anterioridad a la instalación del Tribunal de Arbitramento, se surtirá el trámite previsto en los artículos 428, 430 y 432 del Código de Procedimiento Civil, actuaciones que según

el párrafo del mismo artículo deben adelantarse ante el Director del Centro de Arbitraje, sin perjuicio de que éste pueda delegar dichas funciones.

La conciliación en el proceso arbitral, es completamente independiente a la prevista en el artículo 101 del C. P. C., lo cual implica que las facultades y poderes del director del centro, también sean diferentes a las del juez.

En efecto, el artículo 10 del Decreto 26511 de 1991 reza: " Con excepción de las audiencias previstas en el trámite de conciliación a que se refiere el artículo 2 y el numeral 3 del artículo 16 de este decreto, la inasistencia injustificada a alguna de las audiencias de conciliación previstas en este decreto o a la contemplada en el artículo 101 del C.P.C. Tendrá además de las consecuencias indicadas en el citado artículo las siguientes...".

En verdad, el legislador, sacó del régimen común a las audiencias de conciliación relacionadas con el proceso arbitral. Por eso se hace alusión expresa y directa a los artículos 2 y 16 del decreto. Por esta razón parece infortunada la remisión que el artículo 16 numeral 2 Decreto 2651/91 hace a los párrafos 1, 2 y 3 del artículo 432, los cuales a su vez remiten a los párrafos 2, 3 y 5 del artículo 101 del C.P.C..

El párrafo 2 del artículo 101, que tiene que ver con la comparecencia de la partes y la imposición de multas por inasistencia o retiro injustificado antes de la finalización de la audiencia, no es aplicable en el proceso arbitral, precisamente por

que el artículo 10 del Decreto 2651/91 ya había dicho que en la generalidad de los procesos la inasistencia injustificada de alguna de las partes, además de las consecuencias previstas en artículo 101, produce la perención del mismo. A contrario sensu, a las audiencias previstas en el artículo 16 del mismo estatuto, no se le aplican las sanciones del mencionado artículo 10, ni las demás previstas en el artículo 101 del C.P.C..

Realmente el artículo 10 del Decreto 2651/91, consagra claramente tres tipos diferentes de audiencias así:

- a. Las audiencias prevista en el artículo 6. ibidem
- b. Las audiencias previstas en los artículos 2 y 16. ibidem
- c. Las contempladas en el artículo 101 del C.P.C..

Por eso la noema dice: "...Las audiencias de conciliación previstas en este decreto o la contemplada en el artículo 101...", para diferenciarlas de las audiencias en el proceso arbitral.

Como la inasistencia injustificada a las audiencias de conciliación por ausencia de alguna (s) o todas las partes, no pudiéndose aplicar lo previsto en el numeral 3 párrafo 2 artículo 101, pues el director del centro no puede resolver las excepciones previas.

El párrafo 3 del artículo 101 que autoriza el interrogatorio de las partes, tampoco es aplicable, en razón a que lo referente a las excepciones previa y el objeto del litigio, compete únicamente el tribunal arbitral.

El párrafo 3 del artículo 101, el asunto no es muy claro y puede aceptarse su aplicación aunque consideramos igualmente que las facultades de saneamiento corresponden al tribunal y no al director del centro, máxime cuando se refieren a posibles causales de excepción o al laudo inhibitorio.

El párrafo 6, tampoco resulta aplicable, si se tiene en cuenta igualmente, que lo referente a las excepciones y pruebas, está deferido únicamente al Tribunal Arbitral, sin que el director del centro en ninguna forma pueda decretar pruebas por anticipado, como que este asunto, únicamente se resuelve en la primera audiencia de trámite.

Finalmente es el mismo artículo 16 numeral 3, norma posterior y de aplicación preferencial, el que nos da la razón (artículo 5 numeral 2 Ley 57 de 1887): El artículo habla de que el director del centro citará a una audiencia de conciliación, y actuará como conciliador. Pues bien, el centro, no cita para una audiencia de conciliación, saneamiento, decisión de excepciones previas y fijación del litigio, como el legislador llama a la audiencia del 101, sino a una simple audiencia de conciliación. Por esta razón, dice la ley, el director del centro no actúa como juzgador (juez), sino como simple conciliador.

De lo anterior concluimos, que la conciliación en el proceso arbitral, se rige por lo previsto en el artículo 66 y siguientes de la Ley 23 de 1991 precisamente por corresponder a un trámite evacuado en centros privados y no despachos judiciales.

Razón tiene el artículo 75 del mencionado estatuto, al disponer que la conciliación surtida ante un centro de conciliación suple la del artículo 101, "pero no las demás diligencias previstas en la misma...".

En resumidas, la correcta interpretación de la ley no indica, como lo han entendido algunos, que si el numeral 2 del artículo 16 remite a la audiencia de conciliación del artículo 101, numeral 3 del mismo artículo 16 no tenga aplicación alguna, por haberse surtido ya la respectiva audiencia de conciliación.

Lo que se infiere es todo lo contrario, que se aplica el numeral 3, preferentemente el numeral 2 y por tanto, no se aplican las indicaciones del artículo 101 del C.P.C..

Hechas las aclaraciones anteriores, queda perfectamente claro que el director del centro no puede proferir ningún auto que tenga relación con las facultades otorgada al juez por el artículo 101, pues dicha providencia sería ilegal, pudiéndose invocar la acción de tutela, para modificar la decisión.

## **5.8.2. Iniciación del trámite arbitral.**

Para los efectos pertinentes, se desarrollarán las siguientes etapas:

### **5.8.2.1. Instalación.**

Fracasado el trámite conciliatorio previo o si su resultado fuere parcial y realizadas todas las actuaciones relacionadas con la instalación del Tribunal, incluida su integración y la aceptación de sus miembros, el Centro de Arbitraje deberá fijar fecha y hora para que aquella se lleve a cabo, de lo cual se notificará personalmente a los Árbitros y a las partes, a menos que dicha notificación se hubiere surtido por estado al concluir la audiencia conciliatoria respectiva. La inasistencia injustificada de alguno de los Árbitros determinará su reemplazo en la forma prevista por el artículo 6° del Decreto 2651 de 1991.

El Tribunal se instalará por parte del director del Centro y sesionará en el lugar que libremente hayan escogido las partes de mutuo acuerdo y, a falta de este, en el lugar en el que él determine, siendo usual y recurrente la utilización de la sede del Centro de Arbitraje.

Instalado el Tribunal sus miembros procederán a elegir un presidente de su seno y un secretario distinto de ellos, cumplido lo cual el director del Centro les entregará toda la información relacionada con lo actuado hasta ese momento.



Como parte de la instalación, el Tribunal también debe proceder a fijar sus honorarios y el monto de los gastos administrativos que en el caso del Arbitramento Institucional son establecidos de acuerdo con las tarifas aprobadas por el Ministerio de Justicia y que suelen servir de referencia para las demás modalidades, decisión que podrá impugnarse mediante recurso de reposición el cual deberá interponerse y resolverse en el mismo acto (Numeral 4° del artículo 142 del Decreto 1818 de 1998, compilado del artículo 122 de la Ley 446 de 1998).

En firme la regulación de gastos y honorarios, se procederá a su consignación bajo la forma, en las condiciones, dentro de los términos y con los efectos a que se refieren los artículo 143 a 145 del Decreto 1818 de 1998 .

Ahora bien, si de la información allegada se detecta que del asunto objeto de arbitramento está conociendo la justicia contenciosa, el Tribunal le solicitará copia del expediente para tener en cuenta su contenido al determinar su competencia y al decidir sobre el tema probatorio, cuando fuere del caso (artículo 146 del Decreto 1818 de 1998).

#### **5.8.2.2. Primera audiencia de trámite.**

Dispone el artículo 147, en armonía con el artículo 151, ambos del Decreto 1818 de 1998, que el Tribunal podrá realizar las audiencias que considere necesarias, con o sin la participación de las partes, y que la primera audiencia de trámite se desarrollará dándole cumplimiento a los siguientes aspectos:

1. Se leerá el documento que contenga el compromiso o la cláusula compromisoria y las cuestiones sometidas a decisión arbitral y se expresarán las pretensiones de las partes estimando razonablemente su cuantía.

Consideramos que este espacio, además de la lectura que el contempla, debe ser aprovechado para que los árbitros con carácter ilustrativo invoquen de las partes la explicación que se requiera sobre los móviles del conflicto y el alcance de sus pretensiones, recordándoles la posibilidad que tienen de conciliar o transigir, independientemente del funcionamiento del Tribunal de Arbitramento.

2. El tribunal resolverá sobre su propia competencia mediante auto que sólo es susceptible del recurso de reposición.

Aun cuando es explicable que el mismo Tribunal en principio deba resolver sobre su propia competencia y que la decisión sobre el particular pueda ser impugnada por vía de reposición, para darle mayor soporte al funcionamiento de dicha institución hubiere sido preferible que tal impugnación fuere resuelta por una autoridad distinta, como lo es el Consejo Superior de la Judicatura, teniendo en cuenta los riesgos innecesarios al asumir una competencia eventualmente viciada y los efectos extintivos sobre el Pacto Arbitral de una decisión negativa sobre la competencia del Tribunal.

Consideramos así mismo, por las implicaciones que ello puede tener en la continuidad del Arbitramento, que este es el momento procesal oportuno para que el Tribunal se pronuncie sobre la vinculación de los terceros que no suscribieron el Pacto Arbitral pero que, por la naturaleza de lo controvertido el Laudo generaría efectos de cosa juzgada para ellos, sin perjuicio de que su intervención se regule por las normas pertinentes del código de Procedimiento Civil (artículo 149 y 150 del Decreto 1818 de 1998) en armonía con lo establecido por el artículo 146 del Código Contencioso Administrativo.

Es el momento para que el Tribunal se pronuncie sobre la adopción de las medidas cautelares solicitadas por las partes con sujeción a las reglas establecidas para tal efecto (artículo 152 del Decreto 1818 de 1998).

Para el caso de que el asunto objeto de Arbitramento esté siendo conocido por la justicia ordinaria o contenciosa y el Tribunal hubiese recibido copia del expediente respectivo, deberá informarle de la determinación de asumir la competencia arbitral enviándole a su vez copia de la actuación correspondiente para que aquella en cuanto lo exija el contenido del Pacto Arbitral, proceda a decretar la suspensión del proceso judicial en desarrollo hasta que se resuelva el proceso alternativo que nos ocupa (artículo 146 del Decreto 1818 de 1998).

3. El tribunal resolverá sobre las pruebas pedidas por las partes y las que de oficio estime necesarias.

4. Si del asunto estuviere conociendo la justicia ordinaria recibirá la actuación en el estado que se encuentre en materia probatoria y practicará las pruebas que falten , salvo acuerdo de las partes en contrario.

Sobre la base de la trascendencia que por su naturaleza tienen las pruebas en el Arbitramento, es entendible que el Tribunal sea investido respecto a ellas de las mismas facultades y obligaciones que se le señalan al Juez en el Código de Procedimiento Civil (artículo del Decreto 1818 de 1998).

En este sentido, además de disposiciones generales sobre la materia, para la práctica de pruebas también deben tenerse en cuenta las reglas contenidas en los artículo 11 a 14 de la Ley 446 de 1998, y los artículos 21 y 23 del Decreto 2651 de 1991 (artículo 153 del Decreto 1818 de 1998), y nosotros agregaríamos el Artículo 24 del Decreto 2651 de 1991, que corresponde al artículo 157 del Decreto 1818 de 1998, por cuanto es complementario del inmediatamente anterior.

Cuando del asunto hubiese estado conociendo la Justicia ordinaria o de lo contencioso Administrativo y ya se haya adelantado el debate probatorio o este se encuentre en desarrollo, el tribunal deberá acoger las pruebas aportadas o practicadas y decretar la práctica de las que hagan falta, en su caso, a menos que las partes de mutuo acuerdo determinen someterse solamente al trámite probatorio propuesto dentro del Arbitramento.

5. Fijará fecha y hora para la siguiente audiencia.

El Tribunal cuenta con las facultades suficientes para realizar las audiencias que considere necesarias e indispensable para cumplir en debida forma con sus responsabilidades, sin perjuicio de que para ello se pueda adoptar una metodología en particular o en cada caso se indague la opinión no obligante de las partes.

No obstante lo anterior, es posible que durante la primera audiencia las partes le propongan al Tribunal ampliar el objeto del Arbitramento, evento en el cual procederá un ajuste de las sumas sobre honorarios y gastos de funcionamiento con base en el mismo trámite adelantado inicialmente, en firme lo cual y realizada la nueva consignación se fijará fecha y hora para dicha audiencia (artículo 148 del Decreto 1818 de 1998).

#### **5.8.2.3. Intervención de terceros.**

Bajo la denominación de “Terceros” debe identificarse a todas aquellas personas que, de una u otra manera, puedan tener determinados intereses o puedan verse afectadas por las decisiones que se adopten en un proceso adelantado por otros sujetos, motivos por los cuales deben ser citados para que hagan valer sus derechos, o le es permitido a las partes o a ellos mismos solicitar su vinculación a

la actuación en curso con el fin de que se les defina la situación jurídica correspondiente.

Sin perjuicio de que la intervención de terceros en el Arbitramento se someta a las normas que regulan la materia en el Código de Procedimiento Civil, es necesario distinguir las siguientes situaciones:

1. Cuando por la naturaleza de la situación jurídica debatida en el proceso, el Laudo genere efectos de cosa juzgada para quienes no estipularon el Pacto Arbitral, el Tribunal ordenará la citación personalmente de todas ellas para que adhieran al Arbitramento, notificándoles personalmente la providencia correspondiente dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de su expedición. En el evento en que no se logre notificar a los citados, o que habiéndolo hecho éstos no manifiesten expresamente su adhesión al Pacto dentro de los diez (10) días siguientes a aquella, el Tribunal declarará extinguidos los efectos de la cláusula compromisoria o del compromiso, según el caso, y los árbitros deberán integrar los honorarios y gastos que hayan recibido.

Si los notificados adhieren al Pacto Arbitral, el Tribunal fijará la contribución que a ellos corresponda en los honorarios y gastos generales, son sujeción a lo que se dispone en el siguiente numeral. (Artículo 30 del Decreto 2279 de 1989, modificado en su inciso 2 por el artículo 109 de la Ley 23 de 1991, y modificado en

el inciso 3 por el artículo 126 de la Ley 446 de 1998, texto compilado por el artículo 149 del Decreto 1818 de 1998).

2. Cuando la intervención de terceros se determine como consecuencia de los demás mecanismos contemplados en el Código de Procedimiento Civil, los árbitros fijarán la cantidad que les corresponda por conceptos de honorarios y gastos del Tribunal, mediante providencia sujeta al recurso de reposición, cantidad que deberá ser consignada dentro de los diez (10) días siguientes a su ejecutoria (Artículo 127 de la Ley 446 de 1998 que crea el artículo 30<sup>a</sup> del Decreto 2279 de 1989, compilado por el artículo 150 del Decreto 1818 de 1998).

3. En cualquiera de los eventos anteriores, si fijadas y en firme las cantidades por concepto de honorarios y gastos generales no se consignan las mismas oportunamente, el proceso continuará y se decidirá sin la intervención de los terceros a que hemos hecho referencia (Artículo 150 del Decreto 1818 de 1998).

#### **5.8.2.4. Medidas cautelares.**

Con base en lo establecido por el artículo 152 del Decreto 1818 de 1998, compilador del artículo 32 del Decreto 2279 de 1989, modificado en su inciso 4 del numeral a) por el artículo 110 de la Ley 23 de 1991, a petición de cualquiera de las partes en el proceso arbitral podrán decretarse medidas cautelares, en el momento en que el Tribunal asuma su competencia o en el curso del proceso, siempre que la

controversia recaiga sobre el dominio u otro derecho real principal en relación con bienes muebles o inmuebles, directamente o como consecuencia de una pretensión distinta, o sobre una universalidad de bienes.

Precisamente, sobre los artículos 32 del Decreto 2279 de 1989 y 110 de la Ley 23 de 1991 se ocupó la Honorable Corte Constitucional en Sentencia C-431 del 28 de Septiembre de 1995, declarándolos Exequibles al considerar que decretar medidas cautelares y levantarlas es propio de la función judicial, independientemente de que ella se cumpla por los jueces ordinarios o excepcionales, para garantizar la efectividad de sus decisiones y la protección de los derechos de las partes. En todo caso, el Tribunal podrá decretar las siguientes medidas cautelares:

a. La inscripción del proceso en cuanto a los bienes sujetos a registro, para lo cual se libraré oficio al Registrador en que conste el objeto del proceso, el nombre de las partes y las circunstancias que sirvan para identificar los inmuebles y de más bienes. Este registro no excluye los bienes del comercio, pero quienes los adquieran con posterioridad estarán sujetos a los efectos del laudo arbitral.

Si el laudo fuere favorable a quien solicitó la medida, en él se ordenará la cancelación de los actos de disposición y administración efectuados después de la inscripción del proceso, siempre que se demuestre que la propiedad subsiste en cabeza de la parte contra quien se decretó la medida, o de un causahabiente suyo.



En caso de que el laudo le fuere desfavorable, se ordenará la cancelación de la inscripción.

Si el Tribunal omitiere las comunicaciones anteriores, la medida caducará automáticamente transcurridos tres (3) meses desde la ejecutoria del laudo o de la providencia del Tribunal Superior que decida definitivamente el recurso de anulación. El Registrador, a solicitud de parte, procederá a cancelarla.

b. El secuestro de bienes muebles. La diligencia podrá practicarse en el curso del proceso a petición de una de las partes; para este fin, el interesado deberá prestar caución que garantice los perjuicios que puedan causarse.

Podrán servir como secuestros los almacenes generales de depósito, las entidades fiduciarias, y las partes con las debidas garantías.

Finalmente, determina el Parágrafo del artículo 152 del Decreto 1818/98 que en cualquier momento del proceso arbitral y a solicitud de terceros afectados, podrá el Tribunal decretar de plano el levantamiento de las medidas cautelares anteriormente descritas, previo un traslado de tres (3) días a las partes, y si hubiere hechos que probar, con la petición o dentro del traslado, se acompañará prueba siquiera sumaria de ellos.

#### **5.8.2.5. Alegaciones.**

Concluida la introducción del proceso, dispone el artículo 154 del decreto 1818 de 1998 que el Tribunal debe proceder a oír las alegaciones de las partes, quienes para tal efecto disponen en principio de una hora cada una y de completa libertad para organizar su exposición, sin perjuicio de que en el desarrollo de los acontecimientos se pueda disponer otra cosa.

Así mismo, en esta etapa el Tribunal deberá señalar fecha y hora para la audiencia de fallo.

#### **5.8.2.6. Audiencia de fallo.**

El laudo deberá contener una exposición detallada y fundamentada de cada uno de los asuntos objeto de controversia, así como una definición concreta de los componentes resolutivos del caso tratado, ordenará al presidente del Tribunal que una vez en firme la decisión y antes de su inscripción en lo que respecta a bienes sujetos a registro, se protocolice el expediente en una Notaria del Circulo que corresponda al lugar donde funcionó el Tribunal, se liquidaran las costas y cualquier otra condena, y su adopción deberá ser acordada por mayoría de votos, sin perjuicio de que todos los Árbitros y el secretario deban concurrir a la suscripción del documento que lo contenga, incluidos los que hayan salvado el voto, quienes consignarán en documento separado los motivos de su discrepancia.

En todo caso, si alguien se niega a suscribir el Laudo perderá el saldo de los honorarios que le corresponda, el cual se devolverá a las partes. (Artículo 154, 158 y 159 del Decreto 1818 de 1998).

En la fecha y hora señalada para el fallo, el secretario del Tribunal deberá darle lectura en voz alta al laudo, especialmente en sus motivaciones más relevantes y a su parte resolutive, entregándole una copia auténtica a cada una de las partes como consecuencia de la notificación correspondiente.

#### **5.8.2.7. Precisiones sobre el laudo arbitral.**

El laudo arbitral podrá ser aclarado, corregido y complementado por el Tribunal de Arbitramento de oficio o a solicitud presentada por una de las partes dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación, siguiendo para ello lo establecido en el Código de Procedimiento Civil sobre la materia en sus artículo 309 a 312 (Artículo 160 del Decreto 1818 de 1998).

#### **5.8.2.8. Impugnación del laudo arbitral.**

Cualquiera de las partes podrá interponer el recurso de anulación contra el laudo arbitral dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación o a la de la providencia que lo corrija, aclare o complemente, mediante escrito que deberá presentarse ante el mismo Tribunal de Arbitramento que lo profirió.

El recurso se surtirá ante el Tribunal Superior del distrito judicial que corresponda ala sede del Tribunal de Arbitramento, para lo cual el secretario enviará el escrito junto con el expediente (artículo 37 Decreto 2279/89).

#### **5.8.2.9. Competencia del Consejo de Estado en única instancia.**

El Consejo de Estado en la Sala de lo Contencioso Administrativo , conocerá de los siguientes procesos privativamente y en única instancia:

Del recurso de anulación de los laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos estatales, por las causales y dentro del término prescrito en las normas que rigen la materia. Contra esta sentencia solo procederá el recurso de revisión.

