



**FABIÁN LÓPEZ GUZMÁN**

# **ARBITRAJE COMERCIAL**

**PRINCIPIOS PROCESALES EN EL NUEVO  
ESTATUTO DE ARBITRAJE. LEY 1563 DE 2012**

# PRINCIPIOS PROCESALES DEL ARBITRAJE COMERCIAL EN EL NUEVO ESTATUTO. LEY 1563 DE 2012.

FABIÁN LÓPEZ GUZMÁN<sup>1</sup>

## 1. INTRODUCCIÓN

El nuevo Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional (Ley 1563 de 2012) se erige en la revolución copernicana de los sistemas alternativos de solución de conflictos en Colombia<sup>2</sup>; es la transformación arbitral paradigmática de nuestro tiempo y, por ende, la comunidad jurídica nacional celebra el hecho de que después de muchos años (Decreto 2279 de 1989) el gobierno nacional por fin se atrevió a realizar un cambio estructural en el proceso arbitral colombiano. El nuevo Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional es, sin duda, un hito en el ámbito jurídico latinoamericano y su expedición obedece a la necesidad de armonizar y unificar el derecho arbitral colombiano con las modernas tendencias del derecho arbitral comparado, en aras de simplificar trámites y procedimientos, de proveer justicia pronta y eficaz a empresarios, comerciantes, consumidores, así como de facilitar el acceso a la administración de justicia, con objeto de recuperar la confianza en la ley, la Constitución y en la institución arbitral<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> **FABIÁN LÓPEZ GUZMÁN.** Abogado de la Universidad Santo Tomás de Bogotá. Especialista en Derecho Comercial y Financiero de la Universidad Católica de Colombia. Máster Strategic in Management de la Universidad Internacional Iberoamericana de Puerto Rico. Actualmente cursa estudios de Doctorado. Abogado litigante con aproximadamente 20 años de experiencia profesional. Apoderado en procesos arbitrales. Asesor y consultor en procesos arbitrales nacionales e internacionales. Profesor y conferencista en Colombia, Argentina y Estados Unidos. Autor de más de 50 publicaciones entre libros, artículos y capítulos de libro. Presidente del Centro Interamericano de Desarrollo.

<sup>2</sup> “El arbitraje es un método de solución de controversias mediante el cual, en ciertas ocasiones, la ley permite a las partes sustraerse de la intervención de los órganos judiciales estatales.

“Se llaman árbitros, a fin de distinguirlos de los <<jueces>> o <<magistrados>>. Los árbitros tienen una jurisdicción limitada, ya que poseen la *notio*, la *vocatio* y la *iuditium*, mientras que los jueces agregan a las anteriores la *coertio* y la *executio*. Por ello los jueces pueden ser requeridos aun desde la iniciación del arbitraje – medidas cautelares – hasta su finalización – ejecución del laudo arbitral –” (SARA FELDSTEIN DE CÁRDENAS y HEBE M. LEONARDI DE HERBÓN, *El arbitraje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, pág. 12).

<sup>3</sup> “En buena hora, pero con algunas deficiencias en las que se ahondará más adelante, el Congreso de la República expidió la ley 1563 de 2012. Se trata de un esfuerzo bien intencionado de reunir nuevamente, en un solo cuerpo legislativo, una regulación autónoma de cuatro instituciones tradicionales utilizadas para la resolución de los conflictos como lo son el arbitraje nacional, el internacional, la conciliación y la amigable composición” (GABRIEL CORREA ARANGO, *Comentarios*

El nuevo Estatuto de Arbitraje persigue que los procesos arbitrales tengan una duración mínima, acorde con las normas que regulan el arbitraje comercial internacional, sin menoscabo de las garantías procesales establecidas en la Constitución, la ley y los tratados internacionales sobre la materia ratificados por el Estado colombiano. Ahora bien, como es sabido, la pretensión de acelerar el desenvolvimiento del arbitraje está enderezada a lograr el cumplimiento de los fines de justicia, eficacia y eficiencia que pregona Constitución Política de 1991, con el sano propósito de evitar la falta de confianza y desgano en las instituciones jurisdiccionales colombianas. De esta manera, se fortalece la inversión y, por consiguiente, se promueve el desarrollo empresarial y socioeconómico en nuestro país<sup>4</sup>.

---

*al estatuto de arbitraje y amigable composición. Ley 1563 de 2012*, Bogotá, Editorial Temis, 2013, pág. 11).

<sup>4</sup> “Uno de los retos que tiene Colombia, y en general los países suramericanos, para el mejoramiento de la competitividad es superar los tiempos para solucionar controversias.

“Según el Doing Business, Colombia ocupa el puesto 149 entre 183 países en lo que se refiere al indicador que mide la eficiencia judicial, principalmente por el excesivo tiempo que se toman los procesos judiciales.

“El arbitraje, como método de solución de conflictos, en virtud del cual las partes defieren la solución de un conflicto a un tribunal arbitral, se ha convertido en uno de los métodos de mayor expansión en América Latina, debido a la rapidez, especialidad y eficiencia propias de este método.

“En el caso colombiano, aunque la práctica ha sido fluida y se cuenta con operadores idóneos y centros de arbitraje de amplia trayectoria, las normas que han regido el arbitraje han estado dispersas y, en algunos casos, regidas por la más amplia, diversa y a veces contradictoria jurisprudencia.

“Dado lo anterior, y como respuesta a dicha necesidad, surge la ley 1563 de 2012, denominada <<Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional>>, la cual regula de forma integral y única el ejercicio arbitral tanto nacional como internacional.

“Esta ley, que entró a regir el 12 de octubre de 2012, busca subsanar vacíos y ambigüedades identificados durante años de práctica arbitral y busca ponerse a tono con las corrientes más modernas dentro del arbitraje” (RAFAEL BERNAL GUTIÉRREZ, *Nueva ley de arbitraje*, en Portafolio.co, Bogotá, octubre 10 de 2012, disponible en: <http://www.portafolio.co/opinion/nueva-ley-arbitraje>).

En un informe reciente de la Agencia de Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID) y la Corporación Excelencia en la Justicia<sup>5</sup>, en relación con el nuevo Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, se explica lo siguiente:

“Una de las herramientas que hace parte de los denominados Métodos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC) en Colombia es el Arbitraje. Éste es definido como un mecanismo jurídico en virtud del cual los sujetos que hacen parte de una controversia deciden someter sus diferencias a la decisión de un tercero denominado árbitro. Dentro de los principios rectores de la función arbitral se destacan la <<autonomía de la voluntad>> y la <<flexibilidad del arbitraje>>, los cuales apuntan a que sean las partes quienes voluntariamente acudan al arbitraje y sean ellas mismas quienes diseñen el proceso a seguir, según las necesidades de cada caso concreto.

“Atendiendo a la relevancia que ha adquirido esta figura y en la comunidad internacional, el Gobierno se dio a la tarea de analizar la normatividad vigente con el fin de identificar los ajustes normativos necesarios para su fortalecimiento. En especial, se buscaba que la reforma al régimen de arbitraje sirviera para: 1) contribuir a reducir la congestión por la que atraviesa el sistema judicial; 2) mejorar el acceso a la justicia mediante el impulso de los MASC; 3) unificar la normatividad en materia de arbitraje, que se encontraba dispersa en diferentes instrumentos normativos; 4) flexibilizar el arbitraje, aspecto en el que Colombia se encontraba mal catalogada según el índice realizado por el Banco Mundial para analizar el comportamiento de esta figura a nivel mundial; y 5) otorgar un papel preponderante al arbitraje dentro del proceso de globalización de la economía colombiana.

“Para cumplir esta misión, se conformó una Comisión de Expertos Redactora del Proyecto de Ley sobre Arbitraje Nacional e Internacional, integrada por reconocidos juristas, académicos, ex magistrados y ex ministros. El 18 de mayo de 2011, la Comisión de Expertos hizo entrega del texto del anteproyecto de Ley de Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional al Gobierno Nacional; que comenzó a ser socializado en diferentes escenarios en los que participaron la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, la Sección Tercera del Consejo de Estado, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, las Cámaras de Comercio, las facultades de derecho del país, los 125 Centros de Arbitraje de Colombia, árbitros y firmas de abogados.

Una vez agotado dicho ejercicio, el 26 de julio de 2011, el Ministerio presentó ante el Senado el proyecto de Ley de Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional. Un año después éste fue aprobado, convirtiéndose en la Ley 1563 de 2012.

“Este nuevo instrumento normativo se divide en dos secciones. La primera, se dedica al arbitraje nacional. En ella se logró la compilación de las normas que se

---

<sup>5</sup> *Balance de la legislatura 2011 – 2012. En materia de justicia*, Bogotá, agosto de 2012, págs. 38 – 40.

encontraban dispersas, se normativizaron algunas sub-reglas encontradas en los laudos arbitrales, se establecieron las nuevas tipologías de arbitraje (ad-hoc e institucional); se reguló y modernizó el procedimiento arbitral; se introdujeron directrices para garantizar una mayor transparencia en el funcionamiento de los Tribunales de Arbitramento y se consagró el deber de información de árbitros y secretarios; entre otros aspectos.

“La segunda sección se dedica al arbitraje internacional que, con el fin de favorecer el proceso de globalización de la economía de Colombia, adoptó buena parte de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL, por sus siglas en inglés). En ella se regulan aspectos como el ámbito de aplicación de las normas, las reglas de interpretación, los alcances de la intervención de autoridades judiciales, la integración del tribunal arbitral, las medidas cautelares, los aspectos de forma y contenido del laudo arbitral, los mecanismos para la impugnación del laudo, su reconocimiento y ejecución”.

Entre tanto, es menester resaltar que en el nuevo Estatuto de Arbitraje, y en consonancia con la sociedad informatizada del siglo XXI, se admite el uso de las nuevas tecnologías para la realización de todas las actuaciones en el proceso arbitral y, en particular, para llevar a cabo todas las comunicaciones, tanto del tribunal con las partes como con terceros, para la notificación de las providencias, la presentación de memoriales y la realización de audiencias, así como para la guarda de la versión de las mismas y su posterior consulta. De esta manera, se introduce en Colombia el arbitraje *online*.

Respecto de las características y bondades del arbitraje *online*, sostiene la doctrina<sup>6</sup>:

“El arbitraje electrónico se distingue por la organización a distancia del proceso arbitral, gracias a la utilización de nuevas tecnologías de la información. Existen diferentes denominaciones del arbitraje *on line*, como son, entre otras: arbitraje en línea, arbitraje telemático, arbitraje electrónico, arbitraje virtual, arbitraje de Internet, etcétera.

“Como acabamos de decir, el arbitraje *on line*, es también comúnmente denominado arbitraje telemático; el significado de la palabra telemática viene de la unión de dos vocablos: telecomunicación e informática. La telemática es la combinación de las técnicas de la informática y de las telecomunicaciones para la presentación del apoyo al tratamiento de información a distancia. En este orden de ideas, existirá un proceso arbitral telemático cuando los árbitros y los sujetos procesales utilicen el ordenador y la tecnología de comunicaciones para realizar ciertas actuaciones a distancia, es decir, no en forma presencial.

---

<sup>6</sup> ANA MONTESINOS GARCÍA, *Arbitraje y nuevas tecnologías*, Madrid, Editorial Thomson – Civitas, 2007, págs. 122 – 123.

“En la actualidad ya gozamos de la capacidad tecnológica necesaria para administrar y llevar a cabo procedimientos de arbitraje telemático, utilizando medios de comunicación avanzados, como pueden ser las videoconferencias, los *chats*, las salas virtuales y el correo electrónico, medios que resultan prácticos y eficaces para comunicar a los árbitros entre sí y a éstos con las partes en conflicto, aportar al proceso documentos electrónicos debidamente firmados a través de la firma electrónica, diligenciar los medios de prueba y emitir las resoluciones pertinentes por medios electrónicos, incluyendo el laudo arbitral. Actualmente en España, todo el proceso arbitral, con excepción de determinadas pruebas que requieren la presencia de las partes y no pueden desarrollarse por vías telemáticas, podrá desarrollarse electrónicamente”.

Es sabido por empresarios, industriales, comerciantes y consumidores que la morosidad del aparato judicial ha generado incredulidad y, por consiguiente, ha sido fuente inagotable de injusticia y violencia en el seno de la sociedad. Por ello, el nuevo Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional constituye, en el fondo, una respuesta sólida y adecuada a las necesidades de paz y modernización del sistema arbitral colombiano; es un método de reingeniería a las vetustas instituciones del procedimiento arbitral que nos acompañaron durante más de dos décadas. Está aquí, es una realidad, debemos darle la bienvenida, conocerlo y aplicarlo; ahora nos corresponde analizar con detenimiento sus fortalezas, sus aciertos, vacíos e inconsistencias, así como su proyección y alcance en el escenario empresarial colombiano en el marco de la globalización de los mercados y la producción.

El naciente Estatuto de Arbitraje es, además, un vivo desarrollo del sistema procesal de la oralidad, con exitosos antecedentes en la mayoría de las legislaciones más avanzadas del mundo; igualmente, está fundado en el respeto a los principios y valores enunciados por la Constitución Política de 1991<sup>7</sup>, en la idea

---

<sup>7</sup> “El arbitraje está aceptado por norma constitucional, por la ley estatutaria de la administración de justicia, y por la ley ordinaria.

“El fundamento constitucional del arbitraje está en el artículo 116, inciso 3° modificado por el Acto Legislativo 3 de 2002, artículo 1°, que dice lo siguiente: <<Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley>>.

“El artículo 8° de la Ley 270 de 1996 <<Estatutaria de la Administración de Justicia>>, modificada por el artículo 3° de la Ley 1285 de 2009 en su inciso 3°, dice: <<Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros debidamente habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad>>.

“El artículo 13 de la Ley 270 de 1996, modificado por la Ley 1285 de 2009, artículo 6°, enumera entre los que ejercen función jurisdiccional de acuerdo con lo establecido en la Constitución

de fortalecer el papel del árbitro dentro del juicio arbitral y de atomizar requisitos y trámites fútiles en el desarrollo del proceso. Así mismo, tiene como horizonte mediano la descongestión judicial, la recuperación de la fe en la figura del arbitraje, y como es obvio, está cimentado en los principios liberales de imparcialidad, idoneidad, celeridad, igualdad, oralidad, publicidad y contradicción, contenidos además en la Constitución, la ley estatutaria de administración de justicia y en tratados internacionales sobre derechos humanos y económicos ratificados por el Estado colombiano.

Es consecuencia del esfuerzo de toda la comunidad académica del país, de árbitros, jueces, magistrados, abogados litigantes, docentes, tratadistas de derecho arbitral y, por supuesto, del juicioso trabajo de quienes por décadas han promovido una reforma integral al proceso arbitral en Colombia. Es, en síntesis, la *sindéresis* jurídica colectiva de la inteligencia social o cerebro social, en la que se recogieron las experiencias y saberes acumulados por docentes, la comunidad científica del derecho arbitral nacional e internacional, litigantes en tribunales de arbitramento y grupos de investigación de Universidades y de las Cámaras de Comercio de todo el país, así como de instituciones de carácter privado que coadyuvan con sus Centros de Arbitraje y Conciliación a resolver las disputas empresariales en nuestro medio. La ley 1563 de 2012 es fruto de una labor combinada para diseñar un procedimiento arbitral más moderno, acorde con el fenómeno de la globalización y la necesidad de una justicia pronta y eficaz para nuestro tiempo.

Con la expedición del nuevo Estatuto de Arbitraje se logra integrar normativamente el régimen arbitral colombiano, pues las normas dispersas sobre la materia se derogaron en pos de presentar al país una ley armónica y coherente. Entre tanto, vale la pena subrayar que también regula el arbitramento en materia de lo contencioso administrativo e internacional; éste último conforme a los

---

Política: <<3) Los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en los términos que señale la ley. Tratándose de arbitraje, en el que no sea parte el Estado o alguna de sus entidades, los particulares podrán acordar las reglas de procedimiento a seguir, directamente o por referencia a la de un centro de arbitraje, respetando, en todo caso los principios constitucionales que integran el debido proceso>>. La Corte Constitucional señaló en la sentencia C-713 de julio 15 de 2008 (Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández, Expediente PE-030) que es exequible el numeral 3° citado en el entendido de que las partes también deben respetar lo dispuesto por las leyes especiales que regulen los procedimientos especiales.

“(…)

“Es indudable que la anterior regulación constitucional y legal establece el arbitraje como un proceso de carácter jurisdiccional que se produce en virtud de la habilitación de las partes y que versa sobre un conflicto de carácter transigible” (MARCO GERARDO MONROY CABRA, *Arbitraje comercial nacional e internacional*, 3ª ed., Bogotá, Librería Ediciones del Profesional, 2011, págs. 6 – 7).

lineamientos trazados por los centros de arbitraje comercial internacional y a los principios y normas internacionales que se han elaborado sobre el particular.

El naciente ordenamiento arbitral propone un proceso por audiencias, con activa participación del tribunal, que implica un cambio de mentalidad del abogado, con prevalencia de la oralidad, aunque ello no significa la desaparición absoluta de la escritura, sino un complemento de aquélla. En consecuencia, los sujetos procesales intervendrán en las audiencias cara a cara – lo cual exigirá mayor preparación y compromiso profesional –, en forma ágil, respetuosa de los derechos y valores fundamentales contenidos en la Constitución Política de 1991, sin que sea menester el escrito, en sintonía con los principios de la Ley Modelo de UNCITRAL y las modernas legislaciones sobre arbitraje comercial.

Acerca del predominio de la oralidad en el ámbito del arbitraje, manifiesta CHOCHRÓN GIRÁLDEZ<sup>8</sup>:

“Puede afirmarse, que tradicionalmente el principio de oralidad significa que las actuaciones judiciales se practiquen por medio de la palabra. De la extensa aportación doctrinal que encontramos sobre el principio de oralidad, podemos extraer los siguientes puntos:

“El predominio de la oralidad no impide la existencia de actos escritos.

“La oralidad implica inmediatez, es decir, la exigencia de que el juzgador y las partes intervinientes mantengan un contacto directo, sin que exista entre ellos ningún elemento interpuesto.

“Consecuencia de la oralidad es la concentración de las actuaciones en sesiones próximas una a la otra”.

Dada la amplificación de la autonomía judicial, el tribunal podrá interrogar de manera oficiosa a las partes, con objeto de esclarecer los hechos y conocer la verdad, y a su vez, las partes podrán confrontarse. Ello, como es sabido, es un desdoblamiento del derecho de contradicción y de la prueba de careo, consagrada en el artículo 8º, numeral 1º, literal f) del Pacto de San José de Costa Rica que, en la parte pertinente, dice: “Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”. Igualmente, es una garantía del debido proceso y del derecho de audiencia que también están consignados en la Ley Modelo de UNCITRAL<sup>9</sup>. Al respecto, el artículo 18 de dicho

---

<sup>8</sup> ANA MARÍA CHOCHRÓN GIRÁLDEZ, *Los principios procesales del arbitraje*, Barcelona, Editorial Bosch, 2000, págs. 182 – 183.

<sup>9</sup> La Ley Modelo de UNCITRAL ha servido de guía para las últimas reformas sobre arbitraje comercial en América Latina. De hecho, la ley 1563 de 2012 constituye una prueba de lo que venimos diciendo. “En 1985 la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional adoptó y publicó la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional. La Ley

instrumento internacional, prescribe: “Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos”. En la misma línea de pensamiento el artículo 24, *ibídem*, establece que siempre que lo requiera una de las partes, deberán celebrarse audiencias<sup>10</sup>. Lo anterior, como es sabido, con el propósito de argumentar y contradecir en audiencia los hechos, pruebas y pretensiones de cada una de las partes en el juicio arbitral.

Entre tanto, conviene añadir que, en materia de prueba pericial, el tribunal, si lo considera necesario, convocará a una audiencia a la que deberán concurrir obligatoriamente el perito y los demás expertos, que podrán ser interrogados por el tribunal y por las partes.

Así mismo, el nuevo ordenamiento arbitral prevé que los procesos tengan una duración razonable, sin afectar las garantías legales y constitucionales. Este es uno de los aspectos centrales del naciente Estatuto de Arbitraje en Colombia, ya que la morosidad judicial en nuestro país, y en América Latina en general, ha sido uno de los principales motivos para desconfiar del aparato jurisdiccional y de todas las instituciones que transitoriamente están investidas para administrar justicia. Por tal razón, la celeridad de la jurisdicción arbitral es también una prioridad de las políticas públicas sobre administración de justicia. El Banco Mundial, en el denominado informe *Doing Business*, analiza la eficacia de los sistemas judiciales en América Latina y los países industrializados, y enfatiza en el hecho de que el arbitraje es el mecanismo alternativo de solución de disputas más expedito para la resolución de conflictos empresariales, así como en el hecho de que un sistema

---

Modelo nació con el propósito de dotar de un texto que pudiese reflejar los principios universalmente aceptados del arbitraje comercial internacional, a fin de evitar las evidentes y a veces profundas divergencias existentes entre tales principios y las leyes locales sobre arbitraje de los distintos países. En particular, consagró como principios básicos el de otorgar a las partes envueltas en un proceso arbitral un alto grado de libertad y autonomía para diseñar dicho proceso, y el confiar a los tribunales locales un limitado rol de asistencia y control en ciertas cuestiones tales como el nombramiento y recusación de árbitros, la adopción de medidas precautorias, la producción de pruebas y, en fin, la revisión de los laudos arbitrales.

“La iniciativa de aprobar un texto que, guiado por tales principios matrices, recogiera ciertas reglas uniformes del arbitraje internacional fue llevada adelante por los profesionales y practicantes líderes del arbitraje internacional y el resultado fue un modelo coherente y bien adaptado a las necesidades del comercio internacional. Así pues, no pasó mucho tiempo antes de que países de diversos continentes comenzaran a adoptar nuevas leyes sobre arbitraje internacional que seguían muy de cerca las normas de la Ley Modelo” (CRISTIÁN CONEJERO ROOS, “La influencia de la ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional en América Latina: un análisis comparativo”, en la Revista Chilena de Derecho, vol 32, núm. 1, enero-abril, 2005, pág. 100).

<sup>10</sup> Cfr. VICENTE BAÑUELOS RIZO, *Arbitraje comercial internacional*, México, Editorial Limusa, 2011, pág. 34.

judicial eficiente incentiva la inversión extranjera y promueve el desarrollo empresarial.

El reciente Estatuto de Arbitraje en Colombia también se caracteriza por estar basado en los estándares internacionales indicados por la Ley Modelo de la Conferencia de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)<sup>11</sup>; igualmente, simplifica los múltiples trámites procedimentales que frecuentemente se emplean en el proceso civil; intensifica las exigencias concernientes al régimen de impedimentos y recusaciones, inhabilidades e incompatibilidades para los árbitros y los secretarios de los tribunales de arbitramento; introduce el amparo de pobreza, el arbitraje social y el uso de las nuevas tecnologías de la información en el proceso arbitral para todas las actuaciones que se realicen en éste. Por tanto, se exige a los centros de arbitraje y conciliación la implementación de plataformas tecnológicas para la realización de las audiencias virtuales y la formación de expedientes en formato digital. En consonancia con un sistema procesal garantista y con los postulados que sustentan el debido proceso, amplifica el régimen de medidas cautelares, con el propósito de que el tribunal pueda decretar cualquier medida cautelar, nominada o innominada, para proteger los derechos objeto del litigio; y, en general, moderniza el régimen arbitral colombiano para contribuir al mejoramiento de la administración de justicia en Colombia.

El nuevo Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional (Ley 1563 de 2012) implantó la figura del arbitraje social, con el propósito de ampliar la cobertura de este mecanismo de resolución de conflictos en las controversias de naturaleza privada, descongestionar la justicia y desmitificar el uso del arbitraje. Por lo general se ha considerado que el arbitramento es un tema esotérico que tan sólo puede comprender y emplear un selecto grupo de iniciados. En verdad, nada más ajeno a la realidad, pues únicamente se trata de otro mecanismo alternativo de solución de conflictos, pródigamente regulado en la ley y analizado concienzudamente por la doctrina y la jurisprudencia, mediante el cual se procura resolver en forma ágil e informal una disputa, por lo regular de carácter transigible. El arbitraje, al igual que la figura jurídica de la conciliación, está destinado a cumplir una función social y coadyuvar en el acceso a la administración de justicia.

En afinidad con las diversas tesis expuestas hasta este momento, sostiene la doctrina:

“Antes de la expedición de la Ley 1563 de 2012, las normas aplicables al arbitraje nacional eran dispersas y en ocasiones poco claras, lo cual generaba cierto grado de inseguridad jurídica. Asimismo, el arbitraje internacional solo contaba con unas

---

<sup>11</sup> “En lo que respecta al arbitraje internacional, la adopción de las normas de UNCITRAL permite acoger los estándares internacionales sobre el arbitraje, lo cual previene inconsistencias entre las disposiciones generales aceptadas a nivel internacional en otras jurisdicciones. Ello contribuye a un mejor clima en los negocios y a la globalización de la economía colombiana” (USAID – Corporación Excelencia en la Justicia, 2012, pág. 40).

pocas normas que lo regulaban; y existían interpretaciones de las Altas Cortes que daban alcance a las normas colombianas en materia arbitral de forma confusa, lo cual complicó el ejercicio de este mecanismo alternativo de resolución de conflictos.

“Más aún, el arbitraje era – y sigue siendo hasta el momento – un mecanismo poco utilizado. En efecto, actualmente en Colombia existen 125 centros de arbitraje que tramitan aproximadamente 400 arbitrajes cada año [Exposición de Motivos, Ley 1563 de 2012]. Esto quiere decir que, en promedio, cada centro arbitral en Colombia maneja solo 3,2 arbitrajes al año, una cifra supremamente baja que demuestra unas tasas pobres de utilización del mecanismo.

“El Estatuto de Arbitraje recientemente expedido pretende solucionar esta dispersión normativa reuniendo en un solo cuerpo las normas que rigen el arbitraje nacional e internacional, y así otorgar mayor seguridad jurídica a los agentes que utilizan este mecanismo alternativo de resolución de conflictos. Asimismo, pretende impulsar el uso del arbitraje al ampliar el marco de los asuntos que pueden adelantarse mediante arbitraje, de tal forma que no solo pueden ser objeto de arbitraje aquellos asuntos de libre disposición de las partes [transigibles], sino también todos aquellos que el legislador autorice [Exposición de Motivos, Ley 1563 de 2012]. Por otra parte, el Estatuto de Arbitraje define legalmente el término máximo para un arbitraje [que no podrá exceder de un año], de tal forma que la institución del arbitraje sea una alternativa realmente ágil de resolución de conflictos.