#### **5.8.2.10. Causales de anulación del laudo.**

Son causales de anulación del laudo las siguientes:

1. La nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de objeto y causa licita. Los demás motivos de nulidad absoluta o relativa solo podrán invocarse cuando hayan sido alegados en el proceso arbitral y no se hayan saneados o convalidado en el transcurso del mismo.

2. No haberse constituido el Tribunal de Arbitramento en forma legal, siempre que esta causal haya sido alegada de modo expreso en la primera audiencia de tramite.
  
3. Declarado nulo. Consejo de Estado, Sección Primera de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 08 de Abril de 1999.
  
4. Cuando sin fundamento legal se dejaren de decretar pruebas oportunamente solicitadas o se hayan dejado de presentar las diligencias necesarias para evacuarlas, siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debidos.
  
5. Haberse proferido el laudo después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral o su prórroga.
  
6. Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.
  
7. Contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el Tribunal de Arbitramento.

8. Haberse recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido mas de lo pedido y

9. No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento. (Artículo 163 Decreto 1818/98) (artículo 38 Decreto 2279/89).

#### **5.8.2.11. Rechazo.**

El Tribunal Superior rechazará de plano el recurso de anulación cuando aparezca manifiesto que su interposición es extemporánea o cuando las causales no corresponden a ninguna de las señaladas en el artículo 163 del Decreto 1818/98.

En el auto por medio del cual el Tribunal Superior avoque el conocimiento ordenará el traslado sucesivo por cinco (5) días al recurrente para que lo sustente, y a la parte contraria para que prepare su alegato. Los traslados se surtirán en la secretaria.

Si no se sustenta el recurso el Tribunal lo declarará desierto.(artículo 164 Decreto 1818/98).

## **5.9. EL PROCESO ARBITRAL Y LA ACCION DE TUTELA.**

### **5.9.1. En la etapa prearbitral.**

Siendo el arbitramento un proceso judicial, la doctrina se pregunta sobre la procedencia o no de la acción de tutela, como correctivo constitucional en la violación de los derechos fundamentales que eventualmente puedan presentarse en el transcurso del juicio.

Recordemos, que el proceso arbitral se sitúa en dos etapas sucesivas y perfectamente diferenciables: la primera, que hemos denominado etapa prearbitral, se tramita ante un centro de arbitraje.

La segunda, que corresponde a la etapa arbitral propiamente dicha, corresponde evacuarla al Tribunal Arbitral.

Los Centros de Arbitraje, como se tiene dicho, pueden serlo tanto las Cámaras de Comercio, como las asociaciones, fundaciones, agremiaciones y corporaciones.

Aunque mucho se ha discutido sobre la naturaleza jurídica de las Cámaras de Comercio, lo cierto es que son entidades gremiales de carácter privado, que excepcionalmente cumplen funciones públicas, así lo ha entendido el Consejo de

Estado en sus sentencias de mayo 22 de 1974; febrero 3 de 1975 y octubre 23 de 1981.

El otro tipo de organizaciones con capacidad legal para constituir Centros de Arbitraje (ANDI, FENALCO, ANIF, FASECOLDA, etc.) también corresponden a entidades eminentemente privadas.

En esta forma, encontramos viable la acción de tutela en la modalidad especialísima prevista por el artículo 86 de la Constitución Política. Al respecto, la Corte Constitucional ha manifestado:

“ En desarrollo de este mandato constitucional, el Decreto 2591 de 1991 dedicó un capítulo al regular lo concerniente a la tutela contra particulares.

En el artículo 42 del decreto mencionado se establece nueve casos en los que procede la tutela contra particulares:

1. Cuando aquél contra quien se hubiera hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de educación para proteger los derechos consagrados en los artículos 13 (Igualdad), 15 (Intimidad), 16 (Libre desarrollo de la personalidad), 18 (Libertad de conciencia), 19 (Libertad de cultos), 20 (Libertad de expresión), 23 (Petición), 27 (Libertad de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra), 29 (Debido Proceso), 37 (Reunión), 38 (Libertad de asociación).



2. Cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de salud para proteger los derechos a la vida, la intimidad, a la igualdad y la autonomía.

3. Cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación de servicios públicos domiciliarios.

4. Cuando la solicitud fuere dirigida contra una organización privada, contra quien la controle efectivamente o fuere el beneficiario real de la situación que motivó la acción, siempre que el solicitante tenga una relación de subordinación o indefensión con tal organización.

5. Cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud viole o amenace violar el artículo 17 de la Constitución que prohíbe la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en todas sus formas.

6. Cuando la entidad privada sea aquella contra quien se hubiere hecho la solicitud en ejercicio de el habeas data, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 de la Constitución. Esta norma dispone que todas las personas tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que haya recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

7. Cuando se solicite rectificación de informaciones inexactas o erróneas. En este caso se deberá anexar la transcripción solicitada que no fue publicada en condiciones que aseguren la eficacia de la misma.

8. Cuando el particular actúe o deba actuar en ejercicio de funciones públicas, en cuyo caso aplicará el mismo régimen que a las autoridades públicas.

### **5.9.2. La tutela en la etapa arbitral.**

La tutela en la etapa arbitral propiamente dicha, es decir una vez instalado el tribunal, se rige por los mismos principios que permiten excepcionalmente la tutela frente a providencias judiciales. Al respecto la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente:

“ La tesis expuesta por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia para confirmar la sentencia que concediera la tutela contra una decisión judicial es coherente con la doctrina constitucional acogida por esta corporación, según la cual es procedente la acción de tutela cuando se ejerce para impedir que las autoridades públicas, mediante vías de hecho vulneren o amenacen derechos fundamentales. Al respecto, la Sala Plena de la Corte Constitucional se pronunció en los siguientes términos:

Nada obsta que por vía de tutela se ordene al juez que ha incurrido en dilación injustificada en la adopción de decisiones a su cargo y que proceda a resolver o

que observe con diligencia los términos judiciales, ni riñe con los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales (...)”.

La vulneración de los derechos fundamentales por parte de servidores públicos que actúen sin fundamento objetivo y razonable, y obedecen a motivaciones internas, desconoce la primacía de los derechos inalienables de la persona (Const. P. art. 5), la protección constitucional de los derechos fundamentales (Const. P. art. 86) y la prevalencia del derecho sustancial (Const. P. art. 228).

En caso de demostrarse su ocurrencia, el juez de tutela deberá examinar la pertenencia del acto al mundo jurídico y proceder a la defensa de los derechos fundamentales vulnerados en el curso de una vía de hecho por parte de la autoridad pública.

El juez promiscuo de familia de San Andrés al homologar la resolución de defensoría de familia de la misma localidad, violatoria de los derechos fundamentales de la peticionaria, actuó por fuera de la ley. El error manifiesto del fallador, la falta de fundamentación de la sentencia y el incumplimiento del control de legalidad dispuesto por la ley respecto de resoluciones de abandono proferidas por las autoridades administrativas, ocasionaron la vulneración de los derechos de defensa y debido proceso de la señora C”.(21).

## **5.10. LA CADUCIDAD**

### **5.10.1. La caducidad de la acción arbitral.**

Siendo el proceso arbitral un proceso autónomo e independiente de los procesos tramitados ante la justicia ordinaria, llámese juez civil, comercial, de familia o de lo contencioso administrativo, es natural que las caducidades previstas y relacionadas con estas acciones ordinarias no cobijan ni se trasladan al juicio arbitral.

Para nadie es desconocido que las caducidades son sanciones procesales que

(21) Corte Constitucional. Sala Segunda de Revisión. Sentencia T-79 del 26 de febrero de 1993.

inhiben al juzgador conocer de la acción y, por tanto, no pueden aplicarse ni extensiva ni analógicamente. Las caducidades, como toda sanción legal, son de aplicación limitada y restrictiva y siempre requieren disposición legal expresa.

No existe ninguna norma que de manera expresa establezca la caducidad del juicio arbitral.

### **5.10.2. No aplicación de caducidades ordinarias.**

La ley o estatuto arbitral no estableció ningún término de caducidad de la acción arbitral, por lo cual como principio general, se aplica el término extintivo de 20 años previsto en el artículo 1° de la Ley 50 de 1936 y el artículo 2536 de. CC. Se exceptúan de este principio general las acciones originadas o relacionadas con un contrato de sociedad, según lo dispone expresamente el artículo 235 de la Ley 222 de 1995, pues dicho precepto tiene alcance general y se refiere a todas las acciones judiciales, sean civiles, penales o administrativas.

En este orden de ideas, la caducidad de las acciones administrativas establecidas expresamente artículo 44 de la Ley 446 de 1998 no se comunican al juicio arbitral porque no se trata de acciones ante lo Contencioso Administrativo de nulidad y restablecimiento del derecho (caducidad de 4 meses), de reparación directa (caducidad dos años) o una acción administrativa contractual (caducidad de dos años). No; se trata de un proceso arbitral – administrativo que se rige por la regla de los 20 años.

Resulta que cuando las partes decidieron acudir al proceso arbitral se sustrajeron no solamente a la jurisdicción ordinaria, si no que igualmente se sustrajeron a la aplicación del CCA Y del CPC para someterse a la regulación especial contenida en el estatuto arbitral; los códigos de lo Contencioso y de Procedimiento Civil

quedan como estatutos aplicables para llenar lagunas o vacíos, nunca para soportar aplicación analógica de sanciones.

Ante la justicia ordinaria civil, se presenta el mismo fenómeno. Así, por ejemplo, la caducidad de dos meses para iniciar el proceso abreviado de impugnación de decisiones judiciales, que trata el artículo 421 del CPC, no es predicable en el arbitraje.

Cuando el legislador establece un término general de prescripción, sin amarrarlo a un proceso civil especial dicho término sí se aplica al juicio arbitral precisamente por tratarse de normas generales. Tal acontece con lo previsto en los artículos 939, 940 y 941, respecto a los vicios ocultos y el saneamiento por evicción del bien comprado; en el artículo 993 respecto al contrato de transporte o en el artículo 1081, respecto al contrato de seguro.

En todo caso, se advierte que tratándose de un proceso arbitral administrativo originado en un contrato de compromiso suscrito con posterioridad a la caducidad de la respectiva acción administrativa, consideramos que en este caso, aunque no pueda hablarse de caducidad de la acción arbitral, sí puede pregonarse la nulidad del compromiso por causa y objeto ilícito, originado precisamente en el hecho de revivir una instancia judicial ya caducada.

Respecto a la prescripción de los derechos, se aplican los mismos principios sustantivos del derecho civil.

### **5.10.3. El pacto sobre caducidad y prescripción.**

Tiene dicho la jurisprudencia de la Corte Suprema que los contratantes no pueden ni ampliar ni restringir los términos de prescripción o caducidad previstos en la ley. Sin embargo, en el arbitraje por virtud de la facultad otorgada a los suscriptores del pacto arbitral de fijar sus propias reglas de procedimiento, bien pueden éstos señalar los términos de caducidad de la acción o de prescripción del derecho, los que siendo válidos, deberán ser tenido en cuenta por los árbitros.

## **6. ARBITRAJE ENTRE ESTADOS RESPECTO DE CONTROVERSIAS DE NATURALEZA PRIVADA**

### **6.1. CONSIDERACIÓN GENERAL.**

Se ha aceptado en la teoría que el Estado puede actuar *jure imperii*, o sea, como sujeto de derecho internacional o ente soberano, o *jure gestionis*, cuando efectúa actos de gestión despojado de sus atributos soberanos.

Si el Estado actúa como soberano existe inmunidad de jurisdicción y, por tanto, no puede ser juzgado en otro Estado. Pero, si el Estado actúa despojado de sus

atributos soberanos, no puede invocar inmunidad de jurisdicción en el territorio del Estado del foro. Desde luego, cada Estado puede renunciar libremente a su inmunidad de jurisdicción cuando mediante un pacto arbitral se somete al arbitraje privado.

Ya se ha visto que existe el arbitraje en Derecho Internacional Público como una de las formas de solucionar conflictos entre Estados y que un gran número de controversias se han resuelto mediante tratados de arbitrajes. No obstante, también existe el arbitraje para resolver las controversias que se pueden presentar entre Estados respecto de asuntos de naturaleza privada, como por ejemplo en materia de inversión extranjera, empréstitos internacionales, integración, acuerdos de libre comercio, etc.

## **6.2. TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN.**

Según lo explica José Luis Siqueiros, los tratados bilaterales de inversión celebrados por Estados Unidos y otros países de la Comunidad Económica Europea, definen los derechos de los inversionistas en el territorio de otro Estado contratante y se refieren a cuatro materias:

a. Los presupuestos generales para el tratamiento de inversionistas extranjeros;



- b. Las condiciones en que podrá decretarse una expropiación y la forma para pagar la indemnización correspondiente;
- c. El derecho de transferir utilidades y otros fondos relacionados con la inversión, y
- d. Acudir al arbitraje internacional para el arreglo de controversias derivadas de la inversión.

En estos acuerdos se pueden suscitar dos clases de controversias:

1. Controversias entre los Estados Parte respecto a la interpretación y aplicación del convenio, y
2. Controversias entre uno de los Estados Parte y un nacional de otro Estado Parte, respecto a una inversión realizada por el último en el territorio del primero.

Respecto a las controversias entre Estados Parte sobre la aplicación o interpretación del tratado se resuelven, si fracasa la negociación diplomática, por arbitraje obligatorio. El Tribunal Arbitral resuelve en cuanto al fondo según las normas aplicables del derecho internacional, y en relación al procedimiento aplica el reglamento facultativo de la UNCITRAL, con las modificaciones que los Estados Partes introduzcan por consenso.

### **6.3. CONVENCIÓN SOBRE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES ENTRE ESTADOS Y NACIONALES DE OTROS ESTADOS.**

Esta convención establece un mecanismo para la solución de las controversias que se suscitan entre un Gobierno y los inversionistas extranjeros de otro Estado contratante. Esta convención creó el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias (CIADI es la sigla en español; ICSID en inglés) que tiene su sede en las instalaciones del Banco Mundial en Washington, D.C. Todos los miembros pueden ser partes de la convención.

En cuanto a la jurisdicción del centro, el artículo 25 dice:

1. La jurisdicción del centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado contratante (o cualquier subdivisión política u organismo público de un Estado contratante acreditados ante el centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.

2. Se entenderá como nacional de otro Estado contratante:

a. Toda persona natural que tenga, en la fecha en que las partes consintieron en someter la diferencia a conciliación o arbitraje y en la fecha en que fué registrada la

solicitud prevista en el apartado 3 del artículo 28 o en el apartado 3 del artículo 36, la nacionalidad de un estado contratante distinto del Estado parte en la diferencia; pero en ningún caso comprenderán las personas que, en cualquiera de ambas fechas, también tenían la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, y

b .Toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron sus consentimiento a la jurisdicción del centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de Estado contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y en las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este convenio, por estar sometidas a control extranjero.

3. El consentimiento de una subdivisión política u organismo público de un Estado contratante requerirá la aprobación de dicho Estado, salvo que éste notifique al centro que tal aprobación no es necesaria.

4. Los Estados contratantes podrán, al ratificar, aceptar o aprobar este convenio o en cualquier momento ulterior, notificar al centro la clase o clases de diferencias que aceptarían someter, o no, a su jurisdicción. El secretario general transmitirá inmediatamente dicha notificación a todos los Estados contratantes. Esta Notificación no se entenderá que constituye el consentimiento a que se refiere el apartado 1 anterior.

Según el artículo 26 y salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje.

La ratificación del convenio no implica la sumisión para someter la controversia a arbitraje. El consentimiento del Estado receptor y del inversionista interesado debe expresarse por escrito, antes o después de que ocurra la diferencia entre ambos. El consentimiento se puede evidenciar a través de la legislación interna o mediante convenio bilateral o multilateral con el Estado del que es nacional el inversionista afectado.

Por tanto, como la observa José Luis Siqueiros, Los Estados americanos pueden ratificar al convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados de 1965 que crea al CIADI (en español) o ICSID (en inglés) por cuanto: «La ratificación de esta convención no implica la sumisión automática del Estado receptor para someter todas las controversias al arbitraje. Se requiere su consentimiento expreso para acudir a la instancia arbitral y puede sujetarlo al agotamiento previo de los recursos internos, tanto administrativos como judiciales. Así mismo, a que se aplique el derecho sustantivo del propio Estado receptor para resolver el fondo de litigio».

Los capítulos III y IV de este convenio reglamentan lo relativo a la Conciliación y al Arbitraje. Si se trata de una solicitud de conciliación se constituye una Comisión de Conciliación integrada por un conciliador único o un número impar de conciliadores designados por las partes y escogidos de las listas (paneles) preparadas de antemano y compuestas por personas debidamente calificadas. La Comisión tiene como función esclarecer los puntos en litigio y debe esforzarse por una solución mutuamente aceptable.

Si las partes no se ponen de acuerdo, la comisión redacta un informe que concluye el procedimiento conciliatorio (arts. 28 a 35). En materia de arbitraje se requiere una solicitud y se procede a la constitución del Tribunal de Arbitraje. El Tribunal se compondrá de un árbitro único o de un número impar de árbitros, nombrados según lo acuerden las partes. Si las partes no se pusieren de acuerdo sobre el número de árbitro y el modo de nombrarlos, el tribunal se constituirá con tres árbitros designados, uno por cada parte y el tercero, que presidirá el tribunal, de común acuerdo. En caso de disenso, el Presidente del Banco Mundial, presidente ex officio del Consejo Administrativo del CIADI, hará los nombramientos pendientes cuidando que los árbitros designados posean una nacionalidad distinta a la de las partes en la contienda.

El Tribunal Arbitral será juez de su propia competencia. Si las partes así lo facultan, el tribunal podrá fallar ex aequo et bono. El procedimiento se regula por las reglas acordadas por las partes o por aquellas fijadas para estos casos por el

centro. En ausencia de una regla específica, el tribunal resolverá lo más conveniente.

Según el artículo 42, el Tribunal de Arbitraje deberá resolver de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. El mismo convenio establece explícitamente que a falta de acuerdo específico se aplicará la legislación del Estado receptor (incluyendo sus normas de conflicto de leyes), así como cualesquiera otras de derecho internacional que puedan ser aplicables.

El laudo definitivo debe ser escrito y debe ser razonado, pero no es publicable a menos que las partes consientan en ello. El laudo es obligatorio para las partes y los Estados se comprometen a ejecutarlo dentro de su territorio.

Toda diferencia que surja entre Estados contratantes sobre la interpretación o aplicación de este Convenio y que no pueda ser resuelta mediante negociación, se remitirá, a instancia de una u otra parte en la diferencia, a la Corte Internacional de Justicia, salvo que dichos estados acuerden acudir a otro modo de arreglo.

## **7. REGULACIÓN COLOMBIANA DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL**

### **7.1. IMPORTANCIA DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL.**

El desarrollo de arbitraje comercial internacional como método de solución de controversias es de una importancia extraordinaria.

A pesar de lo anterior, en nuestro medio el arbitraje no ha tenido el desarrollo que debiera. Es abundante la doctrina en cuanto al arbitraje y en menor medida respecto del arbitraje internacional.

### **7.2. EL ARBITRAJE INTERNACIONAL.**

#### **7.2.1. Arbitraje de derecho internacional público.**

En este caso, los Estados acuerdan libremente, o por medio de un tratado, que someterán la diferencia a arbitraje.

Las convenciones de La Haya de 1899 y 1907 establecen el sometimiento de la disputa al Tribunal permanente de Arbitraje.

El estatuto original de este Tribunal sólo preveía el arbitraje entre Estados partes.

Mediante resolución de 1960, su Consejo Administrativo incluyó la solución de

controversias entre Estados y entidades no estatales como empresas privadas, adoptando un Reglamento de Arbitraje y Conciliación.

El tribunal tiene 79 Estados miembros que designan cuatro árbitros. Actualmente hay un nómina de 316 árbitros y de 1902 a 1970 se resolvieron 25 asuntos.

### **7.2.2. Clases de arbitraje internacional.**

El arbitraje internacional entre Estados se rige por las normas del derecho internacional público.

El arbitraje que se va a tratar es el arbitraje privado internacional, de los cuales pueden haber varias clases de arbitraje privado internacional:

- a. Arbitraje entre Estados respecto de negocios jurídicos internacionales de naturaleza privada;
- b. Arbitraje entre un Estado y un agente económico nacional de otro Estado en asuntos de naturaleza privada, y
- c. Arbitraje entre agentes económicos de diversos Estados entre sí respecto de negocios de naturaleza privada.



En todas las clases de arbitraje, la fuente es el derecho internacional.

#### **7.2.2.1. Arbitraje entre Estados respecto de controversias de naturaleza privada.**

En los tratados bilaterales de inversión se pacta el arbitraje internacional para el arreglo de controversias derivadas de la misma. Usualmente las controversias entre Estados se resuelven por arbitraje obligatorio previsto en el tratado respectivo.

El tribunal arbitral resuelve en cuanto al fondo, según las normas aplicables de derecho internacional y, en cuanto al procedimiento, según el reglamento, facultativo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional UNCITRAL con las modificaciones que le introduzcan las partes.

Existe un modelo de Tratado Bilateral de Inversión BIT, que dispone el arbitraje ante el Centro Internacional previsto en el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, CIADI.

En materia de inversión existen los acuerdo sobre incentivos para las inversiones (OPIC, Overseas Private Investment Corporation) que establecen medidas para asegurar a inversionistas contra pérdidas por riesgos de carácter político:

Inconvertibilidad de divisas, expropiación, guerra, revoluciones, insurrección, luchas civiles, etc. Estados Unidos ha celebrado cerca de 110 acuerdos de esta clase, que usualmente se realizan por canjes de notas.

Existe el convenio constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones MIGA que se creó bajo los auspicios el Banco Mundial en 1985. Este organismo emite garantías contra riesgos no comerciales y tiene un mecanismo de solución de controversias que incluye el arbitraje que se plantea entre el MIGA y sus miembros o entre el organismo como subrogante de un inversionista que recibió el pago del seguro y el Estado receptor de la inversión o dependencia del mismo.

La negociación y la conciliación como métodos de arreglo previos; el arbitraje se lleva a cabo si fracasan estos métodos y se realiza según las reglas del Centro internacional para el arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, CIADI.

En los tratados sobre servicios (transporte, telecomunicaciones, exploración de recursos naturales, constitución de organismo de carácter financiero, laboral y otros) y mercaderías (azúcar, cacao, caucho, café, textiles) crean organismos supranacionales, comisiones mixtas, órganos de consulta y algunos consagran el arbitraje. .

### **7.2.2.2. Arbitraje entre un Estado y agentes económicos del otro, sobre negocios internacionales de naturaleza privada.**

Hay que tener en cuenta que el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas o Pacto de Bogotá de 1948 (art. 7°), adopta la doctrina Calvo que afirma que no se puede intentar reclamación diplomática si se han tenido expeditos los medios para acudir a los tribunales domésticos competentes.

La convención sobre el arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (Washington, D.C, 18 de marzo de 1965) creó el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias de Inveriones, CIADI. Para someter una controversia a arbitraje se requiere el consentimiento expreso y por escrito del estado receptor y del inversionista. El Consentimiento se otorga a través de la legislación interna o del convenio bilateral o multilateral con el Estado del que es nacional el inversionista afectado. El Estado puede, al ratificar el convenio, exigir el agotamiento de los recursos internos, administrativos o judiciales, como condición para admitir el arbitraje.

El Tribunal de Arbitraje resuelve la controversia según las normas del derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, se aplica la legislación del Estado receptor, así como otras normas de derecho internacional aplicables.

### **7.2.3. Internacionalidad del arbitraje.**

La internacionalidad del arbitraje se determina por los tratados. Por ejemplo, el Protocolo de Ginebra de 1923 dice que es internacional cuando el acuerdo relativo a diferencias actuales o futuras se realiza entre partes sujetas a jurisdicción de los diferentes Estados contratantes.

El convenio Europeo de Arbitraje de 1961 dice que el criterio para fijar la internacionalidad es la residencia habitual, el domicilio o sede social.

El Arbitraje Internacional se presenta cuando las partes tienen sede o domicilio en diferentes Estados, o cuando la controversia es objetivamente multinacional, o sea, presenta elementos de contacto objetivos con diferentes sistemas jurídicos, y se trata de controversias comerciales susceptibles de transacción.

El Arbitraje Internacional puede ser independiente o ad hoc, y administrado cuando el arbitraje es realizado por un centro de arbitraje como la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional, CIACI, la Cámara de Comercio Internacional, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, CIADI, etc.

#### **7.2.4. Definición de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional – CNUDMI.**

Esta ley establece los criterios para determinar cuándo un arbitraje es internacional.

El artículo 1° de la ley Modelo dice:

1. La presente ley se aplicará al arbitraje comercial internacional, sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente en este Estado.
2. 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:
    - El Lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje.

- 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;
- e. La cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada de algún modo con más de un Estado.

3. A los efectos del párrafo 2° de este artículo, si alguna de las partes tiene más de un establecimiento, el establecimiento considerado será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje. Si una parte no tiene ningún establecimiento, se tomará en cuenta su residencia habitual.

#### **7.2.5. Definición de arbitraje internacional en la ley colombiana.**

En Colombia no existía definición de arbitraje internacional por lo cual se adoptaban los criterios doctrinarios de exigir que hubiera un elemento extranjero, principalmente porque las partes tuvieran su domicilio o residencia en distintos países, o porque el contrario estuviera conectado con varios Estados.

Recientemente se expidió la Ley 315 de 1996 (sep. 12), que en el artículo 1° fijó los criterios determinantes para el arbitraje internacional.

El artículo en mención dice:

Será internacional el arbitraje cuando las partes así lo hubieren pactado, siempre que además se cumpla con cualquiera de los siguientes eventos:

1. Que las partes, al momento de la celebración del pacto arbitral, tengan su domicilio en Estados diferentes.

2. Que el lugar de cumplimiento de aquella parte sustancial de las obligaciones directamente vinculada con el objeto del litigio se encuentre situado fuera del Estado en el cual las partes tiene su domicilio principal.

3. Cuando el lugar del arbitraje se encuentra fuera del Estado en que las partes tiene sus domicilios, siempre que se hubiere pactado tal eventualidad en el pacto arbitral.

4. Cuando el asunto objeto del pacto arbitral vincule claramente los intereses de más de un Estado y las partes así lo hayan convenido expresamente.

5. Cuando la controversia sometida a decisión arbitral afecte directa e inequívocamente a los intereses del comercio internacional.

PARAGRAFO-. En el evento de que aun existiendo pacto arbitral alguna de las partes decida demandar su pretensión ante la justicia ordinaria, la parte

demandada podrá proponer la excepción de falta de jurisdicción con sólo acreditar la existencia del pacto arbitral.

El texto colombiano no coincide totalmente con la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, CNUDMI aunque sigue muy de cerca lo previsto en ella.

Hubiese sido mejor adoptar el mismo texto, como lo han hecho varios Estados. A junio de 1990, la Ley Modelo de la CNUDMI había sido adoptada, con pequeñas variantes, por Canadá, Australia, Bulgaria, Chipre, Hong Kong, Nigeria, Perú – en el Decreto – Ley 25935 del 10 de diciembre de 1992 – y algunos estados de Estados Unidos, como California, Connecticut, Maryland y Texas.

Los incisos 1° y 3° del Artículo 1° de la Ley Modelo de la CNUDMI establecen dos criterios que deben estar presentes para que un arbitraje sea considerado internacional. El primero es que la materia controvertida tiene que ser comercial, y el segundo, que el arbitraje sea internacional.

La primera diferencia entre la Ley Modelo y la Ley colombiana es que aquélla se aplica al arbitraje comercial, o sea, cuando la controversia es comercial; por su parte la Ley 315/96 se refiere genéricamente al arbitraje internacional por lo cual cubriría también otros aspectos como los civiles, etc. La eliminación de manera



general de la exigencia de que la materia arbitrable tenga que ser comercial se ha hecho en Suiza y Holanda y le da mayor cobertura al arbitraje internacional.

La Ley Modelo no define qué debe entenderse por materia comercial, optó simplemente por poner una nota a pie de página en la cual establece que debe darse una interpretación amplia a la expresión Comercial para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractual o no. Son relaciones de índole comercial: las operaciones de suministro o intercambio de bienes o servicios, los acuerdos de distribución, representación o mandato comercial, la transferencias de créditos por su cobro, factoring, el arrendamiento de bienes de quipo con opción de compra, leasing, la construcción de obras, la consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros pro vía aérea, marítima, férrea o por carretera.

En cuanto a los supuestos para determinar si un arbitraje es internacional, Hermann explica que, durante las discusiones en el foro de las Naciones Unidas un grupo liderado por Francia propuso una fórmula por la cual se consideraban internacionales los arbitrajes desarrollados en el foro respecto de intereses comerciales internacionales. Otros países, entre ellos Holanda y Canadá, recomendaron aplicar el criterio ya contenido en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de mercaderías (art.

1.1.), mediante el cual un arbitraje desarrollado en el foro será internacional si las partes tienen, al momento de suscribir el convenio arbitral, sus establecimientos en Estados diferentes.

Al final se llegó a un acuerdo entre esas dos posturas y se fijaron los criterios para poder establecer si un arbitraje es internacional.

Si bien la Ley 315/96 sigue los lineamientos generales de la Ley Modelo, hay algunas diferencias. Fuera de la eliminación del requisito que la materia arbitrable sea comercial, la Ley Modelo establece que un arbitraje será internacional si las partes de un convenio arbitral tienen, al momento de la celebración de ese convenio, sus establecimientos en Estados diferentes. La Ley 315/96 dice que las partes al momento de celebración del pacto arbitral tengan su domicilio en Estados diferentes.

El concepto de establecimiento difiere del domicilio; la ley colombiana sustituyó el primer concepto, que es de contenido comercial, por haber eliminado la restricción, y en su lugar adoptó el concepto de domicilio, que es general y comprende tanto lo civil como lo comercial.

Establecimiento, en la práctica y según la acepción universal, es la organización comercial permanente que incluye locales y empleados, en su lugar fijo y cuya finalidad es el comercio de productos. Desde luego que para fijar el concepto de

establecimiento hay que acudir al derecho interno; así mismo, la doctrina ha requerido el ánimo de permanencia como condición para configurar la estabilidad y existencia de un establecimiento.

En cuanto al criterio 2 del artículo 1° de la Ley 315/96 hay que expresar que mientras la Ley Modelo habla de la parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial, la ley colombiana se refiere a la parte sustancial de las obligaciones directamente vinculadas con el objeto del litigio, cuyo lugar de cumplimiento debe encontrarse fuera del Estado en el cual las partes tienen su domicilio principal.

El texto de la ley 315/96 es más amplio y preciso y sólo hay que analizar en cada caso la parte sustancial de las obligaciones directamente vinculadas con el objeto del litigio, que es lo que en la doctrina se ha denominado la prestación más característica del contrato. No hay que hacer observación respecto al criterio de que el lugar del arbitraje se encuentre fuera del Estado en que las partes tengan sus domicilios, siempre que ello se hubiere pactado.

En cuanto al requisito de que el asunto objeto del pacto arbitral vincule claramente los intereses de más de un Estado y las partes lo hayan convenido, puede decirse que no está claro. En efecto, no se sabe si basta con afirmar el hecho para que el arbitraje sea internacional, o hay que demostrar la vinculación a los intereses de más de un Estado, so pena de aplicar las normas del arbitraje doméstico.

El último criterio del artículo 1° de la Ley 315/96 es preciso, pero debe establecerse en forma clara que la controversia afecte directa e inequívocamente los intereses del comercio internacional.

Como puede verse los criterios de la Ley 315/96 son más amplios que los de la Ley Modelo y, en términos generales, son precisos para delimitar el arbitraje internacional del doméstico.

### **7.3. ARBITRAJE EXTRANJERO.**

Hay diferencias entre el arbitraje internacional y el arbitraje extranjero. El arbitraje es internacional cuando así se pacta y cuando cumple algunos de los puntos de conexión establecidos en el artículo 1° de la Ley 315/96. En cambio, es extranjero, según el artículo 3, cuando todo laudo arbitral se profiera por un tribunal cuya sede se encuentra fuera el territorio nacional.

El criterio diferenciador es que en el laudo extranjero sólo atiende al lugar el arbitraje, que debe haber sido fuera del territorio nacional; en cambio, en el arbitraje internacional hay otros factores de conexión unidos al pacto expreso de las partes.

#### **7.4. ARBITRAJE DOMÉSTICO.**

El arbitraje doméstico es el que no reúne los requisitos para ser arbitraje extranjero o arbitraje internacional. Es decir, es doméstico el arbitraje realizado en Colombia respecto a controversias que no tienen ningún elemento extranjero y cuyo lugar de arbitraje es Colombia. Este arbitraje se rige por la ley colombiana tanto en cuanto al fondo del litigio como respeto del procedimiento aplicable.

#### **7.5. NORMATIVIDAD APLICABLE AL ARBITRAJE INTERNACIONAL.**

Hay que distinguir entre la ley aplicable al fondo de la controversia y la ley aplicable al procedimiento arbitral.

El arbitraje internacional se rige por los tratados internacionales vigentes para el Estado respectivo y, en el caso colombiano, por los tratados que rigen para nuestro país.

En la doctrina hay varias teorías:

a. La autonomía de las partes, que implica que el tribunal decida el litigio según las normas de derecho elegidas por las partes;

b. Cuando las partes no hayan indicado la ley aplicable, el tribunal aplicará la ley nacional que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables;

c. El Tribunal puede decidir exaequo et bono sólo si las partes así lo acuerda, y

d. El Tribunal arbitral decide según las estipulaciones del contrato y debe tener en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso.

En materia de tratados, en cuanto a la ley aplicable al pacto arbitral, se debe tener en cuenta lo siguiente:

a. Los acuerdos de Ginebra de 1923 y 1927 aplican la regla conflictual del foro;

b. Las Convenciones de Naciones Unidas de 1958 y Europea de 1961 adoptan la autonomía de la voluntad y subsidiariamente la ley del foro arbitral, y

c. La Convención Interamericana de Arbitraje de Panamá de 1975 adopta la autonomía de la voluntad indirectamente en el artículo 5°.

Los sistemas para determinar las reglas de conflicto son los siguientes:

1. Sistema de conflictos de la ley de arbitraje.
2. Sistema de conflictos de la ley de autonomía de las partes.

3. Sistema de conflictos del Estado de la sede arbitral.
4. Sistema de reglas de conflicto elegido libremente por los árbitros.

La doctrina más general acepta que, en lo que respecta al fondo del litigio, las partes pueden determinar la ley aplicable, en ausencia de tratado público aplicable.

El criterio adoptado por el artículo 2° de la Ley 315/96 dice:

En todo caso, las partes son libres de determinar la norma sustancial aplicable conforme a la cual los árbitros haya de resolver el litigio.

En otras palabras, se estableció la autonomía de las partes para determinar la ley aplicable al fondo de la controversia siguiendo la tendencia universal en esta materia y la regulación de los contratos internacionales.

Respecto al procedimiento, las partes pueden determinar las normas procesales por las cuales se ha de regir el arbitraje. Igualmente, pueden acordar que se apliquen las normas de un reglamento de arbitraje de una institución internacional, como el de la Cámara de Comercio Internacional que tiene la Corte de Arbitraje; la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional, CNDMI, o el reglamento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional, CIACI.

Al respecto el artículo 2° de la Ley 315/96 dice las partes:

También podrán, directa o mediante referencia a un reglamento de arbitraje, determinar todo lo concerniente al procedimiento arbitral, incluyendo la convocatoria, la constitución, la tramitación, el idioma, la designación y nacionalidad de los árbitros, así como la sede del tribunal, la cual podrá estar en Colombia o en un país extranjero.

Obsérvese que la sede del Tribunal Arbitral, así corresponda al arbitraje internacional, puede estar en Colombia, pero no se aplica siempre la ley colombiana porque hay que analizar la ley que las partes determinaron como la aplicable al fondo de la controversia, y la ley por la cual acordaron regir el procedimiento, o si se pusieron de acuerdo en las normas procesales aplicables al proceso arbitral. Así mismo, en el arbitraje internacional los árbitros pueden ser extranjeros, ya que las partes pueden libremente determinar la nacionalidad de los mismos.

#### **7.6. EL ARBITRAJE INTERNACIONAL SE RIGE POR TRATADOS PÚBLICOS.**

El artículo 2° de la Ley 315/96 dice:

El arbitraje internacional se regirá en todas sus partes, de acuerdo con las normas de la presente ley, en particular por las disposiciones de los tratados, convenciones, protocolo y demás actos de derecho internacional suscritos y



ratificados por Colombia, los cuales priman sobre las reglas que sobre el particular se establecen en el Código de Procedimiento Civil.

No obstante, hay que poner de presente que se consagró la superioridad de los tratados sobre las normas del Código de Procedimiento Civil, siguiendo la tendencia actual de adoptar la concepción monista de la supremacía del derecho internacional sobre el orden interno.

En materia de arbitraje comercial se pueden citar estos tratados públicos:

- a. Protocolo de Ginebra de 1923 y Convención de Ginebra para la Ejecución de Sentencias Arbitrales de 1927. Colombia no ha adherido a estas convenciones;
- b. Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, adoptada por la conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitramento Comercial Internacional el 10 de junio de 1958, aprobada por la ley 39 de 1990;
- c. Tratado sobre Derecho Procesal del Congreso Nacional Suramericano de Montevideo, de 1889, al cual adhirió Colombia mediante la Ley 68 de 1920. Colombia no adhirió el Tratado de Derecho Procesal de Montevideo de 1940;

d. Convención Interamericana sobre eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, suscrita en Montevideo, Uruguay, el 8 de mayo de 1979 aprobada por Ley 16 de 1981;

e. Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, firmada en la ciudad de Panamá el 30 de enero de 1975, aprobada por Ley 44 de 1986;

f. Código de Derecho Internacional Privado o Código Bustamante. Colombia no lo ha ratificado, pero rige en 15 Estados Americanos;

g. Tratado de Derecho Internacional Privado entre Colombia y Ecuador, de 1903, que regula la ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros, y

h. Congreso Bolivariano de 1911, suscrito entre Colombia, Venezuela, Ecuador, Perú y Bolivia, que regula lo relativo a la ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros.

## **7.7. ARBITRAJE INTERNACIONAL EN LOS CONTRATOS ESTATALES.**

El artículo 4° de la Ley 315/96 dispuso lo siguiente:

El último inciso del artículo 70 de la Ley 80 de 1993 quedará así:

En los contratos con personas extranjeras, como también en aquellos con persona nacional, y en los que se prevea financiamiento a largo plazo y sistema de pago del mismo mediante la explotación del objeto construido u operación de bienes para la celebración de un servicio público, podrá pactarse que las diferencias surgidas del contrato sean sometidas a la decisión de un Tribunal Arbitral Internacional.

La reforma consistió en adicionar la norma que permite el arbitraje internacional en contrato con persona nacional, y en precisar que las diferencias serán sometidas a la decisión de un Tribunal Arbitral Internacional, en lugar de un tribunal de arbitramento designado por un organismo internacional, como originalmente decía la última parte del artículo 70 de la Ley 80 de 1993.

Sin embargo, esta reforma en cuanto incluyó el arbitraje internacional en contratos con persona nacional se declaró inconstitucional.

La sentencia C-347 de 23 de julio de 1997 de la Corte Constitucional declaró exequible el numeral 3° del Artículo 1° de la Ley 315 de 1996 interpretando que al menos una de las partes debe ser extranjera. Así mismo declaró inexecutable último inciso el artículo 70 de la Ley 80 de 1993: "...como también en aquellos con persona nacional... El fundamento es que el arbitraje internacional exige siempre un elemento extranjero".

## **7.8. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDOS ARBITRALES EXTRANJEROS E INTERNACIONALES.**

De acuerdo con el artículo 693 del Código de Procedimiento Civil:

Las sentencias y otras providencias que revistan tal carácter, pronunciadas en un país extranjero en procesos contenciosos o de jurisdicción voluntaria, tendrán en Colombia la fuerza que les concedan los tratados existentes con ese país, y en su defecto la que allí se reconozca a las proferidas en Colombia. Lo dispuesto en el inciso anterior se aplicará a los laudos arbitrales proferidas en el exterior.

Esto significa que en materia de exequátur de laudos arbitrales extranjeros e internacionales se aplica la reciprocidad diplomática y, por vía exceptiva, la reciprocidad legislativa o de hecho. Es decir, si hay tratado vigente entre Colombia y el Estado respectivo, se aplica el tratado. Si no hay tratado se aplica la reciprocidad, ya esté consagrada en una ley o en la forma como el tribunal extranjero respectivo le otorgue efecto a las sentencias colombianas. Por tal eventualidad se han citado los tratados vigentes para la ley colombiana en materia de exequátur. Desde luego que en el trámite de éste hay que tener en cuenta que se reúnan los requisitos establecidos en el artículo 694 del Código de Procedimiento Civil, y que la existencia de Exequátur será determinada, mediante examen, por la sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

## **7.9. EL EXEQUÁTUR DE LAUDOS ARBITRALES**

### **7.9.1. Concepto.**

El exequátur es la habilitación emanada de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, para que un laudo arbitral proferido en un país extranjero produzca efectos en Colombia y sea aplicable.

Para que pueda otorgarse el exequátur, basta que se trate de un laudo arbitral, sin que importe la naturaleza de las pretensiones; por el contrario, para los otros tipos de sentencias, se requiere que tengan como fuente un proceso contencioso o de jurisdicción voluntaria.

El exequátur es una institución que tiene como fuente el principio de la soberanía estatal.