“Si bien desde el Código de Procedimiento Civil se recomendó en su momento la expedición de una Ley arbitral monista – es decir, con un solo régimen aplicable tanto al arbitraje nacional como al internacional, con algunas normas especiales para éste último –, tal y como lo sugiere la tendencia internacional especializada, el Gobierno y el Congreso optaron por una Ley arbitral con dos regímenes separados: uno nacional y otro internacional.

“El resultado del proceso fue una ley con un régimen de arbitraje internacional moderno, ajustado a las tendencias internacionales – en especial a la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional [CNUDMI] –, y un régimen de arbitraje nacional que, si bien soluciona la dispersión normativa previa y elimina algunas reglas que hacían más largo y complejo el trámite arbitral, continúa siendo rígido en algunos aspectos y permitiendo la interposición de tutelas en contra de la decisión final de los árbitros – el laudo arbitral –.

“(…) Esta posibilidad debe ser eliminada del ordenamiento jurídico, en la medida en que no solo ataca la esencia misma de este mecanismo alternativo, sino que desincentiva su utilización al no otorgar seguridad jurídica sobre la forma en que finalmente se resolverá el conflicto.

“Es cierto que la expedición del Estatuto de Arbitraje constituye un avance importante en materia arbitral. Sin embargo, se recomienda al Gobierno realizar una evaluación de impacto de la Ley en el transcurso de dos años, para determinar si aumentaron o no las tasas de utilización del arbitraje nacional por parte de los ciudadanos y las empresas. Esto permitirá saber si, a pesar de la reforma recientemente aprobada, persisten en Colombia cuellos de botella que desincentivan a las partes a acudir a tribunales arbitrales, tales como la posibilidad de interponer acciones de tutela contra laudos arbitrales. Asimismo, es importante que las Altas Cortes nacionales privilegien la autonomía de la voluntad de las partes en los procesos arbitrales y la seguridad jurídica de las decisiones arbitrales al momento de interpretar el Estatuto de Arbitraje. Solo así se incentivará el uso de este mecanismo alternativo de resolución de conflictos” (Consejo Privado de Competitividad. Informe Nacional de Competitividad 2012 – 2013. Justicia, en: <http://www.compite.com.co/site/wp-content/uploads/2012/11/Justicia.pdf>, págs. 257 – 258).

Con el nuevo Estatuto de Arbitraje se pretende ingresar en el selecto grupo de países que administran justicia con celeridad, siguiendo a pie juntillas los modelos más avanzados sobre la materia. Como es sabido, se trata de una ley con alcance internacional, vanguardista, que requiere para su adecuada interpretación, aplicación y desarrollo del esfuerzo y cooperación de todos los operadores jurídicos y sectores económicos, sociales y políticos.

En definitiva, la expedición del Nuevo Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional – Ley 1563 de 2012 – obedece a un cambio de mentalidad y a una ruptura de paradigmas en el ámbito jurídico nacional que, por lo general, es reticente a la amplificación de la figura del arbitraje, desconfía de la seguridad jurídica y eficacia de los laudos arbitrales, amén de las reservas profesionales – fundadas e infundadas la mayoría de las veces – de los funcionarios judiciales sobre la utilización y el éxito de este mecanismo alternativo de solución de controversias; ciertamente estábamos en mora de modernizar y armonizar nuestra legislación arbitral con la legislación internacional sobre la materia<sup>12</sup>. Esta nueva mentalidad es fruto del esfuerzo loable de diversos sectores académicos, profesionales y gubernamentales que, por décadas, libraron una lucha que en principio se consideró quijotesca, tendiente a reformar la legislación arbitral nacional en beneficio del tráfico mercantil y de los negocios nacionales e

---

<sup>12</sup> “Colombia estaba en mora de tener una ley integral, armónica y moderna en materia de arbitraje. Y no solamente para ponerse a tono con lo que sobre el particular ha venido ocurriendo en otras latitudes, sino también, si se quiere, por algo de vergüenza propia; porque habiendo sido, de vieja data, uno de los más caracterizados países pioneros en el tema y de los que más significativos aportes doctrinarios y jurisprudenciales han hecho a sus letras jurídicas, ciertamente resultaba paradójico que al mismo tiempo sus normas acusaran el déficit, el rezago y la falta de rigor y unidad conceptuales que venían acusando” ( JUAN CARLOS ESGUERRA PORTOCARRERO, “La nueva ley de arbitraje nacional e internacional: ¿Por qué y para qué?”, en AA.VV., *Estatuto Arbitral Colombiano. Análisis y aplicación de la ley 1563 de 2012*, Bogotá, Editorial Legis, 2013, pág. XXIX).

internacionales. El triunfo de los principios y reglas del derecho mercantil internacional sobre la estructura jurídica parroquial que nos rigió durante varios lustros en materia arbitral, se patentiza en la nueva ley 1563 de 2012 y, como es de suponer, ello no sólo se debió al clamor unánime de la doctrina nacional<sup>13</sup> y de distintas fracciones del escenario judicial, sino que, además, el nuevo régimen de arbitramento es tributario de la influencia del fenómeno de la globalización de los mercados y de la producción y, por consiguiente, del derecho mercantil internacional en nuestro país. Indudablemente, la intensificación de los negocios nacionales e internacionales, el crecimiento exponencial de la contratación internacional y en masa, la fusión del mercado local con el mercado global, el uso de las nuevas tecnologías y la transferencia internacional de tecnología<sup>14</sup>, así como la negociación y celebración de tratados comerciales de libre comercio con países industrializados, nos obligó a modernizar nuestra legislación arbitral y a ponernos a tono con el lenguaje y las categorías jurídicas comúnmente aceptadas en el tráfico mercantil internacional. En resumen: la nueva ley se deriva de factores jurídicos endógenos como, por ejemplo, los aportes doctrinales de carácter nacional y de los avances jurisprudenciales que se han producido sobre la materia<sup>15</sup>, y de factores exógenos como la internacionalización de la economía y la transnacionalización empresarial.

Por último, y para concluir este preámbulo, vale la pena resaltar que el tránsito de un sistema arbitral predominantemente escrito a un sistema de oralidad<sup>16</sup> no

---

<sup>13</sup> Respecto de los Principios y normas del derecho mercantil internacional, así como del contenido general de la Ley Modelo de UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional, cfr. GERARDO JOSÉ RAVASSA MORENO, *Derecho mercantil internacional*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2004.

<sup>14</sup> Cfr. FABIÁN LÓPEZ GUZMÁN, *Contratos internacionales de transferencia de tecnología. El know how*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002.

<sup>15</sup> “Son muchos los avances y variadas las modificaciones que introduce el nuevo Estatuto en procura de la flexibilización, modernización y masificación del arbitraje nacional, la amigable composición y el arbitraje internacional; además, en él se recogieron amplios aportes de sectores de la academia y la comunidad y se enriqueció con las importantes modificaciones introducidas en el trámite del proyecto en el Congreso.

“En cuanto al arbitraje nacional, para lograr una mayor seguridad y coherencia jurídica, se destaca que se recogió en un solo cuerpo normativo la legislación dispersa y prolija existente, ajustándola a la jurisprudencia proferida a este respecto por la Corte Constitucional, el Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia y los distintos Tribunales Superiores del país” (RUTH STELLA CORREA PALACIO, “Independencia e imparcialidad de los árbitros en la ley 1563 de 2012”, en AA.VV., *Estatuto Arbitral Colombiano. Análisis y aplicación de la ley 1563 de 2012*, ob. cit., págs. XXIII y XXIV).

<sup>16</sup> “La oralidad, que deriva directamente del derecho fundamental de todo justiciable a ser oído, goza de un tratamiento preferente como principio inspirador de todos los procedimientos por ser el más apto para obtener la tutela efectiva” (JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS, *Tratado del arbitraje comercial en América Latina*, Madrid, Editorial IUSTEL, 2008, p. 53).

obedeció a un capricho del legislador, ni mucho menos se procuró darle materialidad a una propuesta teórica sin sentido práctico, sin asidero en la realidad, sino que, por el contrario, dicho esfuerzo legislativo resulta congruente con las tendencias más avanzadas del arbitraje en el derecho comparado (Brasil, España, Alemania, Inglaterra, Estados Unidos, Francia, entre otros), y se trasplantó porque ha tenido éxito, ha fortalecido la confianza en el instituto del arbitraje y, lo que es más importante, ha permitido que se imparta justicia con prontitud y eficacia.

De ahí que la doctrina hace hincapié en las ventajas y bondades del sistema de oralidad, en los términos que se exponen a continuación:

“El procedimiento oral se caracteriza por la prevalencia de la palabra sobre la escritura. Las pretensiones de las partes, la producción de las pruebas y las alegaciones de derecho, tienen lugar en una o más audiencias con la presencia del juez, cuyo fallo sigue inmediatamente a la instrucción de la causa, de todo lo cual sólo se levantan actas de constatación. En el procedimiento escrito, salvo determinadas diligencias, la comunicación entre las partes y el juez, o entre éste y terceros, se hace por medio de la escritura. Esta distinción fundamental permite apreciar sus ventajas e inconvenientes. La oralidad facilita la vinculación entre el juez y los litigantes, en tanto que la escritura obliga a dar traslado a una parte de lo que la otra pide, para lo cual se hace indispensable una providencia judicial, su notificación y la fijación de un plazo para cumplir con el traslado. La oralidad permite la concentración de la actividad procesal en unas pocas audiencias, así es posible recibir varias declaraciones en un mismo acto, o realizar una diligencia pericial o proceder al examen de documentos, porque no es necesario dejar de todo ello constancia detallada, desde que el pronunciamiento judicial es inmediato; en cambio, en el procedimiento escrito esa actividad se diluye y diversifica, quebrándose su unidad. En el juicio oral, la presencia del juez en la audiencia es condición de validez del acto, por lo cual es imposible la delegación de funciones; en el escrito, esa delegación es la regla, no sólo porque la ley la autoriza en algunos casos, sino porque la naturaleza de los hechos la hace posible. En el juicio oral, el juez va formando su convicción a medida que se produce la prueba y se desarrolla el debate, en tanto que en el escrito sólo después de mucho tiempo, a veces años, se entera de la causa del litigio, examina la prueba, en cuya producción no ha intervenido, y dicta sentencia sin haber visto a los testigos ni a los litigantes”<sup>17</sup>.

No obstante lo anterior, el tribunal de arbitramento en pleno podrá realizar las audiencias que considere necesarias, con o sin participación de las partes (Ley 1563 de 2012, art. 31).

---

<sup>17</sup> HUGO ALSINA, *Fundamentos de derecho procesal*, vol. 4, México, Editorial Jurídica Universitaria, 2001, pág. 38).

## **2. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL ESTATUTO DE ARBITRAJE NACIONAL E INTERNACIONAL. LEY 1563 DE 2012**

“Los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, más conocidos por su sigla MASC nacieron un principio como una respuesta a la crisis de la justicia en Colombia. Situación que se veía reflejada por la excesiva congestión de los despachos judiciales, la demora en el pronunciamiento de fallos y los elevados costos para el acceso a la justicia para el ciudadano común. Esto generó una necesidad desde el Estado por encontrar alternativas a la resolución de controversias, diferentes a la ofrecida por la justicia tradicional. Soluciones que por supuesto debían estar acordes con los principios fundamentales del Estado Social de Derecho.

“La Constitución de 1991 estableció toda una gama de soluciones a partir de las posibilidades que tienen los particulares de administrar justicia en ciertos asuntos y bajo ciertas condiciones. El artículo 116 de la Carta Política ofrece a la solución de controversias, las figuras de la Conciliación y el Arbitraje como claras opciones para que el ciudadano común pueda resolver sus conflictos sin necesidad de acudir a la justicia del Estado y tener que asumir las dificultades de ésta. Hoy luego de más de 17 años de consagración de estos Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, como un precepto constitucional, podemos afirmar que tanto la Conciliación como el Arbitraje ya son una realidad dentro de la estructura de administración de justicia en Colombia.

“En el caso de la figura del Arbitraje, sus potencialidades se han mostrado como una herramienta eficaz, confiable y con todas las ventajas de ser en esencia una justicia especializada, en diversos campos del derecho. El valor de su desarrollo se ha visto más allá de su visión como herramienta de descongestión de despachos judiciales.

“En este momento, el Arbitraje es esencialmente una figura que permite el acceso a la justicia en las mejores condiciones para tratar ciertos asuntos, que dada su naturaleza eminentemente técnica, encuentra una mejor respuesta en este Mecanismo Alternativo, que en la Justicia Ordinaria.

### **“De la Institución del Arbitraje.**

“La Honorable Corte Constitucional, ha definido al Arbitraje como “Un mecanismo jurídico en virtud del cual las partes en conflicto deciden someter sus diferencias a la decisión de un tercero, aceptando anticipadamente sujetarse a lo que allí se adopte. De la regulación constitucional y de su interpretación se infiere, adicionalmente, que dicha figura presenta límites respecto a su ámbito material y temporal, en razón de que no todos los asuntos pueden ser sometidos genéricamente a su conocimiento, como por ejemplo los relacionados con el estado civil de las personas, ya que detenta un carácter transitorio para su realización” (Sentencia C-242 de 1997. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero).

“Según la H. Corte Constitucional, sentencia C-1038 de 2002, “La jurisprudencia ha determinado que, conforme a la Carta, el arbitramento "es un mecanismo jurídico en virtud del cual las partes en conflicto deciden someter sus diferencias a la decisión de un tercero, aceptando anticipadamente sujetarse a lo que allí se adopte”.

“Para la Sentencia C-242 de 1997 M.P. Hernando Herrera Vergara, el Arbitraje es un Mecanismo que tiene ciertas características básicas: (i) es uno de los instrumentos autorizados para que los particulares puedan administrar justicia; (ii) está regido por el principio de habilitación o voluntariedad, pues el desplazamiento de la justicia estatal por el arbitramento tiene como fundamento "un acuerdo previo de carácter voluntario y libre efectuado por los contratantes (Sentencia C-060 de 2001, Fundamento 3...). Además (iii) el arbitramento es temporal, pues la competencia de los árbitros está restringida al asunto que las partes le plantean. El arbitramento (iv) es también de naturaleza excepcional pues la Constitución impone límites materiales a la figura, de suerte que no todo "problema jurídico puede ser objeto de un laudo", ya que "es claro que existen bienes jurídicos cuya disposición no puede dejarse al arbitrio de un particular, así haya sido voluntariamente designado por las partes enfrentadas (Sentencia C-060 de 2001, Fundamento 3). Finalmente, (v) la Corte ha destacado que la voluntariedad del arbitramento no excluye que la ley regule la materia, pues el arbitramento es un verdadero proceso, a pesar de que sea decidido por particulares, y por ello está sujeto a ciertas regulaciones legales, en especial para asegurar el respeto al debido proceso.

“Ha dicho al respecto esta Corte: "El arbitramento es un verdadero procedimiento judicial -en sentido material- y, como tal, está sometido en todas sus etapas a la estricta aplicación de las normas que regulan este tipo de actuaciones tanto desde el punto de vista formal como material. Se trata de un mecanismo en el que han de aplicarse con rigor las garantías del debido proceso aplicables a toda actuación judicial, pues de nada sirve la inclusión de mecanismos de solución de litigios, adicionales y alternativos al sistema ordinario contemplado en la legislación, si su aplicación se traduce en el desconocimiento de derechos constitucionales fundamentales” Corte Constitucional Sentencia C-330 de 2000 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

“Y agregó en la mencionada providencia que “Las anteriores características del arbitramento han llevado a esta Corte a aceptar ciertas regulaciones adoptadas por el Legislador, así como a excluir otras. Una breve referencia a algunas de esas decisiones es útil pues permite precisar el marco constitucional del arbitramento. Así, la sentencia C-060 de 2001, MP Carlos Gaviria Díaz, retiró del ordenamiento el inciso tercero del párrafo del artículo 19 de la Ley 182 de 1.995, tal y como fue modificado por el artículo 4 de la Ley 335 de 1.996, según el cual, ciertos conflictos relacionados con las concesiones de televisión, si no había acuerdo entre las partes, debían ser resueltos por medio del arbitramento, con la designación de los árbitros, conforme a lo dispuesto por el Código de Comercio.

La Corte concluyó que esa regulación desconocía la voluntariedad, excepcionalidad y temporalidad del arbitramento, pues hacía obligatorio ese mecanismo y creaba una instancia forzosa que no respetaba la libertad de las partes para solucionar sus litigios, con lo cual, además, restringía indebidamente el acceso de los particulares a la administración de justicia.

“Con criterio idéntico, la sentencia C-242 de 1997, MP Hernando Herrera Vergara, declaró inexecutable un numeral del artículo 19 de la Ley 142 de 1994. Esta norma señalaba que, las empresas de servicios públicos debían establecer en sus estatutos, que las diferencias ocurridas a los asociados entre sí o con la sociedad, con motivo del contrato social, debían someterse a la decisión arbitral. La Corte concluyó que esa regulación desconocía el principio de habilitación y voluntariedad del arbitramento, al hacer obligatorio su uso, con lo cual restringía además el derecho de acceso a la justicia (CP art. 229), pues "son las partes las facultadas en la Constitución (art. 126) para habilitar en cada caso concreto a los árbitros de la función de administrar justicia, en forma transitoria". Además, señaló la sentencia, ese carácter imperativo del arbitramento también vulnera su naturaleza transitoria, pues implica un desplazamiento de la justicia ordinaria por el mecanismo arbitral.

“Por su parte, la sentencia C-248 de 1999, MP Eduardo Cifuentes Muñoz, declaró la constitucionalidad del parágrafo del artículo 116 de la Ley 446 de 1998, que consagra la autonomía de la cláusula compromisoria. Autonomía según la cual, puede un tribunal de arbitramento creado con base en un cláusula compromisoria, debatir la existencia y la validez del contrato y su decisión será conducente aunque el contrato sea nulo o inexistente. La Corte consideró que dicha figura no desconocía el principio de habilitación, pues la "decisión acerca de la accesoriedad o la independencia de la cláusula compromisoria le corresponde al legislador, en el marco de su libertad de configuración normativa" y aunque esa decisión pueda "ser considerada como inadecuada o equivocada", ese examen no compete al juez constitucional.

“La sentencia C-294 de 1995, MP Hernando Herrera Vergara, declaró la constitucionalidad del inciso segundo del artículo 2º del decreto 2651 de 1991, que prevé la posibilidad de que las partes recurran a arbitramento en los procesos de ejecución en los que se hayan propuesto excepciones de mérito. La Corte consideró que esa regulación no viola el principio de excepcionalidad del arbitramento, pues la Carta no excluye que las partes habiliten a unos árbitros para que decidan sobre esas excepciones en un proceso de ejecución.

“Igualmente, la sentencia C-330 de 2000, MP Carlos Gaviria Díaz, concluyó que los artículos 130 a 142 del Código de Procedimiento Laboral, que regulan el arbitramento voluntario en el campo laboral, se ajustan a los principios constitucionales que enmarcan esa figura, pues preservan el carácter voluntario, temporal y excepcional de este mecanismo alternativo de solución de los conflictos.

“Por su parte, la sentencia C-098 de 2001, MP Martha Victoria Sáchica Méndez, declaró exequible la expresión "de carácter transigible" contenida en el artículo 111 de la Ley 446 de 1998, pues consideró que dentro del respeto de los principios constitucionales, el Legislador está facultado para señalar los asuntos susceptibles de ser sometidos a la justicia arbitral. Además, precisó esa sentencia, la justicia arbitral opera frente a derechos de libre disposición por su titular, y por ello, "frente a ciertos derechos o bienes, el legislador podría optar por permitir su disponibilidad y, en esa medida, los conflictos que de ellos se susciten someterlos a la decisión de un árbitro, si esa es la voluntad de las partes".

“Finalmente, la sentencia C-1436 de 2000, MP Alfredo Beltrán Sierra, condicionó el alcance de los artículos 70 y 71 de la ley 80 de 1993, pues precisó que éstos eran exequibles, en el entendido que los árbitros nombrados para resolver los conflictos suscitados como consecuencia de la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación de contratos celebrados entre el Estado y los particulares, no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales. Esa sentencia concluyó que, permitir a las partes una autorización a los árbitros para pronunciarse sobre la legalidad de esos actos administrativos, desconocía la excepcionalidad del arbitramento al permitir que los árbitros invadieran una competencia que era exclusiva de la jurisdicción estatal.”

“Lo dicho jurisprudencialmente, y el reconocimiento práctico a la institución del arbitraje, nos lleva a plantear al Arbitraje como excelente alternativa para solucionar conflictos de derechos, que son de libre disposición de las personas involucradas. Al considerarse como un mecanismo heterocompositivo, esas personas, en calidad de partes, le otorgan la facultad a un tercero especializado en el asunto concreto, el árbitro, para que emita un fallo denominado laudo arbitral, que establecerá con los mismos efectos de una sentencia judicial, los alcances de la solución dada a la controversia presentada. Todo el procedimiento para llegar hasta ese pronunciamiento vinculante, se hace de acuerdo con las normas fijadas para preservar el orden público y principio del debido proceso.

“El Arbitraje se encuentra actualmente regulado en la mayoría de países del mundo, especialmente en aquellos con los que Colombia tiene sus lazos culturales, económicos y comerciales más fuertes. La Unión Europea por ejemplo, adelanta programas y proyectos de difusión masiva de todos los MASC entre sus Estados miembros, destacando entre ellos el Arbitraje.

“En las diferencias surgidas en ámbito del derecho privado, la aplicación del Arbitraje ha tenido una aceptación general por parte de los actores involucrados en la generación de un sinnúmero de relaciones civiles y comerciales. Esto gracias a las posibilidades que ofrece el principio de autonomía de la voluntad privada de las partes. Otra cosa sucede cuando una de las partes en litigio pertenece a la estructura del Estado. En este caso, la vinculación de la administración reduce la autonomía de la voluntad privada de las partes y también las materias a ser tratadas mediante un Arbitraje. Esto sin querer decir que el Estado no pueda

tampoco disfrutar de las ventajas y aprovechar las posibilidades que encierra este Mecanismo Alternativo. El ahorro en tiempos y costos y la especialización en la calidad de los árbitros también pueden servir, haciendo las salvedades anteriores, para resolver conflictos entre el Estado y los particulares.

“Por ejemplo, en otros países que han sido ejemplo para Colombia en el desarrollo del Derecho Administrativo, el Estado ha reconocido la potencialidad del Arbitraje para dirimir sus controversias con los particulares. El Tribunal Supremo Español ha reconocido la posibilidad que tienen las empresas públicas de utilizar el arbitraje.

### **“Objetivo y finalidad del arbitraje según el proyecto de Ley.**

“El presente proyecto de Ley recoge en aras a defender el patrimonio público, las observaciones dadas por la Procuraduría General de la Nación, haciendo que éstas hagan parte del articulado que regula la materia del Arbitraje en Contratos Estatales.

“Además el proyecto, procura una justicia arbitral más ágil y eficiente, al tiempo que despliega un importante esfuerzo por unificar la dispersión normativa existente sobre la materia. La cultura del Arbitraje Comercial en Colombia ha convertido a la figura en la última década en uno de los foros más importantes de las soluciones de controversias en nuestro país. Pese a este importante logro, la legislación arbitral se percibe en estos momentos como insuficiente y fragmentaria. El Gobierno nacional consciente de la necesidad de preservar la figura en Colombia, y teniendo en cuenta que su modernización facilita la estabilidad jurídica, ha elaborado este proyecto de ley considerando como una de las reformas judiciales más importantes en el sector justicia en los últimos años.

“A partir de la expedición normas como el Decreto 2279 de 1989, las Leyes 23 de 1991 y el Decreto 1818 de 1998, entre otras, la figura ha tenido un importante avance normativo en Colombia. Esto complementado por la valiosa jurisprudencia de las altas Cortes, nos muestra una riqueza jurídica que debe ser adecuadamente ordenada y articulada entre sí. Se impone entonces la necesidad de expedir un texto único que además sea compatible con los desarrollos y avances que han ocurrido en el mundo en materia de Arbitraje.

“Eso hará que este Mecanismo Alternativo de Solución de Conflictos, se constituya en una herramienta útil para seguir avanzando en su utilización a nivel nacional y, sirva para que Colombia se adecue a la normatividad y criterios imperantes en el nivel internacional, convirtiéndola en un factor más de atracción para potenciales inversionistas o contratistas internacionales. Es elaborar una nueva ley que regule simultáneamente, tanto el arbitraje nacional como el internacional, tanto el estatal como el privado, en su integridad.

“Para alcanzar objetivo y con el valioso apoyo de un grupo de especialistas provenientes de la Procuraduría General de la Nación, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, de Universidades que tienen programas académicos en esta materia, expertos independientes y organizaciones privadas de la sociedad civil, se elaboró un proyecto de ley arbitraje que contiene dos capítulos, a saber, el de arbitraje nacional y el de arbitraje internacional.

“El capítulo correspondiente al arbitraje nacional, toma como fundamento la experiencia adquirida en el país, que fue analizada para corregir los vacíos existentes y organizar el procedimiento en un texto único, debidamente articulado con la actual legislación procesal.

**“Como notas distintivas pueden destacarse:**

“1.- Simplificación de la estructura del trámite arbitral. En este orden de ideas, se ha suprimido expresamente y de manera definitiva la etapa del trámite denominada "prearbitral", teniendo en cuenta lo recalado sobre este punto, por parte de nuestra Corte Constitucional.

“2.- Se reorganizó el proceso que debe ser adelantado por los árbitros. Haciendo claridad sobre los momentos procesales más importantes: integración del tribunal, instalación, audiencia de conciliación, honorarios y gastos del proceso, primera audiencia de trámite, instrucción del proceso y expedición del laudo, todos ellos en cabeza del tribunal arbitral.

“3.- Se reconoce la autonomía de la voluntad de las partes. Al reiterar la posibilidad de las partes de pactar arbitrajes institucionales e independientes. Esta normativa supone una activa participación y una mayor responsabilidad de los Centros de Arbitraje del país, en cuanto a la elaboración de reglas modernas de procedimiento, 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 regula expresamente quien es el juez encargado del denominado auxilio judicial. Y se mantiene el actual esquema conforme al cual, la remisión del trámite a los jueces se limita al mínimo de eventos.