### **7.9.2. Requisitos.**

Para que un laudo arbitral pueda ser sometido al requisito del exequátur, deberá tener la calidad de laudo extranjero.

Se entiende por laudo extranjero el proferido en un país o Estado diferente de Colombia, pero cuyo reconocimiento y ejecución se debe cumplir en nuestro país.

De manera que hipotéticamente se puede considerar como laudo extranjero, aquel proferido en Colombia, por árbitros extranjero y con sometimiento a normas arbitrales extranjeras ( por ejemplo, las reglas de la CCI O AAA), para resolver conflictos entre colombianos y extranjeros.

Los otros requisitos son los contemplados en el artículo 694 del CPC y cuyo alcance jurisprudencial es el siguiente:

“ a. El primero consiste en la existencia de la reciprocidad legislativa o diplomática con el Estado extranjero de donde provenga la decisión judicial o arbitral. Debe entonces quedar probado en el proceso que existe tratado público vigente entre Colombia y el Estado de origen donde se profirió la decisión respectiva que permite acatar y hacer cumplir las sentencias proferidas en la primera como país requerido; si no existe tratado, debe admitirse la norma extranjera por cuya virtud se consagre la posibilidad de aceptarlas.

b. Que no verse sobre derechos reales constituidos en bienes que se encontraban en el territorio colombiano en el momento de iniciarse el proceso en que la sentencia se profirió.

c. Que no se oponga a leyes u otras disposiciones colombianas de orden público, exceptuadas las de procedimiento.

d. Que se encuentre ejecutoriada de conformidad con la ley del país de origen, y se presente en copia debidamente autenticada y legalizada.

e. Que el asunto sobre el cual recae no sea de competencia exclusiva de los jueces colombianos.

f. Que en Colombia no exista proceso en curso ni sentencia ejecutoriada de jueces nacionales sobre el mismo asunto.

g. Que se hubiere dictado en proceso contencioso, se haya cumplido el requisito de la debida citación y contradicción del demandado, conforme a la ley del país de origen, lo que se presume por la ejecutoria.

En conclusión, aunque no existe la ley escrita del Estado de la Florida que afirme categóricamente la reciprocidad existente en materia de decisiones judiciales con países como Colombia, el hecho de que las autoridades judiciales de dicho Estado hayan aceptado la ejecución de otras providencias cuyas características se asemejan al caso de autos, puede concluirse, con el grado de precisión que el sistema de derecho anglosajón permite, que para este caso existe la tan mentada reciprocidad con el Estado de la Florida” .(22).

Basta resaltar que, a falta de reciprocidad diplomática, es posible demostrar la

(22) Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia de 19 de julio de 1994. Exp. 3894.

denominada reciprocidad de hecho, la cual acontece cuando a las sentencias colombianas se les daría aplicación y ejecución en el país de origen del laudo.

### **7.9.3. Trámite.**

El trámite se inicia con la presentación de la demanda, ante la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, acompañando la copia del laudo debidamente autenticada y traducida al castellano, si fuere el caso.

De la demanda se dará traslado a la parte contra quien se pide la ejecución del laudo y al Procurador delegado en lo civil. Practicadas las pruebas solicitadas por las partes, se dará traslado para los alegatos. Vencido el término anterior proferirá sentencia.

Adicionalmente, es muy importante que el Ministerio de Relaciones Exteriores certifique sobre la vigencia de la Convención de Nueva York y la ratificación de la misma por el país en donde se profirió el laudo.



**7.9.4. No es posible otorgar el exequátur si el juez extranjero profirió sentencia a pesar de la existencia del pacto arbitral.**

El exequátur en Colombia se rige por los tratados públicos y en subsidio por la reciprocidad legislativa o de hecho, siempre que se demuestre.

Es evidente que la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia al analizar si se otorga el reconocimiento y ejecución de una sentencia o laudo arbitral tiene que analizar si el juez o tribunal extranjero tenía competencia internacional para proferir la sentencia. Esto significa que se pactó la cláusula compromisoria o el compromiso y el juez extranjero no le dio efectos y a pesar de ello profirió sentencia, la Corte debe negar el exequátur por falta de competencia internacional del juez extranjero.

La tesis contraria fue sostenida por la Sala de Casación Civil en sentencia de 19 de febrero de 1996 en que otorgó el exequátur a una sentencia de un tribunal inglés a pesar de que en todos los contratos base del litigio se había pactado cláusula compromisoria y por ende dicho tribunal no tenía competencia internacional para pronunciarse sobre el fondo del litigio.

Además no tuvo en cuenta esta sentencia que la Convención de Naciones Unidas de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros, ratificada por Colombia y por Inglaterra, exige a los jueces aplicar en

forma obligatoria la cláusula compromisoria o el compromiso y por ende negarse a proferir sentencia de mérito sobre las pretensiones de la demanda.

Pero, no tuvo en cuenta además la corte que la sociedad colombiana demandada ante el tribunal inglés se limitó a objetar la competencia sin defenderse sobre el fondo del asunto por lo cual se violó el debido proceso de una persona jurídica nacional y se otorgó el exequátur a pesar de esta violación de un derecho fundamental.

Desafortunadamente la Corte Constitucional al decidir por mayoría la nulidad interpuesta contra la sentencia de tutela T-716 de 1996 negó la tutela interpuesta contra la anterior sentencia por mayoría sobre la base siguiente: «Es más, la Corte Suprema de Justicia no ignoró la existencia de la cláusula compromisoria, fue consciente de que ella fue pactada y que era de obligatoria observancia; solo que igualmente estimó que no era procedente que el asunto se sometiera a la jurisdicción arbitral, porque la Compañía Agrícola de Seguros se había sometido a la jurisdicción del tribunal inglés».

El error grave de hecho que configuró vía de hecho fue no haber tenido en cuenta que la sociedad demandada se limitó a objetar la jurisdicción del tribunal inglés pero sin entrar a analizar el fondo de controversia y su presentación jurídica fue precisamente para alegar la existencia de la cláusula compromisoria y por ende la falta de jurisdicción del citado tribunal.

El salvamento de voto correctamente expresa que ha debido declararse la nulidad y conceder la tutela por vía de hecho en que incurrió la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia al conceder el exequátur sin dar aplicación a la Convención de las Naciones Unidas de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras que establece como obligatoria la aplicación de la cláusula compromisoria o el compromiso. Esto significaba que el tribunal inglés no tenía competencia internacional y se violó el debido proceso de una sociedad colombiana en el tribunal inglés.

La Corte convalidó el desconocimiento y de un tratado internacional por el Tribunal inglés y ella misma lo desconoció también.

## 8. EL CASO TERMORÍO

Si bien es cierto, que en la presente tesis el tema central de estudio es el Arbitramento Comercial, el cual se circunscribe en la órbita de la jurisdicción ordinaria cuando se busca la anulación de los laudos que se susciten con ocasión a esta actividad, normalmente entre particulares; por la trascendencia que ha tenido la anulación del laudo arbitral del 21 de diciembre de 2000, proferido por el Tribunal del Arbitramento constituido para dirimir la controversia suscitada entre la Empresa Electrificadora del Atlántico en Liquidación S.A. E.S.P. y la Sociedad Termorío S.A. E.S.P., por el contrato de suministro de energía eléctrica AL - 019 de 1997 celebrado entre dichas empresas; creemos conveniente hacer alusión al fallo proferido por el H. Consejo de Estado - Sala de los Contencioso Administrativo - Sección Tercera, de fecha 1 de agosto de 2002 - Radicación 21.041 - Consejero Ponente Dr. GERMAN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR, sentencia que declaró la nulidad absoluta de la cláusula compromisoria, del proceso arbitral como también del laudo.

La Empresa Electrificadora del Atlántico en Liquidación S.A. E.S.P., "Electranta", en memorial de interposición del recurso de anulación ante el Honorable Consejo de Estado, con fundamento en los numerales 1º y 4º, respectivamente, del art. 163 del Decreto 1818 de 1998, invocó como causales:

a) Nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita, y

b) No haberse practicado las pruebas oportunamente solicitadas por la parte convocante, cuya omisión pudo tener influencia en la decisión del tribunal.

La Sala al estudiar las causales anunciadas, hizo claridad en el sentido que si bien, ellas corresponden, respectivamente, a las establecidas en los numerales 1 y 4 del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989; es decir, “ son causales del recurso de anulación propias de laudos controlables por la jurisdicción civil y, por lo tanto, en cuanto a la invocación normativa, no aplicables al recurso de competencia de esta jurisdicción en materia de contratos estatales, porque, para el caso, existe norma especial y posterior a aquella en el artículo 72 de la Ley 80 de 1993, corroborado ello por lo dispuesto en el numeral 5º del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 36 de la Ley 446 de 1998, según el cual, el Consejo de Estado conoce del recurso de anulación de los laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos estatales, por las causas y dentro del término prescrito en las normas que rigen la materia” . (23).

Resalta la Sala de lo Contencioso Administrativo, con fundamento en lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 87 del C.C.A, modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, que “el Juez Administrativo, en su ejercicio funcional e

(23) Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 1 de Agosto de 2002. Publicada en Jurisprudencia y Doctrina. Legis. Octubre de 2002. Pág. 2104 a 2128.

independientemente de la naturaleza del proceso en que actúe, tiene el deber de declarar oficiosamente la nulidad absoluta que encuentre de un contrato, siempre y cuando se cumplan dos específicas exigencias: a) que dicho fenómeno aparezca plenamente probado en el proceso, y b) que en el proceso intervengan las partes contratantes o sus causahabientes, competencia que ha sido objeto de tratamiento y aplicación en reiteradas ocasiones por parte de esa Corporación (entre otras en Sentencia de 6 de septiembre de 1999, Sala Plena, expediente S-025).

En consecuencia, como quiera que se trata de una facultad legal permanente del juez administrativo, éste no solo puede, sino que debe ejercerla, en todos aquellos eventos en los que estén acreditados a cabalidad los dos presupuestos antes relacionados, cualquiera que sea el proceso, instancia o trámite procesal en que sea advertida la nulidad absoluta del contrato, aún en el trámite del recurso de anulación de laudos arbitrales, por la naturaleza contractual que reviste el acuerdo entre las partes que intervienen en éste último; pero hay que tener en cuenta que esta facultad del Juez está condicionada por el término de caducidad que se señale, sobre todo en lo que tiene que ver con los contratos estatales.

En reciente pronunciamiento (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de abril de 2002, expediente 21.652), luego de reiterar el anterior lineamiento jurisprudencial, en consideración a la naturaleza y alcance del recurso de anulación de laudos arbitrales, se precisó que el ejercicio de la facultad oficiosa en comento tiene una limitante, en cuanto que solo comprende el juzgamiento del pacto arbitral,

sin posibilidad de que el juez del recurso pueda hacerla extensiva al examen del contrato involucrado en el respectivo proceso, es decir, que es posible que el contrato esté viciado de nulidad o con todas sus formalidades, lo que interesa aquí es estudiar el laudo cuestionado y solo eso.

En el estado actual de la legislación, la autonomía de la cláusula compromisoria respecto del contrato del cual hace parte, está clara y expresamente definida en el párrafo del artículo 116 de la Ley 446 de 1998, así: “ Art. 116. - Cláusula Compromisoria. El Decreto 2279 de 1989 tendrá un artículo nuevo del siguiente tenor: PAR: - La cláusula compromisoria es autónoma con respecto de la existencia y validez del contrato del cual forma parte. En consecuencia, podrán someterse al procedimiento arbitral los procesos en los cuales se debatan la existencia y la validez del contrato y la decisión del tribunal será conducente aunque el contrato sea nulo o inexistente”

La H. Corte Constitucional en Sentencia C-294 de 1995, M:P: JORGE ARANGO MEJIA, declaró exequible, la norma antes indicada.

### **8.1. LA VALIDEZ DEL PACTO ARBITRAL EN EL PRESENTE ASUNTO.**

La Sala, con fundamento en el artículo 1502 del Código Civil, normatividad aplicable tanto a la actividad contractual de los particulares como la que desarrollan las entidades estatales, examino en forma oficiosa, si la cláusula compromisoria

mediante la cual las partes del contrato decidieron declinar acudir a la jurisdicción contencioso administrativo, para en su lugar, someter la decisión de sus controversias contractuales a un Tribunal de Arbitramento era válida o, si por el contrario, adolecía de nulidad absoluta por objeto o causa ilícita. Con ese propósito se analizaron los siguientes tres aspectos:

- a. El pronunciamiento del Tribunal Arbitral sobre la validez de la Cláusula Compromisoria.
- b. El alcance del recurso de anulación de laudos arbitrales frente al pronunciamiento del Tribunal Arbitral.
- c. La clase de arbitraje pactado por Electranta y Termorío e ilicitud del acuerdo arbitral.

Respecto del literal (a), hay que decir, que en dos distintos momentos se pronunció acerca de la validez de la Cláusula Compromisoria, el primero de ellos, con ocasión de resolver la oposición de Electranta a la convocatoria del arbitraje propuesto por Termorío, en donde aquella argumentó que el pacto arbitral, contenido en el otrosí número 1 suscrito por las partes el 15 de enero de 1998, adolecía de nulidad absoluta: De una parte, por haber sido acordado un arbitramento internacional contra expresa prohibición legal, ya que para ello, en opinión de Electranta, no se cumplían los presupuestos exigidos para tal fin en la Ley 315 de 1996, y además,



porque el representante legal de ella no estaba facultado para celebrarlo; y de otra, porque el contrato AL - 019 de 1997, incluida la cláusula compromisoria, estaban viciados de nulidad absoluta proveniente de objeto ilícito, debido a que Electranta se encontraba inhabilitada para celebrarlo.

Frente a lo anterior, el Tribunal de Arbitramento señaló, que para la fecha en que fueron suscritos el contrato y el otrosí número 1 que modificó la Cláusula Compromisoria originalmente pactada, no existía ninguna limitación ni impedimento legal para Electranta, y que en consecuencia, la cláusula en cuestión no adolece de nulidad alguna, ya que al pacto arbitral celebrado no le estaba vedado, que su estipulación no excede el objeto social de la empresa, y que en tal actuación, tampoco hubo extralimitación de funciones por parte del representante legal de Electranta.

Por lo anterior, el Tribunal Arbitral afirmó tener plena competencia para avocar el conocimiento y juzgar las controversias contractuales sometidas a su conocimiento. De igual manera, en esa misma parte del laudo, el Tribunal Arbitral analizó el otro fundamento de la nulidad absoluta del contrato AL - 019/97 y del otrosí número 1, esgrimida como defensa por Electranta, según el cual, uno y otro pacto están afectados de dicho vicio, porque, en su parecer, Electranta estaba incurso en una inhabilidad para celebrarlos ; el tribunal dijo que tal cargo de nulidad era infundado, razón por la cual lo desechó.

Con relación al literal (b) el alcance del recurso de anulación de laudos arbitrales frente al pronunciamiento del Tribunal Arbitral, la Sala indicó: ... “ Como bien se sabe, desde el punto de vista sustancial, el proceso arbitral es de única instancia, por cuanto el laudo que pone fin al proceso no es susceptible de recurso ordinario o extraordinario distinto al de anulación que consagran, por vía general, los artículos 37 y 38 del Decreto 2279 de 1989, y en tratándose de contratos estatales, sujetos a la jurisdicción contencioso administrativa, el artículo 72 de la Ley 80 de 1993, compilados en los artículos 161, 163 y 230 del Decreto 1818 de 1998”.

De otra parte, a juicio de la Sala, la Acción de Tutela sería procedente instaurarla frente a un eventual desacierto o equivocación de los árbitros respecto de las normas sustanciales atinentes al caso, bien por falta de aplicación de la ley, ya por interpretación errónea, o por indebida aplicación de la misma, por falta o indebida valoración probatoria (error in iudicando), es decir, que por tocar el contenido intrínseco del fallo, en donde se podría poner en peligro un derecho fundamental; caso sucede, en relación con el recurso de anulación, en donde se cuestionan errores in procedendo, aquellos que comportan las formas de los actos, su estructura externa, su modo natural de realizarse, los cuales se dan cuando el juez, ya sea por error propio o de las partes, se desvía o aparta de los medios señalados por el derecho procesal para la dirección del juicio, al punto de que con ese apartamiento se disminuyen las garantías del contradictorio o se priva a las partes de una defensa plena de sus derechos.

Lo anterior, no obsta para que el juez del recurso de anulación pueda y deba hacer uso de la facultad oficiosa que el ordenamiento jurídico le otorga para declarar la nulidad absoluta del contrato contentivo del pacto arbitral, bien sea que se trate de cláusula compromisoria o de compromiso.

El desarrollo del literal (c) de esta sección de las consideraciones del fallo, comprende los siguientes subtemas:

1. La legislación aplicable.
2. Las partes pactaron un arbitraje nacional - institucional.
3. Nulidad del acuerdo arbitral por objeto ilícito.

Con relación al primer subtema, hay que indicar, que el contrato originario de la controversia objeto de arbitramento y en el cual las partes pactaron cláusula compromisoria, fue celebrado el 20 de junio de 1997; pero el contenido y la modalidad de dicho acuerdo arbitral fueron objeto de sustancial modificación mediante el documento otrosí número 1, suscrito por Electranta y Termorío el 15 de enero de 1998, así las cosas, el juicio de validez de la cláusula compromisoria en cuestión, debe hacerse a la luz de la normatividad vigente para la época en que fue convenida dicha cláusula (en Colombia estaban vigentes sobre arbitramento las contenidas en el Decreto - Ley 2279 de 1989, la Ley 23 de 1991, el Decreto -

Ley 2651 de 1991, la Ley 270 y 315 de 1996) y no, las disposiciones contenidas en la Ley 446 de 1998, vigente para la época en que fue convocado el tribunal arbitral.

En lo que tiene que ver con el segundo subtema, " Las partes pactaron un arbitraje nacional - institucional", se tiene que, por razón de la nacionalidad y domicilio de las partes contratantes, el lugar de cumplimiento de las obligaciones contractuales objeto del arbitraje y la sede de éste el arbitraje pactado por Electranta y Termorío es de orden nacional y no internacional, toda vez que, para esto último, no se cumple ninguno de los dos tipos de presupuestos que para ello exige, expresamente y de modo concurrente, la Ley 315 de 1996, esto es:

1. Que las partes así lo hayan acordado.
2. Que se cumpla cualquiera de las siguientes hipótesis:
  - a. Que las partes, al momento de la celebración del pacto arbitral, tengan su domicilio en estados diferentes.
  - b. Que el lugar de cumplimiento de aquella parte sustancial de las obligaciones directamente vinculada con el objeto del litigio, se encuentre situado fuera del Estado en el cual las partes tienen su domicilio principal.

c. Que el lugar del arbitraje se encuentre fuera del Estado en que las partes tienen sus domicilios, siempre que se hubiere pactado tal eventualidad en el pacto arbitral.

d. Que el asunto objeto del pacto arbitral vincule los intereses de mas de un Estado y las partes así lo hayan convenido expresamente.

e. Que la controversia sometida a decisión arbitral afecte directa e inequívocamente los intereses del comercio internacional.

En el presente asunto, es claro que las partes no manifestaron acordar un arbitraje internacional, y tampoco esa fue su intención; y al propio tiempo, no se cumple ninguna de las cinco situaciones descritas en el numeral 2o anterior.

A ello debe agregarse, indica la Sala, que como el contrato AL-019 de 1997 no está sujeto al régimen de la Ley 80 de 1993, tampoco le es aplicable lo dispuesto en el artículo 4o de la Ley 315 de 1996, modificatorio del inciso final del artículo 70 de aquella, en el que prevé una hipótesis adicional de autorización para las entidades estatales, para acordar tribunales de arbitramento internacionales, máxime si se tiene en cuenta que no se reúnen los requisitos legales para que el arbitramento pactado por las partes pueda ser catalogado como internacional, ni tampoco se cumplen los presupuestos establecidos en la norma últimamente citada.

En los términos en que fue concebida y redactada la cláusula compromisoria acordada por las partes, luego de la modificación que convinieron en el documento otrosí número 1 del 15 de enero de 1998, el arbitramento en ella pactado, afirma la sala, es de carácter institucional, como quiera que las partes expresamente se sujetaron en un todo al reglamento de conciliación y arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, CCI, con sede en Paris, e inclusive la designación de los árbitros integrantes del tribunal igualmente fue deferida a dicho organismo, y así fue tramitado el respectivo proceso, en donde todo el trámite prearbitral y la administración del arbitramento estuvo a cargo del Centro de Conciliación y Arbitraje (Corte) de la Cámara de Comercio Internacional; en ese sentido entonces, la presentación de la demanda, la designación de los árbitros y el secretario, se hicieron con sujeción a las disposiciones de ese reglamento, lo mismo que la expedición y control del laudo.

### 3. Nulidad del acuerdo arbitral por objeto ilícito.

De conformidad con el ordenamiento jurídico que gobierna la practica contractual, a términos de lo dispuesto en el artículo 1519 del Código Civil: "Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene el derecho público de la Nación. Asi, la promesa de someterse a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto"; de igual manera, "hay objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes"(art. 1523 C.C.)

Por consiguiente, carece de validez todo acuerdo contractual que quebrante tales prescripciones normativas, bien que las partes que lo celebren sean particulares o entidades estatales, pues, al respecto, el artículo 6o de esa misma codificación estatuye:

"ART. 6o. Sanción legal y nulidad. La sanción legal no es solo la pena sino también la recompensa; es el bien o el mal que se deriva como consecuencia del cumplimiento de sus mandatos o de la trasgresión de sus prohibiciones.

En materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa. Esta nulidad, así como la validez y firmeza de los que se arreglan a la ley, constituyen suficientes penas y recompensas aparte de las que se estipulan en los contratos"

Es cierto que todo contrato legalmente celebrado es "ley" para las partes, pero, precisamente, solo aquellos que sean convenidos "legalmente", mas no los que contravengan el ordenamiento jurídico, porque en tal evento, bien pueden ser anulados por el juez (C.C., art. 1602); peor aun cuando mediante el acuerdo de voluntades se pretende desconocer o derogar las normas y principios de derecho público, situación esta que respecto de la cual el Código Civil expresamente preceptúa:

"ART. 16.- Normas irrenunciables. No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres".

Con mayor razón si se trata, como en el presente caso de contratos estatales, porque, en ellos están no solo interesados, sino, directa y esencialmente comprometidos, el orden y el interés público dado que la actuación estatal siempre ha de estar orientada por el principio de legalidad. En efecto, de conformidad con los artículos 6, 121, 122 y 123 de la Carta Política, toda la actuación del Estado, incluida en ella por supuesto, la contractual, esta sujeta a las prescripciones constitucionales y legales que determinan las funciones de sus órganos y autoridades y la forma de ejercerlas.

Así por ejemplo, la competencia para celebrar contratos deviene de la ley y esta misma a la vez, delimita el margen de la autonomía de la voluntad, fija requisitos establece prohibiciones y señala responsabilidades. En ese sentido, a la administración pública y mucho menos a los particulares les han sido asignados poderes de disposición respecto del ordenamiento jurídico que regula su actuación, la cual es de derecho público y, por lo mismo, de orden público.

Es por ello por lo que, en orden a preservar el principio de legalidad y seguridad jurídica en las relaciones contractuales el juez tiene la potestad de declarar la nulidad absoluta de los contratos, cuando quiera que aparezca plenamente



probada en el proceso, la cual puede ejercer a petición de parte o de oficio, materia esta sobre la cual, el legislador calificó como causal de nulidad absoluta la proveniente de objeto ilícito.

En lo que tiene que ver con el arbitramento la sala indica que hay objeto ilícito cuando el contrato y el pacto arbitral en particular, contraviene normas de derecho público, por ejemplo, como cuando recae sobre asuntos respecto de los cuales existe prohibición legal o cuando se celebra por fuera de los límites de la ley, o cuando el convenio quebranta disposiciones de orden público, como lo son las que regulan los procedimientos judiciales; sobre estos últimos, el código de procedimiento en su artículo 6 dispone:

"Las normas procesales son de orden público y por consiguiente, de obligatorio cumplimiento salvo autorización expresa de la ley.

Las estipulaciones que contradigan lo dispuesto por este artículo se tendrán por no escritas".

Con fundamento en lo anterior, la sala expuso lo siguiente:

"En ese contexto, se tiene entonces que el acuerdo arbitral de las partes, contenido en el otrosí número 1 del 15 de enero de 1998, modificatorio de la cláusula compromisoria originalmente pactada en el contrato AL; 019 de 1997 por ellas

celebrado el 20 de Junio de 1997, se encuentra viciado de objeto ilícito y, por lo tanto, afectado de nulidad absoluta, por cuanto a términos de la legislación vigente a la fecha que fue suscrito dicho pacto arbitral, si bien aquellas podían acordar someter las diferencias derivadas del contrato a un tribunal de arbitramento, bien sea que fuera institucional o independiente, por expresa disposición del artículo 92 de la Ley 23 de 1991, debía surtirse o tramitarse, en uno u otro caso, con arreglo a las normas de procedimiento preestablecidas en esa ley y en el Decreto-Ley 2279 de 1989, las cuales, dado su carácter de orden público, son de obligatorio y estricto cumplimiento.

Sin embargo con desconocimiento de ese preciso mandato legal, Electranta y Termorío estipularon que el proceso se desarrollara con arreglo a las normas del reglamento de conciliación y arbitraje de la CCI, para lo cual carecían de autorización legal, y menos Electranta en su condición de entidad estatal.

Por consiguiente, el convenio por ellas celebrado en tales condiciones, resulta violatorio de la normatividad que estaban obligadas a respetar, dado que no podían, por convenio derogar las normas procesales legalmente preestablecidas, situación que pone en evidencia la clara e insanable violación de los preceptos contenidos en los artículos 6, 16, 1519 y 1523 del Código Civil, dado que aquellas disposiciones de orden procesal del Decreto 2279 de 1989 y de la Ley 23 de 1991 son de orden público, en cuanto corresponden a reglas de procedimiento judicial, reguladoras precisamente de la habilitación a particulares para que cumplan la función pública de administrar justicia, investidura y actuación que en manera

alguna, por expreso mandato constitucional, puede ejercerse por fuera de los términos señalados en la ley (art. 116).

En otros términos, ni los particulares, como tampoco las entidades estatales, pueden válidamente investir de función jurisdiccional a particulares en la condición de árbitros por fuera de los límites y exigencias que para tal fin establecen la constitución y la ley, toda vez que ni aquellos ni ellas pueden abolir por convención las normas de derecho público, como lo son, entre otras, las que regulan el arbitramento como forma alternativa de administración de justicia.

Desde esta óptica si el arbitramento acordado por las partes es institucional, pesa una razón adicional: según lo reglado en el artículo 91 de la Ley 23 de 1991 ..., en esa época solo podía acudir a los Centros de Arbitraje autorizados para su organización y vigilados en su funcionamiento por el Ministerio de Justicia y cuyos reglamentos estuviesen ajustados a las normas de esa misma ley, que no es precisamente el caso del Centro de Conciliación y Arbitraje (Corte) de la CCI con sede en París, en tanto que es un organismo ajeno por completo a tales prescripciones, tanto en su creación y organización como en su funcionamiento.

" En consecuencia, como la cláusula compromisoria pactada por Electranta y Termorío adolece exactamente de ese mismo vicio, esto es, objeto ilícito, en tanto que, mediante ella, las partes acordaron someter a la decisión de árbitros las controversias que se derivaran del contrato por ellas suscrito, con aplicación no de las normas de procedimiento legalmente preestablecidas, para tal efecto sino de un

reglamento no previsto ni autorizado en nuestro ordenamiento jurídico, en aplicación de lo preceptuado en el inciso 3 del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, y lo dispuesto igualmente en el artículo 1742 del Código Civil, subrogado por el artículo 2 de la Ley 50 de 1936, la Sala declarará la nulidad absoluta e insaneable que afecta dicha estipulación del contrato, como quiera que para ello, la citada nulidad se encuentra plenamente probada, y, al propio tiempo en el presente proceso actúan las mismas partes que suscribieron el respectivo contrato. ...

Así las cosas, se impone la declaración oficiosa de la nulidad absoluta que impregna el acuerdo arbitral celebrado por Electranta y Termorío, pues, no existe salvedad o excepción legal que indique lo contrario y, consecuentemente, también habrá de decretarse la nulidad del laudo recurrido y de todo el proceso arbitral adelantado con fundamento en dicho pacto arbitral".

De esta manera el Consejo de Estado declaró de oficio la nulidad absoluta de la cláusula compromisoria pactada entre las partes contenida en el documento otrosí número 1 del 15 de enero de 1998 y anuló también tanto el proceso arbitral como el laudo del 21 de diciembre de 2000 adelantado y proferido, respectivamente, por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias surgidas entre las partes en comento con ocasión del contrato de suministro de energía número AL-019 de 1997 por ellas celebrado el 20 de junio de 1997 constituyéndose este fallo en uno de los demás connotación político, económico y social que se han

proferido en los últimos años por esta alta corporación, teniendo en cuenta todos los comentarios que se han hecho a favor y en contra del mismo.

El equipo investigador de esta tesis se muestra de acuerdo en su integridad con el fallo comentado, toda vez que, no se puede desconocer el ordenamiento jurídico que rige en un país al momento de suscribirse cláusulas compromisorias o compromisos en aras de garantizar la libertad de las partes e interpretando de manera equivocada la facultad que le da el constituyente a los particulares para impartir justicia consagrada en el inciso 3 del artículo 16 de la Constitución Política, poniéndose en peligro el interés público, ignorando de contera ordenamientos constitucionales y legales como los indicados anteriormente de estirpe sustancial y procesal.

## **8.2. LA AUTONOMÍA DE LAS PARTES FRENTE AL PROCESO ARBITRAL: EL CENTRO DEL DEBATE.**

### **8.2.1. Declaración oficiosa de la nulidad.**

#### **8.2.1.1. Dice el Consejo de Estado:**

...no obstante que el tribunal arbitral analizó e hizo un pronunciamiento sobre la validez de la cláusula compromisoria en cuestión, ello no es óbice, para que la Sala

aborde el estudio de ese mismo punto con ocasión del presente recurso de anulación. Las razones son las siguientes:

a .Si bien en materia de contratación estatal, la nulidad del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita no está consagrada como causal de procedencia del recurso de anulación, la potestad y deber del juez contencioso administrativo de declarar en forma oficiosa la nulidad del contrato, como ya se indicó, se mantiene aún en el término del recurso de anulación contra laudos arbitrales;

b. El hecho de que las partes del proceso arbitral o una cualquiera de ellas esgrima como razón de defensa en el trámite del proceso, la nulidad absoluta del pacto arbitral, y el tribunal arbitral dictamine que ésta no se encuentra configurada, en la medida en que dicho aspecto determina de modo directo y esencial la competencia del juez arbitral, puede y debe ser considerado por el juez del recurso de anulación..”.

#### **8.2.1.2. Dice Ramiro Bejarano Guzmán:**

El hecho de que el Tribunal de Arbitramento hubiese rechazado la nulidad absoluta del pacto arbitral, en modo alguno le impedía al Consejo de Estado revisar aún oficiosamente el punto, y decidir en forma diferente.

Recuérdese que el artículo 38 numeral 1° del Decreto Ley 2279 de 1989 (D.1818/98, art. 163), exige que para invocar la nulidad absoluta del pacto arbitral como causal del recurso de anulación, es necesario alegarla previamente, como requisito de procedibilidad ante el tribunal de arbitramento. En ese orden de ideas, es claro, entonces que la decisión interlocutoria de los árbitros denegando la petición de una parte para que se declare la nulidad absoluta del pacto arbitral, puede ser revisada y aun modificada oficiosamente por el juez llamado a dirimir el ulterior recurso extraordinario de anulación, pues ese punto además tiene injerencia en lo atinente a la competencia de los árbitros. Negarle esa facultad al juez del recurso de anulación, sería tan absurdo como obligarlo a decidir a sabiendas de que existe un vicio que invalida toda la actuación.

De otro lado, es errada la querrela de que al Consejo de Estado le estaba además vedado declarar la nulidad absoluta del pacto arbitral y de todo el proceso, porque estaba conociendo un recurso extraordinario.

No hay una sola norma que cercene a ningún juez la facultad oficiosa de decretar la nulidad absoluta de un acto en el trámite de un recurso extraordinario, llámese casación, anulación o súplica. En sentido contrario apunta lo reglado en el artículo 2° de la Ley 50 de 1936, aplicable a los asuntos civiles y a los contencioso administrativos, de acuerdo con lo previsto en el artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, pues en la primera disposición citada, sin hacerse ninguna exclusión respecto del tipo de proceso o trámite donde el juez ha de

ejercer este deber, claramente se indica que “La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte”.

La naturaleza dispositiva del recurso extraordinario no riñe con la facultad del juez de decretar oficiosamente la nulidad de un contrato, por objeto o causa ilícitas, porque lo que está en juego no es la forma sino lo sustancial, como lo pregonan el artículo 228 de la Carta Política.

No hay tampoco contradicción por el hecho de que el Consejo de Estado hubiese considerado que no podía declarar la nulidad absoluta del pacto arbitral como causal de anulación del laudo, por no estar prevista en el artículo 72 de la Ley 80 de 1993, pero que sí la haya decretado oficiosamente. La circunstancia de que la nulidad absoluta del pacto arbitral no sea causal de anulación en los procesos arbitrales de contratación estatal, implica que la parte no la puede alegar, pero no que el juez no pueda oficiosamente declararla probada.

#### **8.2.1.3. Dice Fernando Mantilla – Serrano:**

No tan viejo como el arbitraje, pero sí sólidamente anclado en la práctica arbitral mundial desde mediados del siglo pasado (tanto en el ámbito interno o nacional como internacional), el principio según el cual el árbitro tiene la potestad (es decir, una especie de “competencia de principio”) para decidir sobre su propia



competencia está también reconocido en el derecho colombiano (D. 1818/98, art. 147, num. 2º; L. 446/98, art. 124).

Igualmente anclado en la práctica arbitral se encuentra el principio del control del laudo por parte de los tribunales judiciales competentes, también reconocido por nuestro derecho (D. 1818/98, art. 161; D. 2279/89, art. 37; L. 80/93, art. 72). Sobre este punto, vale la pena señalar que algunos ordenamientos jurídicos (es el caso de Suiza y de los EE UU) permiten a las partes renunciar al “recurso” de nulidad contra el laudo, en ciertos casos.

Estos principios no son contradictorios sino complementarios. Su aplicación permite; (a) que el árbitro sea el primero en pronunciarse sobre la competencia (b) que el arbitraje pueda desarrollarse sin interferencia del juez y sin interrupción y (c) que, sin embargo, el juez tenga “la última palabra” sobre la competencia del árbitro y pueda así negarle efectos a una decisión que no tenga un pacto arbitral válido que la soporte.

El análisis del Consejo de Estado al respecto, aunque acerado, carece de interés y no aporta nada nuevo.

Más interesante resultan los malabares y recodos que toma la sentencia para ampliar lo que a mi juicio, no puede ser sino un lamentable olvido del legislador de la Ley 80 de 1993. El Consejo de Estado, quizás prisionero de su reciente decisión del 6 de junio de 2002 en la que reafirma el carácter de *numerus clausus* de los

motivos de nulidad previstos en el artículo 72 de la Ley 80 citada, prefiere asumir el análisis del pacto arbitral como contrato independiente y autónomo del contrato en el cual se inserta como cláusula (D. 1818/98, art. 118 par.; L. 446/98, art. 116) y, por lo tanto, aborda la licitud del mismo bajo una óptica contractual y no como mera causal de nulidad del laudo; por ello fundamenta su autoridad para decidir sobre la nulidad del “contrato de arbitraje” en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo.

Nada se puede reprochar, en términos de lógica jurídica, al razonamiento del Consejo de Estado, salvo que existía un camino más corto y, en mi criterio, más consistente con la naturaleza del arbitraje. En efecto, en primer lugar, el arbitraje, por su origen convencional exige- también en materia de contratación estatal – un pacto arbitral válido, de lo cual se deduce que debe existir una sanción a la ausencia de pacto arbitral, ya sea por inexistencia o por nulidad, debe buscarse en el régimen general y, en consecuencia, la causal de nulidad del numeral 1° del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 (D. 1818/98, art. 163, num. 1°) debe entenderse aplicable también por el Consejo de Estado.

El grave problema del ingenioso análisis plasmado en la sentencia comentada radica en que, llevado al extremo, dejaría sin sanción situaciones tan graves como la inexistencia del pacto arbitral o, como lo reconoce expresamente la sentencia, las nulidades absolutas (aun por objeto o causa ilícitos) que hubieren sido

“saneadas” en virtud de la caducidad prevista en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

### **8.2.2. Normativa aplicable.**

#### **8.2.2.1. Dice el Consejo de Estado:**

“...no existe y no puede existir discusión alguna en torno a una supuesta colisión de normas en el tiempo, como de hecho lo sugiere el apoderado judicial de Termorío (...) porque, inclusive, el antecedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia que con ese propósito invoca, no es absoluto, al punto que, en oportunidad posterior, esa misma corporación (...) fijó el siguiente criterio: ‘La inspiración impugnaticia (sic) del casacionista se reduce, en esencia, a que la validez de la cláusula compromisoria sea analizada bajo la preceptiva que sobre el particular se encontraba vigente, no al momento en que se pactó, sino al de resolver la litis, caso en el cual no habría cómo exigir el requisito que de la autenticidad del documento contentivo de ella echó de menos al sentenciador aquem. Punto en el que cuestiona al tribunal por no haber procedido así, enrostrándole por ello yerro in judicando, exactamente en cuanto resultó aplicando la legislación que no correspondía (...) Empero, semejante planteamiento es a todas luces inaceptable. En verdad el pacto arbitral objeto de litigio tuvo ocurrencia en el año 1981, época por la que en el punto imperaban las normas contenidas en los códigos premencionados; siendo así, salta a la vista que tal cláusula

compromisoria debió ajustarse por completo, tanto en su formación cuanto en sus efectos, a esas regulaciones legales, y no más que esas. En consecuencia, tales eran las normas aplicables a la convención que aquí se analiza; y lo siguen siendo, a despecho de que hubiese sobrevenido una legislación nueva que incluso derogó la anterior”.

#### **8.2.2.2. Dice Ramiro Bejarano Guzmán:**

Según se lee en la providencia que declaró la nulidad del proceso, Termorío defendió la validez de la cláusula arbitral celebra con Electranta, en virtud de la cual convinieron someter el Tribunal a las reglas de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), con el argumento de que como la misma se había hecho valer en vigencia de la Ley 446 de 1998, ya para entonces las partes sí podrían derogar o sustituir las normas procesales sobre arbitramento.

Tal razonamiento se sustentó en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, porque en sentir de Termorío como esta norma dispone que “en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración “ “salvo las relacionadas con el modo de reclamar en juicio los derechos sustanciales”, entonces el contenido del pacto arbitral sería determinante no al momento de su celebración si no al de su utilización en un proceso.

No puede confundirse la ley aplicable relacionada con los aspectos “concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato”, que siempre será la vigente al instante de promover la actuación judicial, con los requisitos de existencia y validez de un acto o contrato, que, sin excepción alguna, han de gobernarse exclusivamente por la ley que rija al momento de celebrarse el acto. Una cosa es el “modo” de hacer valer en juicio un acto o contrato, que es a lo que se refiere el artículo 38 de la ley 153 de 1887, y otra bien diferente, que las partes puedan desconocer las normas procesales, porque estas son de orden público.

La argumentación de Termorío es doblemente inaceptable, no sólo porque como acertadamente lo indicó el Consejo de Estado, si el pacto se suscribió en 1998, era obvio que debía quedar sujeto a las normas que sobre la materia estaban vigentes en aquella época, las cuales no permitían la derogatoria de las normas procedimentales, sino además, porque tampoco es cierto que aun en vigencia de la Ley 446 de 1998, las partes o los centros de arbitraje puedan darse sus propias reglas para tramitar un proceso arbitral.

El alegato Termorío encaminado a que se reconozca que el pacto arbitral por haberse hecho valer judicialmente en vigencia de la Ley 446 de 1998, no merecía reproche, es si no contradictorio al menos confuso, porque conduce a sostener que la cláusula arbitral era ilegal aun antes de la vigencia e la Ley 446 de 1998, pero

dejó de serlo en vigencia de esta, cuando se solicitó la convocatoria del arbitramento.

Si la cláusula arbitral de Termorío – Electranta era contraria a la ley antes de entrar a regir la Ley 446 de 1998, tal situación no se enmendó por el advenimiento de una vez normativa, y mucho menos, cuando como en este caso, tampoco es exacto que la nueva ley hubiese otorgado a las partes la facultad de derogar las normas procesales del proceso arbitral, como adelante lo explicaré.

#### **8.2.2.3. Dice Fernando Mantilla- Serrano**

He aquí uno de los yerros más importantes de la sentencia.

El Consejo de Estado razona en términos de “condiciones de validez” de la cláusula arbitral, y así, por aplicación del artículo 38 de la ley 153 de 1887, concluye que esa validez debe analizarse de conformidad con las leyes colombianas en vigor ( 5 de Enero de 1998 fecha de celebración del pacto arbitral Termorío), época en la que se encontraban vigentes los artículos 90 y 92 de la ley 23 de 1991 que, consagrando un verdadero exabrupto jurídico y haciendo gala de gran ignorancia en materia arbitral, equiparaban arbitraje institucional y arbitraje independiente (más conocido por los especialistas como “arbitraje ad hoc”), sometiendo ambos al procedimiento previsto en el Decreto 2279 de 1989.