“5.- Se elimina la obligación de protocolizar en una Notaria de la sede del tribunal arbitral el expediente contentivo de todas las actuaciones del tribunal arbitral. Esto con el fin de ahorrar costos, evitar la dispersión de los laudos y mejorar su accesibilidad para el público en general y los académicos especializados.

“6. Se reglamenta de manera expresa la participación del Ministerio Público en materia de Arbitraje nacional donde están de por medio intereses públicos, particularmente cuando se diriman controversias derivadas de contratos estatales. Para todos los asuntos relacionados con la contratación del estado y gracias al

aporte de la Procuraduría General de la Nación, se incluyen disposiciones tendientes a garantizar la protección del patrimonio público.

“Consideración importante del proyecto de ley, es la consagración de la intervención de los agentes del Ministerio Público ante los distintos Tribunales de Arbitramento, en la condición de sujetos procesales especiales encargados de la defensa del interés público, del orden jurídico y de los derechos y garantías fundamentales.

“Dichos agentes podrán intervenir en las distintas etapas procesales y tendrán las mismas facultades de las partes procesales, y cuando se trate de aquéllos Tribunales en los que se ventilan controversias derivadas de contratos estatales, tales funcionarios tendrán un tratamiento especial en materia de notificación de providencias y podrán presentar sus conceptos de fondo luego de que las partes en conflicto emitan sus respectivos alegatos de conclusión, dada la necesidad de garantizar la intervención procesal del representante de la sociedad, quien debe velar por la defensa del patrimonio público.

“Se regula el máximo de los honorarios de los Árbitros en los conflictos por contratos estatales. En estos casos además, se consagra un procedimiento más riguroso para la selección de los árbitros, mediante el cual se pretende brindar mayor transparencia en su selección y participación de un mayor número de especialistas en la materia. En ningún caso los Tribunales de Arbitramento en los que se ventilan contratos estatales serán independientes o institucionales.

“Además los árbitros como particulares que administran transitoriamente justicia, en tal condición y dada la función pública a ellos encomendada, podrán ser disciplinados por el Consejo Superior de la Judicatura. Los secretarios de los Tribunales de Arbitraje serán elegidos de listas elaboradas por los respectivos centros de arbitraje y podrán ser objeto de investigación disciplinaria por parte de la Procuraduría General de la Nación.

“Se consagra un riguroso régimen de incompatibilidades, inhabilidades y de conflicto de intereses, encaminado a garantizar la mayor transparencia en las decisiones arbitrales.

“Se fortalece la conciliación arbitral, resaltando la obligación de los árbitros de motivar a las partes a que resuelvan sus diferencias sin necesidad de aplicar la justicia heterocompositiva. Si las partes se abstienen de proponer fórmulas, los árbitros deberán hacerlo. El incumplimiento de tales deberes generará consecuencias disciplinarias. La materialización de los acuerdos conciliatorios, en la medida en que se celebran antes del laudo arbitral, conducen a una reducción de la remuneración de los árbitros y del secretario.

“7. Inclusión de la denominada Ley Modelo de CNUDMI en materia de arbitraje internacional. Después de analizar múltiples opciones el Gobierno Nacional

concluyó que la denominada Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial es una ley modelo de comprobada eficacia que responde a las necesidades específicas del arbitraje comercial internacional.

“La Ley Modelo constituye una base sólida para la armonización y el perfeccionamiento de la ley de arbitraje con los requerimientos actuales del comercio internacional.<sup>1</sup> Regula todas las etapas del proceso arbitral, desde el acuerdo de arbitraje hasta el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral y se constituye en un reflejo del consenso mundial sobre los principios y aspectos más importantes de la práctica del arbitraje internacional.

“El proyecto que se presenta, fundamentado en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, básicamente establece un régimen jurídico especialmente adaptado al arbitraje comercial, que no afecta a ningún tratado internacional vigente en nuestro país. Los siguientes son algunos de los aspectos que se consideran de gran importancia en la regulación del arbitraje internacional:

“7.1. **Ámbito territorial de aplicación:** Conforme al proyecto, la Ley se aplicará únicamente si el lugar del arbitraje se encuentra en el territorio de Colombia. Este criterio de territorialidad, brinda certidumbre y claridad

Se han promulgado leyes basadas en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional en: Alemania, Australia, Austria, Azerbaiyán, Bahrein, Bangladesh, Belarús, Bulgaria, el Canadá, Chile, China: Hong Kong y Macao, regiones administrativas especiales; Chipre, Croacia, Egipto, España, la Federación de Rusia, Filipinas, Grecia, Guatemala, Hungría, la India, Irán (República Islámica del), Irlanda, el Japón, Jordania, Kenya, Lituania, Madagascar, Malta, México, Nigeria, Noruega, Nueva Zelandia, Omán, Paraguay, el Perú, la República de Corea, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte: Escocia y las Bermudas, territorio de ultramar, Singapur, Sri Lanka, Tailandia, Túnez, Ucrania; Zambia, y Zimbabwe los Estados Unidos de América: California, Connecticut, Illinois, Oregón y Texas.

“En cuanto a la elección de la ley procesal. Las partes tienen la posibilidad de incorporar al acuerdo de arbitraje disposiciones procesales de una ley "extranjera".

“7.2. **Ámbito sustantivo de aplicación:** El Proyecto presentado define cuando un arbitraje puede ser internacional.

“7.3. **Acuerdo de arbitraje:** El proyecto trata del acuerdo de arbitraje y su reconocimiento por los tribunales judiciales. Las disposiciones siguen muy de cerca al artículo II de la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (Nueva York, 1958).

“7.4. **Normas aplicables al fondo del litigio:** El proyecto trata de los aspectos del arbitraje relativos al derecho sustantivo. En esta materia hay que partir del imperio

que tiene la ley colombiana sobre las relaciones surgidas entre nacionales, sobre relaciones jurídicas acaecidas en Colombia. Sin embargo atendiendo la realidad internacional la misma ley regula la elección de la ley sustantiva cuando las circunstancias del caso exceden el ámbito nacional.

7.5. Determinación del procedimiento: Se reconoce a las partes la libertad para convenir el procedimiento que ha de seguir el Tribunal Arbitral en sus actuaciones, con sujeción a algunas disposiciones imperativas al respecto, y faculta al Tribunal Arbitral, a falta de acuerdo entre las partes, a dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado.

“Esta facultad conferida al Tribunal Arbitral incluye la de determinar la admisibilidad, la pertinencia, y el valor de las pruebas. La autonomía de las partes para determinar las normas de procedimiento reviste especial importancia en los casos internacionales, pues les permite seleccionar o adaptar las normas según sus deseos y necesidades concretas, sin verse obstaculizadas por los conceptos tradicionales del derecho interno. La facultad discrecional supletoria del Tribunal Arbitral es igualmente importante pues le consiente dirigir las actuaciones según las características especiales de cada caso, sin limitaciones impuestas por la ley local ni por cualquier norma interna sobre la prueba. Además, proporciona un medio para solucionar cuestiones procesales no contempladas en el acuerdo de arbitraje.

“7.6. Impugnación del laudo: En cuanto a los motivos de nulidad, establece una lista taxativa de motivos por los que un laudo puede declararse nulo. Esa lista coincide esencialmente con el artículo V de la Convención de Nueva York.

“7.7. El octavo y último capítulo se refiere al reconocimiento y a la ejecución de los laudos. Básicamente lo que establece es que se aplicarán las mismas normas a los laudos arbitrales hayan sido dictados en el país de la ejecución o en otro país, siguiendo la Convención de Nueva York de 1958 y la de Panamá de 1975. Los motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución en virtud de este Proyecto son los enunciados en el artículo V de la Convención de Nueva York. Salvo que, esos motivos resultan aplicables no sólo a los laudos extranjeros sino a todos los laudos dictados en el arbitraje comercial internacional.

“Este proyecto liderado por el Ministerio del Interior y Justicia, contó con el aporte de juristas e Instituciones, Universidades y Corporaciones expertas en las materia, Entidades Públicas, Cámaras de comercio y Árbitros, circunstancia que constituye para el Gobierno Nacional una garantía de la pertinencia y actualidad de este cuerpo normativo”.

### **3. NOCIÓN DE ARBITRAJE**

Desde antaño el arbitraje ha sido definido como un método de resolución de disputas que coexiste con la jurisdicción ordinaria, mediante el cual las partes

defieren en un tercero la solución de un asunto de libre disposición o de un conflicto de naturaleza transigible. El instituto del arbitraje está fundado en el principio de confianza en la justicia y en la idea de recurrir a instrumentos civilizados para solucionar los conflictos entre particulares. El recurso al mecanismo del arbitraje simboliza el respeto y la fe por el derecho y, en consecuencia, por los métodos alternativos instituidos por el Estado para la búsqueda de la paz social. Más allá del dilema de los conceptos jurídicos sobre arbitraje, es menester hacer hincapié en el hecho de que se trata de un derecho vivo, de un instrumento del derecho mercantil al servicio del hombre de negocios, del Estado y del ciudadano de a pie, cuyo propósito seminal es la justicia. Así las cosas, es una institución jurídica a la que tienen acceso todas las personas naturales y jurídicas en Colombia, sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica: desde el microempresario, hasta el gerente de una reconocida sucursal de sociedad extranjera que funciona en nuestro país<sup>18</sup>.

Definir el arbitraje parece una empresa sencilla; sin embargo, no es tarea fácil, máxime si se tiene en cuenta que hay tantas definiciones sobre arbitramento, cuantos autores han tratado el tema. Los conceptos y definiciones de arbitraje abarcan desde estudios e investigaciones doctrinales hasta leyes y tratados internacionales, lo cual hace que sea muy difícil condensar en una sola definición todos los elementos y características que distinguen la figura de otros métodos alternativos de solución de conflictos. Por ello, la tendencia en el derecho mercantil contemporáneo es evitar a toda costa las definiciones y las aproximaciones conceptuales, pues el corsé ortopédico de las palabras y de los términos jurídicos, no está en capacidad de resistir la pátina del tiempo ni de amoldarse con facilidad a las mudables exigencias de cada época. En la nueva era de la globalización, los vertiginosos cambios científicos, tecnológicos, económicos, políticos y sociales, demandan transformaciones expeditas y constantes de las leyes y, por ende, de los conceptos e instituciones jurídicas.

En contraposición a la metodología y a la técnica legislativa moderna, el legislador colombiano prefirió incluir una definición de arbitraje que, como es obvio, no está exenta de críticas y de diversas interpretaciones jurídicas. A nuestro juicio, lo más conveniente, desde la perspectiva teórica y práctica del derecho mercantil actual, es no condensar en una definición o concepto el sentido y alcance de la figura jurídica del arbitraje. De hecho, ya se están perfilando tesis opuestas en torno de la definición de arbitraje a que se refiere el artículo 1° de la ley 1563 de 2012.

Sea lo primero referirnos a la definición de arbitraje que trae el Nuevo Estatuto Arbitral Colombiano. En efecto, el artículo 1° de la ley anteriormente enunciada, dispone: “El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos

---

<sup>18</sup> El artículo 229 de la Constitución Política de 1991, prescribe: “Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado”.

mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice”.

Una interpretación primigenia acerca del sentido y alcance esta definición, es la que nos presenta el profesor y tratadista HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO en una Conferencia sobre Arbitraje Nacional, pronunciada en la Universidad Externado de Colombia en diciembre de 2012, intitulada: “*Precisiones a ciertos aspectos de la Ley 1563 de 2012, con énfasis en el recurso de anulación*”. Al respecto manifestó lo siguiente:

“El artículo 1° de la Ley 1563 de 2012 da un paso atrás en lo que tiene que ver con la clase de asuntos que se pueden someter a procesos arbitrales, porque en virtud de la ley 1285 de 2009, que reformó la Ley Estatutaria de Administración de Justicia (Ley 270 de 1996), se permitió que se pudieran llevar a proceso arbitral toda clase de asuntos, incluyendo los no transigibles. El gran avance de la ley 1285 fue precisamente ese, el de eliminar la expresión <<cuestiones susceptibles de transacción>>, para permitir que se pudiera decidir todo tipo de asunto a través de la justicia arbitral, con lo cual se recogieron muchas inquietudes académicas que en el momento se habían presentado, entre otras, la del ex magistrado de la Corte, profesor WILLIAM NAMÉN VARGAS, quien en un artículo sobre arbitraje propugnaba desde hace varios años porque los asuntos sometidos a la justicia arbitral fueran no solamente los susceptibles de transacción, sino todos<sup>19</sup>. Y así quedó con la reforma de la ley 1285.

“Infortunadamente, y yo digo infortunadamente porque para mí es un paso atrás, la ley 1563 de 2012, vuelve con la expresión: <<que el arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante los cuales las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición>>, entonces, vuelve a utilizar el término asuntos de libre disposición, y ¿qué son asuntos de libre disposición?, pues no son otros diferentes a los que son transigibles. Entonces, volvimos nuevamente a establecer que solamente se puedan llevar a proceso arbitral asuntos de libre disposición, o dicho en otras palabras, porque para mí son términos sinónimos, asuntos transigibles. No es que sea imposible que se pueda volver al sistema que imperó por tres o cuatro años a partir de la ley estatutaria de reforma a la justicia (Ley 1285 de 2009), sino que por la forma como quedó redactada la ley 1563 de 2012, sólo en el evento en que exista una nueva ley que autorice expresamente que asuntos no transigibles se puedan llevar a la justicia arbitral, estos podrán volver a la justicia arbitral; ¿por qué razón?, porque el artículo completo quedó: <<el arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos

---

<sup>19</sup> Cfr. WILLIAM NAMÉN VARGAS, “El pacto arbitral”, en la Revista de la Universidad Externado de Colombia, N° 5, enero – junio de 2000, pág. 63. Al respecto manifiesta: “El carácter <<transigible>> de la controversia, pese a doctrina contraria, no parece ser exigencia conceptual de la figura, sino una cualificación jurídica inherente a la validez y, en particular, a la idoneidad del objeto” (HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO, *Proceso arbitral nacional*, Bogotá, Dupré Editores, 2013, pág. 65).

que la ley autorice>>. Entonces, con la salida de aquellos que la ley autorice, quedó abierto para que en un futuro una nueva ley pudiera permitir que asuntos no transigibles sean llevados a árbitros, pero si no existe esa ley, esto no es viable al menos por el momento, y creemos que va a ser muy difícil que se presente esa nueva ley; observen que mucho tiempo transcurrió para que se pudiera dar el avance con la reforma a la ley estatutaria de 2009, y que, con la situación actual, pues, infortunadamente, no vemos viable de una manera pronta que se pueda volver a permitir llevar asuntos no transigibles a la justicia arbitral. Ahora, mirado desde otro punto de vista, hay que advertir lo siguiente: del año 2009, reforma a la ley estatutaria, al año 2012, no conocemos ningún caso de asunto no transigible que se hubiera llevado a la justicia arbitral, tal vez por el poco tiempo transcurrido, las personas no tuvieron tiempo de utilizar ese mecanismo; de modo que no se vaya a utilizar en un futuro como argumento que en esos tres años nadie acudió, porque un cambio tan radical requiere más tiempo para su adaptación, empero lo que debe quedar muy claro es ese aspecto, el referente a que hoy no se puede llevar a justicia arbitral sino asuntos susceptibles de disposición libre, o sea, asuntos transigibles”.

De otra parte, el profesor JORGE HERNÁN GIL ECHEVERRY<sup>20</sup>, realiza los siguientes comentarios sobre la definición de la figura del arbitraje y la arbitrabilidad de los asuntos que no son susceptibles de transigir, en contraposición a la tesis anterior. En tal sentido, expresa lo siguiente:

“Un procedimiento jurisdiccional sui géneris, mediante el cual, por expresa voluntad de las partes, se defiende la solución de conflictos contractuales y extracontractuales a un cuerpo judicial colegiado integrado por árbitros, quienes transitoriamente quedan investidos de jurisdicción para proferir un laudo con la misma categoría jurídica y los mismos efectos que una sentencia judicial.

“El artículo 1° de la Ley 1563 de 2012, normatividad conocida como el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, define el arbitraje como un <<mecanismo alternativo de solución de conflictos>>, con lo cual se indica su condición de MASC, sin que por esta razón pierda su naturaleza procesal y jurisdiccional.

Es de advertir que el artículo 1° de la nueva Ley 1563 de 2012, modifica sustancialmente lo consignado en el artículo 1° del Decreto 1818 del 98, especialmente en cuanto a la definición de arbitraje. En efecto, la norma expresa:

“<<Artículo 1°. Definición, modalidades y principios. El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice>>.

---

<sup>20</sup> JORGE HERNÁN GIL ECHEVERRY, *Régimen arbitral colombiano. Ley 1563 de 2012*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2012, pág. 21.

“Sea lo primero anotar que ahora sí quedó claro que el arbitraje (o arbitramento como dicen los italianos), constituye un mecanismo alternativo de solución de conflictos (MASC), precisión que permite aplicar a dicha institución, los diferentes pronunciamientos que ha realizado la Corte Constitucional, de manera general, con respecto a los MASC”.

Luego, en torno de la arbitrabilidad de asuntos que no son susceptibles de transigir, expone lo que se transcribe a continuación:

“No obstante esa identidad entre asuntos transigibles y asuntos de libre disposición, se insiste, por virtud de lo previsto en el artículo 13 de la ley estatutaria de la administración de justicia, la arbitrabilidad se mide, como lo expresa la corte constitucional, desde que existe la voluntad habilitante de las partes en contienda, por haber suscrito un pacto arbitral (ver sentencia T-222 de 2010 de la Corte Constitucional), y en razón a que ni la Constitución ni la ley restringen expresamente el arbitraje para un asunto en particular. Por tanto, no aplica el linderó de lo transigible o de la libre disposición, como presupuesto para determinar la arbitrabilidad objetiva.

“De suerte que si no hay una restricción legal expresa, por la simple voluntad habilitante de las partes procesales, se debe entender que el asunto es objetivamente arbitrable. Así, por ejemplo, el artículo 24 de la ley 1429 de 2010, dispone, con respecto a la designación de liquidadores de sociedades comerciales, lo siguiente: <<la designación por parte del superintendente procederá de manera inmediata aunque en los estatutos se hubiere pactado cláusula compromisoria>>. Lo anterior implica que todo lo relativo a la liquidación es asunto arbitrable, salvo la designación de liquidador para el caso específico regulado en la ley 1429 de 2010, en los demás eventos los árbitros podrán designar liquidadores.

“De manera que si bien el artículo 1° de la ley 1563 de 2012 dispuso que son susceptibles de arbitramento los asuntos sujetos a libre disponibilidad de las partes, hay que recordar que el artículo 13 de la ley estatutaria de la administración de justicia (Ley 270 de 1996), modificado por la ley 1285 de 2009, eliminó cualquier restricción en cuanto a la materia arbitrable. Por lo tanto, siendo de superior jerarquía la ley estatutaria, la arbitrabilidad objetiva se integra por cualquier conflicto sometido a consideración de los árbitros, salvo que la ley especial disponga en contrario tal como lo estableció el artículo 194 del Código de Comercio; precepto que fue derogado expresamente en la ley 1563.

“Con respecto a la siguiente frase, <<o aquellos que la ley autorice>>, el precepto admite dos interpretaciones, una, consistente en que el legislador puede establecer, obligatoriamente, la instancia arbitral en algunos temas, como lo sería en materia de consumo, lo cual por el momento no es posible al haberse caído la reforma al artículo 116 de la Constitución, y otra interpretación amplia: que si el asunto no resulta de libre disposición, en todo caso, puede someterse a arbitraje, si una ley especial así lo determina. Es lo que sucede, por ejemplo, en materia

tributaria o fiscal en muchos países, siendo el principio general que lo relativo a los impuestos no queda sometido a la libre disposición de las partes, bien puede el legislador, de manera especial, permitir el arbitraje como también se habilitó transitoriamente para la conciliación.

“No existe ninguna duda sobre el carácter expansionista de la competencia arbitral, la cual se ha venido abriendo camino en los últimos años con respecto a múltiples materias que tradicionalmente se consideraron ajenas a esta disciplina (...).

“Efectivamente, el límite de la jurisdicción arbitral, estará determinado por normas especiales que prohíban la solución del conflicto por vía de arbitramento, puesto que ni la Constitución ni la ley Estatutaria, han establecido límites, en cuanto a la materia arbitrable”<sup>21</sup>.

En este orden de consideraciones, se yerguen en la actualidad dos posturas visiblemente antagónicas: de una lado, la del profesor HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO, para quien la nueva ley 1563 de 2012 es regresiva, en la medida en que tan sólo admite la arbitrabilidad de los asuntos transigibles; y de otro lado, la del profesor JORGE HERNÁN GIL ECHEVERRY, que sostiene que merced al criterio de amplificación de dicha figura, son susceptibles de arbitrar los asuntos transigibles y no transigibles. A nuestro juicio, y con el respeto que nos merece una tesis tan decantada como la primera que se expuso, pensamos que la nueva ley de arbitraje en Colombia no retrocedió respecto de los principios y de la filosofía del arbitraje en la sociedad informatizada de hoy, sino que, por el contrario, se mantuvo fiel a dichos lineamientos, excepto en lo concerniente a la definición de arbitraje.

Como se manifestó al comienzo de nuestro razonamiento, no era menester que el legislador colombiano definiera el arbitraje, dado que la moderna técnica legislativa así lo impone, en aras de obviar disputas hermenéuticas que en últimas terminan perjudicando a las partes que recurren al proceso arbitral para resolver sus conflictos. Como es sabido, la falta de armonización y unificación conceptual en materia arbitral o en cualquier otra área del derecho, a la larga contribuye a solidificar la argumentación jurídica de la parte vencida en el juicio arbitral y, por consiguiente, a que pueda fundamentar en debida forma los recursos procesales que pueda interponer contra el laudo arbitral. No obstante, y como es lógico, el propósito seminal de la nueva ley de arbitraje es brindar seguridad jurídica a las partes, en vez de crear confusión y propiciar interpretaciones jurídicas divergentes. Entre tanto, cabe agregar que las definiciones legales tienen el inconveniente de petrificar los conceptos, lo que, consciente o inconscientemente, dificulta los cambios jurídicos y de mentalidad, amén de que el derecho y la ley no tienen un desarrollo simultáneo con las múltiples transformaciones de nuestro tiempo.

---

<sup>21</sup> *Ibidem*, págs. 25 – 26.

Las modernas legislaciones de arbitraje no contienen una definición de este método alternativo de solución de disputas, como, por ejemplo, la Ley 60/2003 de España o la Ley Modelo de UNCITRAL. A este tenor, también cabe añadir que las nuevas legislaciones tampoco distinguen entre arbitraje interno o internacional. Ciertamente, el legislador colombiano no necesitaba explicar qué es el arbitraje, ya que tampoco es función de éste definir instituciones jurídicas, sino más bien establecer un escenario razonable de seguridad jurídica, con objeto de propiciar una adecuada aplicación e interpretación de la ley entre los destinatarios de la misma. En el mismo sentido se expresa la doctrina internacional<sup>22</sup>.

El concepto del artículo 1° de la ley 1563 de 2012 asimismo riñe con la idea de masificar el arbitraje, puesto que no sólo se debe considerar como una justicia alternativa, sino como un modelo de justicia en expansión que coadyuva a la jurisdicción ordinaria en la solución de controversias de derecho privado y a la contenciosa en los asuntos contractuales. De ahí que sea un acierto la inclusión del arbitraje social en la susodicha ley. Ahora bien, en lo concerniente a la forma en que está redactado el artículo 1° de la ley tantas veces citada, resulta oportuno adicionar lo siguiente: se sustituyó la frase conflictos de carácter transigible de la ley 446 de 1998 y del decreto 1818 de 1998, por la de asuntos de libre disposición. Esta modificación no obedeció a un simple capricho del legislador, sino que, por el contrario, se condice con el artículo 2° de la Ley 60/2003 de España, que dice: “Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho (...)”.

La mayoría de la doctrina coincide en que los conceptos de libre disposición y transigible son sinónimos; sin embargo, pensamos que el concepto que trae la nueva ley en su artículo 1° es más amplio, pues abarca los asuntos transigibles y no transigibles, en consonancia con el artículo 6° de la ley 1285 de 2009. Así, pues, el naciente Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional no retrocedió, sino que, por el contrario, se mantiene fiel a las modernas tendencias sobre arbitraje comercial al introducir el concepto de libre disposición. Y, si en gracia de discusión, dichos conceptos son en estricto rigor jurídico sinónimos, es evidente que se presenta una contradicción entre lo dispuesto por el artículo 1° de la ley 1563 de 2012 y el artículo 6° de la ley 1285 de 2009 (Que reforma la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia); por consiguiente, y desde el punto de vista de una interpretación sistémica y sistemática del derecho, el intérprete y el operador jurídico se deben inclinar por la tesis de que en los asuntos de libre disposición encajan los transigibles y no transigibles. Lo anterior, con base en tres pilares fundamentales de interpretación de la nueva ley de arbitraje: 1) El principio de armonización y unificación de la ley con los postulados y reglas del derecho mercantil internacional, comúnmente denominado principio de uniformidad. De acuerdo con dicha normativa global, son susceptibles de arbitraje los asuntos transigibles y no transigibles; 2) El principio de expansividad del arbitraje comercial, mediante el cual se amplifica la competencia de los tribunales de

---

<sup>22</sup> JOSÉ FERNANDO MERINO MERCHÁN y JOSÉ MARÍA CHILLÓN MEDINA, *Tratado de derecho arbitral*, 3ª ed., Madrid, Editorial Thomson – Civitas, 2006, págs. 198 – 199.

arbitramento, entre otros, a los asuntos no transigibles; y 3) Prevalencia de la ley estatutaria sobre la ley ordinaria. Como es sabido, las leyes estatutarias tienen una categoría superior que las demás leyes y, por ello, la Constitución establece un trámite especial para su expedición. De manera que lo previsto en la ley 1285 de 2009, prevalece sobre lo dispuesto en la ley 1563 de 2012; por tanto, son susceptibles de arbitraje los asuntos transigibles y no transigibles, no obstante que ésta última es una norma posterior.

Sin embargo, toda esta discusión jurídica se habría podido evitar si el legislador hubiera prescindido de incluir una definición de arbitraje, conforme a la moderna técnica legislativa y a los derroteros del derecho mercantil internacional. La arbitrabilidad de algunos asuntos que no son transigibles es un hecho que no admite discusión en el derecho arbitral contemporáneo. Así, por ejemplo, en el derecho canadiense o de Ontario, las disputas de derecho de familia se pueden resolver mediante un arbitraje (Cfr. Arbitraje en Derecho de familia, disponible en: [http://onefamilylaw.ca/doc/FLEW\\_legal\\_SP\\_07.pdf](http://onefamilylaw.ca/doc/FLEW_legal_SP_07.pdf)).