Las críticas a este razonamiento son múltiples:

1. Las restricciones o limitaciones impuestas por el legislador al procedimiento a seguir en un arbitraje en nada afectan la validez del pacto arbitral. Uno de los grandes beneficios del Decreto 2279 de 1989 fue eliminar el formalismo en la cláusula arbitral y reducir sus requisitos de validez a los siguientes: (a) manifestación expresa de someterse a arbitramento (b) conste en “cualquier documento” (D.2279/89, art. 3º; L.23/91 art. 97). En consecuencia, el pacto arbitral de Termorío cumplía los requisitos formales de validez vigentes al momento de su celebración. A este respecto, es preocupante notar que la sentencia comentada utilice para fundamentar su razonamiento una sentencia de la Corte Suprema de Justicia (Sala Civil, No. 075 del 7 de junio de 1994) en la que, acertadamente, ésta sí, aplica el artículo 38 de la ley 153 de 1887 y que, en consecuencia, si se aplicare correctamente al laudo Termorío, ha debido llevar al Consejo de Estado a la conclusión opuesta a la que llega. En efecto, en esa sentencia la Corte Suprema considera que la exigencia de documento auténtico – requerida bajo la legislación imperante en 1981 – es una solemnidad adsubstantiam y por ello confirma una sentencia que anulaba el laudo porque el pacto arbitral al origen del arbitraje no respetaba la forma auténtica exigida.

2. Contrario a lo que parece creer el Consejo de Estado, el objeto del pacto arbitral no es el procedimiento en sí mismo sino la solución de la controversia mediante arbitraje (L.446/98, art. 115; D. 1818/98, art. 117, Ver, Martínez Neira, N. Y Peña

Castrillón, G., Pacto arbitral y arbitramento en conciencia, Temis, 1988, Págs. 41 y ss.; Arrubla Paucar, J.A., Naturaleza y efectos del pacto arbitral”, Revista Foro del Jurista Cámara de Comercio de Medellín, 2002, vol. 23 pág. 86.) La mención al procedimiento a seguir en el trámite arbitral no es un elemento esencial del pacto arbitral, ni lo ha sido nunca en el derecho colombiano. Un pacto arbitral que nada diga sobre el procedimiento sigue siendo válido y no puede siquiera considerarse como defectuoso o “patológico”; por o tanto, al no ser un elemento esencial, menos puede convertirse en un requisito ad substantiam de validez del pacto arbitral y, por ello, la falta de designación del procedimiento o la invalidez de lo acordado por las partes al respecto no puede acarrear su nulidad.

3. Además, no obstante las profusas invocaciones de la sentencia, las reglas de procedimiento llamadas a regir el trámite arbitral sí atañen a “lo concerniente al modo de reclamar en juicio los derechos” dimanantes de un contrato y, consiguientemente, deben ser examinadas a la luz de la legislación vigente al momento del inicio del arbitraje y no al momento de celebración del pacto arbitral. En la sentencia comentada el Consejo de Estado ha proclamado que el pacto arbitral es un contrato independiente. Siguiendo su razonamiento, ese contrato independiente confiere a las partes el derecho de acudir al arbitraje; y la forma de exigir ese derecho y ponerlo en ejecución es mediante el procedimiento pactado o, en defecto de pacto al respecto, por el procedimiento subsidiariamente aplicable. Por tanto, en estricto cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 153 de 1887, la ley 446 de 8 de julio de 1998 (ya en vigor al momento del inicio del arbitraje) es



aplicable y el arbitraje institucional de la CCI (o la American Arbitration Association, AAA, o la Corte de Arbitraje de Madrid, para solo citar dos centros de arbitraje cuya sede está fuera del país) estuviere o no constituida como centro de arbitraje de conformidad con lo dispuesto en el derecho colombiano y autorizado, por el entonces Ministerio de Justicia, es completamente irrelevante, pues esa normativa rige para los centros que se organicen o constituyan en el país. No existe argumento jurídico alguno para querer darle a esas disposiciones un aplicación extraterritorial que va contra las más elementales normas del derecho internacional privado.

4. Pero aun aceptando, en gracia de discusión, que como lo afirma la sentencia en comento, el examen de las reglas de procedimiento acordadas por las partes debiera hacerse a la luz de las normas vigentes al momento en que dichas reglas fueron pactadas, el razonamiento de la sección tercera sigue encontrando tropiezos.

En primer lugar, el Consejo de Estado ignora (quizás porque la parte interesada no le hizo caer en cuenta, aunque era evidente del expediente arbitral) que el acta de misión, mediante la cual las partes fijaron la misión del tribunal arbitral y el procedimiento a seguir, fue firmada por ambas partes el 10 de noviembre de 1999, es decir, bajo el imperio de la Ley 446 de 1998 cuyo artículo 112 (D. 1818/98, art. 116), al decir del propio Consejo de Estado en la sentencia comentada, “en tratándose de arbitramento independiente 8...) autoriza a las partes para acordar,

autónomamente, las reglas de procedimiento aplicables en la solución de los conflictos, y en el caso del arbitramento institucional, determina que las partes pueden acogerse a un procedimiento establecido por un centro de arbitraje”. Uno de los principales efectos del acta de misión, cuando ha sido firmada por las partes (como fue el caso en el arbitraje Termorío), es el de “valer compromiso” o sanear los defectos de los que pudiere adolecer el pacto arbitral originario (ver, Derains Y. Et al., *A guide to the new ICC rule of arbitration*, Kluwer, 1998, págs. 229 y 230; Fouchard, Ph. Et al., *Traite de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, Págs. 687 a 689; Mantilla Serrano, F., *La Corte internacional de Arbitraje de la CCI*, Revista Universitas, U. Javeriana, Bogotá, 1992). En consecuencia, siguiendo el razonamiento del Consejo de Estado y apoyándose en los hechos que constan en el expediente, el procedimiento fue válidamente pactado por las partes mediante el acuerdo que celebraron cuando ya estaban en vigor el actual régimen arbitral colombiano.

Cabe preguntarse por la reacción del Consejo de Estado, si las partes, en el acta de misión – como podían haberlo hecho – hubieren acordado seguir el procedimiento del Decreto 2279 de 1989, ¿habría el Consejo de Estado anulado de todos modos el laudo?.

En segundo lugar, si habiendo sido consciente de lo anterior, el Consejo de Estado se empeñara en negarle ese efecto al acta de misión y persistiera, como lo hace, en juzgar el procedimiento pactado bajo la lupa de la legislación hoy derogada, de

todos modos, en virtud del artículo 6ª del Código de Procedimiento Civil, invocado por el mismo Consejo de Estado, la sanción no consistía en anular la cláusula sino en tener la mención al reglamento de la CCI como no escrita. Es cierto, el laudo sería de todas formas nulo por haber sido fruto de un procedimiento que se llevó a cabo de una manera no autorizada por la ley, pero la cláusula arbitral sería operativa y válida para comenzar un procedimiento de arbitraje según lo previsto por la ley vigente al momento de su celebración, claro es, parece absurdo obligar las partes a aplicar un procedimiento que ya no está en vigor a la fecha del trámite arbitral; para evitar ese absurdo, en lugar de rectificar su análisis, el Consejo de Estado echa mano de sus anales y, apoyándose en una sentencia de la misma sección (exp. 2721, nov. 4/82), decide mejor anular la cláusula entera asimilando erradamente, como ya lo hemos denunciado, objeto del arbitraje con procedimiento arbitral.

Es evidente que, no obstante los importantes cambios que desde 1982 ha tenido el arbitraje en Colombia y en el mundo, la sección tercera del Consejo de Estado no está al corriente ni se siente concernida por ellos.

### **8.2.3. Un arbitraje nacional.**

#### **8.2.3.1. Dice el Consejo de Estado:**

“...por razón de la nacionalidad y domicilio de las partes contratantes, el lugar de cumplimiento de las obligaciones contractuales objeto del arbitraje y la sede de éste, el arbitraje pactado por Electranta y Termorío es de orden nacional y no internacional”.

#### **8.2.3.2. Dice Ramiro Bejarano Guzmán:**

Es imposible no coincidir con la providencia del Consejo de Estado en cuanto consideró que era nacional y no internacional el arbitraje de Electranta – Termorío, pues mirando con detenimiento las causales prevista en el artículo 1° de la Ley 315 de 1996 (D. 1818/98, art. 196), que describe las hipótesis en las que un arbitramento es considerado internacional, en ninguna de ellas encuadra este litigio.

Es más, tampoco se estructuran los dos eventos adicionales de tribunal internacional, hipótesis reguladas en los numerales 3° y 4° del artículo 1° de la Ley 315 de 1996 (D. 1818/98, art. 196.)

### **8.2.3.3. Dice Fernando Mantilla-Serrano:**

El tribunal arbitral decidió que el arbitraje era del orden nacional y el Consejo de Estado confirmó esa decisión. Probablemente, la decisión es correcta. La incertidumbre existe debido a que, además de los criterios enumerados en la sentencia, existe uno muy importante: que la controversia afecte los intereses del comercio internacional (L. 315/96, art. 1º, num. 5º; D 1818/98, art. 196), al cual no se hizo mención, quizás porque no era aplicable. Sin embargo, las repercusiones internacionales que el affaire Termorío ha tenido, sumadas a la presencia de inversión extranjera en el mismo, hacen legítimo preguntarse si los “intereses del comercio internacional” no estaban afectados. En todo caso, no hay duda que la sentencia del Consejo de Estado sí que puede afectarlos y no precisamente para bien.

En términos generales, respecto de la ley 315 de 1996 (sobre arbitraje internacional), una superficial lectura de su artículo 1º, puede llevar a concluir- como parece hacerlo el Consejo de Estado- que el arbitraje sólo es internacional si se satisfacen dos condiciones: (a) que las partes expresen su “deseo” de que el arbitraje sea internacional y (b) que se cumpla alguna de las circunstancias mencionadas en el citado artículo 1º. Sin embargo, una lectura más cuidadosa de la ley y de su historia legislativa permite concluir que, siempre y cuando exista un pacto arbitral válido, basta que se dé una de las circunstancias de las mencionadas en la Ley 315 para que el arbitraje sea internacional. Exigir, además, que las partes expresen su deseo de someterse al arbitraje internacional constituiría una

reserva expost a la Convención de Panamá sobre arbitraje (L. 44/86) y, como tal, una violación al derecho internacional público; además, se podría así llegar al absurdo de que un arbitraje que cumpliera varias de las circunstancias de internacionalidad previstas en el mencionado artículo 1° de la ley 315, es decir, un arbitraje, con sede en Colombia, entre una parte venezolana y otra ecuatoriana sobre un contrato celebrado y ejecutado en Brasil pero cuyo pacto arbitral no contenga la expresión “arbitraje internacional” fuera entonces considerado como un arbitraje nacional, lo cual no sólo sería disparado sino contrario a la realidad.

En consecuencia, en presencia de una cualquiera de las circunstancias de internacionalidad previstas en la citada ley 315, la curiosa frase introductoria del artículo 1° de dicha ley, que reza “cuando las partes así lo hubieren pactado” no puede interpretarse sino como exigiendo la presencia de un pacto arbitral válido y no la mención expresa del término “arbitraje internacional”.

#### **8.2.4. Nulidad del acuerdo arbitral por objeto ilícito.**

##### **8.2.4.1. Dice el Consejo de Estado:**

“...Se tiene entonces, que el acuerdo arbitral de las partes (...) se encuentra viciado de objeto ilícito y, por lo tanto, afectado la nulidad absoluta, por cuanto, a términos de la legislación vigente a la fecha en que fue suscrito dicho pacto arbitral, si bien aquéllas podrían acordar someter las diferencias derivadas del contrato a un

tribunal de arbitramento, bien sea que fuera institucional o independiente, por expresa disposición del artículo 92 de la Ley 23 de 1991, debía surtirse o tramitarse, en uno u otro caso, con arreglo a las normas de procedimiento preestablecidas en esa ley y en el Decreto – Ley 2279 de 1989, las cuales dado su carácter de orden público, son de obligatorio y estricto cumplimiento”.

“Sin embargo, con desconocimiento de ese preciso mandato legal, Electranta y Termorío estipularon que el proceso se desarrollara con arreglo a las normas del reglamento de conciliación y arbitraje de la CCI, para lo cual, carecían de autorización legal, y menos Electranta en su condición de entidad estatal”.

#### **8.2.4.2. Dice Ramiro Bejarano Guzmán:**

Comparto integralmente la decisión del Consejo de Estado, por cuanto siendo de orden público las normas procesales sobre arbitramento, ni a los particulares ni a los centros de arbitraje les está permitido desconocerlas o sustituirlas.

Tal apreciación la vengo sosteniendo académicamente sin influencias laborales y profesionales desde antes de que apareciese el huracán de Termorío, en las dos ediciones de mi libro Los Procesos Declarativos de Editorial Temis, en los que he sostenido que “ni a las partes ni a un centro de arbitraje les es dable adoptar un procedimiento arbitral diferente del que está previsto en la ley. Los artículos 90 y 116 de la ley 446 de 1998, que autorizan a los interesados a definir el

procedimiento, no pueden desconocer el alcance restringido que la Corte Constitucional (sent. C-037 /96) atribuyó al artículo 13 de Ley 446 de 1996 (estatutaria de la administración de justicia), pues ésta concluyó que los particulares pueden fijar sus propias reglas para el proceso arbitral, pero únicamente en aquellos casos no previstos por el legislador. Es decir, no pueden inventarse procedimientos para situaciones reguladas en la ley, lo cual tiene sentido, porque se trata de normas de orden público, inderogables por decisión particular.

Al argumento de que en los tribunales nacionales hay que permitirles a las partes que adopten sus reglas tal y como ocurre en los internacionales, hemos explicado que como en estos los litigantes "son de nacionalidades diferentes, ninguna puede imponerle a la otra el acatamiento de las normas procesales de su propio país", y agregamos que "esa 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 ley procesal interna, que es de orden público y por lo tanto inderogable por los particulares o por un centro de arbitraje".

Menos compartimos la tesis sostenida por algunos según la cual como el artículo 112 de la ley 446 creó un vacío al referirse al tribunal independiente como aquel en que las partes acuerdan autónomamente las reglas de procedimiento aplicables en la solución de su conflicto" y al institucional "como aquel en el que las partes se



someten a un procedimiento establecido por el centro de arbitraje”, las partes o los centros de arbitraje sí pueden adoptar procedimientos autónomos.

No es cierto que el artículo 112 de la ley 446 de 1998 hubiese dejado vacíos, pues, por el contrario, previó que el procedimiento sería el adoptado por las partes, es decir repitió lo previsto en el artículo 13 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (L. 270/96) por lo que ambas disposiciones quedaron cobijadas por la interpretación que dio la Corte Constitucional al respecto en la Sentencia C.0037 de 1996, esto es, que las particulares sólo “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”.

Adicionalmente, discrepo de la sugerencia que algunos parecen deducir de ciertas frases del fallo de Termorío proferido por el Consejo de Estado, de que de haberse suscrito el pacto arbitral en vigencia de la ley 446 de 1998, las partes y los centros de arbitraje sí habrían podido derogar las disposiciones legales de arbitramento y adoptar las propias o acoger otras.

Ni antes ni después de la vigencia de la Ley 446 de 1998, en lo que tiene que ver con tribunales de arbitramento nacionales, es posible que las partes adopten reglas diferentes de las legales para dirimir sus controversias en un proceso arbitral, ni que los centros de arbitraje puedan imponer sus propios reglamentos.

En efecto, lo dicho por la Corte Constitucional en su fallo C- 037 de 1996, ratificado posteriormente en las sentencias C-672 de 1999 y C-60 del 201, entre otras, se predica no sólo del artículo 13 de la ley 270 de 1996, sino además del artículo 116 de la Ley 446 de 1998, por lo que, en mi concepto, aun hoy está vedado a los particulares y a los centros de arbitraje derogar las normas procesales sobre arbitraje.

Sería necesario una reforma constitucional en la que claramente se dijera que en materia de arbitramento las partes y los centros de arbitraje sí pueden adoptar sus propias normas y reglas. Mientras ello no suceda es ilegal cualquier intento de los tribunales independientes e institucionales por derogar las leyes procesales internas.

#### **8.2.4.3. Dice Fernando Mantilla- Serrano:**

El Consejo de Estado hace una amalgama entre proceso arbitral, proceso judicial, función pública de administrar justicia y orden público; y llego a la conclusión de que las partes no podrían derogar el procedimiento previsto en el Decreto 2279 de 1989 porque consagraba normas de orden público. El Consejo de Estado se equivoca; las partes, no podían pactar el procedimiento porque una expresa disposición legal las obligaba a utilizar el procedimiento del citado decreto: pero desaparecida esa obligación, las partes han recobrado su libertad para ello.

Mucho se podría hablar sobre la autonomía de las partes en materia de arbitraje (Mantilla Serrano, F., El principio de autonomía y su aplicación al procedimiento arbitral, Revista Jurisconsulta CAC- Cámara de comercio de Bogotá, No. 5 Pág. 19 , 2002; Silva Romero, E., El sistema de arbitraje de la Cámara de comercio Internacional y la situación del arbitraje institucional en Colombia, Revista Foro del Jurista – Cámara de Comercio de Medellín, Vol. 23 Pág. 171, 2002); mas, 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 puedan pactar libremente el procedimiento arbitral, que los árbitros- aunque tiene la *iuris dictio*- no ejercen función pública alguna y que, como expresamente lo menciona el artículo 6° de nuestro 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-. 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 el de garantizar un debido proceso – el cual, a diferencia de lo que insinúa la sentencia comentada, no es monopolio del Código de Procedimiento Civil-, consistente en que se respete 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.

Nota: Este comentario también aplica para el siguiente punto.

### **8.2.5. Una nulidad de rango constitucional.**

#### **8.2.5.1. Dice el Consejo de Estado:**

“Así las cosas, se impone la declaración oficiosa de la nulidad absoluta que impregna el acuerdo arbitral celebrado por Electrante y Termorío, pues no existe salvedad o excepción legal que indique lo contrario y , consecuentemente, también habrá de decretarse la nulidad del laudo recurrido y de todo el proceso arbitral adelantado con fundamento en dicho pacto arbitral”.

“Es más, no debe perderse de vista que, como ya lo ha precisado la Corte Constitucional, se trata de una nulidad procesal de rango constitucional consagrada en el artículo 29 de la Carta Fundamental, en tanto que tiene como centro de imputación el derecho del debido proceso..”.

“De otra parte, no puede argumentarse en contrario, que la declaración de tal nulidad procesal por la causal que se comenta en el presente asunto, supone sacrificar el derecho sustancial, por cuanto el debido proceso es un verdadero derecho sustancial..”

### **8.2.5.2. Dice Ramiro Bejarano Guzmán:**

El Consejo de Estado concluyó que como el proceso arbitral se había tramitado siguiendo las reglas de CCI y no las legales internas, la nulidad era “procesal de rango constitucional”, por trámite inadecuado, lo que no es lo mismo que una “nulidad constitucional”.

En la cita precedente se omitió incluir la referencia al fallo C-407 del 1997 de la Corte Constitucional, que declaró inconstitucional una norma del Código de Procedimiento Civil que no sancionaba con nulidad el trámite de un proceso civil declarativo, si se surtía por la vía del proceso ordinario. La mención a este fallo de la Corte Constitucional, aclara que la nulidad decretada por el Consejo de Estado se fundó en violación al debido proceso, por haberse surtido éste por vía diferente a la legalmente prevista, vicio que en todo caso está consagrando en el numeral 4° del artículo 140 del estatuto procesal civil, como causal de nulidad. No dijo, pues, el Consejo de Estado que la nulidad fuese constitucional, como no lo ha sostenido en el pasado, sino que el trámite inadecuado es un vicio que constitucionalmente la Corte Constitucional ha reconocido como violación al debido proceso, aseveración que no lo convierte en nulidad constitucional.

## **9. PROYECTO DE LEY 85 DE 2002 SENADO.**

### **Por la cual se expide la Ley General de Arbitraje**

#### **9.1. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

No cabe duda que a partir del rediseño de la legislación sobre el Arbitraje llevada a cabo en 1989, es grande el avance en la utilización y administración de esta figura, ancestralmente anclada en nuestro sistema legal, pero muy poco afortunada en su difusión y utilización.

Esta afortunada circunstancia, dio lugar a una creciente confianza por parte de los gobiernos de turno y a la generación, en búsqueda del mejor diseño posible, de una estructura legal que, hoy día, es singularmente frondosa y compleja, a lo cual ha contribuido no solo la forma como se ha llegado a compilarla sino la incidencia de diversos pronunciamientos de las altas Cortes del Estado bien a partir de fallos de tutela o bien en los fallos producidos a partir de demandas de diversa índole que contra la normatividad se ha fallado.

Tal estado de cosas impone la urgente necesidad de diseñar un texto único que, al amparo de la experiencia adquirida, por una parte y, a la par con los desarrollos y avances que han ocurrido en el mundo, se constituya en una herramienta útil para seguir avanzando en la utilización del arbitraje a nivel nacional y, de otra parte,

sirva para que Colombia se adecue a la normatividad y criterios imperantes a nivel internacional y así se convierta en un factor mas de atracción para potenciales inversionistas o contratistas internacionales.

En ese orden de ideas lo que se pretende, dejando de lado la legislación vigente, es construir un texto único que regule, simultáneamente, tanto el arbitraje nacional como el internacional, tanto el estatal como el privado en su integridad.

Para lograr dicho cometido, se ha partido de la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para la Unificación del Comercio Internacional, UNCITRAL, de 1985, que se constituye en el eje del proyecto, las legislaciones europeas mas recientes, incluidas las de Francia, Inglaterra y Suiza básicamente así como todas y cada uno de las que se han desarrollado en Latinoamérica en los últimos 5 años. Por una feliz coincidencia, se ha podido consultar los criterios y avances que el proyecto de reforma a la legislación española se han tenido en cuenta en el cuerpo legislativo que esta por ser entregado para su aprobación en el legislativo de ese país, lo que ha resultado de particular provecho, no solo por la proximidad legislativa entre nuestros países sino por la circunstancia excepcional de estar presente activamente en la comisión que tiene a su cargo tal cometido un distinguido jurista colombiano, el doctor Fernando Mantilla-Serrano, quien conoce de nuestra legislación y de su practica con suficiencia.

De igual manera, se ha podido aprovechar la coincidencia de contar con el mas tradicional e importante escenario del mundo en materia arbitral como lo es la Corte

de Arbitraje de París, con la actual presencia, como secretario adjunto, del destacado profesional colombiano Eduardo Silva Romero, quien ha podido alimentar la iniciativa con lo mejor no solo de su conocimiento sino de la doctrina y la jurisprudencia sobre el arbitraje en el mundo desde un punto de vista eminentemente practico y vivencial.

Con esos elementos y con el criterio de generar un sistema mas eficaz y eficiente para el arbitraje, se ha construido la iniciativa que se presenta, de la cual pueden destacarse, como notas distintivas:

1. Simplificación de la estructura del trámite. En este orden de ideas, se ha suprimido el llamado trámite “prearbitral” que si bien fue concebido con buena intención para darle orden y celeridad a trámite, ha redundado en ser una de las herramientas que mayor confusión y demora han originado.

2. Habida cuenta de lo anterior, se ha rediseñado todo el esquema procedimental del arbitraje, retornando a los criterios vigentes en el país en tiempos pasados y que mostró en su escasa utilización no tener mayores problemas, conforme al cual habrán de nombrarse en primera instancia a los árbitros y, ante ellos, darle curso al trámite arbitral de manera directa siendo los árbitros los encargados de llevar el trámite hasta su terminación y de su responsabilidad la decisión sobre todos los temas a el relativos. Se da pues, gran fuerza, en este empeño, a la autonomía de la voluntad.



3. Lo anterior significa un paso mas en la institucionalización del Arbitraje, responsable claro del auge en la utilización del mismo y de su popularización. No obstante, dicho énfasis en la institucionalización, supone de los centros mayores responsabilidades en cuanto a la elaboración de reglas modernas de procedimiento, eficaces y eficiente para su conducción, e igualmente, mayores exigencias en la conformación de sus listas de árbitros y en la preparación de quienes en ella pretendan formar parte.

4. Se mantiene el actual esquema conforme al cual, la remisión del trámite a los jueces se limita al mínimo de eventos, si bien, se clarifica la forma como ellos podrán servir de soportes a los Tribunales Arbitrales en los diversos eventos del trámite arbitral, con mayor claridad y alcance del que actualmente se tiene. En este mismo orden de ideas, se incluyen a las demás autoridades en la medida en que se requiera de su eventual colaboración, particularmente en lo que a la practica de pruebas se refiere.

5. Se clarifica la real naturaleza, el alcance de la función cumplida y la naturaleza de los funcionarios de los Centros de Arbitraje, distorsionada en el tiempo a partir de la normatividad y particularmente por decisiones jurisprudenciales que, mas allá de lo planteado en la Carta Política de 1991, las han convertido en entes jurisdiccionales o administrativos, o ambos, con claro detrimento de su función y obvia dilación en el trámite arbitral. A partir de la propuesta pasarán a ser lo que en el mundo entero vienen desarrollando: la labor de soporte administrativo para el

debido y eficaz trámite arbitral pero, en ningún caso, en sustitutos del Tribunal Arbitral o de las autoridades públicas. De otra parte, se suprime la “inspección y vigilancia” sobre los mismos, dejándose al juego de la mejor oferta frente a la demanda, la configuración y desarrollo de los Centros, tal como ocurre casi sin excepción en el mundo entero, suprimiendo así una intervención que no se había desarrollado de la mejor forma y, por el contrario, se había convertido en una seria limitante para la actuación del arbitraje.

6. Clarificación de las posibilidades del arbitraje del Estado y las entidades administrativas que, sujetos a las mismas posibilidades que se establecen para los particulares, podrán continuar utilizando el arbitraje bajo parámetros transparentes y eficientes y sin detrimento de las normas especiales que por tratarse de ellos se han desarrollado. En particular, la ley no limita el que, en normas futuras y particulares, en especial, en próximos estatutos de contratación, se diseñen criterios o especificaciones solo aplicables al Estado y las entidades administrativas, señalando con claridad cuales constituyen este amplísimo concepto.

7. En el arbitraje internacional, que habrá de utilizar el cuerpo de la misma ley, tan solo se mantiene la identificación de los criterios que darán lugar a esta especie, teniendo en cuenta los criterios al respecto definidos por la Corte Constitucional y la clara preeminencia en la materia de los tratados y demás instrumentos de derecho internacional, por sobre los Códigos y leyes internas. Se resalta si, la desaparición

del “exequátur” que se ha convertido, como el recurso de nulidad, en la mejor herramienta de dilación posible, sin que, en la práctica, se aporte mayor seguridad a las partes o ventajas que impongan mantenerlo. En esta línea, siguiendo la experiencia de varios países que han venido suprimiéndolo se elimina.

8. Se rediseña el recurso de nulidad no solo para hacerlo compatible con la nueva estructura procedimental, marcada por la autonomía de la voluntad, sino también para evitar en que, como hasta ahora, a partir de normas demasiado complacientes con el recurso se pretenda, por esta vía, reducir en extremo las ventajas del arbitraje en particular la eficiencia y celeridad que le es consustancial. De igual manera, se concretan plazos y exigencias para lograr efectivamente un trámite acelerado y prioritario, que corte con la utilización del recurso como estrategia para enredar y demorar la definición. Desde esta perspectiva, se reitera la norma conforme a la cual el laudo surte efectos no obstante la interposición del recurso y, en materia de arbitraje internacional, se deja puerta abierta a la renuncia a interponerlo para así ajustarse mejor en esta materia a la intención de las partes.

9. Por último, para evitar, como se indico preliminarmente, la congestión legislativa y la confusión originada en la forma como se ha venido legislando en la materia, se derogan todas y cada una de las normas sobre el Arbitraje a fin de dejar vigente, únicamente, la ley que se propone.

10. Bajo estos parámetros, la ley en XI Capítulos y 58 artículos, regula integralmente la materia.

Así es como se pretende contar con una herramienta moderna, flexible y eficiente que salga al corte a la fuerte procesalización del arbitraje y su cada día mas próxima configuración a la de un proceso ordinario, alejándola, en la práctica, de todo lo que es y pretende ser el arbitraje en el mundo actual y, por ende, a quienes de alguna manera tanto a nivel interno como internacional, pretenden acceder a la figura.

**Fernando Londoño Hoyos,**

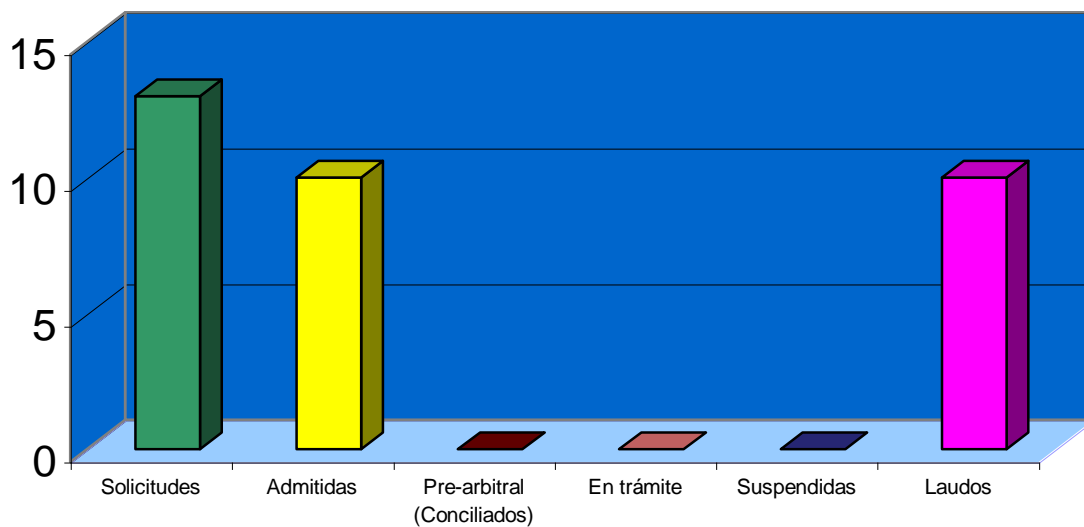
Ministro del Interior y de Justicia (E.).

**10. DATOS ESTADÍSTICOS DEL ARBITRAMIENTO EN MATERIA COMERCIAL  
EN COLOMBIA EN LAS CIUDADES DE : BARRANQUILLA, BOGOTA, CALI,  
CARTAGENA, MEDELLÍN, Y SINCELEJO**

**10.1. DATOS ESTADÍSTICOS DE LA CIUDAD DE BARRANQUILLA.**

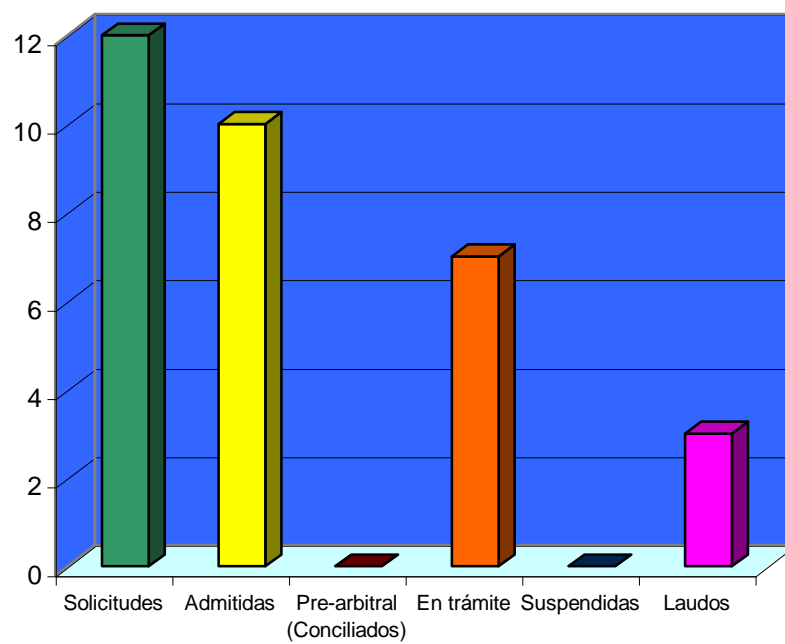
**10.1.1. Estadísticas del año 2001.**

Solicitudes	13
Admitidas	10
Pre-arbitral (Conciliados)	0
En trámite	0
Suspendidas	0
Laudos	10



### 10.1.2. Estadísticas del año 2002.

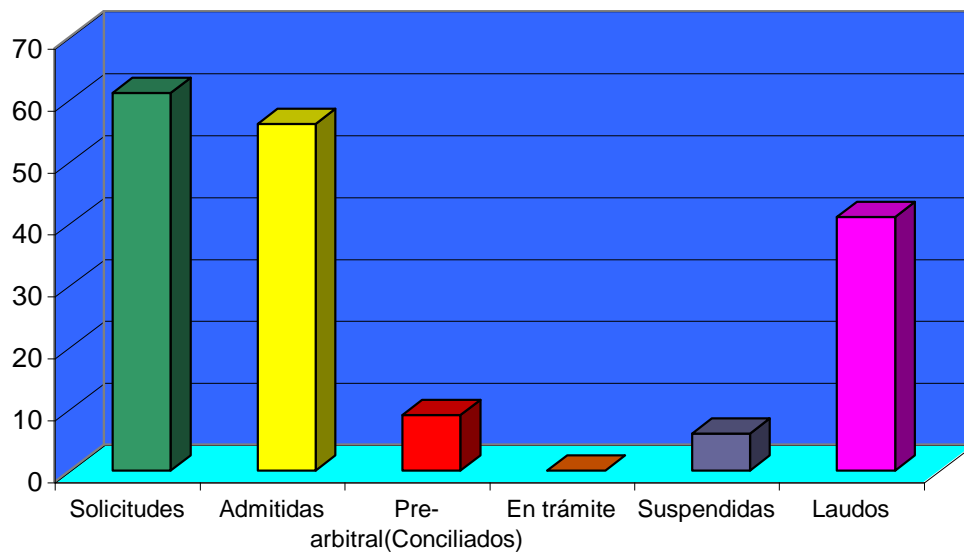
Solicitudes	12
Admitidas	10
Pre-arbitral (Conciliados)	0
En trámite	7
Suspendidas	0
Laudos	3



## 10.2. DATOS ESTADÍSTICOS DE LA CIUDAD DE BOGOTA.

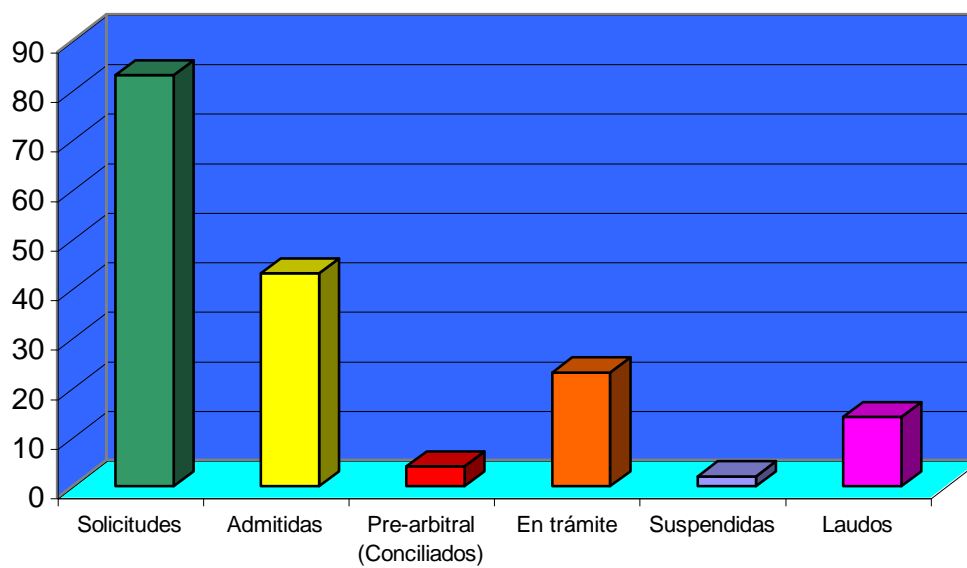
### 10.2.1. Estadísticas del año 2001

Solicitudes	61
Admitidas	56
Pre-arbitral (Conciliados)	9
En trámite	0
Suspendidas	6
Laudos	41



## 10.2.2. Estadísticas del año 2002.

Solicitudes	83
Admitidas	43
Pre-arbitral (Conciliados)	4
En trámite	23
Suspendidas	2
Laudos	14

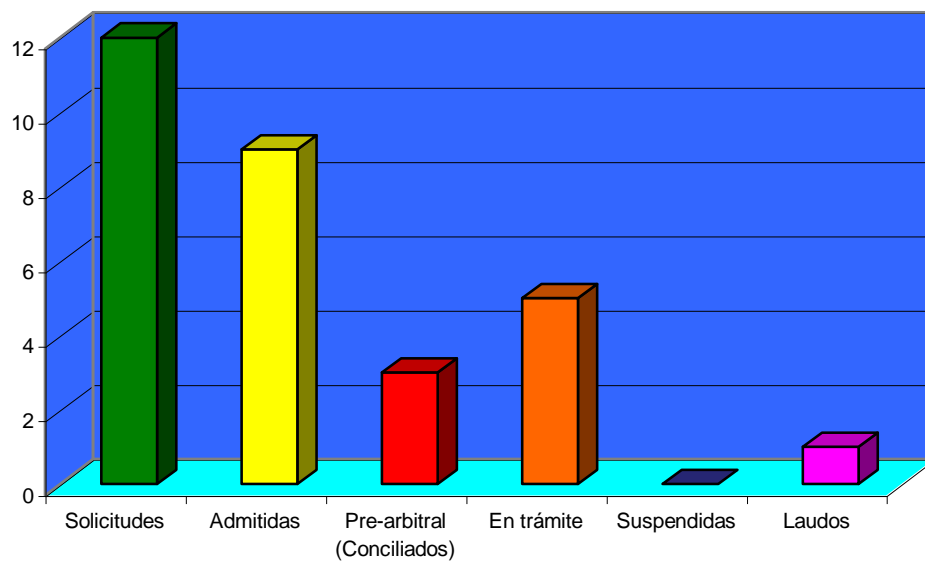




### 10.3. DATOS ESTADÍSTICOS DE LA CIUDAD DE CARTAGENA.

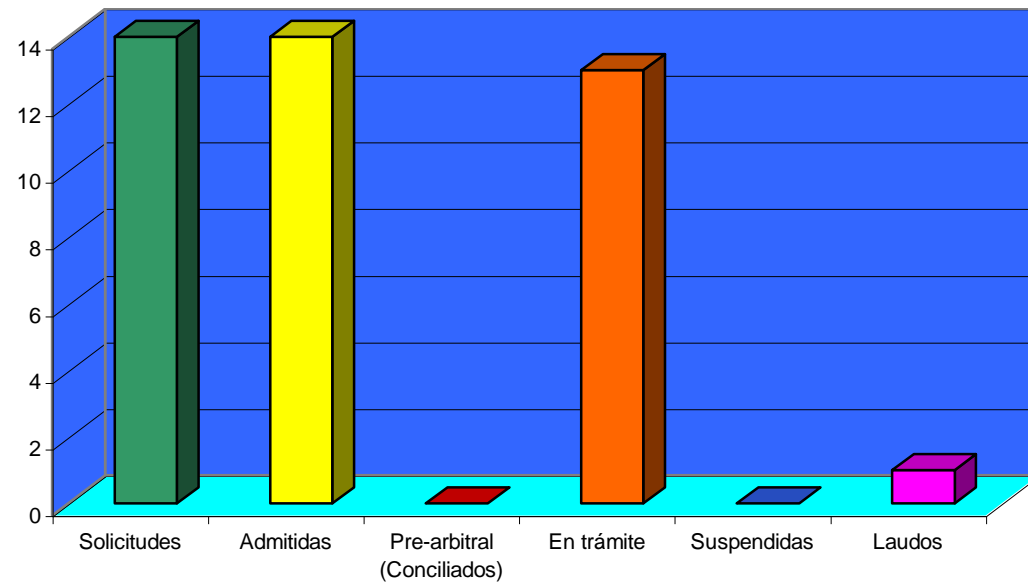
#### 10.3.1. Estadísticas del año 2001.