La discusión jurídica relativa a la definición de arbitraje, así como a los asuntos que son materia de arbitraje es un problema de vieja data en el derecho comparado. Así, por ejemplo, respecto de los asuntos susceptibles de arbitraje en la legislación española (Ley 60 de 2003, art. 2º), la doctrina realiza las críticas y recomendaciones:

“Dos han sido los criterios utilizados en el derecho comparado para delimitar las materias susceptibles de ser sometidas a arbitraje: el criterio de libre disposición conforme a derecho, y el criterio patrimonial.

“Las dificultades inherentes al primer criterio (básicamente, diferentes grados de disponibilidad y alto número de disposiciones legales que la restringen), así como la mayor sencillez en la concreción del segundo, se han erigido en los últimos tiempos en los principales argumentos esgrimidos a favor del criterio patrimonial.

“Tan sólidos argumentos, sin embargo, no han encontrado eco en nuestro legislador, quien no ha dudado en dar continuidad al criterio de libre disposición ya asentado en la antigua Ley de 1988. Tal circunstancia no deja de ser hasta cierto punto lamentable, pues el criterio patrimonial, además de ser fácilmente concretable, refleja en menor medida el *favor arbitrandum* que informa a la nueva norma. En el mismo sentido, se trata de un criterio que ha sido extensa y favorablemente interpretado – en concreto, por el Tribunal Supremo Suizo –, resultando de ello unas amplias coordenadas que bien podrían servir de referencia para los supuestos especialmente controvertidos.

“Sea como fuere, es lo cierto también que la nueva norma, a diferencia de lo que ocurría con la antigua ley de arbitraje, únicamente se limita a enunciar el criterio de libre disposición. Sin ulteriores referencias o delimitaciones. En palabras del legislador, eso es así porque en este contexto <<Basta con establecer que la arbitrabilidad de una controversia coincide con la disponibilidad de su objeto para

las partes>>. Circunstancia ésta que, a su vez, no impedirá que <<por razones de política jurídica haya o pueda haber cuestiones que sean disponibles para las partes y respecto de las que se quiera excluir o limitar su carácter arbitrable>>.

“Esta fórmula, si bien está en línea con el citado *favor arbitrandum*, no deja de solucionar ciertas cuestiones que no se resuelven con la mera constatación del carácter disponible de la materia (*ad ex.* competencia exclusiva *versus* arbitrabilidad). Por ello, hubiera sido perfectamente compatible con lo pretendido por el legislador, regular en la misma norma ese tipo de cuestiones”<sup>23</sup>.

En la legislación arbitral argentina los conceptos son sinónimos, puesto que son susceptibles de someter a arbitramento los conflictos sobre los cuales se pueda transigir o sobre los cuales las partes puedan disponer libremente. En este sentido, manifiesta la doctrina argentina:

“No todos los conflictos pueden ser sometidos a arbitraje. Esta cuestión es conocida como <<arbitrabilidad>> de la controversia. En el derecho nacional, la regla general es establecida por el artículo 737 del C.Pr., que nos remite a la normativa propia de las transacciones incluida en el CC. La norma establece, simplemente, y de un modo muy general, que puede ser sometida a arbitraje toda cuestión susceptible de transacción (no podrán serlo si no pueden ser objeto de transacción). En otras palabras, el arbitraje es posible siempre que se encuentren en disputa derechos que las partes pueden disponer libremente, porque no se trata de cuestiones que interesan al orden público y las buenas costumbres (CC. Art. 21). Según vimos, en teoría es posible distinguir entre las prestaciones a las que se obligan las partes resultantes del acuerdo arbitral (básicamente no obstaculizar el procedimiento y cumplir voluntariamente el laudo resultante poniendo así fin a la discrepancia y pagar los costos y honorarios de los árbitros en la parte que el laudo indique) de la aptitud de la discrepancia para ser resuelta mediante arbitraje, y a la vez, de los derechos disponibles susceptibles de transacción. En suma, es la ley que, tratándose de un conflicto que pone en cuestión derechos que las partes pueden libremente disponer (como lo son aquellos susceptibles de transacción), acepta que las mismas pacten la delegación de la facultad jurisdiccional para reemplazar el juez estatal competente, y sea un juez privado, que las mismas designen, quien tenga en derecho la autoridad exclusiva para resolver el caso definitivamente (lo cual determina que el conflicto resulte arbitrable). Ello será siempre posible tratándose de derechos patrimoniales salvo cuando la propia ley expresamente establezca que la materia litigiosa debe ser resuelta por un juez estatal con competencia exclusiva”<sup>24</sup>.

Por otra parte, no es redundante agregar que el arbitraje, al igual que ocurre con la conciliación, la mediación, la amigable composición y la transacción, es un

---

<sup>23</sup> MIGUEL GÓMEZ JENE, “Materias objeto de arbitraje”, en David Arias Lozano, *Comentarios a la ley de arbitraje de 2003*, Madrid, Editorial Thomson – Aranzadi, 2005, págs. 31 – 32.

<sup>24</sup> FERNANDO AGUILAR, *Manual práctico de arbitraje privado*, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 2011, pág. 30.

mecanismo alternativo de justicia para la solución de disputas entre particulares o entre particulares y el Estado. Sin embargo, la definición transcrita del artículo 1° de la Ley 1563 de 2012, va más allá de la simple referencia a un método de solución de conflictos. En primer término, porque permite inferir que la función jurisdiccional no es exclusiva de los órganos creados por el Estado para tal fin, sino también de los particulares, a los que se les atribuye en forma temporal la función de administrar justicia dentro de los límites establecidos por la Constitución y la ley. Ciertamente, el artículo 116 de la Constitución Política de 1991, prescribe: “(...) Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”. Esta investidura de carácter *pro tempore* se desprende de la misma Constitución y de la ley; no es en una usurpación de funciones jurisdiccionales sino una justicia alternativa a la estatal, que, como es sabido, coadyuva en la administración de justicia con celeridad, eficiencia y eficacia y, por ende, contribuye a descongestionar el aparato judicial.

La facultad enunciada implica *per se* una habilitación en favor de los árbitros por los particulares que defieren la solución del conflicto a éstos en forma temporal. Así las cosas, el tribunal de arbitramento tan sólo puede solucionar una disputa entre particulares si está habilitado por las partes. La atribución de facultades jurisdiccionales a los árbitros no sólo se atañe a la solución de la controversia, sino que, *ab initio*, envuelve otros derechos y obligaciones en cabeza de éstos, ya que el tribunal de arbitramento tiene los mismos deberes y responsabilidades que un juez de la república. Por consiguiente, los deberes y poderes de ordenación, instrucción y corrección arrojados a los jueces en los artículos 42, 43 y 44 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), asimismo están asignados a los árbitros.

En segundo término, la justicia arbitral a que alude el artículo 1° de la Ley 1563 de 2012 debe su existencia a la necesidad de resolver el conflicto con prontitud y eficacia. Para nadie es un secreto que el tiempo en el proceso es justicia; he aquí el núcleo esencial del arbitraje: la celeridad en la resolución de la disputa puesta a su consideración. Justicia morosa no es justicia. Esta es la verdadera filosofía del arbitraje; las partes acuden al arbitramento para resolver sus diferencias con el propósito de que su proceso tenga un término de duración razonable y no se prolongue por lustros y hasta por décadas. Por lo general se considera que la justicia arbitral es costosa; sin embargo, desde el punto de vista del análisis económico del derecho, es fácil concluir que resulta más costoso para una empresa litigar por años sustituyendo apoderados para las distintas instancias judiciales, que pactar un compromiso o cláusula compromisoria para resolver sus conflictos con otras compañías. La morosidad del aparato judicial es achacable a diversos factores, como, por ejemplo, el ingente volumen de procesos que se debe atender, a la carencia de recursos, infraestructura y tecnología de los despachos judiciales, a la insuficiencia de jueces y, por supuesto, al relativo desconocimiento de la jurisdicción común en los asuntos especializados del derecho empresarial y

de los negocios. Los tribunales de arbitramento, por el contrario, disponen de recursos, infraestructura y nuevas tecnologías para resolver los conflictos que las partes han sometido a su competencia, amén de que los árbitros son expertos en la materia que arbitran.

Como es sabido, el artículo 1° de la ley 1563 de 2012 condensa en dicha definición una institución que se pierde en la noche de los tiempos, que no surgió con el decreto 2279 de 1989, ni con la ley 446 de 1998, ni con el decreto 1818 de 1998, sino que se desarrolló a la par con la civilización; en otras palabras, donde existen mecanismos alternativos de solución de conflictos hay civilización, y donde hay civilización subyacen métodos pacíficos para la resolución de disputas. Si bien es cierto que con el advenimiento de la jurisdicción consular medieval se fue delineando la figura del arbitraje mercantil, tal y como la conocemos en la actualidad, el origen de dicho instituto se remonta a la antigüedad, puesto que desde el derecho romano se designaba a un tercero que fungía como mediador para resolver una controversia entre particulares. Se trata de una justicia alternativa que evolucionó en forma paralela a la jurisdicción estatal, con estructura y principios procesales autónomos.

MERINO MERCHÁN y CHILLÓN MEDINA<sup>25</sup>, haciendo una referencia histórica del arbitraje en el derecho romano, manifiestan lo siguiente:

“Es un hecho contrastado por los historiadores que en las sociedades primitivas los litigios se resolvían a través de actitudes personales directas de los contendientes, como podía ser la venganza o el régimen de fuerza; surge después por un proceso evolutivo de atemperar las actitudes agresivas el encomendar a terceros elegidos entre personas relevantes de la comunidad la solución de los conflictos planteados entre miembros de esa comunidad. Ofendido y ofensor recurren ante el individuo designado de común acuerdo para que regule la composición entre las partes. Como SUMMER MAINE observó sólo ese carácter arbitral permitió a la justicia primitiva cumplir su misión social, porque si hubiera intentado imponerse coercitivamente no habría hallado quien la respetara.

“Sin embargo, será el Derecho romano quien establecerá las bases doctrinales y jurídicas sobre las que asentará el arbitraje de forma semejante a como lo conocemos hoy. Así, el Título VIII del Libro IV del Digesto contiene una sugerente rúbrica sobre <<De receptis, qui arbitrium receperunt, ut sententiam dicant>>. Por una parte, CICERÓN señalaba las inestimables ventajas de acudir al arbitraje para escapar de la <<dura ley>> (procedimiento judicial) y resolver la cuestión por la *quantum aequis et melius sit*, así como para sustraer de la publicidad la contienda entre las partes y evitar la apelación propia de la sentencia judicial.

“Alguna doctrina ha señalado que la construcción del arbitraje en el Derecho romano se encuentra tanto en los procedimientos de legis acciones como en el

---

<sup>25</sup> JOSÉ FERNANDO MERINO MERCHÁN y JOSÉ MARÍA CHILLÓN MEDINA, *Tratado de derecho arbitral*, ob. cit., págs. 111 – 112.

formulario, ya que en uno y otro las partes determinan el objeto del litigio y la persona del juez. El magistrado nombra el juez elegido por las partes, o, en desacuerdo suyo, cualquiera de una lista confeccionada al efecto. Con esto se produce la *Litis contestatio* que culmina el procedimiento *in iure*.

“Estos procedimientos terminan cuando los jueces dejan de ser elegidos por las partes y pasan a ser nombrados soberanamente por el pretor. Pero justamente el reconocimiento a las partes para que privadamente, fuera del procedimiento judicial ordinario, pueda resolver sus disputas encargando el fallo a un tercero señala el punto de formación jurídico-técnico del arbitraje en el Derecho romano.

“El arbitraje así concebido dentro del sistema romano presenta una construcción que DE CASTRO ha definido tan compleja como hábil. En efecto, se desdobra el arbitraje en el Derecho romano o dos convenios o pactos pretorios, protegidos por acción: a) El *cum-promisso facto*, en virtud del cual dos contendientes acuerdan encomendar la resolución de un litigio, no al fallo de la autoridad pública competente, sino a la decisión de una tercera persona (*arbiter*). Pero lo relevante del pacto compromisorio romano se encuentra en la cláusula penal adherida al compromiso, para el caso de que una de las partes no cumpliera lo ordenado por el árbitro (pena pecuniaria), lo que otorgaba al laudo arbitral eficacia jurídica directa. También será el Derecho romano quien sentará los principios delimitadores del objeto comprometible – luego repetidos hasta la saciedad en los ordenamientos de tradición romanista –; en efecto, se podrá hacer compromiso sobre cualquier materia, a menos que afecte el orden público, al estado de las personas o tenga por objeto una *restitutio in integrum*. b) El segundo convenio que integra el arbitraje es el *receptum arbitrii*, en virtud del cual el árbitro se viene a obligar respecto a las partes que lo han designado (*arbitrium recipere*). Si el árbitro, por cualquier causa, no quisiera dictar sentencia arbitral, el pretor interpone su autoridad para que cumpla el cometido aceptado.

“Expresa SOHM que la sentencia arbitral es irrevocable, no susceptible de apelación ni de ejecución forzosa, puesto que no es un fallo judicial. No se puede rehusar su ejecución alegando que es *in iura*; esa alegación no altera en nada la obligación que se ha contraído libremente de aceptar la decisión del árbitro, salvo el caso de haber *dolo*.

“Será JUSTINIANO quien intensificará la eficacia del laudo no ya sólo a través de la estipulación de una pena, sino también reforzando la sentencia arbitral por medidas indirectas, primero, mediante la santidad del juramento y luego, con la presunción legal de una confirmación tácita, por el silencio durante el breve plazo de diez días. Es casi seguro que fuera también bajo la égida de JUSTINIANO cuando surja la perturbadora diferencia entre <<arbitrador>> o <<arbitrio de un tercero>> y arbitraje en sentido técnico; esto es, árbitros *ex-compromiso* y el *boni viri arbitrium*”.

De todas maneras, la definición que trae el artículo 1º de la Ley 1563 de 2012 sobre arbitraje, se infiere que la filosofía de dicho ordenamiento es dotar de un

instrumento jurídico a los particulares para resolver sus conflictos en forma pacífica y civilizada. Es, *per se*, una forma avanzada y racional de resolver las controversias entre las personas, instituida por un Estado Social de Derecho, donde, como es obvio, se excluye por antonomasia el uso de la fuerza y, por consiguiente, la constitución de jurisdicciones paralelas sin el aval del Estado, que transgreden los derechos consagrados en la Constitución y en la ley. Se aplica sin restricciones en el ámbito nacional para dirimir toda clase de controversias relativas a asuntos de libre disposición o a aquellos que la ley autorice.

Sea cual fuere la concepción del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional en los aspectos filosófico, político, sociológico y económico, todos coinciden en que aquél, es un instrumento jurídico-económico que hace posible la convivencia pacífica y justa en nuestra sociedad; es, en últimas, una expresión de la civilización, orientada a regular la resolución de los conflictos de orden privado.

Para terminar, por metodología resulta apropiado agregar tres aspectos en torno de la definición de arbitraje que trae el artículo 1° de la ley 1563 de 2012. Como primera medida, se suprimieron de esta definición las modalidades de arbitraje en derecho, en equidad o técnico de que hablaba el artículo 1° del decreto 2279 de 1989 y, por ende, el artículo 115 del decreto 1818 de 1998, más conocido como Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos<sup>26</sup>. Ciertamente, la disposición mencionada definió las diferentes modalidades de arbitraje, así: el arbitraje en derecho como aquel en el cual los árbitros fundamentan su decisión en el derecho positivo vigente; el arbitraje en equidad como aquel en que los árbitros deciden según el sentido común y la equidad; y cuando los árbitros pronuncian su fallo en razón de sus conocimientos específicos en una determinada ciencia, arte u oficio, el arbitraje es técnico. En el derecho arbitral contemporáneo se obvian estas modalidades y definiciones, puesto que el arbitraje es uno solo; las distinciones o modalidades enunciadas se refieren es al tipo de laudo, que puede ser en derecho, en equidad o técnico. El legislador procuró simplificar términos, definiciones y/o categorizaciones en aras de facilitar la interpretación y aplicación de la ley.

En congruencia con las explicaciones indicadas, manifiesta la doctrina nacional<sup>27</sup>:

“Respecto del artículo 1° del decreto 2279 de 1989, se advierte la supresión de las definiciones de lo que era el arbitraje en derecho, equidad y técnico y se asume que el proceso arbitral es único, que lo que admite diferenciación es el laudo, de ahí que la norma se refiera a que el laudo pueda ser en derecho, equidad o

---

<sup>26</sup> La Ley 446 de 1998 en su artículo 166 facultó al Gobierno Nacional para que dentro de los dos (2) meses siguientes a la expedición de dicha ley, compilara las normas aplicables a la conciliación, al arbitraje, a la amigable composición y a la conciliación en equidad, que se encontraban vigentes en esta ley, en la Ley 23 de 1991, en el Decreto 2279 de 1989 y en las demás disposiciones vigentes.

<sup>27</sup> HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO, *Proceso arbitral nacional*, ob. cit., pág. 247.

técnico, pero sin incurrir en las lamentables definiciones antes dadas, adicionando que es una sentencia que profieren los árbitros, precisión que acaba con la bizantina discusión acerca de la naturaleza jurídica de la decisión de los árbitros que, incuestionablemente, tiene el carácter de tal.

“Se consignan los principios y reglas orientadoras de este proceso que no son solo estos, sino los que en general rigen respecto del procedimiento civil.

También se precisa y, resalto, norma que define puntos discutibles es bienvenida, que se pueden someter a proceso arbitral <<las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales>>, punto objeto de duras polémicas, en buena hora definido por la afirmativa.

“Igualmente se determina que siempre que actúe una entidad pública, el laudo deberá proferirse en derecho”.

En segundo lugar, de la definición de arbitraje del artículo 1° de la ley 1563 de 2012 se deduce, indubitablemente, que el legislador tiene, entre otros propósitos, el de masificar la figura del arbitramento. Tan es así, que en la nueva ley se introdujeron el arbitraje social y el amparo de pobreza, a fin de que todas las personas naturales y jurídicas puedan acceder al arbitraje sin restricciones de ninguna índole. Como es de público conocimiento, esta última figura es extraña al arbitraje; sin embargo, se incluyó con la intención de que las personas de escasos recursos también puedan acudir a este para resolver sus disputas de carácter económico. Para un vasto sector de la doctrina el amparo de pobreza no cabe en el arbitraje, pues no está contemplado ni en el derecho arbitral comparado ni en el derecho internacional arbitral; y es obvio, porque este mecanismo alternativo de solución de disputas inicialmente se concibió para resolver controversias entre empresas y grupos económicos que no deseaban acudir a la jurisdicción ordinaria, por razones que todos ya conocemos. Sin embargo, es menester señalar que el contexto local en que se insertó esta figura difiere de otros escenarios jurídicos, y que la desigualdad social en nuestro medio es una realidad inocultable. Por ello, la idea del legislador no es desdibujar la alternatividad del arbitraje, sino la de contribuir a descongestionar la justicia.

Finalmente, es pertinente añadir que los principios que rigen el arbitraje no son solo los que están indicados en el artículo 1° de la nueva ley de arbitraje, sino también los que se derivan de la Constitución Política de 1991, de los tratados internacionales en materia arbitral ratificados por el Estado colombiano, de los tratados internacionales no ratificados<sup>28</sup>; igualmente los contenidos en el Código

---

<sup>28</sup> Los tratados internacionales de carácter comercial no ratificados por el Estado colombiano también se pueden aplicar, en virtud de lo dispuesto por el artículo 7° del Código de Comercio colombiano. La norma citada prescribe: “Los tratados o convenciones internacionales de comercio no ratificados por Colombia, la costumbre mercantil internacional que reúna las condiciones del artículo 30., así como los principios generales del derecho comercial, podrán aplicarse a las cuestiones mercantiles que no puedan resolverse conforme a las reglas precedentes”.

de Procedimiento Civil y, cuando entre en vigencia el nuevo Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), los que allí se prescriben, a saber: acceso a la justicia, oralidad, igualdad de las partes, concentración, inmediación, legalidad, doble instancia, gratuidad y debido proceso.

#### 4. OTRAS DEFINICIONES DE ARBITRAJE

A continuación se presentan de manera ilustrativa otras definiciones sobre arbitraje. Veamos:

Para la American Bar Association, el “arbitraje es el proceso por medio del cual las partes acuerdan someter su presente o futura disputa a un tercero (árbitro), quien de acuerdo a las instrucciones proporcionadas, es responsable por su decisión sobre la controversia, la cual es inapelable y definitiva”<sup>29</sup>.

El Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI lo define así: “El arbitraje es un procedimiento por el cual se somete una controversia, por acuerdo de las partes, a un árbitro o a un tribunal de varios árbitros que dicta una decisión sobre la controversia que es obligatoria para las partes. Contrariamente a la mediación, una vez que las partes han acordado libremente someter una controversia a arbitraje, una parte no puede retirarse unilateralmente del arbitraje” (OMPI. Centro de Arbitraje y Mediación. <http://arbiter.wipo.int/arbitration/indez-es.html>. Abril de 2003).

Según CALVO CARAVACA y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, el “arbitraje es un medio jurídico de arreglos de litigios presentes o futuros basados en la voluntad de las partes, que eligen por sí mismas directamente o a través de mecanismos de designación acordados por ellas – por ejemplo, delegando en un tercero imparcial, persona física o jurídica – a simples particulares a los que confían la adopción de una decisión obligatoria – laudo arbitral – que ponga fin a la diferencia entre ellas”<sup>30</sup>.

Para la doctrina internacional, el arbitraje es:

---

<sup>29</sup> FRANKLIN HOET-LINARES, *La mediación. Administración y negociación de justicia alterna*, Caracas, Editorial Legis, 2005, págs. 4 – 5.

<sup>30</sup> ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA y LUIS FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *El arbitraje comercial internacional*, Madrid, Editorial Tecnos, 1989, pág. 19.

“Un mecanismo de solución privada mediante el cual se resuelven las controversias por personas particulares que no tienen la calidad de jueces comunes, no obstante lo cual, tienen atribuciones jurisdiccionales al igual que éstos para componer las controversias ínter partes. Cuando se recurre al arbitraje las partes buscan la solución de un conflicto presente o por presentarse y, en consecuencia, que las discrepancias surgidas o que puedan surgir entre ellas sean resueltas en forma definitiva”<sup>31</sup>.

Acerca de la noción de arbitraje en el derecho mercantil contemporáneo, explica el tratadista argentino JULIO CÉSAR RIVERA<sup>32</sup>:

“De las muchas definiciones doctrinarias del arbitraje que se han expuesto, una que nos permite abrir el punto es la de González de Cossío, para quien el arbitraje es la alternativa a las cortes nacionales establecidas por el Estado para dirimir cualquier tipo de controversia.

“Pero ésta es una definición por la negativa y, como tal, no contiene los verdaderos elementos caracterizantes de la institución; los que en alguna medida aparecen en la noción que brinda Guasp, para quien es la resolución de un conflicto que se lleva a cabo por un tercero a cuya decisión las partes se someten voluntariamente; cabe agregar que tal decisión es final y obligatoria.

“Todavía podría agregarse que ello se hace bajo ciertas reglas convenidas por las partes y que, en definitiva, vienen a conformar un <<procedimiento>>, que, aun cuando la fuente de este medio de resolución de conflictos es la voluntad de las partes, el Estado se reserva cierto control sobre él, estableciendo ciertos recursos que son irrenunciables, y que finalmente es inexorable ocurrir ante los jueces estatales para obtener medidas de coerción, sea durante el procedimiento o para ejecutar el laudo que se haya dictado.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que las definiciones de los autores están razonablemente influenciadas por las regulaciones de los respectivos ordenamientos nacionales.

“De allí que parezca una vía más eficiente señalar cuáles son los elementos esenciales de la institución que hemos de estudiar antes que ensayar una definición.

“Los elementos caracterizantes del arbitraje son, en nuestro criterio, los que siguen:

---

<sup>31</sup> ERNESTO SALCEDO VERDUGA, *El arbitraje. La justicia alternativa*, 2ª ed., Guayaquil, Editorial Distrilib, 2007, págs. 17 – 18.

<sup>32</sup> JULIO CÉSAR RIVERA, *Arbitraje comercial. Internacional y doméstico*, Buenos Aires, Editorial LexisNexis, 2007, págs. 3 – 4.

“Es un método adversarial de resolución de conflictos;

“Alternativo a los tribunales estatales;

“Al cual las partes se someten voluntariamente;

“Defiriendo la solución a un tercero;

“Tercero que no forma parte de ningún poder u órgano del Estado; cuya decisión es, en principio, final y obligatoria, lo que no excluye cierto control del Estado por vía de recursos irrenunciables; y que para su ejecución – como para otras medidas que exijan coerción – requiere la intervención de tribunales estatales”.

En la misma línea de pensamiento, sostiene CAIVANO<sup>33</sup>:

“El arbitraje aparece como un instrumento del cual pueden valerse los particulares para instaurar un sistema de administración de justicia que permita resolver el conflicto prescindiendo el Poder Judicial. Esta prescindencia no es, sin embargo, absoluta, por cuanto pueden existir diversas situaciones que exijan recurrir a un juez: la falta de cooperación de alguna de las partes para designar los árbitros o acordar lo necesario para poner en marcha el juicio arbitral, la necesidad de ejercer coerción para efectivizar una medida cautelar o producir alguna prueba, o bien la ejecución del laudo. Porque una vez que los árbitros dictaron la sentencia, si la misma no es espontáneamente cumplida por el perdedor, la otra parte deberá requerir de los jueces ordinarios la compulsión necesaria para lograr el cumplimiento forzado. Es indudable, por todo ello, que el arbitraje tiene naturaleza estrictamente jurisdiccional.

“Para comprender el significado del arbitraje como sistema de resolución de conflictos, debe partirse de una premisa: la jurisdicción (entendida como la función de administrar justicia resolviendo controversias) no es monopolio de los órganos del Estado. Es una función establecida en interés y protección de los particulares, por lo que nada podría impedir que éstos – en la medida que se trate de derechos disponibles – escojan árbitros particulares para dirimir sus disputas. El Estado tiene como objetivo el de afianzar la justicia; pero de ello no se deriva necesariamente que deba ejercerla por sí y con carácter monopólico. En casos donde no existen cuestiones de orden público, el legislador ha consentido en que los particulares instauren un sistema mediante el cual esa función jurisdiccional sea encarnada por particulares. A veces ha ido más allá, estimulándolo, o bien directamente imponiéndolo como forzoso”.

La Corte Constitucional de Colombia, mediante la sentencia C-330 de 2012, con ponencia del magistrado, doctor HUMBERTO SIERRA PORTO, define el

---

<sup>33</sup> ROQUE J. CAIVANO, *El arbitraje: nociones introductorias*. Disponible en <http://www.derecho-comercial.com/Doctrina/Arb-001.pdf>, pág. 2).

arbitramento y precisa sus características en los términos que transcriben enseguida:

“La Corte ha señalado que el arbitramento es un mecanismo “en virtud del cual las partes en conflicto deciden someter sus diferencias a la decisión de un tercero, aceptando anticipadamente sujetarse a lo que allí se adopte”<sup>34</sup>. Este procedimiento supone conferir la jurisdicción respecto de un conflicto específico a favor de un particular, quien queda investido de la facultad temporal de resolverlo con carácter definitivo y obligatorio mediante una decisión denominada laudo arbitral.

“El ejercicio de la facultad de administrar justicia denota su naturaleza eminentemente jurisdiccional y marca el carácter procesal de esta figura ya que como lo ha explicado esta Corporación “se trata de un proceso, puesto que los particulares, al administrar justicia como árbitros, deben materializar, dentro de la lógica propia del arbitraje y atendiendo a sus especificidades, los derechos fundamentales al debido proceso, de defensa y de acceso a la administración de justicia, respetando el marco trazado por el legislador. Por ello, el arbitramento se concibe como un proceso que garantiza los derechos de las partes enfrentadas, mediante un conjunto de etapas y oportunidades para discutir argumentos, valorar pruebas, controvertir la posición de la otra parte e incluso controlar las decisiones de los árbitros”<sup>35</sup>.

“Sus características básicas han sido ampliamente examinadas en la doctrina constitucional, en los términos que se sintetizan a continuación:

“(i) **Es un mecanismo alternativo de solución de conflictos**, por medio del cual, las partes invisten a los particulares de la función de administrar justicia.

---

<sup>34</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-242 de 1997.

<sup>35</sup> Este punto se explicó así en la sentencia C-330 de 2000: “El arbitramento, tal como ha sido concebido en nuestro ordenamiento jurídico, es una figura procesal. Cuando la Constitución defiere a los particulares la función de administrar justicia en calidad de árbitros, les confía, como a todos los demás jueces, la solución de contenciones jurídicas entre las partes en concordancia con la Constitución y las leyes. De ahí que la institución arbitral en nuestro ordenamiento tenga el carácter de un proceso, que garantiza los derechos de las partes enfrentadas disponiendo de una serie de etapas y oportunidades para la discusión de los argumentos, la valoración de las pruebas aportadas y, aun, la propia revisión de los pronunciamientos hechos por los árbitros. // El arbitramento es un verdadero procedimiento judicial -en sentido material- y, como tal, está sometido en todas sus etapas a la estricta aplicación de las normas que regulan este tipo de actuaciones tanto desde el punto de vista formal como material. Se trata de un mecanismo en el que han de aplicarse con rigor las garantías del debido proceso aplicables a toda actuación judicial, pues de nada sirve la inclusión de mecanismos de solución de litigios, adicionales y alternativos al sistema ordinario contemplado en la legislación, si su aplicación se traduce en el desconocimiento de derechos constitucionales fundamentales”.

“(ii) **Se rige por el principio de voluntariedad o libre habilitación.** El artículo 116 de la Constitución Política define el arbitramento con base en el acuerdo de las partes, que proporciona su punto de partida y la habilitación para que los árbitros puedan impartir justicia en relación con un conflicto concreto. En tal medida, la autoridad de los árbitros se funda en la existencia de un acuerdo de voluntades previo y libre entre las partes enfrentadas, en el sentido de sustraer la resolución de sus disputas del sistema estatal de administración de justicia y atribuirla a particulares.

“En otras palabras, el sustento de la justicia arbitral es el reconocimiento constitucional expreso de la decisión libre y voluntaria de las partes contratantes de no acudir al sistema estatal de administración de justicia sino al arbitraje para la decisión de sus disputas<sup>36</sup>, la habilitación voluntaria de los árbitros es, por lo tanto, un requisito constitucional imperativo que determina la procedencia de este mecanismo de resolución de controversias<sup>37</sup>.

“También ha señalado que la justificación constitucional de esta figura estriba no sólo en su contribución a la descongestión, eficacia, celeridad y efectividad del aparato estatal de administración de justicia, sino en que proporciona a los ciudadanos una opción voluntaria de tomar parte activa en la resolución de sus propios conflictos<sup>38</sup>, materializando así el régimen democrático y participativo que diseñó el Constituyente<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-098 de 2001: “El arbitramento como mecanismo alternativo de resolución de conflictos, ha de entenderse como la derogación que hacen las partes involucradas en un conflicto o precaviendo su existencia, de la jurisdicción en cabeza del Estado y en favor de un particular (árbitro), quien queda investido de la facultad temporal de resolver con carácter definitivo y obligatorio, a través de una decisión denominada laudo arbitral, las diferencias que se susciten entre ellos”.

<sup>37</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-163 de 1999: “De lo expuesto es fácil concluir que el sustento de la justicia arbitral es el acto voluntario y libre de los contratantes de acudir a los árbitros (...). Por consiguiente, la habilitación de los árbitros que realizan las partes contratantes, es un requisito constitucional imperativo sin el cual no es procedente la justicia arbitral”. En el mismo sentido, Sentencia C-330 de 2000: “El arbitramento es voluntario. La decisión de presentar las disputas surgidas en una relación jurídica ante un tribunal de arbitramento (antes que acudir a los jueces ordinarios), es el resultado de un acuerdo previo de carácter voluntario y libre efectuado por los contratantes. El arbitramento, al ser un instrumento jurídico que desplaza a la jurisdicción ordinaria en el conocimiento de ciertos asuntos, "tiene que partir de la base de que es la voluntad de las partes en conflicto, potencial o actual, la que habilita a los árbitros para actuar (...) Así, el fundamento de esta figura procesal es, entonces, la determinación voluntaria de acudir a una forma alternativa de resolver conflictos, con la garantía de que, como acontece en los demás procesos, los derechos consagrados en la Constitución y la ley tienen plena vigencia”.

<sup>38</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-098 de 2001: “...el arbitramento como la conciliación o la amigable composición, han de entenderse como institutos a los que el Constituyente les

“La voluntad de las partes se manifiesta en diferentes aspectos del sistema arbitral, por medio de su acuerdo, deciden libremente que no acudirán a la justicia del Estado para resolver sus diferendos, establecen cuáles controversias someterán al arbitraje, determinan las características del tribunal, designan los árbitros e incluso fijan el procedimiento arbitral a seguir dentro del marco general trazado por la ley. La voluntad de las partes es, así, un elemento medular del sistema de arbitramento diseñado en nuestro ordenamiento jurídico, y se proyecta en la estabilidad de la decisión que adoptará el tribunal arbitral. Más aún, como consecuencia del acuerdo de voluntades reflejado en el pacto arbitral, las partes aceptan por anticipado que se sujetarán a lo decidido por el tribunal de arbitramento<sup>40</sup>.

“(iii) **Es un mecanismo de carácter temporal**, porque su existencia se da solamente para la resolución del caso específico sometido a consideración de los árbitros. En palabras de la Corte, “no es concebible que el ejercicio de la jurisdicción, como función estatal, se desplace de manera permanente y general a los árbitros y conciliadores”<sup>41</sup>.

“(iv) **Es excepcional**, pues “existen bienes jurídicos cuya disposición no puede dejarse al arbitrio de un particular, así haya sido voluntariamente designado por las partes enfrentadas”<sup>42</sup>.

---

reconoció una función fundamental dentro la administración de justicia, pues son mecanismo a los que pueden recurrir opcionalmente las personas para poner término a sus controversias, sin la intervención directa del Estado, lo que permite no sólo la descongestión del aparato de justicia sino la participación activa de los particulares en la definición de sus conflictos”.

<sup>39</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-163 de 1999: “Además, estos mecanismos alternativos de resolución de conflictos encuentran base constitucional no sólo en su reconocimiento expreso en el artículo 116 superior sino también en otros principios y valores constitucionales. Así, su presencia puede constituir una vía útil, en ciertos casos, para descongestionar la administración de justicia formal, con lo cual se potencia la eficacia, celeridad y efectividad de la justicia (CP art. 228). Además, y más importante aún, la Carta establece un régimen democrático y participativo (CP art. 1º), que propicia entonces la colaboración de los particulares en la administración de justicia y en la resolución de sus propios conflictos. En ese orden de ideas, es perfectamente posible que el Legislador estimule la resolución de conflictos directamente por los propios afectados, por medio de figuras como la conciliación o la amigable composición, o por terceros que no sean jueces, como sucede en el caso de los árbitros o de ciertas autoridades administrativas y comunitarias”.

<sup>40</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-242 de 1997: “El arbitramento, que es el que interesa para el caso en estudio, consiste en un mecanismo jurídico en virtud del cual las partes en conflicto deciden someter sus diferencias a la decisión de un tercero, aceptando anticipadamente sujetarse a lo que allí se adopte”.

<sup>41</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-057 de 1995.

<sup>42</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-060 de 2001.

“En distintas providencias se han identificado algunas controversias reservadas a la jurisdicción permanente del Estado. Por ejemplo, en la sentencia C-242 de 1997 la Corte señaló que no pueden someterse a decisión arbitral los temas relacionados con el estado civil de las personas. Luego, en la sentencia C-294 de 1995, se indicaron como ejemplos de asuntos no sujetos a transacción: las obligaciones amparadas por leyes “en cuya observancia estén interesados el orden y las buenas costumbres”, al tenor del artículo 16 del Código Civil; las cuestiones relacionadas con los derechos de los incapaces; o los conflictos relacionados con derechos de los cuales la ley prohíbe a sus titulares disponer. También han sido incluidos en esta categoría, el conjunto de derechos mínimos de los trabajadores<sup>43</sup> y el control de legalidad de los actos administrativos<sup>44</sup>.

“(v) **Es una institución de orden procesal**, lo cual significa que el arbitramento “garantiza los derechos de las partes enfrentadas disponiendo de una serie de etapas y oportunidades para la discusión de los argumentos, la valoración de las pruebas aportadas y, aún, la propia revisión de los pronunciamientos hechos por los árbitros”<sup>45</sup>.

“En este orden de ideas, son inmanentes a la figura del arbitramento, las siguientes características: (i) la voluntariedad; (ii) la temporalidad; (iii) la excepcionalidad; (iv) fungir como un mecanismo alternativo de solución de controversias; y ser (v) una institución de orden procesal.

## 5. PRINCIPIOS DEL ARBITRAJE

---

<sup>43</sup> Se dijo en esta providencia: “El arbitramento es excepcional. La habilitación de particulares para solucionar conflictos por medio del arbitramento cuenta también con claras limitaciones materiales, pues no todo problema jurídico puede ser objeto de un laudo. El legislador ha sido consciente de que la equiparación funcional que se hace entre los funcionarios del Estado y ciertos ciudadanos, temporalmente investidos de poder jurisdiccional, no puede extenderse a todas las materias, pues es claro que existen bienes jurídicos cuya disposición no puede dejarse al arbitrio de un particular, así haya sido voluntariamente designado por las partes enfrentadas. // Principios como el de la seguridad jurídica hacen necesario que ciertos asuntos sean ventilados a través de la jurisdicción ordinaria, pues se trata de eventos que se relacionan con la garantía de derechos constitucionales fundamentales, con el reconocimiento de facultades legalmente reconocidas a favor de ciertos ciudadanos -v.g. derechos mínimos de los trabajadores-, o con el ejercicio del control estatal sobre ciertas circunstancias jurídicamente relevantes como “la fijación del estado civil, las cuestiones que tengan que ver con derechos de incapaces o derechos sobre los cuales la ley prohíbe a su titular disponer””.

<sup>44</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-1436 de 2000.

<sup>45</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-330 de 2000.

La ley 1563 de 2012 establece en su artículo 1° los principios y reglas que rigen el arbitramento, a saber: 1) imparcialidad; 2) idoneidad), 3) celeridad; 4) igualdad; 5) oralidad; 6) publicidad; y 7) contradicción.

La nueva ley de arbitraje en Colombia, con buen criterio y siguiendo en este punto la legislación procesal contemporánea, enuncia los principios y reglas que rigen el proceso arbitral. En otras palabras, se establece la carta de navegación a la que deben apegarse los árbitros y las partes.

Así mismo, cabe resaltar que en la ley tantas veces citada no se definieron estos principios y reglas, aunque tampoco tenía que hacerlo, ya que en la técnica legislativa actual no es función del legislador limitar mediante enunciaciones o definiciones el alcance, sentido y aplicación de un principio y regla procesal, sino que, por el contrario, es la doctrina y la jurisprudencia, la que en forma paulatina va moldeando los conceptos de uno y otro, acorde con las mudables exigencias de los tiempos.

Ciertamente, la doctrina y la jurisprudencia han desarrollado ampliamente todos y cada uno de estos principios en materia arbitral y procesal. Entre tanto, es menester añadir como principios aplicables al proceso arbitral, conforme a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, los principios de internacionalidad, uniformidad y buena fe.

## **A) IMPARCIALIDAD**

En un mundo signado por la corrupción pública, el arbitraje se yergue en la mejor alternativa judicial para resolver un litigio entre las partes. La justicia arbitral por lo regular se ha caracterizado por la transparencia, imparcialidad, idoneidad, moralidad y buena fe de los árbitros; como en todo, hay excepciones, pero la regla general es la imparcialidad y neutralidad en las decisiones arbitrales. Como es lógico, las partes, además de la idoneidad y especialidad de los árbitros, también buscan imparcialidad, transparencia, diligencia y probidad en las personas que fungen como árbitros. Por ello, los árbitros están sometidos al mismo régimen de impedimentos y recusaciones previstos para los jueces de la república. La jurisdicción ordinaria también debe ser imparcial, neutral, transparente y, como es obvio, también debe actuar con celeridad; la neutralidad no es *per se* una diferencia entre la justicia ordinaria y la justicia arbitral, lo que ocurre es que ésta última ha gozado de más prestigio y eficacia porque no se ha visto envuelta en escándalos de trascendencia nacional e internacional.

Ciertamente, el principio de imparcialidad contenido en el artículo 1° del nuevo Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional está ligado a la neutralidad de la justicia arbitral. De igual forma, el artículo 16 del mismo ordenamiento citado, en desarrollo del principio de imparcialidad y de la ventaja de la neutralidad del foro arbitral, se refiere al régimen de impedimentos y recusaciones al que están sometidos los árbitros, en los términos que se expresan a continuación:

“Los árbitros y secretarios están impedidos y son recusables por las mismas causales previstas para los jueces en el Código de Procedimiento Civil, por las inhabilidades, prohibiciones y conflictos de intereses señalados en el Código Disciplinario Único, y por el incumplimiento del deber de información indicado en el artículo anterior.

“En los arbitrajes en que sea parte el Estado o alguna de sus entidades, se aplicarán además de lo previsto en el inciso anterior las causales de impedimento y recusación prevista en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

“Los árbitros nombrados por el juez o por un tercero serán recusables dentro de los cinco (5) días siguientes a la comunicación de su aceptación a las partes o de la fecha en que la parte tuvo o debió tener conocimiento de los hechos, cuando se trate de circunstancias sobrevinientes.

“Los árbitros nombrados por acuerdo de las partes no podrán ser recusados sino por motivos sobrevenidos con posterioridad a su designación, y dentro de los cinco (5) días siguientes a aquel en que la parte tuvo conocimiento de los hechos”.

La imparcialidad está íntimamente vinculada con la independencia y la neutralidad del árbitro; se trata de un concepto integral y de largo alcance en la resolución de conflictos, cuyas consecuencias lógicas en el proceso arbitral son: la prohibición de tener vínculos objetivos y subjetivos entre el árbitro y las partes, y la obligación de actuar con probidad, buena fe y conforme a derecho o a la equidad, según el caso. En fin, la imparcialidad del tribunal de arbitramento es la esencia de su función jurisdiccional.

El principio de imparcialidad e independencia del juez asimismo está consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política de 1991, como un desdoblamiento legal de los principios y reglas procesales contenidos en tratados y convenios internacionales. Por ello, se afirma que nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En la misma línea de pensamiento, el artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos, destaca el principio de imparcialidad e independencia del juez en el ámbito del debido proceso. De hecho, la disposición citada, establece: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

Respecto del principio de imparcialidad e independencia del juez (árbitro), la Corte Constitucional ha manifestado lo siguiente, por intermedio de la sentencia C – 600

de 2011, con ponencia de la magistrada, doctora MARÍA VICTORIA CALLE CORREA:

“La jurisprudencia de esta Corte ha puntualizado que los atributos de independencia e imparcialidad del funcionario judicial forman parte del debido proceso, y por ende, el régimen de impedimentos y recusaciones tiene fundamento constitucional en el artículo 29 de la Constitución, en cuanto proveen a la salvaguarda de tal garantía.<sup>46</sup>

“La imparcialidad e independencia judicial, como objetivos superiores, deben ser valoradas desde la óptica de los demás órganos del poder público -incluyendo la propia administración de justicia-, de los grupos privados y, fundamentalmente, de quienes integran la litis, pues sólo así se logra garantizar que las actuaciones judiciales estén ajustadas a los principios de equidad, rectitud, honestidad y moralidad sobre los cuales descansa el ejercicio de la función pública (C.P. art. 209).<sup>47</sup>

“La Corte ha explicado claramente la diferencia entre los atributos de independencia e imparcialidad, en los siguientes términos: “[la] independencia, como su nombre lo indica, hace alusión a que los funcionarios encargados de administrar justicia no se vean sometidos a presiones, (...) a insinuaciones, recomendaciones, exigencias, determinaciones o consejos por parte de otros órganos del poder, inclusive de la misma rama judicial, sin perjuicio del ejercicio legítimo por parte de otras autoridades judiciales de sus competencias constitucionales y legales”. Sobre la imparcialidad, ha señalado que ésta “se predica del derecho de igualdad de todas las personas ante la ley (Art. 13 C.P.), garantía de la cual deben gozar todos los ciudadanos frente a quien administra justicia. Se trata de un asunto no sólo de índole moral y ética, en el que la honestidad y la honorabilidad del juez son presupuestos necesarios para que la sociedad confíe en los encargados de definir la responsabilidad de las personas y la vigencia de sus derechos, sino también de responsabilidad judicial”.<sup>48</sup>

“Dentro de este contexto, la jurisprudencia constitucional le ha reconocido a la noción de imparcialidad, una doble dimensión: (i) subjetiva **relacionada** con “la probidad y la independencia del juez, de manera que éste no se incline intencionadamente para favorecer o perjudicar a alguno de los sujetos procesales, o hacia uno de los aspectos en debate, debiendo declararse impedido, o ser recusado, si se encuentra dentro de cualquiera de las causales previstas al efecto”; y (ii) **objetiva**, “esto es, sin contacto anterior con el thema decidendi, “de modo que se ofrezcan las garantías suficientes, desde un punto de vista funcional

---

<sup>46</sup> Sentencia T- 080 de 2006 (MP. Alfredo Beltrán Sierra. SV. Manuel José Cepeda Espinosa) y Auto 169 de 2009 (MP. Luís Ernesto Vargas Silva).

<sup>47</sup> *Ibidem*.

<sup>48</sup> Sentencia C-365 de 2000 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa), ya citada.

y orgánico, para excluir cualquier duda razonable al respecto”.<sup>49</sup> No se pone con ella en duda la “rectitud personal de los Jueces que lleven a cabo la instrucción” sino atender al hecho natural y obvio de que la instrucción del proceso genera en el funcionario que lo adelanta, una afectación de ánimo, por lo cual no es garantista para el inculpado que sea éste mismo quien lo juzgue.<sup>50»51</sup>

“En el ámbito interamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dado contenido y alcance al concepto de imparcialidad como atributo de la administración de justicia. En el Auto 169 de 2009,<sup>52</sup> la Corte Constitucional reproduce algunos de los apartes más relevantes en este sentido, en los siguientes términos:

“La imparcialidad del Tribunal implica que sus integrantes no tengan un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia.

“El juez o tribunal debe separarse de una causa sometida a su conocimiento cuando exista algún motivo o duda que vaya en desmedro de la integridad del Tribunal como un órgano imparcial. En aras de salvaguardar la administración de justicia se debe asegurar que el juez se encuentre libre de todo prejuicio y que no exista temor alguno que ponga en duda el ejercicio de las funciones jurisdiccionales”.<sup>53</sup>

“Sobre el alcance y los elementos del concepto de imparcialidad el Tribunal Internacional ha señalado que éste “supone que el Tribunal o juez no tiene

---

<sup>49</sup> El numeral 2° del artículo 24 de la Constitución española de 1978 señala que *“todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia”*.

<sup>50</sup> *Esta garantía también se ha considerado como elemento esencial del debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, reconocida a partir de la interpretación del art. 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, de conformidad con el cual “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable por un tribunal independiente e imparcial (...)”*.

<sup>51</sup> Sentencias C-545 de 2008 (MP. Nilson Pinilla Pinilla); C-762 de 2009 (MP. Juan Carlos Henao Pérez); y A-169 de 2009 (MP. Luís Ernesto Vargas Silva).

<sup>52</sup> MP. Luís Ernesto Vargas Silva.

<sup>53</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Paramana Iribarne vs. Chile (2005). Fundamentos jurídicos 146 y 147.

opiniones preconcebidas sobre el caso sub judice<sup>54</sup>. (...) Así mismo, la Comisión Interamericana ha distinguido al igual que otros órganos internacionales de protección de los derechos humanos<sup>55</sup>, dos aspectos de la imparcialidad, un aspecto subjetivo y otro objetivo.<sup>56</sup>

“El aspecto subjetivo de la imparcialidad del tribunal trata de determinar la convicción personal de un juez en un momento determinado, y la imparcialidad subjetiva de un juez o de un tribunal en un caso concreto se presume mientras no se pruebe lo contrario.

“Con relación al aspecto objetivo de la imparcialidad, la CIDH considera que exige que el Tribunal o juez ofrezca las suficientes garantías que eliminen cualquier duda acerca de la imparcialidad observada en el proceso. Si la imparcialidad personal de un tribunal o juez se presume hasta prueba en contrario, la apreciación objetiva consiste en determinar si independientemente de la conducta personal del juez, ciertos hechos que pueden ser verificados autorizan a sospechar sobre la imparcialidad<sup>57</sup>”.<sup>58</sup>

“Lo anterior, según la jurisprudencia de esta Corporación, explica por qué el legislador, en ejercicio de la facultad de configuración normativa (artículo 150-1-2 CP), se vio precisado a incorporar en el ordenamiento jurídico las instituciones procesales de impedimentos y recusaciones, con las cuales se pretende mantener la independencia e imparcialidad del funcionario judicial, quien por un acto voluntario o a petición de parte, debe apartarse del proceso que viene conociendo cuando se configura, para su caso específico, alguna de las causales que se encuentran expresamente descritas en la ley.<sup>59</sup>

“La Corte diferencia el impedimento de la recusación en que el primero tiene lugar cuando el juez, ex officio, es quien decide abandonar la dirección del proceso, en

---

<sup>54</sup> Ver: Informe No. 17/94, Guillermo Maqueda, Argentina, OEA/Ser. L/V/II.85, Doc. 29, 9 de febrero de 1994, párr. 28. No publicado.

<sup>55</sup> Para la Corte Europea, la imparcialidad del juzgador se compone de elementos subjetivos y objetivos. Sobre este punto la Corte Europea ha desarrollado una extensa jurisprudencia (Casos DE Cubre, Hauschildt, entre otros).

<sup>56</sup> *Idem*.

<sup>57</sup> 64). En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte Europea D.H., caso Hauschildt del 24 de mayo de 1989, serie A n° 154, p, 21, par. 48.

<sup>58</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Malarly vs. Haití (2002). Fundamentos jurídicos 74 y 75.

<sup>59</sup> *Ibidem*.

tanto que el segundo se produce a iniciativa de los sujetos en conflicto, ante la negativa del juez de aceptar su falta de aptitud para presidir y decidir el litigio.<sup>60</sup>

“Así, dentro del propósito fundamental de la función judicial de impartir justicia a través de diversos medios, “la administración de justicia debe descansar siempre sobre dos principios básicos que, a su vez, se tornan esenciales: la independencia y la imparcialidad de los jueces”,<sup>61</sup> principios que se garantizan a través de las causales de impedimentos y recusaciones reguladas por el legislador”.

Todas las precisiones anteriormente efectuadas en el aparte de la sentencia transcrita de la Corte Constitucional, son de recibo en el proceso arbitral. Por tal razón, los árbitros están sometidos al mismo régimen de impedimentos y recusaciones que los jueces de la república, a las mismas inhabilidades, prohibiciones y conflictos de intereses señalados por el Código Disciplinario Único para los funcionarios públicos, y están obligados a cumplir con el deber de información.

En tratándose de los arbitrajes en que sea parte el Estado o alguna de sus entidades, se aplicarán además de las causales de impedimento y recusación anteriormente enunciadas, las previstas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

La persona que es designado como árbitro para integrar un tribunal de arbitramento está obligado a informar, al aceptar, si coincide o ha coincidido con alguna de las partes o sus apoderados en otros procesos arbitrales o judiciales, trámites administrativos o cualquier otro asunto profesional en lo que él o algún miembro de la oficina de abogados a la que pertenezca o haya pertenecido, intervenga o haya intervenido como árbitro, apoderado, consultor, asesor, secretario o auxiliar de la justicia en los dos últimos años. Así mismo, deberá comunicar si existe cualquier vínculo de carácter familiar o personal que sostenga con las partes o sus apoderados. Si se presenta alguna de las circunstancias anteriormente explicadas, el árbitro deberá declararse impedido, tan pronto como advierta la existencia de alguna causal. Las causales de recusación están expresamente señaladas en el artículo 141 del Código General del Proceso<sup>62</sup> (Ley

---

<sup>60</sup> *Ibidem*.

<sup>61</sup> Sentencia C-037 de 1996 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa. SPV. Vladimiro Naranjo Mesa y José Gregorio Hernández Galindo; SV. José Gregorio Hernández Galindo; SPV. Alejandro Martínez Caballero; AV. Eduardo Cifuentes Muñoz, Hernando Herrera Vergara y Vladimiro Naranjo Mesa; AV. Vladimiro Naranjo Mesa y Hernando Herrera Vergara; y SPV. Hernando Herrera Vergara).