Solicitudes	12
Admitidas	9
Pre-arbitral (Conciliados)	3
En trámite	5
Suspendidas	0
Laudos	1



### 10.3.2. Estadísticas del año 2002.

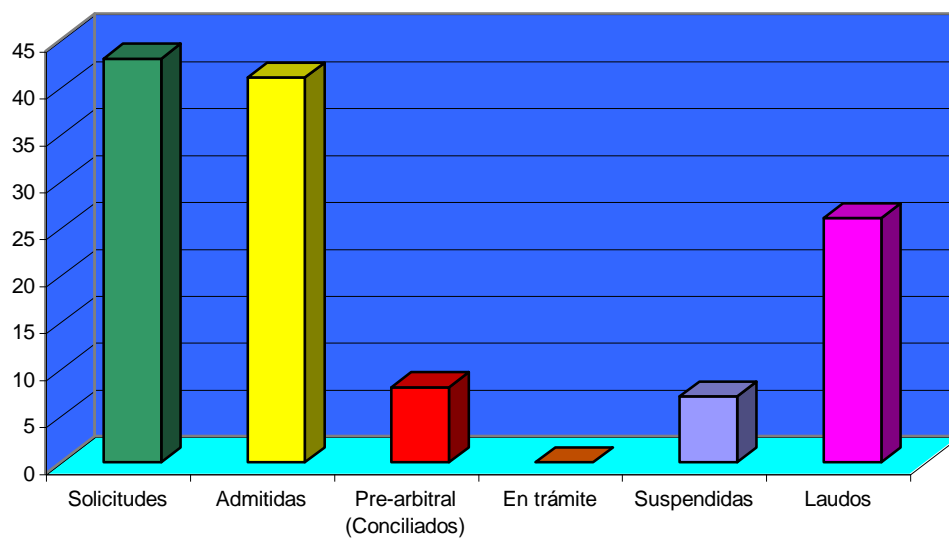
Solicitudes	14
Admitidas	14
Pre-arbitral (Conciliados)	0
En trámite	13
Suspendidas	0
Laudos	1



## 10.4. DATOS ESTADÍSTICOS DE LA CIUDAD DE CALI.

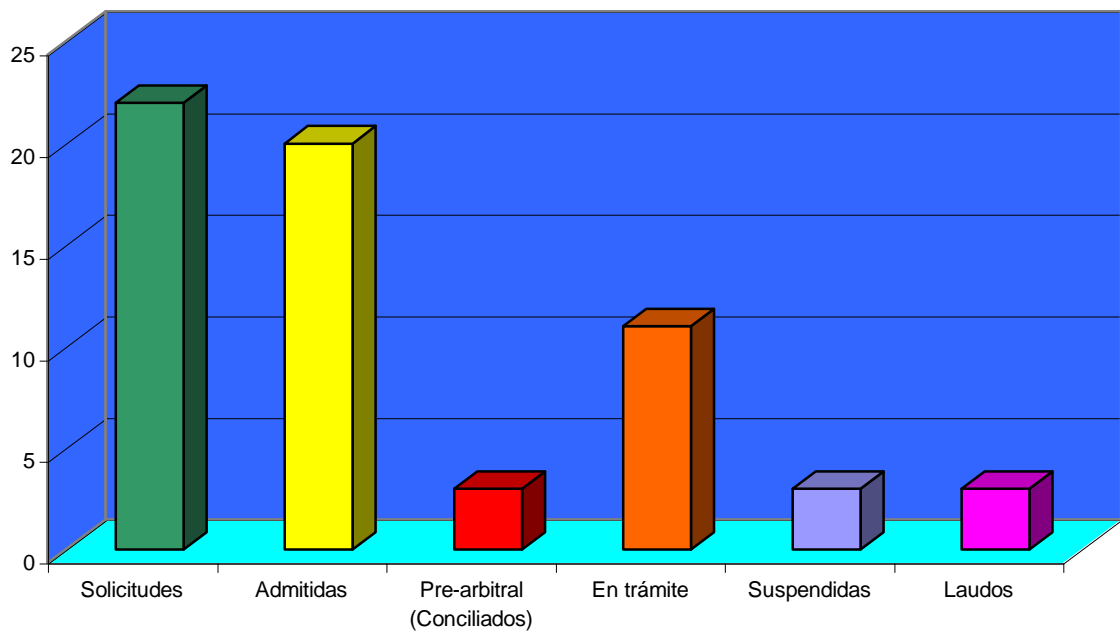
### 10.4.1. Estadísticas del año 2001.

Solicitudes	43
Admitidas	41
Pre-arbitral (Conciliados)	8
En trámite	0
Suspendidas	7
Laudos	26



### 10.4.2. Estadísticas del año 2002.

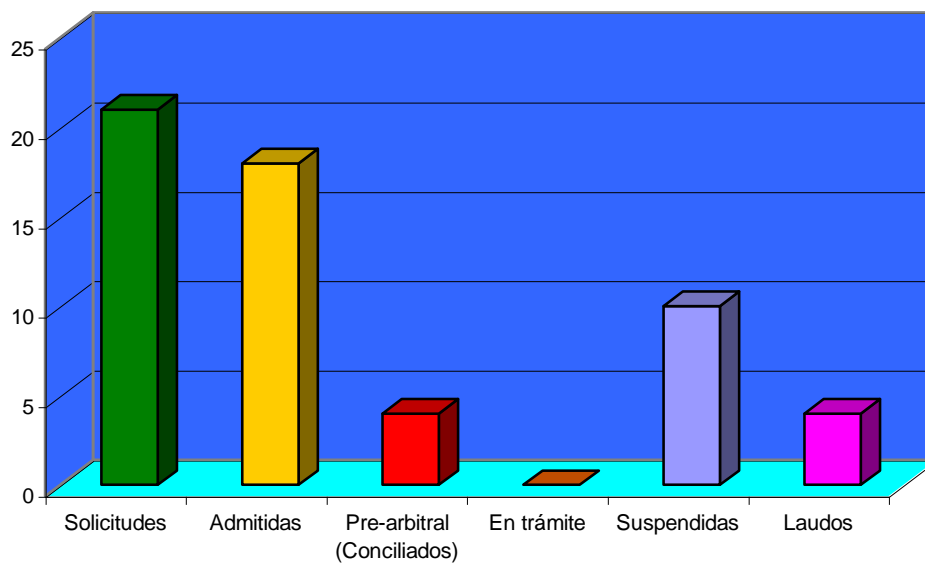
Solicitudes	22
Admitidas	20
Pre-arbitral (Conciliados)	3
En trámite	11
Suspendidas	3
Laudos	3



## 10.5. DATOS ESTADÍSTICOS DE LA CIUDAD DE MEDELLIN.

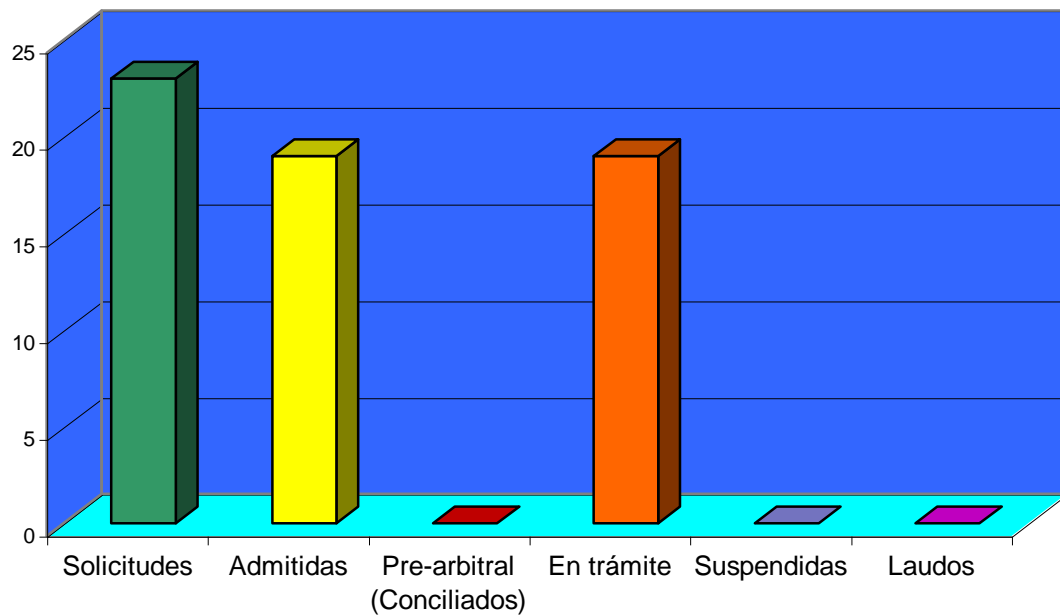
### 10.5.1. Datos estadísticos del año 2001.

Solicitudes	21
Admitidas	18
Pre-arbitral (Conciliados)	4
En trámite	0
Suspendidas	10
Laudos	4



### 10.5.2. Estadísticas del año 2002.

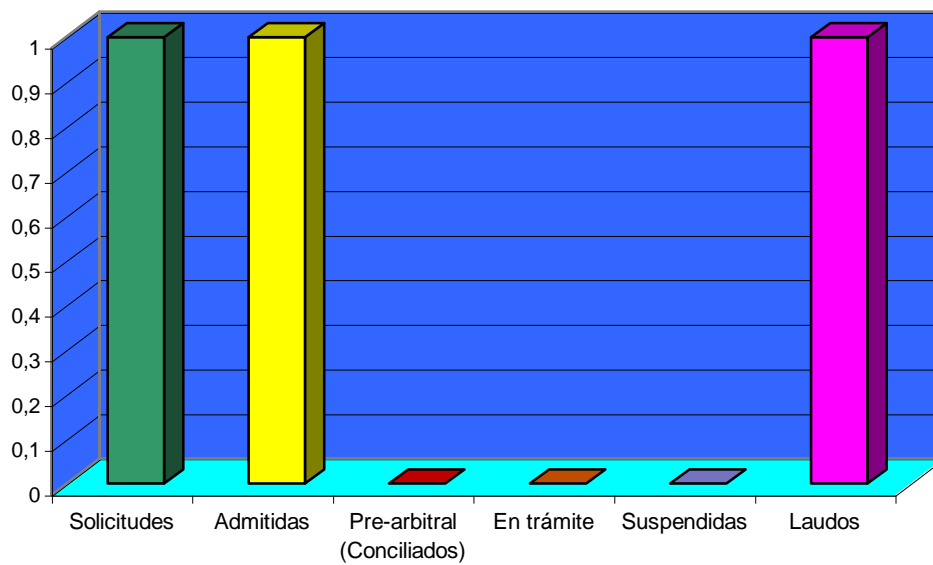
Solicitudes	23
Admitidas	19
Pre-arbitral (Conciliados)	0
En trámite	19
Suspendidas	0
Laudos	0



## 10.6. DATOS ESTADÍSTICOS DE LA CIUDAD DE SINCELEJO.

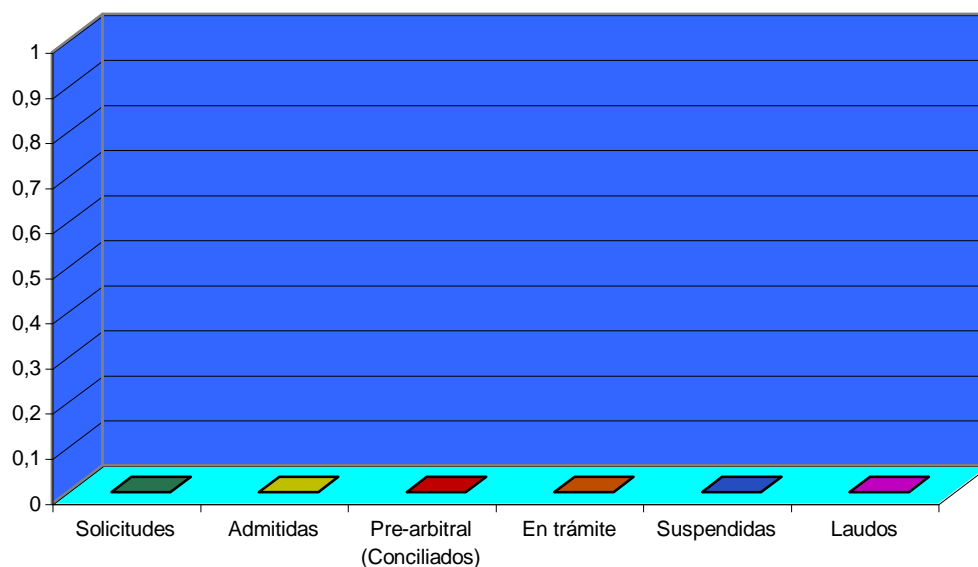
### 10.6.1. Estadísticas del año 2001.

Solicitudes	1
Admitidas	1
Pre-arbitral (Conciliados)	0
En trámite	0
Suspendidas	0
Laudos	1



### 10.6.2. Estadísticas del año 2002.

Solicitudes	0
Admitidas	0
Pre-arbitral (Conciliados)	0
En trámite	0
Suspendidas	0
Laudos	0



### 10.7. ANÁLISIS DE RESULTADOS ESTADÍSTICOS.

Luego de analizar las estadísticas de las diferentes Cámaras de Comercio ya indicadas a efectos de corroborar la hipótesis planteada por el grupo investigador en lo que respecta a las bondades que se tiene al acudir a un mecanismo como el



arbitramento; esto se reafirma con los siguientes resultados obtenidos, luego de obtener información acerca de un número de 30 expedientes de diferentes despachos judiciales y escogidos de manera aleatoria los cuales ya se encuentran archivados:

<b>Procesos</b>	<b>Tiempo promedio de duración</b>
➤ Ejecutivos	24 meses
➤ Ordinarios	36 meses
➤ Abreviados	
(Restitución de inmueble arrendado)	
Antes de la declaratoria de Inexequibilidad del art. 320 C.P.C,	9 meses
Después de la declaratoria.	18 meses

Comparados estos datos estadísticos se confirma una vez más la efectividad en la utilización de los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC), por cuanto el tiempo para resolver los procesos es muchísimo menor, repercutiendo positivamente en las partes a tal punto que una espera prolongada afecta de manera ostensible el aspecto económico de estas.

Analizando los datos estadísticos de las ciudades de Barranquilla, Bogotá, Cartagena, Cali, Medellín y Sincelejo observamos lo siguiente:

**Barranquilla:** Muy a pesar de no presentarse un incremento en el número de solicitudes del año 2001 al 2002, en el 2001 se profirieron un número de laudos

equivalentes al 100% de solicitudes admitidas, mostrando con este resultado, el máximo grado de efectividad del arbitramento. Con respecto al año 2002 no podemos emitir un grado cierto de efectividad en razón de que aún se encuentran procesos en trámite.

**Bogotá:** Podemos observar el incremento del número de solicitudes entre el año 2001 y 2002, situando en un 80% el grado de efectividad del año 2001.

Para el año 2002 notamos que de los procesos admitidos, descontando los que se encuentran en trámite, la efectividad es progresiva.

**Cartagena:** Observamos que en el año 2001, el 33% de las solicitudes admitidas se conciliaron en la etapa pre-arbitral. Nos llama la atención encontrar que aún se tramitan un número considerable de procesos, pero todo esto se debe a que estas fueron prorrogadas el tiempo máximo establecido por la ley.

Para el año 2002, se incremento el número de solicitudes y todas fueron admitidas lo que nos demuestra que las personas cada día mas van teniendo conocimiento acerca de que problemas pueden solucionarlo por este mecanismo tan eficaz como es el arbitramento.

**Cali:** Notamos que en cuanto al número de solicitudes, las del año 2001 fueron muy superiores a las del año 2002; siendo en el 2001 aproximadamente un 80% el

grado de efectividad en cuanto a procesos y laudos obtenidos y en el año 2002, por encontrarse en trámite una gran mayoría de los procesos no podríamos afirmar el grado de este.

**Medellín:** Vemos que entre el año 2001 y el 2002 la diferencia es muy leve en cuanto al número de solicitudes. De acuerdo a la información obtenida queremos hacer una referencia al alto índice de casos suspendidos como consecuencia de la no consignación por concepto de honorarios y otros gastos en el tiempo determinado legalmente, que impiden la continuación del proceso arbitral. En el año 2002 todas se encuentran en trámite.

Encontramos que en la ciudad de Medellín esta el mas bajo acceso a la figura de arbitramento como método alternativo de solución de conflictos a pesar de ser la segunda ciudad mas importante de Colombia.

**Sincelejo:** Consideramos que el bajo acceso a esta figura se debe a la falta de conocimiento de las bondades de este mecanismo alterno. Pero aún así el grado de efectividad en el año 2001 fue del 100%.

**Nota:** La ciudad de Montería no fue incluida dentro de los datos estadísticos por no haberse presentado en el transcurso de los años 2001 y 2001 proceso de arbitramento en materia comercial ya que estos solo se dieron en las áreas civil y administrativa.

**“ Después de haber analizado todos los resultados en las diferentes ciudades del país el grupo investigador se atreve a proponer una campaña para la difusión y conocimiento de la bondades no solo del Arbitramento sino de todos los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos, lo cual redundaría en la pacificación de los problemas que se presentan a diario en el territorio nacional.**

**Consideramos que tanto las universidades como sus catedráticos deben asumir ser un papel activo en la profusión de estos mecanismos, por que solo partir del conocimiento de estos, pueden darse como una alternativa para el ciudadano del común ”.**

## 11. CONCLUSIÓN

Luego de haber profundizado en el análisis del Arbitramento en materia comercial y de revisar tangencialmente, los otros mecanismos MASC utilizados en Colombia y planteados por la doctrina, tenemos que decir, que la potestad otorgada a los particulares en el inciso tercero del artículo 116 de la Constitución Nacional y en la Ley 270 de 1996 (Estatutaria de la Administración de Justicia), ya sea en calidad de arbitros o de conciliadores en equidad, constituye un gran avance en la búsqueda de una solución rápida a los conflictos que se susciten entre particulares.

En Colombia, el Arbitramento en materia comercial viene siendo utilizado de manera progresiva por los ciudadanos que a diario acuden a los diferentes centros de Arbitraje, en donde, según documentación que se aportó en el presente trabajo se demuestra que el grado de efectividad es muy superior, si lo comparamos con la justicia convencional, en la cual por la demora en el trámite y la decisión de un litigio, se contribuye al descrédito de esta última, impulsando a los ciudadanos a utilizar otros vehículos en procura de solucionar sus conflictos.

Hoy, nos encontramos a la expectativa que el proyecto de ley que reforma el arbitraje en Colombia, conduzca a que este mecanismo sea más eficaz y nos sitúe a la orden del día de la comunidad internacional en esta materia; se puede destacar de éste, entre otras cosas: busca establecer en un solo texto que se regule simultáneamente tanto el arbitraje nacional como el internacional, tanto el

estatal como el privado en su integridad, intenta simplificar la estructura de su trámite (se suprime el trámite pre-arbitral), se derogan todas las normas existentes en materia de arbitraje para solo regularse por medio de la evocada por el proyecto de ley aludido. Lo que tiene que ver con el arbitraje internacional se pretende mantener las críticas que dan lugar a esta especie, dando preeminencia en materia de tratados y demás instrumentos de derecho internacional sobre los códigos y leyes internas.

Lo anterior, teniendo en cuenta los últimos acontecimientos acaecidos que con ocasión al caso Termorío generaron un malestar internacional por los intereses que se fraguaron en torno al tema, por cuanto, según el concepto de algunos especialistas, la inestabilidad jurídica que vive Colombia en estos momentos conlleva a que inversionistas extranjeros piensen detenidamente en seguir invirtiendo en nuestro país.

Las autoras de esta investigación, estamos convencidas que el Arbitramento en materia comercial MASC es efectivo y eficaz, por cuanto quienes acuden a él muy prontamente encuentran solución a sus conflictos y no tienen que esperar entre dos y cinco años para que se profiera un fallo definitivo como sucede en la justicia ordinaria (tal como se demuestra en las estadísticas analizadas), no sin antes desconocer que en la jurisdicción de lo contencioso administrativo la espera es mayor por el grado de congestión que estas padecen .

Solo falta que de manera mancomunada el Estado, los académicos, las universidades y los abogados que nos estamos formando, entre otros, entendamos que la solución a nuestros conflictos debemos buscarla inicialmente en los MASC y en especial en el arbitramento, por todas las bondades que en el discurrir de este trabajo se han indicado, con miras a gozar de todos sus beneficios y así nos distensionaremos un poco en esta sociedad que ya no aguanta mas ni un estímulo litigioso que sigue profundizando el clima de intolerancia que la gobierna. Es hora de actuar y de mostrar resultados.

## BIBLIOGRAFÍA

- Ambito Jurídico. Juriscritica Nro. 4. Editorial Legis. Bogotá, 2002.
- Constitución Política de Colombia. Editorial Legis.
- Código Contencioso Administrativo. Editorial Legis.
- Diccionario Jurídico. Editorial, De plaza y janes ilustrado. 1999.
- Diccionario jurídico. Editorial Temis . 1999.
- CAMPO RIVERA. Derecho Laboral Colombiano. Editorial Temis. Sexta Edición. 1996. Bogotá D.C.
- GIL ECHEVERRY, Jorge Hernández. Nuevo Régimen de Arbitramento. Manual Práctico. Editorial Departamento de Publicaciones Camara de Comercio de Bogotá D.C.1999.
- JUNCO VARGAS José Roberto. La Conciliación. Aspectos Sustanciales y Procesales. Primera Edición. Editorial Temis.



- Jurisprudencia y Doctrina. Revista Mensual. Tomo XXXI, Nro. 363. Editorial Legis . Bogotá. Marzo 2001. Pág. 615 a 649.
- Jurisprudencia y Doctrina. Revista Mensual. Tomo XXXI, Nro. 370. Editorial Legis. Bogotá. Octubre 2002. Pág.2105 a 2128.
- MONROY CABRA, Marco Gerardo. Arbitraje Comercial Nacional e Internacional. Segunda Edición. Editorial Legis .Bogotá,2000.
- RAYMOND GUILLÉN, Jean Vicent. Diccionario Jurídico. Editorial Temis. Segunda Edición. Editorial Temis. Bogotá, 1996.
- Revista de Derecho. Universidad del Norte. Edición Especial. Constitución 1991 .Nro. 16. Ediciones Uninorte. Barranquilla, 2001.
- VALDEZ SÁNCHEZ, Roberto. La Transacción. Solución Alternativa de Conflictos . Primera Edición . Editorial Legis. Bogotá, 1997.