<sup>62</sup> El artículo 141 del Código General del Proceso, estipula: “*Causales de recusación*. Son causales de recusación las siguientes:

1. Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, interés directo o indirecto en el proceso.
2. Haber conocido del proceso o realizado cualquier actuación en instancia anterior, el juez, su cónyuge, compañero permanente o algunos de sus parientes indicados en el numeral precedente.

1564 de 2012), y el trámite de los impedimentos y recusaciones está contenido en el artículo 17 del Estatuto de Arbitraje (Ley 1563 de 2012).

Habida cuenta que los árbitros administran justicia, y que deben actuar con imparcialidad e independencia, sus actuaciones en el proceso arbitral están regidas por la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia y, por consiguiente, están sujetos al control disciplinario a que alude el Código Disciplinario Único (Ley 734 de 2002), que, como es sabido, es más estricto que el Código General del Proceso, pues las sanciones son más severas, amén de la responsabilidad civil y

- 
3. Ser cónyuge, compañero permanente o pariente de alguna de las partes o de su representante o apoderado, dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad.
  4. Ser el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral 3, curador, consejero o administrador de bienes de cualquiera de las partes.
  5. Ser alguna de las partes, su representante o apoderado, dependiente o mandatario del juez o administrador de sus negocios.
  6. Existir pleito pendiente entre el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral 3, y cualquiera de las partes, su representante o apoderado.
  7. Haber formulado alguna de las partes, su representante o apoderado, denuncia penal o disciplinaria contra el juez, su cónyuge o compañero permanente, o pariente en primer grado de consanguinidad o civil, antes de iniciarse el proceso o después, siempre que la denuncia se refiera a hechos ajenos al proceso o a la ejecución de la sentencia, y que el denunciado se halle vinculado a la investigación.
  8. Haber formulado el juez, su cónyuge, compañero permanente o pariente en primer grado de consanguinidad o civil, denuncia penal o disciplinaria contra una de las partes o su representante o apoderado, o estar aquellos legitimados para intervenir como parte civil o víctima en el respectivo proceso penal.
  9. Existir enemistad grave o amistad íntima entre el juez y alguna de las partes, su representante o apoderado.
  10. Ser el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad o civil, o primero de afinidad, acreedor o deudor de alguna de las partes, su representante o apoderado, salvo cuando se trate de persona de derecho público, establecimiento de crédito, sociedad anónima o empresa de servicio público.
  11. Ser el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral anterior, socio de alguna de las partes o su representante o apoderado en sociedad de personas.
  12. Haber dado el juez consejo o concepto fuera de actuación judicial sobre las cuestiones materia del proceso, o haber intervenido en este como apoderado, agente del Ministerio Público, perito o testigo.
  13. Ser el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral 1, heredero o legatario de alguna de las partes, antes de la iniciación del proceso.
  14. Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad o civil, pleito pendiente en que se controvierta la misma cuestión jurídica que él debe fallar.

penal que tienen los árbitros por los daños y perjuicios que causen a las partes, cuando actúen con dolo o mala fe<sup>63</sup>.

En el arbitraje comercial internacional el principio de imparcialidad también se ve reflejado en la libertad que tienen las partes para escoger la ley y la jurisdicción aplicable al conflicto. Evidentemente, las partes pueden elegir un ordenamiento jurídico neutral, es decir, ajeno a cada una de ellas, con el cual no tienen ningún vínculo jurídico directo o indirecto, para resolver sus conflictos económicos ante un tribunal de arbitramento internacional, sometidos, por ejemplo, al Reglamento de la CCI de 1998 sobre arbitraje comercial internacional, entre otros. Dicha libertad contractual se patentiza en el convenio arbitral que suscriben las partes. En tal sentido, el artículo 17.1 del mencionado reglamento, estipula: “Las partes podrán acordar libremente las normas jurídicas que el Tribunal Arbitral deberá aplicar al fondo de la controversia. A falta de acuerdo de las partes, el Tribunal Arbitral aplicará las normas jurídicas que considere apropiadas”. Esta facultad que se concede a las partes, en desarrollo del principio procesal de imparcialidad, se denomina autonomía conflictual.

Conforme a lo que se viene sustentando, resulta arriesgado sostener que la imparcialidad e independencia del árbitro y, por ende, la neutralidad del foro arbitral se lesiona *per se*, por el solo hecho de que una de las partes se someta en el pacto arbitral a la ley y a la jurisdicción de la otra. Lo anterior equivale a afirmar que la sumisión al ordenamiento jurídico de la otra parte no garantiza la imparcialidad e independencia de los árbitros, lo que en estricto rigor jurídico, no es cierto. Lo que ocurre es que la parte que se encuentra vinculada con un ordenamiento jurídico específico, evidentemente, tiene algunas ventajas respecto de la otra, verbigracia, el conocimiento de la ley, de los jueces y de los árbitros locales, de los recursos procesales y de las estrategias judiciales que se pueden llevar a cabo para vencer a la otra en juicio. De ahí que lo más apropiado para ambas partes es acordar que el conflicto se resuelva mediante la aplicación de un Reglamento internacional de arbitraje<sup>64</sup>.

---

<sup>63</sup> “Así, se produce un perjuicio si, como se consideró en el caso *Raoul duval*, los litigantes deben comenzar un nuevo proceso debido a la anulación del laudo ocasionada por un error del árbitro. Se pueden también plantear otros supuestos de responsabilidad que emergen directamente del incumplimiento de las obligaciones del árbitro. Este sería el caso si el árbitro revelara los secretos comerciales que hubiese conocido en el curso de las audiencias, favoreciendo a la competencia del litigante concernido. Nacería igualmente la responsabilidad del árbitro si éste tardara tanto en el tratamiento de un litigio, que una de las sociedades litigantes entrase en concurso de acreedores por no haber podido cobrar en un plazo de tiempo razonable una deuda poco cuestionable que tenía frente a su adversario” (THOMAS CLAY, *El árbitro*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez – Pontificia Universidad Javeriana, 2012, pág. 122).

<sup>64</sup> “El arbitraje siempre ha ocupado un lugar especial al interior de esta organización internacional privada y multifacética. La CCI fue pionera en el desarrollo del arbitraje comercial moderno e internacional y contribuyó de manera importante a generar los cambios legislativos relacionados con él y a elaborar los principales tratados multilaterales de arbitraje. El primer Reglamento de Arbitraje de la CCI (con su correspondiente Reglamento de Conciliación) se publicó en inglés y

En definitiva, la imparcialidad y la independencia, así como la neutralidad del árbitro, constituyen, entre otras, las principales razones para la difusión del arbitraje nacional e internacional.

En congruencia con este análisis sobre el principio de imparcialidad en el arbitraje comercial internacional, sostiene la doctrina:

“Se dice que éste es perfectamente neutral, ya que no administra justicia en nombre de ningún Estado, su nombramiento y poderes proceden del acuerdo arbitral, y su imparcialidad se encuentra garantizada, si se adoptan ciertas precauciones, por ejemplo, en cuanto a la nacionalidad de los árbitros, el ordenamiento que deben aplicar o la sede en que deben actuar. La libertad de las partes para elegir a los árbitros permite que el nombramiento recaiga en personas dotadas de una alta preparación, superior a la normal, para resolver complejos problemas jurídicos, económicos o técnicos que frecuentemente plantea el desarrollo del comercio internacional”<sup>65</sup>.

## **B) IDONEIDAD**

En la práctica, esta es una de las cuestiones más importantes a tener en cuenta para la integración de un tribunal de arbitramento. Los árbitros son seleccionados para integrar el tribunal arbitral de acuerdo a su especialidad. Esta es una de las principales ventajas de la justicia arbitral: la especialidad, lo que se traduce en un profundo conocimiento y dominio de un área del derecho. Si el conflicto es de naturaleza contractual, el árbitro más idóneo para resolverlo es aquél que conoce el tema, que tiene experiencia específica en ese campo, quien ha escrito y litigado en contratación; de lo contrario, la comunidad y las partes involucradas en una controversia jurídica no tendrían ni la confianza ni la seguridad para someterse a la justicia arbitral. A diferencia de la jurisdicción ordinaria, donde el juez está en la obligación de decidir y conocer sobre toda clase de asuntos en derecho civil y comercial, so pena de denegación de justicia<sup>66</sup>, y a su vez, de violación al debido,

---

francés, los dos idiomas de trabajo de la CCI, en 1922, justo antes de la instalación de la primera Corte de Arbitraje. Otros reglamentos, nuevos o enmendados, siguieron a éste en los años 1927, 1931, 1933, 1939, 1947, 1955, 1975, 1988 y el más reciente en 1998. En cada caso los reglamentos se emitieron en respuesta a la mayor experiencia de la CCI en el arbitraje y a los desarrollos legales en este campo” (YVES DERAÏNS y ERIC A. SCHWARTZ, *Una guía al reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá, 2011, pág. 31).

<sup>65</sup> LUIS FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA, *Derecho mercantil internacional*, 2ª ed., Madrid, Editorial Tecnos, 1995, págs. 721 y 722.

<sup>66</sup> El artículo 48 de la ley 153 de 1887 entiende que hay denegación de justicia cuando el juez rehúsa juzgar, pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley. Entre tanto, el artículo 42, numeral 6º del nuevo Código General del Proceso, dispone lo siguiente: “Son deberes del juez: 6º)

en materia arbitral se procura la especialización del árbitro. Como es obvio, el juzgador no puede saber de todos los temas que está en la obligación de juzgar; por el contrario, el árbitro es elegido para integrar un tribunal de arbitramento por el profundo conocimiento que tiene de un área del derecho. De ahí que el nuevo Estatuto Arbitral dispone en su artículo 8° que los árbitros deben ser designados de acuerdo a la especialidad jurídica de la controversia. En efecto, la norma citada, prescribe: “*Designación de los árbitros.* Las partes nombrarán conjuntamente los árbitros, o delegarán tal labor en un centro de arbitraje o un tercero, total o parcialmente. La designación a cargo de los centros de arbitraje se realizará siempre mediante sorteo, dentro de la especialidad jurídica relativa a la respectiva controversia y asegurando una distribución equitativa entre los árbitros de la lista (...)”.

Ahora bien, no se puede sostener en forma categórica que la idoneidad o especialización del árbitro constituye garantía de eficacia y economía del proceso, como si se tratara de una verdad absoluta, ni mucho menos que la jurisdicción arbitral es *per se* mejor o superior a la jurisdicción ordinaria; de hecho, algunos yerros de la jurisdicción arbitral son resueltos mediante el control judicial del laudo ante la jurisdicción común. Sin embargo, la especialización de los árbitros en los ámbitos nacional e internacional, le otorga seguridad y tranquilidad a las partes; es decir, que, desde el punto de vista psicológico, se produce en las partes un sentimiento de confianza y bienestar, al saber que su conflicto será resuelto por un experto en la materia y no por un neófito, y en el escenario procesal, la susodicha especialización se traduce en economía, celeridad e imparcialidad.

En últimas, la filosofía jurídica que subyace a la especialidad o idoneidad del árbitro, es la administración de justicia con prontitud, eficacia y celeridad, conforme a los derroteros señalados por la Constitución, los principios procesales del derecho internacional y la ley estatutaria de administración de justicia. Como bien lo afirma la doctrina<sup>67</sup>, “Con el arbitraje se asegura la calidad del fallo por las especiales calidades morales y profesionales de los árbitros, quienes usualmente son expertos en la materia objeto de decisión”.

### **C) CELERIDAD**

Esta es una de las principales ventajas del arbitraje, y a su vez, la esencia del arbitraje: resolver los conflictos con prontitud, con rapidez, con apremio. Quienes acuden al arbitraje, lo hacen para solucionar sus disputas jurídicas en el menor

---

Decidir aunque no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, o aquella sea oscura o incompleta, para lo cual aplicará las leyes que regulen situaciones o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional, la jurisprudencia, la costumbre y los principios del derecho sustancial y procesal”.

<sup>67</sup> JORGE HERNÁN GIL ECHEVERRY, *Régimen arbitral colombiano*, ob. cit., pág. 32.

tiempo posible, máxime en tratándose de controversias de carácter empresarial o contractual. Los pleitos que se prolongan por lustros y por décadas son un menoscabo para los derechos de las partes y, por ende, un desprestigio y un descrédito para el aparato judicial. La celeridad es sinónimo de justicia; la celeridad en un Estado Social y Democrático de Derecho se traduce en paz, equidad, desarrollo y confianza en la administración de justicia. Como bien lo señala NEIL ANDREWS<sup>68</sup>, “Las partes del arbitraje tienen la esperanza de que el proceso sea más rápido y económico, pero no menos seguro que aquellos que se siguen ante los tribunales de justicia del Estado”.

La celeridad se refiere a que el procedimiento se debe desarrollar con la mayor prontitud posible, evitando trámites, dilaciones y gastos injustificados. El proceso arbitral, a diferencia del proceso civil, se ha caracterizado por la celeridad, por la economía en los procedimientos y por proporcionar a las partes una decisión justa y rápida. Al margen de las demás ventajas del arbitramento, esta es, sin duda, la que más atrae a los empresarios y a los inversionistas; el poder resolver sus disputas evitando los traumatismos inherentes a la mora judicial, sin convertirse en rehenes de los procesos judiciales, se erige en uno de los ítems que tiene en cuenta el Banco Mundial en su informe *Doing Business* para medir el desarrollo económico y la capacidad para atraer la inversión extranjera.

El proceso arbitral se ha diseñado para resolver los conflictos con celeridad; de ahí que el artículo 10 de la ley 1563 de 2012, determina: “Si en el pacto arbitral no se señalare término para la duración del proceso, éste será de seis (6) meses, contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite. Dentro del término de duración del proceso, deberá proferirse y notificarse, incluso, la providencia que resuelve la solicitud de aclaración, corrección o adición. Dicho término podrá prorrogarse una o varias veces, sin que el total de las prórrogas exceda de seis (6) meses, a solicitud de las partes o de sus apoderados con facultad expresa para ello. Al comenzar cada audiencia el secretario informará el término transcurrido del proceso”.

El legislador procuró reducir al máximo el término de duración del proceso arbitral, con el propósito de que éste aventaje al proceso civil, se amplíe su uso entre la comunidad, los comerciantes, los empresarios y el Estado, y se aparte de los formalismos excesivos y de los múltiples trámites procedimentales que agobian la jurisdicción ordinaria. Y si bien es cierto que los vacíos e inconsistencias del proceso arbitral se pueden suplir con las disposiciones del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), ello no significa que también se pueda incurrir en las mismas dificultades de la jurisdicción común, entre ellas, la mora judicial.

Entre tanto, es oportuno añadir que el profundo conocimiento que cada árbitro tiene sobre un área específica (especialidad) del saber jurídico, también contribuye para que este principio y ventaja sea una realidad dentro del proceso, puesto que

---

<sup>68</sup> NEIL ADREWS, *Justicia civil inglesa. Proceso civil y otras formas de resolución de controversias*, Bogotá, Editorial Temis – Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2013, págs. 229 – 230.

ello facilita su labor, a diferencia de un juez civil, al que le están asignados toda clase de asuntos del derecho privado.

Igualmente, y en armonía con lo expuesto hasta aquí, se debe apuntar que el nuevo régimen de oralidad previsto para el proceso arbitral (ley 1563 de 2012), conjuga eficientemente con el principio de celeridad. En otras palabras, la oralidad se traduce en celeridad para el proceso arbitral; la mengua de los escritos y de la lectura de éstos en las audiencias, vigoriza el principio de oralidad y, por consiguiente, vivifica la celeridad en la justicia arbitral.

En consonancia con las opiniones anteriormente reveladas, manifiesta la doctrina<sup>69</sup>:

“El principio de celeridad ha sido establecido en la norma nacional como la continuidad de los procedimientos para la solución de la controversia.

“Sin embargo, la celeridad en el proceso implica más que la simple continuidad que debe tener el proceso evitándose dilaciones innecesarias, constituye además el presupuesto que permite a las partes tener una definición sobre el derecho o los hechos controvertidos de forma oportuna.

“La solución oportuna de un proceso no sólo es una de las principales virtudes que los defensores del arbitraje resaltan, sino que constituye el tronco de la obtención de justicia.

“Es bien conocido el dicho <<la justicia tardía es una negación de justicia>>, por ello el arbitraje pretende ser el medio por el cual se supere la retardación en la solución de conflictos. Este es, por tanto, un principio y una virtud del arbitraje.

“En este entendido, la misma legislación ha generado una serie de mecanismos en procura de una solución oportuna de conflictos”.

## **D) IGUALDAD**

El principio de igualdad contenido en el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional es un desdoblamiento del artículo 13 de la Constitución Política de 1991. La igualdad en el constitucionalismo democrático y, por ende, en el proceso arbitral contemporáneo, está concebida como un derecho de estirpe supra legal, como una garantía del debido proceso y del acceso a la administración de justicia. Es un principio procesal que irradia todo el sistema jurídico y un valor constitucional que los árbitros deben tener en cuenta en la dirección del proceso. De ahí que es obligación del árbitro hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, usando los poderes que le otorgan la Constitución y la ley. El derecho a

---

<sup>69</sup> RONALD BRIAN MARTIN ALARCÓN, *Arbitraje. Introducción al derecho arbitral*, La Paz, Bolivia, Azul Editores, 2007, págs. 19 – 20.

la igualdad es asimismo una extensión de la dignidad humana y un pilar esencial sobre el cual se funda el Estado Social de Derecho.

La igualdad de las partes ante la ley 1563 de 2012 y el proceso arbitral, tiene como consecuencia lógica que en el curso del proceso las partes gozan de iguales oportunidades para su defensa, lo cual está basado en la máxima *audiatur ex altera parte*, que viene a ser un desarrollo de la premisa que consagra la igualdad de los ciudadanos ante la ley, esencia de la organización de los Estados Modernos; y, de otra parte, que no son de recibo en el proceso arbitral los procedimientos privilegiados, al menos en relación con la raza, condición económica o nacionalidad de las partes<sup>70</sup>.

En el proceso arbitral se procura que la igualdad sea real y no simplemente retórica, para ello se instituyó el arbitraje social en el artículo 117 del Estatuto de Arbitraje. Dicha modalidad de arbitraje es un desdoblamiento del principio de igualdad y tiene como propósito seminal la prestación gratuita de servicios en la resolución de controversias de hasta cuarenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (40 smlmv), sin perjuicio de que cada centro pueda prestar el servicio por cuantías superiores. Así mismo, se instauró como una estrategia para difundir el arbitraje en nuestro país.

Sin embargo, el ámbito de influencia del principio de igualdad en el proceso arbitral no se circunscribe tan sólo a la obligación que tiene el tribunal de hacerlo efectivo en la dirección del proceso, sino que, además, abarca todas las actuaciones jurídicas que realizan los sujetos procesales al interior del procedimiento arbitral. Y huelga decir que a todos los sujetos procesales se les garantiza la igualdad procesal en la actividad judicial. Así, por ejemplo, si se trata de un menor de edad o de un discapacitado que es socio de una compañía que está en litigio con otra en un proceso arbitral, se le garantizan todos sus derechos sustanciales y procesales, conforme a la Constitución y a la ley. En suma, el principio de igualdad rige todas las actuaciones en el proceso arbitral y cobija a todas las personas sin distinción de sexo, raza, origen o nacionalidad. Ello también se deriva de los artículos 13 y 100 de la Constitución Política de 1991 y del artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En consecuencia, si un extranjero o una sociedad extranjera es parte en un proceso arbitral en Colombia, se le conceden los mismos derechos y garantías procesales que a un ciudadano o a una compañía de carácter nacional.

A este tenor, es menester añadir que el principio de igualdad procesal está implícito en los poderes de ordenación e instrucción que tiene el árbitro. También se materializa con el derecho que tiene toda persona de acceder a la administración de justicia y, por consiguiente, con la facultad de iniciar cualquier acción judicial ante la justicia arbitral, dentro de los límites señalados por la Constitución y la ley, así como de ejercer el derecho de contradicción frente a los

---

<sup>70</sup> Cfr. HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, *Compendio de derecho procesal. Teoría general del proceso*, T. I, Bogotá, Editorial ABC, 1996, págs. 38 – 39.

hechos, las pruebas y las pretensiones, a ser oído dentro del proceso, sin restricciones legales y constitucionales de ninguna índole, y de solicitar medidas cautelares cuando la ley lo autorice dentro del proceso arbitral (Ley 1563 de 2012, art. 32).

El principio de igualdad se corporiza en el ámbito del arbitraje con el derecho que tiene toda persona, natural o jurídica, a presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra al proceso. Para el árbitro, con la posibilidad de decretar cualquier prueba de oficio para esclarecer los hechos objeto del litigio y, en últimas, para prodigar justicia. Acorde con este derrotero, el artículo 31 de la ley 1563 de 2012, estipula: “(...) El tribunal y las partes tendrán, respecto de las pruebas, las mismas facultades y deberes previstos en el Código de Procedimiento Civil y las normas que lo modifiquen o complementen (...)”.

Respecto del principio de igualdad en materia probatoria, indica la doctrina<sup>71</sup>:

“El principio de igualdad en materia probatoria se traduce, en los siguientes aspectos: a) en primer lugar, en la posibilidad de cada parte de ofrecer y producir las pruebas que hagan a su derecho; b) que cada parte pueda conocer las pruebas ofrecidas por su adversario antes de su producción; c) que cada parte pueda producir todas las probanzas que son carga suya hacerlo; d) que cada parte pueda fiscalizar las pruebas por ella ofrecidas y las de su adversario; e) que cada parte pueda impugnar los distintos medios de prueba producidos; f) que cada parte formular su alegato sobre las pruebas producidas; g) que la sentencia, según expresión reiterada de la Corte Suprema, sea una <<derivación razonada del derecho vigente, en relación con los hechos demostrados en el proceso>>; acreditado un hecho, el juez parte de él en la sentencia y deduce los efectos jurídicos correspondientes, sin importar cuál de las partes lo ha probado (porque las reglas de la carga de la prueba sólo opera para el caso que el hecho respectivo haya quedado sin probarse); se trata de la aplicación del principio de <<adquisición procesal>>, según el cual, los resultados de la actividad procesal son adquiridos por el proceso; por lo tanto, producida una prueba la parte que la propuso no puede desistir por serle desfavorable; y el juez puede valorarla libremente, incluso en beneficio del adversario”.

El principio de igualdad irradia todo el proceso arbitral nacional e internacional, rige en general todas las actuaciones de carácter sustancial y procesal y cobija a todas las personas. No sólo se trata de una garantía procesal sino de un derecho sustancial que el Estado procura hacer realidad en la vida cotidiana de los ciudadanos y las empresas, por intermedio de los órganos jurisdiccionales correspondientes y de quienes administran justicia en forma transitoria, conforme al artículo 116 de la Constitución Política de 1991 – Tribunales de arbitramento –, y con base en los derechos y prerrogativas constitucionales y legales.

---

<sup>71</sup> ROBERTO G. LOUTAYF RANEA y ERNESTO SOLÁ, *Principio de igualdad procesal*, publicado en Revista La Ley, 2011, C, págs. 28 – 29.

A pesar de la innegable brecha entre la teoría procesal y la práctica judicial y arbitral, el reconocimiento del derecho a la igualdad procesal constituye una conquista histórica de gran magnitud y trascendencia; fue un lema de la Revolución Francesa y un legado del Estado Liberal; su inclusión en el ordenamiento jurídico significó la ruptura con los regímenes despóticos y autoritarios, asimismo con la oprobiosa división de clases heredada de los derechos griego y romano y, además, allanó el camino para la institucionalización del debido proceso y, por ende, del derecho a la igualdad en el sistema jurídico de Occidente.

No obstante su consagración en el nuevo Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, aún subsiste el clamor social acerca de la necesidad de materializar en la esfera arbitral y judicial el derecho a la igualdad procesal. Las desigualdades económicas, políticas, sociales y culturales entre las partes que contienden en un proceso arbitral son inocultables; ni qué decir de la preparación la experiencia y el conocimiento de los abogados que los representan en un área específica, o de los recursos económicos y de la influencia política, social y, por ende, de los medios de comunicación que tiene a disposición la parte más fuerte en una controversia judicial o arbitral. Al margen de las fuentes constitucionales y legales que tiene en cuenta el tribunal de arbitramento para emitir su laudo, no podemos ignorar el hecho de que en la sociedad informatizada del siglo XXI los medios de comunicación o *mass media* ejercen una marcada influencia en los procesos judiciales contemporáneos.

Las dificultades que se yerguen para la aplicación práctica del derecho a la igualdad procesal no se constriñen a un problema de racionalidad judicial, sino que trascienden el escenario de la administración de justicia; la desigualdad judicial y, por ende, en el proceso arbitral es una realidad inocultable; es, en definitiva, un factor social íntimamente ligado al fenómeno del poder. El hecho de que el legislador lo contemplara como un derecho de raigambre procesal no significa que sea una realidad en los ámbitos judicial y arbitral, sino un principio y, a su vez, un proyecto jurídico-procesal de gran calado, que empezó con anterioridad a la Constitución Política de 1991 y los tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano. La regla general es que no hay igualdad, incluso en la naturaleza no está reflejada la igualdad; por tanto, la inclusión del principio de igualdad en el naciente Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional constituye un logro del Estado Social de Derecho, un resultado y un beneficio jurídico-constitucional obtenido por las sociedades civilizadas. Su reconocimiento es una lucha constante en la sociedad y en el proceso. Por ello, la lucha por la igualdad es la lucha por la justicia.

De todas maneras, es obligación del árbitro aplicarlo y reconocerlo en el proceso, al margen de sus concepciones jurídicas, políticas, filosóficas o religiosas. No sólo está asociado con el derecho de acceso a la administración de justicia y está erigido en derecho fundamental, sino que, además, está ligado a las políticas públicas sobre resolución de conflictos y mediación, y es asimismo un instrumento legal destinado a paliar las desigualdades subyacentes en el proceso (judicial y

arbitral), en la sociedad y en el sistema económico. En últimas, trasciende el ordenamiento procesal y arbitral, puesto que en el fondo está referido al reconocimiento de los derechos de los más débiles en el contexto social y empresarial y, por ende, a la necesidad de equilibrar el juego de fuerzas en el proceso arbitral.

Acerca del principio de igualdad procesal, la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-203 de 2011, con ponencia del magistrado, doctor Juan Carlos Henao Pérez, sostuvo:

“Como se ha visto, el criterio de igualdad es uno de los elementos relevantes que debe considerar el legislador aún al regular un ámbito de amplio poder configurativo, como son los procedimientos judiciales.

“Esto en virtud de la jurisprudencia constitucional, que determina la igualdad y dignidad humana como los pilares sobre los que se funda el Estado colombiano<sup>72</sup>. De forma tal que éstos tienen proyección sobre todas las fuentes del Derecho en general.

“De tal suerte, respecto de las instituciones procesales, el principio de igualdad debe regir de manera inequívoca<sup>73</sup>.

“Lo que sí resulta necesario es definir cuál noción de igualdad se aplica en las normas de procedimiento. Esto es, decidir si se trata del principio de igualdad formal o igualdad ante la ley, o si se trata de una igualdad de corte promocional como igualdad material o igualdad de trato, o si por el contrario, como en los demás de los regímenes, rigen todos los significados de igualdad existentes en la Constitución.

“La igualdad formal, principio general, dicta que no se distinga entre sujetos y excluye del ordenamiento toda forma de discriminación directa o indirecta<sup>74</sup> (art. 13, inc. 1° CP). Este implica el deber del Estado de abstenerse de concebir

---

<sup>72</sup> Se siguen, en especial, las sentencias T-291 de 2009 y T-340 de 2010.

<sup>73</sup> Como se puede verificar en el artículo 4° del Código de Procedimiento Penal dice: “*ARTÍCULO 4o. IGUALDAD. Es obligación de los servidores judiciales hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal y proteger, especialmente, a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.//El sexo, la raza, la condición social, la profesión, el origen nacional o familiar, la lengua, el credo religioso, la opinión política o filosófica, en ningún caso podrán ser utilizados dentro del proceso penal como elementos de discriminación*”. Por su parte el numeral 2° del artículo 37 del Código de Procedimiento Civil, establece: “*ARTÍCULO 37. DEBERES DEL JUEZ. Son deberes del juez:(...) 2. Hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, usando los poderes que este Código le otorga. (...)*”.

<sup>74</sup> Sentencia T-291 de 2009.

normas que diseñen, promuevan o ejecuten medidas o interpretaciones del Derecho, que conduzcan a agravar o perpetuar la situación de exclusión, marginación o discriminación de grupos tradicionalmente desventajados en la sociedad<sup>75</sup>.

“La igualdad material por el contrario opera cuando por las condiciones de los sujetos implicados en la regulación, se torna imperativo discriminar positivamente. Por ejemplo, a través de una compensación transitoria para lograr la igualdad de oportunidades en la entrega de beneficios concretos, o mediante cambios políticamente determinados en la distribución de recursos dentro de la sociedad<sup>76</sup>. Esto, a partir del supuesto de la diferencia, como forma de garantizar condiciones de igualdad real y efectiva, de tener un trato con resultados equiparables por parte de la ley. Es un principio destinado a incluir en el derecho reglas que permitan superar las desigualdades que, de hecho, enfrentan diversos grupos tradicionalmente discriminados o marginados, o las personas que, por diferentes motivos, se encuentran en situación de vulnerabilidad o debilidad manifiesta.

“La cuestión planteada empero, no se puede resolver sólo a partir de estos conceptos, pues a tales categorías hay que sumar la variable de ser la igualdad también una noción cuyo significado es por una parte relacional, y por otra, relativa.

“Se habla de igualdad como concepto relacional<sup>77</sup>, en la medida en que su estudio parte de la determinación de una relación, característica o elemento común entre dos situaciones, personas, o grupos poblacionales. Este concepto además funciona a partir de los principios de dar un trato igual a lo igual y un trato desigual a situaciones desiguales<sup>78</sup>. En cuanto a la igualdad como concepto relativo, se refiere a que ninguna situación, persona o grupo son idénticos a otros y, que por tanto, determinar la igualdad y la desigualdad supone siempre un juicio de valor sobre cuál característica o propiedad resulta relevante para establecer el examen de igualdad requerido para las normas procesales<sup>79</sup>.

“El juicio sobre la eventual violación al derecho a la igualdad, o sobre la mejor forma de aplicar este principio, no parte entonces de presupuestos idénticos, ni tampoco de situaciones por completo diferentes, sino que se efectúa en relación con igualdades y desigualdades parciales, a partir de propiedades relevantes desde el punto de vista jurídico-constitucional.

---

<sup>75</sup> Idem.

<sup>76</sup> Al respecto, por ejemplo sentencias SU-388, SU-389 de 2005; C-371 de 2000.

<sup>77</sup> Cfr. T-352 de 1997, C-090 de 2001.

<sup>78</sup> Cfr. Entre otras, las sentencias C-345 de 1993 y C-058 de 1994, C-094 de 1993 y T-152 de 2007.

<sup>79</sup> Recogiendo la jurisprudencia y la doctrina de Alexy, así en sentencias T-340 de 2010 y T-629 de 2010. Robert Alexy. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, págs. 112.

“De tal suerte, en los eventos en que concurren tanto igualdades como desigualdades, debe el juez determinar si existen razones suficientes para mantener un trato igual frente a situaciones en alguna medida disímiles, o si existen razones suficientes para establecer un trato distinto entre situaciones con algún grado de similitud.

“Esto determina que la primera tarea del juez constitucional frente al problema de la igualdad consiste en verificar la existencia de características o criterios de comparación relevantes entre los grupos a ser cotejados, que una vez se establecen, determinen el juicio de igualdad por aplicar<sup>80</sup>.

“A partir de allí, las razones que resultan legítimas para adoptar tratos diferenciales deben procurar, además, restringir en la menor medida posible, tanto el derecho general a la igualdad, como los demás derechos y principios constitucionales que puedan verse involucrados (afectados, intervenidos) en la norma o medida que dispone de ese tipo de trato. En tal sentido, las medidas deben ser razonables y proporcionales<sup>81</sup>, cumpliendo con los requisitos del juicio de igualdad de origen europeo<sup>82</sup> la cual es una herramienta analítica poderosa para la aplicación del principio de igualdad.

“Por esa razón, la Corte ha expresado que para que un trato diferenciado sea válido a la luz de la Constitución, debe tener un propósito constitucionalmente legítimo, y debe ser proporcional, en el sentido de que no implique afectaciones excesivas a otros propósitos constitucionalmente protegidos. La proporcionalidad<sup>83</sup> del medio se determina, entonces, mediante una evaluación de su “**idoneidad** para obtener el fin (constitucionalmente legítimo de acuerdo con el principio de razón suficiente); **necesidad**, en el sentido de que no existan medios alternativos igualmente adecuados o idóneos para la obtención del fin, pero menos restrictivos de los principios afectados; y **proporcionalidad en sentido estricto**, esto es, que el fin que la efectividad del fin que se persigue se alcance en una medida mayor a

---

<sup>80</sup> Ello en cuanto a que desde la sentencia C-040 de 1993, esta Corte ha dicho que la igualdad constitucionalmente protegida no supone una paridad “*mecánica o aritmética*”. Las autoridades pueden entonces, emitir regulaciones que impliquen ciertas diferencias de trato, siempre que esas decisiones estén soportadas en una razón suficiente, es decir, constitucionalmente legítima o admisible. Ver también, sentencias T-422 de 1992, T-530 de 1993, C-1043 de 2006, C-075 de 2007, entre otras.

<sup>81</sup> Ver, sobre el principio de proporcionalidad, las sentencias T-015 de 1994, C-022 de 1996, C, T-230 de 1994, C-584 de 1997, C-309 de 1997. T-916 de 2002.

<sup>82</sup> Empleada inauguralmente por el Tribunal Constitucional Alemán y la Corte Europea de Derechos Humanos, según explicó la Corte en sentencias T-422 de 1992, C-026 de 1996 y C-093 de 2001.

<sup>83</sup> *Cfr.* Sentencia C-022 de 1996. Sobre el alcance del principio de proporcionalidad como herramienta hermenéutica, ver también los fallos T-015 de 1994, C-309 de 1997. C-475 de 1997, C-392 de 2002.

la afectación de los principios que sufren restricción, y particularmente, del principio de igualdad<sup>84</sup>.

“A lo anterior, como se expresó en las sentencias C-093 de 2001 y C-671 de 2001, ante la diversidad de materias sobre las que puede recaer la actuación del Estado, se ha encontrado oportuno incluir en el estudio de la igualdad por parte del juez constitucional, herramientas hermenéuticas de origen estadounidense, que hacen posible realizar escrutinios con diferentes grados de intensidad. Un test cuyo examen se desarrolla mediante tres niveles de intensidad. Con referencia particular a la ley, se ha dicho entonces que (i) por regla general se aplica un control **débil o flexible**, en el cual el estudio se limita a determinar si la medida adoptada por el legislador es potencialmente adecuada o idónea para alcanzar un fin que no se encuentra prohibido por la Constitución; (ii) el juicio **intermedio** se aplica a escenarios en los que la autoridad ha adoptado medidas de diferenciación positiva (acciones afirmativas). En este análisis el examen consiste en determinar que el sacrificio de parte de la población resulte proporcional al beneficio esperado por la medida frente al grupo que se pretende promover; (iii) por último, el **examen estricto** que se efectúa cuando el legislador, al establecer un trato discriminatorio, parte de categorías sospechosas, como la raza, la orientación sexual o la filiación política. En tal caso, el legislador debe perseguir un fin imperioso, y la medida debe mostrarse como la única adecuada para lograrlo.

“Sólo definido que se habla de sujetos y de asuntos comparables, y sólo tras la aplicación del test integrado que resulta de la articulación de tales modelos de análisis, se puede determinar si con una norma legal, se ha vulnerado el principio de igualdad constitucional.

“Con estos elementos se reconoce que el poder de control del juez constitucional, es inversamente proporcional a la facultad de configuración del legislador reconocida en la materia, como forma de proteger el ámbito de acción del principio democrático en el Estado constitucional, pero también el ámbito iusfundamental de la igualdad que delimita tal principio.

“En consecuencia, el concepto de igualdad en la configuración de los procesos judiciales, debe primero atender a la cuestión de frente a quiénes y respecto de qué se formula la pregunta. Asunto que podrá plantearse como un problema de igualdad procesal, pero que debe ser precisado en qué tipo de proceso, en qué momento procesal y para qué efectos. Preguntas éstas que pueden aludir a la igualdad en el acceso a la administración de justicia, con las diferencias y distinciones que surjan en cada caso, o a la igualdad como manifestación del debido proceso, entre las partes civiles y laborales, igualdad de armas entre procesado y fiscal, igualdad en el derecho de defensa y contradicción del procesado y de las víctimas. Estas, entre las muchas respuestas que pueden surgir al problema de la igualdad como principio a ser protegido en la configuración legal de los procesos.

---

<sup>84</sup> Sentencia T-310 de 2010.

“Una revisión de los derechos al debido proceso y a la administración de justicia en clave de igualdad, que de todos modos deberá partir de la regla general de la igualdad formal o ante la ley, en la medida en que se trate de una igualdad entre iguales o entre sujetos que merecen igualdad de trato. Pero que también deberá incluir criterios de igualdad material, cuando resulte necesario amparar con discriminaciones positivas determinados sujetos que participan en los procesos o ante el aparato judicial del Estado”.

El ejercicio del derecho a la igualdad procesal a que se refiere el artículo 1° de la ley 1563 de 2012, se dificulta en la práctica arbitral por diversos motivos, entre otros por los siguientes:

- 1) DESIGUALDAD ECONÓMICA DE LAS PARTES.** Las personas que están envueltas en una controversia arbitral no tienen la misma capacidad económica; es una realidad que no se puede desconocer; el pequeño comerciante o empresario local que ha celebrado un contrato (*franquicia, leasing, factoring, joint venture*, compraventa internacional, entre otros) transnacional que desarrolla actividades económicas en Colombia, no está en igualdad de condiciones para afrontar un litigio; la empresa transnacional dispone de todos los recursos para atender su proceso arbitral, contratar a los bufetes de abogados con más experiencia y prestigio en la materia para ejercer su derecho de defensa, y esa desigualdad real, del derecho vivo, en últimas se refleja en el proceso arbitral y en la administración de justicia.

Ciertamente la Constitución y la ley arbitral propugnan el derecho a la igualdad procesal desde el punto de vista formal, pero la igualdad real, material, por así decirlo, es inexistente merced al sistema económico del libre mercado. Es más, ni siquiera los países que por décadas pregonaron el socialismo y el comunismo pudieron garantizarle al ciudadano de a pie el derecho a la igualdad procesal; por el contrario, lo socavaron aún más que el sistema capitalista (China, Cuba, entre otros).

La expansiva economía capitalista global ha acentuado las desigualdades económicas a nivel empresarial y comercial; el proceso arbitral y el aparato judicial no están abstraídos de estas desigualdades; por el contrario, las padecen, y se intenta corregir dicha desigualdad con instrumentos procesales como el amparo de pobreza y el arbitraje social. La desigualdad económica, o si se quiere, la amplia brecha entre las compañías multinacionales nacionales y extranjeras y las pequeñas y medianas empresas, es causada por los mismos vicios del sistema capitalista global. La ley 1563 de 2012 procura mitigar esta situación en el proceso arbitral con la aplicación práctica de este postulado; por consiguiente, el tribunal de arbitramento está obligado a darle efectividad a éste, desde la integración hasta que se profiera el laudo que pone fin a la controversia.

En congruencia con los argumentos expuestos, sostienen CAPPELLETI y GARTH<sup>85</sup>: “Las personas u organizaciones que poseen recursos financieros considerables o relativamente altos y que pueden utilizarlos para litigar, tienen ventajas obvias en la búsqueda o defensa de sus reclamaciones. En primer lugar, pueden darse el lujo de litigar. Además pueden soportar los retrasos del litigio. Cada una de estas capacidades, si solo está en manos de una de las partes, puede ser arma poderosa contra la otra; la amenaza del litigio se vuelve creíble y efectiva. De manera similar, una de las dos partes de una disputa tal vez pueda gastar más que la otra, y como resultado hacer valer mejor sus argumentos. Al depender de las partes para la investigación y presentación de pruebas y para el desarrollo y la discusión del asunto, la posición pasiva de los jueces, independientemente de sus características más admirables, exacerba este problema”.

Entre tanto, PIERO CALAMANDREI<sup>86</sup>, refiriéndose al principio de igualdad de las partes, apunta lo siguiente:

“Pero, si se quiere dar a esta expresión un significado más concreto y menos vago, podemos decir que el propósito del legislador de hacer el nuevo proceso civil <<más accesible también a las personas humildes y desheredadas de la fortuna>> se revela, sobre todo, en las medidas con que se ha tratado de hacer prácticamente operativo y de garantizar en toda causa el principio de igualdad de las partes que en el viejo proceso no pasaba de ser, con frecuencia, una enunciación puramente teórica. También en el proceso anterior se reconocía, en numerosas manifestaciones (principio de la contradicción, distribución de la carga de la prueba, normas que garantizaban la defensa y la comunicación recíproca de los documentos, etc.), el principio general de la igualdad de las partes que se formulaba así: <<Las partes en cuanto piden justicia, deben ser puestas en el proceso en absoluta paridad de condiciones>>; pero el nuevo proceso se ha dado cuenta de que la afirmación puramente jurídica de la igualdad de las partes puede convertirse en letra muerta, si después, en el caso concreto, la disparidad de cultura y de medios económicos pone a una de las partes en condiciones de no poderse servir de esa igualdad jurídica, porque el costo y las dificultades técnicas del proceso, que la parte acaudalada y culta puede fácilmente superar con los propios medios y haciéndose asistir, sin ahorrar nada, por defensores competentes, cabe que constituyan, en cambio, para la parte pobre un obstáculo a menudo insuperable por la vía de la justicia.

“Para eliminar, en el curso del proceso, los peligros derivados de estas desigualdades sociales, el nuevo Código ha tenido especial cuidado en dar desarrollo a todos aquellos institutos que pueden servir para poner a la parte más

---

<sup>85</sup> MAURO CAPPELLETTI y BRYANT GARTH, *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, pág. 17.

<sup>86</sup> PIERO CALAMANDREI, *Instituciones de derecho procesal civil*, T. I, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962, págs. 417 – 418.

débil en condición de paridad inicial frente a la parte más fuerte, y en impedir que, a causa de la inferioridad de cultura y de medios económicos, la igualdad de derecho pueda transformarse ante los jueces en una desigualdad de hecho”.

**2) DESIGUALDAD EN LA ASISTENCIA LEGAL.** Las diferencias económicas subyacentes entre las partes se traducen en desigualdad en la asistencia legal. La parte que no puede contratar un oneroso bufete de abogados especializado en arbitraje está en desventaja para litigar respecto de la parte que no puede hacerlo. Para nadie es un secreto que el bufete de abogados que ejerce en esta área específica del derecho aventaja al abogado ocasional o al abogado que por ligereza litiga en varias áreas del derecho. El hecho de que la ley de arbitraje estipule principios como el que se viene analizando, no garantiza el derecho a la igualdad de las partes en el proceso en lo que se refiere al derecho de defensa y contradicción, pues no se puede comparar la experiencia, el conocimiento y la capacidad logística de una firma de abogados de luenga tradición con un abogado que litiga ocasionalmente en el derecho privado, ni mucho menos con un neófito en la materia. El litigante de bufete es un abogado experimentado, que reiteradamente acude a la jurisdicción a resolver controversias judiciales de la misma naturaleza, conoce a los árbitros, a los funcionarios, domina las normas, la jurisprudencia, los argumentos doctrinales del caso y, por supuesto, las estrategias procesales que se requieren para obtener el éxito en los negocios arbitrales que representa. Por el contrario, el abogado ocasional, que no es recurrente en el escenario arbitral, por lo regular no tiene la experticia suficiente para desatar la controversia judicial en favor de los intereses de su cliente.

CAPPELLETTI y GARTH también explican esta situación:

“El profesor Galanter ha creado la distinción entre los que él denomina litigantes <<ocasionales>> y litigantes <<repetitivos>>, basándose primordialmente en la frecuencia de sus encuentros con el sistema judicial. Esta distinción corresponde en gran parte a la que existe entre individuos que característicamente tienen contactos aislados y poco frecuentes con el sistema judicial y las organizaciones con una larga experiencia judicial. Las ventajas del litigante repetitivo, según Galanter, son varias: 1) la experiencia con el derecho le permite planear mejor el litigio; 2) el litigante repetitivo tiene economías de escala porque tiene más casos; 3) el litigante repetitivo tiene oportunidad de crear relaciones informales con miembros de la institución que toma las decisiones; 4) puede distribuir el riesgo del litigio entre más casos, y 5) puede utilizar estrategias con casos particulares para obtener una actitud más favorable para casos futuros. Parece ser que por obra de estas ventajas, los litigantes organizados son, de hecho, más eficientes que los individuales. Sin duda es más fácil movilizar organizaciones para que ejerciten sus derechos, a menudo en contra de las personas ordinarias que, por ejemplo, en su posición como consumidores, son más renuentes a buscar los beneficios del sistema legal.

“Esta diferencia en el acceso a la justicia se puede atacar de la manera más eficaz, según Galanter, si los individuos encuentran formas de acumular sus reclamaciones y desarrollar estrategias a largo plazo para contrarrestar las ventajas de las organizaciones a las que a menudo deben enfrentarse<sup>87</sup>”.

## E) ORALIDAD

El naciente Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional incluyó dentro del catálogo de principios el de oralidad, en armonía con el modelo procesal propuesto en el Código General del Proceso y con la directriz fijada por la Ley Estatutaria de Administración de Justicia. En efecto, el artículo 1° de la ley 1285 de 2009, establece:

*“Modifíquese el artículo 4° de la Ley 270 de 1996: Artículo 4°. Celeridad y Oralidad. La administración de justicia debe ser pronta, cumplida y eficaz en la solución de fondo de los asuntos que se sometan a su conocimiento. Los términos procesales serán perentorios y de estricto cumplimiento por parte de los funcionarios judiciales. Su violación injustificada constituye causal de mala conducta, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar. Lo mismo se aplicará respecto de los titulares de la función disciplinaria. Las actuaciones que se realicen en los procesos judiciales deberán ser orales con las excepciones que establezca la ley. Esta adoptará nuevos estatutos procesales con diligencias orales y por audiencias, en procura de la unificación de los procedimientos judiciales, y tendrá en cuenta los nuevos avances tecnológicos”.*

De acuerdo con lo anterior, el mencionado principio se deriva de un paradigma procesal constitucional y legal; es la magna tendencia del derecho procesal contemporáneo (Colombia, México, Uruguay, Chile, Brasil, entre otros), y se ha introducido en los diferentes Códigos de Procedimiento que rigen las materias administrativa, laboral, penal y civil en Colombia. Como es lógico, el proceso arbitral no es ajeno a este sistema, cuyas raíces se remontan a los derechos griego y romano y, además, dicho principio coadyuva con la celeridad y agilidad del procedimiento arbitral, no obstante que con la legislación anterior los tribunales de arbitramento ya lo venían empleando en la tramitación de las audiencias y en la práctica de la prueba testimonial, pericial y en la confesión judicial. De hecho, el sistema oral no ha sido extraño al proceso arbitral; por el contrario, la institución del arbitraje ha estado familiarizada con la aplicación de este principio.

Sin embargo, el tribunal debe hacer un uso racional de este principio, puesto que no se puede prescindir completamente del sistema escrito; escritura y oralidad van de la mano en el proceso arbitral, hay una mutua interdependencia entre uno y otro y es imposible desarrollar un proceso de esta naturaleza puramente oral o puramente escrito; lo que el legislador quiso fue fortalecer el uso de la oralidad en

---

<sup>87</sup> MAURO CAPPELLETTI y BRYANT GARTH, *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, ob. cit., págs. 19 – 20.

el proceso para agilizar el trámite arbitral y menguar las dilaciones injustificadas que se generan con la presentación de toda clase de escritos inconducentes e impertinentes, así como para robustecer la participación (inmediación) del árbitro en la práctica de algunas pruebas.

A este respecto, se pronuncia ANA MARÍA CHOCHRÓN GIRÁLDEZ en los términos que se transcriben enseguida:

“Como sabemos, el procedimiento arbitral puede ser tanto oral como escrito siempre que se respeten los principios de igualdad, audiencia y contradicción. Con esos límites, puede desenvolverse un procedimiento en el que la mayor parte de su actividad se desarrolle ante el árbitro y mediante la palabra, o bien puede llevarse a cabo mediante intercambio de escritos entre las partes. En cualquier caso, un proceso – incluido el arbitral – consiste en el desarrollo de un número de actividades conectadas entre sí que transcurren en un tiempo determinado. Para calificar ese proceso de oral o escrito, no puede atenderse sólo a un acto integrante de ese conjunto de actividades porque con las palabras oralidad y escritura se quiere significar un sistema de principios que se hallan en directa relación unos con otros.

“Puede afirmarse, que tradicionalmente el principio de oralidad significa que las actuaciones judiciales se practiquen por medio de la palabra. De la extensa aportación doctrinal que encontramos sobre el principio de oralidad, podemos extraer los siguientes puntos:

“El predominio de la oralidad no impide la existencia de actos escritos.

“La oralidad no implica mediación, es decir, la exigencia de que el juzgador y las partes intervinientes mantengan un contacto directo, sin que exista entre ellos ningún elemento interpuesto.

“Consecuencia de la oralidad es la concentración de las actuaciones en sesiones próximas una a la otra”<sup>88</sup>.

La oralidad está ligada al principio constitucional del debido proceso (Const. Pol., art. 29), y mediante ésta los apoderados ejercen el derecho de contradicción y defensa en el proceso arbitral. En suma, es una consecuencia de aquél.

De otra parte, a diferencia de la jurisdicción ordinaria, donde los recursos tecnológicos son escasos y la infraestructura es insuficiente para atender los requerimientos judiciales, en la justicia arbitral los centros de conciliación y arbitraje están mejor dotados para el desarrollo del proceso arbitral, lo cual permite que el principio de oralidad se cumpla en forma más adecuada en el proceso arbitral que en el escenario judicial. Ciertamente, la infraestructura y la tecnología

---

<sup>88</sup> ANA MARÍA CHOCHRÓN GIRÁLDEZ, *Los principios procesales del arbitraje*, ob. cit., págs. 182 – 183.

de que gozan algunos centros, como, por ejemplo, el de la Cámara de Comercio de Bogotá, para el trámite de las audiencias orales en el proceso arbitral, no se puede comparar con la infraestructura y la tecnología que posee la jurisdicción civil en Colombia.

Igualmente, es conveniente enfatizar en las innegables ventajas del sistema oral respecto del sistema predominantemente escrito, ora en el proceso judicial, ora en el proceso arbitral. Así mismo, resulta incuestionable el papel protagónico del árbitro y del juez en el sistema de oralidad que, por cierto, ha tenido mayor desarrollo en la justicia arbitral que en la jurisdicción ordinaria.

La oralidad es una innovación en el sistema judicial nacional, y con la implantación de este modelo se pretende que las instituciones que administran justicia en Colombia lo hagan en forma pronta y eficaz. Por consiguiente, y como es obvio, las actuaciones en el proceso arbitral deberán ser siempre orales, salvo las excepciones previstas en la ley, con sujeción a los lineamientos del debido proceso y las demás garantías judiciales previstas en la Constitución y la ley.

Como es de público conocimiento, el sistema de oralidad está acompasado con la filosofía y los principios que gobiernan la Constitución Política de 1991, y mediante ella se pretende propiciar las condiciones necesarias para imprimir celeridad al trámite de las actuaciones en el proceso arbitral. Así las cosas, con la introducción de este principio en la legislación arbitral, se agilizan en mayor medida el proceso y las actuaciones arbitrales y, por consiguiente, se coadyuva en la descongestión judicial en Colombia. Entre tanto, se contribuye a resolver los problemas subyacentes a la administración de justicia, se redanda en paz social y se facilita el acceso a la administración de justicia, consagrado como derecho fundamental por el artículo 229 de la Constitución Política de 1991.

Oralidad y celeridad en el proceso arbitral son principios que no sólo están ligados, sino que son interdependientes, y a su vez, favorecen la intermediación en aras de cumplir el ideal de justicia señalado por la Carta Política, la ley y los tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano. A su turno, dicho postulado propicia el acercamiento entre el tribunal de arbitramento y las partes, con el sano propósito de simplificar procedimientos inútiles, innecesarios. Por lo demás, armoniza cómodamente con el procedimiento prevalentemente escrito, y tiene en su haber la ventaja comparativa de que los errores judiciales que se presenten en el trámite arbitral se pueden corregir con mayor prontitud.

Desde la óptica constitucional, la oralidad en el proceso arbitral es una norma que tiene la categoría de principio y no de regla, pues su grado de vinculación y eficacia es diferente. Por tanto, en el ámbito constitucional, la oralidad es un mandato de optimización mediante el cual se ordena que algo se realice en la mayor medida posible según las posibilidades fácticas y jurídicas<sup>89</sup>. Precisión que

---

<sup>89</sup> Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pág. 86. Cfr., Eduardo García Máynez, *Introducción al estudio del derecho*.

ha sido pródigamente acogida en el constitucionalismo contemporáneo y, por ende, en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Elevada a la categoría de principio por la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, por el Nuevo Código General del Proceso y por la ley 1563 de 2012 sobre arbitraje comercial, la oralidad se proyecta a la sazón como una disposición cuyos alcances y efectos deben ser precisados por el legislador, conforme a los lineamientos de cada procedimiento en concreto, lo que permite que su adelantamiento y ejecución pueda lograrse en forma progresiva. En consecuencia, el sistema de oralidad se irá implementando en forma gradual en la jurisdicción ordinaria y arbitral, no obstante que en esta última ya se han realizado significativos avances, merced a la ingente disponibilidad de recursos tecnológicos de algunos centros de conciliación y arbitraje y, por supuesto, a la vasta tradición sobre la materia, principalmente, en el arbitraje comercial internacional.

## **F) PUBLICIDAD**

Este principio se traduce en que todas las actuaciones en el proceso arbitral deben ser públicas. La publicidad, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es la cualidad o estado de público; es el conjunto de medios que se emplean para divulgar o extender la noticia de los hechos. Por tanto, ello implica que cualquier persona puede asistir a las audiencias en el proceso arbitral y solicitar copias del expediente archivado, excepto si el tribunal de arbitramento lo prohíbe, como, por ejemplo, para proteger la reserva industrial o comercial (*know how*) de la empresa involucrada en la controversia.

La inclusión de este principio en el nuevo Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional ha sido objeto de diversas críticas por parte de la doctrina, habida cuenta que el proceso arbitral se ha caracterizado, por lo general, por tener un alto grado de confidencialidad en razón a la información confidencial de las empresas, a la calidad de las partes y a la naturaleza de los asuntos que allí se debaten. Sin embargo, y como es lógico, no hay reparos en lo que respecta a las implicaciones del mencionado principio en el trámite arbitral, pues merced a éste es que a las partes se les comunican las actuaciones del proceso arbitral, se les notifica y, por consiguiente, pueden ejercer su derecho de defensa y contradicción.

Ciertamente, el principio de publicidad es un desdoblamiento del debido proceso, ya que toda persona tiene derecho a que se le comuniquen las actuaciones judiciales que se realizan en su contra, a fin de presentar pruebas y disponer del tiempo necesario para preparar su defensa judicial. De hecho, una vez notificada la demanda arbitral, el demandado dispone de 20 días para contestarla y proponer

---

México, Porrúa, 2002, pág. 85; Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid, Civitas, Octava Edición, Tomo I, págs.74 y 75; Ronald Dworkin, *Questioni di principio*. Il Saggiatore, Milano 1985. Citados en la sentencia de la Corte Constitucional C – 713 de 2008. Magistrado Ponente, Dra Clara Inés Vargas Hernández.

excepciones de mérito o presentar demanda de reconvención. En efecto, el artículo 21 de la ley 1563 de 2012, estipula: “*Traslado y contestación de la demanda*. De la demanda se correrá traslado por el término de veinte (20) días. Vencido éste, se correrá traslado al demandante por el término de cinco (5) días, dentro de los cuales podrá solicitar pruebas adicionales relacionadas con los hechos en que se funden las excepciones de mérito.

“Es procedente la demanda de reconvención pero no las excepciones previas ni los incidentes. Salvo norma en contrario, los árbitros decidirán de plano toda cuestión que se suscite en el proceso.

“*Parágrafo*. La no interposición de la excepción de compromiso o cláusula compromisoria ante el juez implica la renuncia al pacto arbitral para el caso concreto”.

No es un principio absoluto, sino que sus límites están fijados por la Constitución y la ley; por ello, el demandado, invocando el principio de publicidad, no podrá consultar el expediente y conocer la demanda hasta tanto no se le haga el traslado correspondiente; de lo contrario, tendría más tiempo del indicado en la ley para ejercer su derecho de defensa y contradicción dentro del proceso arbitral, lo cual también atentaría contra los derechos y garantías procesales de la parte demandante.

Como se ha dicho hasta ahora, el principio de publicidad también se refiere al derecho que tienen las partes a conocer y a realizar observaciones sobre las pruebas que se han presentado en el proceso arbitral, así como a controvertir las que decreta de oficio el tribunal de arbitramento.

En lo concerniente a los terceros que tengan interés en el proceso arbitral, verbigracia coadyuvantes, litisconsortes necesarios o facultativos o tercero civilmente responsable, el principio de publicidad se traduce en hacerles conocer de la existencia del proceso arbitral cuando tenga interés en él, con el propósito de que se hagan parte en el mismo, al margen de que no sean signatarios del pacto arbitral<sup>90</sup>. Igualmente, cabe resaltar que éstos también pueden ejercer el derecho

---

<sup>90</sup> El artículo 37 de la ley 1563 de 2012, establece: “*Intervención de otras partes y terceros*. La intervención en el proceso arbitral del llamado en garantía, del denunciado en el pleito, del interviniente excluyente y demás partes, se someterá a lo previsto en las normas que regulan la materia en el Código de Procedimiento Civil. Los árbitros fijarán la cantidad adicional a su cargo por concepto de honorarios y gastos del tribunal, mediante providencia susceptible de recurso de reposición. La suma correspondiente deberá ser consignada dentro de los diez (10) días siguientes.

“Tratándose de interviniente excluyente que no haya suscrito el pacto arbitral, su demanda implica la adhesión al pacto suscrito entre las partes iniciales. En caso de que el interviniente excluyente que haya suscrito pacto arbitral o que haya adherido a él, no consigne oportunamente, el proceso continuará y se decidirá sin su intervención, salvo que la consignación la efectúe alguna otra parte interesada, aplicando en lo pertinente el artículo 27.

de contradicción y defensa respecto de las pruebas que se han aportado o decretado en el proceso arbitral, sea para coadyuvar, controvertir o hacer aclaraciones u observaciones y, en definitiva, para presentar objeciones, por ejemplo, al dictamen pericial. Todo lo anterior, guardando la debida reserva y confidencialidad, no obstante el principio de publicidad.

Una de las garantías procesales en el arbitraje comercial contemporáneo y, por supuesto, en el derecho procesal moderno, es el principio de publicidad, entendido como núcleo esencial que se deriva del debido proceso. Indudablemente, la Constitución Política de 1991 lo reconoce como uno de los fundamentos de la función administrativa. En el ámbito jurisprudencial se ha precisado que este principio no constituye una mera formalidad en el proceso, ya que consiste en dar a conocer, por intermedio de publicaciones, comunicaciones o notificaciones físicas o electrónicas las actuaciones judiciales que suceden en el trámite arbitral a las partes y a los terceros que tengan interés en éste. De esta manera se garantiza la transparencia y la participación de las partes y, por ende, se respeta el derecho de contradicción y defensa, a diferencia del proceso medieval, donde las actuaciones judiciales eran secretas. Sin embargo, y como se indicó antes, en tratándose de documentos que tengan reserva legal por expresa prohibición de la ley, se justifica la limitación al principio de publicidad. Ahora bien, habida cuenta de la infraestructura, de la tecnología y del capital humano disponible en la justicia arbitral, el principio de publicidad se ha aplicado óptimamente y con diligencia en el proceso arbitral nacional e internacional, amén del arbitraje *on line*<sup>91</sup>.

---

“Cuando el llamado en garantía o denunciado en el pleito, que ha suscrito el pacto arbitral o ha adherido a él, no consigna oportunamente, el proceso continuará y se decidirá sin su intervención, salvo que la consignación la efectúe alguna otra parte interesada, aplicando en lo pertinente el artículo 27.

“En los casos de llamamiento en garantía y de denuncia del pleito, la existencia del pacto arbitral también podrá probarse conforme a lo previsto en el párrafo del artículo 3°.

“Si se trata de coadyuvante o llamado de oficio, su intervención se someterá a lo previsto en las normas que regulan la materia en el Código de Procedimiento Civil para esta clase de terceros. En este caso, el tribunal le dará aplicación al inciso primero de esta norma y el no pago hará improcedente su intervención.

**“Parágrafo 1°.** Cuando se llame en garantía a una persona que ha garantizado el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato que contiene pacto arbitral, aquella quedará vinculada a los efectos del mismo.

**“Parágrafo 2°.** En ningún caso las partes o los reglamentos de los centros de arbitraje podrán prohibir la intervención de otras partes o de terceros”.

<sup>91</sup> “En un mundo cambiante y globalizado, en el que las relaciones comerciales se ven fuertemente influenciadas por el rápido desarrollo tecnológico, el arbitraje y las nuevas tecnologías constituyen

Sin comunicación, sin publicidad y sin notificaciones físicas o electrónicas<sup>92</sup> las partes no pueden conocer el estado del proceso, el contenido de la demanda, no pueden interponer los recursos que la ley ha previsto en el proceso arbitral y, en definitiva, los actos judiciales del proceso arbitral son inoponibles a las partes y a los terceros mientras no se ponga en funcionamiento el principio de publicidad. En

---

un maridaje perfecto. Éstas contribuyen a convertir el arbitraje en un sistema de resolución de controversias aún más eficiente y, por tanto, ayudan a optimizar la administración de justicia privada. De forma similar, el progresivo desarrollo del comercio electrónico ha resultado en un incremento notorio de las transacciones on-line, de poco o mucho valor monetario, que ha puesto de manifiesto la incipiente necesidad de contar con sistemas de resolución de disputas eficaces, económicas y rápidas para dirimir las controversias surgidas en operaciones de comercio electrónico realizadas entre empresas (B2B en su acrónimo en inglés) y entre empresas y consumidores (B2C). Como consecuencia de todo ello los mecanismos Online Dispute Resolution (ODR en su acrónimo en inglés), también conocidos como métodos de Resolución de Electrónica de Controversias (REC) y que plantean la resolución en línea de controversias mediante mediación y/o arbitraje, han tenido un desarrollo significativo en los últimos años (...)

“Las ventajas de estos sistemas frente a los mecanismos tradicionales de resolución de conflictos se centran fundamentalmente en su fácil utilización y acceso, la eficiencia en la tramitación de los casos, la rapidez de las resoluciones y el ahorro de costes. El arbitraje on-line hace posible una comunicación instantánea entre los usuarios de un arbitraje (partes, árbitros e institución arbitral), eliminando los tiempos muertos de traslado y dotando así a los procedimientos de mayor agilidad y celeridad. Ello se consigue facilitando a esos usuarios del arbitraje un acceso a su procedimiento arbitral las 24 horas del día los siete días de la semana desde cualquier parte del mundo, ya sea para consultar el expediente o para cumplimentar algún trámite” (ELENA GUTIÉRREZ GARCÍA DE CORTÁZAR, *Seguridad jurídica en el arbitraje on line*, disponible en: <http://www.diariojuridico.com/opinion/seguridad-juridica-en-el-arbitraje-on-line.html>).

<sup>92</sup> El artículo 23 de la ley 1563 de 2012, dispone lo siguiente: “*Utilización de medios electrónicos*. En el proceso arbitral podrán utilizarse medios electrónicos en todas las actuaciones y, en particular, para llevar a cabo todas las comunicaciones, tanto del tribunal con las partes como con terceros, para la notificación de las providencias, la presentación de memoriales y la realización de audiencias, así como para la guarda de la versión de las mismas y su posterior consulta.

“La notificación transmitida por medios electrónicos se considerará recibida el día en que se envió, salvo que se trate de la notificación del auto admisorio de la demanda, caso en el cual se considerará hecha el día que se reciba en la dirección electrónica del destinatario.

“Los árbitros, las partes y los demás intervinientes podrán participar en las audiencias a través de videoconferencia, teleconferencia o por cualquier otro medio técnico, bajo la dirección del tribunal arbitral.

“La formación y guarda del expediente podrá llevarse íntegramente a través de medios electrónicos o magnéticos.

“Los centros de arbitraje prestarán la debida colaboración a los árbitros y a las partes, y con tal fin pondrán a disposición de sus usuarios recursos tecnológicos, idóneos, confiables y seguros”.

consecuencia, las garantías procesales del debido proceso, derecho de contradicción y defensa tan sólo se pueden realizar cuando el proceso arbitral se comunica, se notifica a las partes y a los terceros que puedan tener interés en éste. En resumen, mediante el principio de publicidad se materializa el debido proceso en el trámite arbitral.

## **G) CONTRADICCIÓN**

Dentro de la amplia gama de principios que se enuncian en el artículo 1° de la ley 1563 de 2012 encontramos el denominado derecho de contradicción, de vasta tradición en la tradición jurídica de Occidente, de raigambre constitucional y, por supuesto, reconocido en múltiples tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por el Estado colombiano. Se deriva del principio general del debido proceso y se materializa a través del derecho de contradicción y defensa que ejercen las partes en el proceso arbitral, ora contestando la demanda, realizando los alegatos en las audiencias, así como controvirtiendo las pruebas presentadas dentro del proceso. Se ejerce desde el inicio del proceso cuando se traba la Litis hasta cuando se profiere el laudo arbitral, dentro de los límites señalados por la Constitución y la ley. Ejercer el derecho de contradicción significa que cada una de las partes deberá ser tratada con igualdad y que a cada una de ellas se le debe brindar la oportunidad para hacer valer sus derechos. Este es un principio reiterado en los distintos convenios y leyes internacionales sobre arbitraje, verbigracia, la Ley Modelo de CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional.

¿Cómo se refleja el derecho de contradicción en el proceso arbitral? El principio de contradicción se hace patente en el proceso arbitral desde la integración del tribunal de arbitramento, pues ninguna de las partes puede designar todos los árbitros que deben integrar el tribunal, a su arbitrio, a su antojo y en perjuicio de los derechos y garantías de la contraparte, sino que, por el contrario, desde la etapa previa a la instalación se materializa el derecho de contradicción, convocando a la parte demandada para designar de común acuerdo con la parte demandante los árbitros que van a integrar el tribunal de arbitramento, y a su vez, presentando las recusaciones que sean del caso<sup>93</sup>.

---

<sup>93</sup> El artículo 8° de la ley 1563 de 2012 “mantiene la potestad de las partes para nombrar a los árbitros siempre y cuando sea de común acuerdo, designación que se podrá delegar en el centro de arbitraje o en un tercero.

“Cuando no hay acuerdo, el árbitro será designado por el juez civil del circuito del domicilio donde se llevará a cabo el proceso arbitral.

“El árbitro que actúa en los procesos en los que interviene el Estado, no podrá actuar en más de cinco simultáneamente; para los casos entre particulares no existe limitación. Lo anterior sin perjuicio de que así lo determinen los centros de arbitraje en su reglamento” (CARLOS ALBERTO

Luego, cuando al demandado se le corre traslado de la demanda arbitral y es notificado, ejercita su derecho de contradicción con la contestación de la demanda presentando excepciones de mérito o de fondo y/o instaurando demanda de reconvencción contra la parte actora. Así mismo, cuando asiste a las audiencias, interpone recurso de reposición contra las determinaciones que no comparte o que lo afectan en el proceso arbitral, controvierte, aclara u objeta las pruebas aportadas al proceso o las decretadas de oficio por el tribunal de arbitramento y, en definitiva, cuando la ley le concede el derecho de interponer recurso extraordinario de anulación contra el laudo arbitral por las causales previstas en la ley y dentro del término indicado por el artículo 40 de la ley 1563 de 2012<sup>94</sup>.

El desconocimiento o vulneración de este principio en el trámite arbitral es causal de nulidad y, por ende, de violación al debido proceso. Desde el punto de vista del derecho probatorio en el marco del proceso arbitral, el haber negado el decreto de una prueba oportunamente solicitada o haberse dejado de practicar una prueba decretada no sólo es violación al derecho de contradicción y defensa, sino que, además, constituye causal para interponer el recurso extraordinario de anulación del laudo, conforme a lo previsto por el artículo 41, numeral 5° de la ley 1563 de 2012.

El derecho de contradicción es uno de los pilares sobre los cuales está cimentado el arbitraje comercial en el derecho global, y está concatenado a los principios de igualdad, publicidad y debido proceso. En el mismo orden de razonamientos, explica la doctrina contemporánea<sup>95</sup>:

“El núcleo irreductible del orden público procesal está formado por los principios de audiencia, contradicción e igualdad, elevados a la categoría de orden público auténticamente internacional. Principios, que no suelen ser obviados en el arbitraje internacional. Los derechos de defensa, principios de igualdad, audiencia y contradicción adquieren su máximo relieve en el arbitraje internacional actuando,

---

PAZ RUSSI, *Análisis al proceso arbitral. Ley 1563 de 2012*, Cali, Universidad San Buenaventura de Cali, 2012, págs. 20 – 21.

<sup>94</sup> La norma arriba citada, dispone: “Contra el laudo el laudo arbitral procede el recurso extraordinario de anulación, que deberá interponerse debidamente sustentado, ante el tribunal arbitral, con indicación de las causales invocadas, dentro de los treinta (30) días siguientes a su notificación o la de la providencia que resuelva sobre su aclaración, corrección o adición. Por secretaría del tribunal se correrá traslado a la otra parte por quince (15) días sin necesidad de auto que lo ordene. Vencido aquel, dentro de los cinco (5) días siguientes, el secretario del tribunal enviará los escritos presentados junto con el expediente a la autoridad judicial competente para conocer del recurso”.

<sup>95</sup> MARTA GONZALO QUIROGA, *Orden público y arbitraje internacional en el marco de la globalización comercial. Arbitrabilidad y derecho aplicable al fondo de la controversia*, Madrid, Universidad Rey Juan Carlos, 2003, pág. 162.

no tanto como límites, sino como armonizadores en las cuestiones procedimentales conforme a las exigencias de la práctica. La contemplación de dichos principios como garantías esenciales de un proceso justo y equitativo constituye una norma de orden público transnacional, núcleo irreductible del orden público procesal internacional que como tal debe ser respetada por los árbitros, las partes, los jueces y las instituciones privadas de arbitraje internacional”.

En consonancia con lo expuesto hasta aquí, sostiene CREMADES<sup>96</sup>: “El principio de contradicción exige la audiencia de la parte frente a quien se dirige la demanda arbitral, concediéndole la oportunidad de hacer valer los medios de defensa que estime oportunos. Este principio se satisface concediendo a la demandada la posibilidad de actuar en el proceso, debiendo cumplirse unas exigencias determinadas: (i) el derecho a la representación letrada; (ii) el derecho al conocimiento previo de la demanda; (iii) el derecho a contestar a la demanda; y (iv) el derecho a la última palabra en la fase de alegaciones y conclusiones. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional no deja lugar a dudas de que... la omisión o defectuosa realización de los actos de comunicación procesal constituye en principio, una indefensión contraria al derecho a la tutela judicial efectiva cuando prive al destinatario afectado del conocimiento necesario para que pueda ejercer convenientemente su derecho de defensa en los procesos o recursos en que intervenga o deba intervenir, salvo que la indefensión esté motivada por el propio desinterés, pasividad, malicia o falta de diligencia procesal del interesado”.

En síntesis, el derecho de contradicción enunciado como principio en el artículo 1° de la ley 1563 de 2012, es un elemento esencial del debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política de 1991, e irriga todo el proceso arbitral, desde la integración del tribunal de arbitramento hasta que culmina con la expedición del laudo arbitral; por tanto, es obligación del tribunal arbitral velar por su aplicación y cabal protección en el desarrollo del proceso. Igualmente, no es un derecho absoluto, ya que puede estar limitado por el legislador, siempre y cuando no se vea transgredido su núcleo esencial y la limitación responda a criterios de razonabilidad y proporcionalidad y no se vulneren otros derechos fundamentales y garantías procesales, como, por ejemplo, el derecho a la igualdad. En todo caso, es función del tribunal arbitral aplicar y garantizar este principio sin más restricciones que las que imponen la Constitución y la ley; y en aquellas controversias donde eventualmente pueda entrar en disputa con otros derechos de raigambre constitucional o legal, de la misma forma deberá ser garantizado para las partes y los terceros en la mayor medida posible.

## **H) ECONOMÍA**

---

<sup>96</sup> BERNARDO MARÍA CREMADES, *El arbitraje en la doctrina constitucional española*, disponible en: [http://www.limaarbitration.net/LAR1/bernardo\\_m\\_cremades.pdf](http://www.limaarbitration.net/LAR1/bernardo_m_cremades.pdf)

El postulado de la economía en el proceso arbitral se refiere al hecho de que el trámite arbitral debe realizarse minimizando costos y tiempos, lo cual significa que dicho principio va de la mano con el principio de celeridad. Desde la perspectiva del análisis económico del derecho, el principio de economía se traduce en ahorro de esfuerzos, de dinero y de tiempo en el proceso arbitral. Mediante el cumplimiento del principio de economía en el proceso arbitral se satisfacen los fines esenciales del Estado Social de Derecho, se administra justicia con prontitud y se evitan trámites y dilaciones procesales injustificadas. Por ello, se afirma que la justicia lenta no es justicia. El principio de economía implica la simplificación de procedimientos y la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, conforme a los lineamientos de la Constitución Política de 1991.

De otra parte, conviene agregar que la utilización de medios electrónicos contribuye al cumplimiento del principio de economía procesal, amén de la vasta experiencia y del conocimiento que poseen los árbitros que por lo regular integran los tribunales de arbitramento. La utilización de los medios electrónicos, verbigracia, la firma digital, las videoconferencias, entre otros, han ayudado a que el proceso arbitral se desarrolle con mayor economía y celeridad; de hecho, y como se apuntó con anterioridad, la nueva ley 1563 de 2012 se refirió en el artículo 23 a dichos medios en el proceso arbitral. En armonía con esta disposición, la ley 527 de 1999 regula todo lo concerniente al comercio electrónico en Colombia, el intercambio electrónico de datos, la firma digital y las entidades de certificación digital. En tratándose del arbitraje comercial internacional la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL por sus siglas en inglés), expidió la Ley Modelo sobre Firmas Electrónicas de 2001 y la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de 1996. Entre tanto, elaboró la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (Nueva York, 2005), que tiene como propósito facilitar el manejo de las comunicaciones electrónicas en el comercio internacional, garantizando que los contratos celebrados electrónicamente tengan la misma validez y sean asimismo ejecutables como los contratos y las comunicaciones tradicionales sobre papel; es decir, los contratos y negocios celebrados en documentos físicos. La Convención antedicha, así como las leyes modelos que se acaban de enunciar son pertinentes en el marco del arbitraje comercial nacional e internacional, ya que permiten la aplicación del principio de economía en el arbitramento, y además, porque el tribunal de arbitramento se constituye merced a un contrato celebrado entre las partes, el denominado pacto o convenio arbitral<sup>97</sup>.

---

<sup>97</sup> El pacto arbitral puede consistir en un compromiso o en una cláusula compromisoria. “La cláusula compromisoria es definida como <<un contrato de derecho privado, inserto habitualmente como cláusula en un contrato principal, del mismo género que el compromiso, por el cual las partes contratantes se obligan a someter las cuestiones litigiosas que puedan surgir en el futuro en relación con el contrato principal al fallo de árbitros>>.

“El compromiso arbitral es un acuerdo de voluntades a través del cual, luego de verificado el conflicto de intereses, las partes convienen el sometimiento a arbitraje o los aspectos concretos

El susodicho principio también se refleja en el hecho de que en el proceso arbitral están proscritas las excepciones previas y los incidentes; éstos últimos, fuente de inagotables controversias judiciales y de dilaciones inimaginables cuando se interponen los recursos de reposición, apelación o queja por la parte interesada. Así mismo, en lo que atañe a la inexistencia del recurso de apelación contra el laudo arbitral, no obstante la pervivencia del recurso extraordinario de anulación que, como se sabe, es muy técnico y tan sólo procede por las causales específicamente indicadas en el artículo 41 de la ley 1563 de 2012. En conjunción con lo expuesto, es pertinente comentar que el principio de economía también se materializa en la etapa probatoria, como, por ejemplo, cuando el tribunal de arbitramento se niega a decretar pruebas ilícitas, notoriamente impertinentes, inconducentes y manifiestamente superfluas o inútiles que, postreramente, tan sólo se traducen en prórroga para el proceso arbitral. Y en lo relativo a la práctica de pruebas en el extranjero, por virtud de este principio los árbitros agilizan su trámite, sirviéndose de los tratados internacionales que sobre la materia ha celebrado el Estado colombiano.

En el panorama del arbitraje comercial internacional el principio de economía encuentra su puerto en la facultad que se le concede a las partes para escoger el reglamento, la sede, el idioma y el procedimiento que han de regir el trámite arbitral internacional. Es decir, que al gozar las partes de completa independencia en lo que atañe a la forma, al procedimiento y a la ley aplicable al fondo del litigio – autonomía material y conflictual –, lo que en realidad se busca es la optimización del principio de economía en el proceso arbitral. En resumen, la filosofía del arbitraje comercial internacional es flexibilizar en la mayor medida posible el procedimiento arbitral, concediendo completa autonomía a las partes para la elección de la forma y el procedimiento, a fin de reducir costos y tiempos en beneficio de las partes (empresas y empresarios) en desarrollo del principio que aquí se ha mencionado. Lo anterior asociado al hecho de que el arbitraje

---

de su funcionamiento. Aunque no exista una cláusula compromisoria que le sirva de antecedente, las partes pueden pactar directamente el sometimiento a arbitraje una vez que el conflicto se presentó, específicamente respecto de él. Si las partes ya habían estipulado una cláusula compromisoria, la misión del compromiso será complementarla y concretar el sometimiento a arbitraje en determinados puntos específicos. En cualquier caso, con o sin cláusula compromisoria previa, el compromiso versa sobre controversias ya existentes. En otras palabras: <<El compromiso es un contrato en toda la extensión de precisiones, en que se comienza por indicar el conflicto ya suscitado, las partes intervinientes, el nombramiento de los árbitros, la facultad que se les otorga, etcétera, y también de una manera más o menos coincidente, los otros puntos que pueden aparecer en la cláusula, como son las leyes aplicables, las reglas de procedimiento, las facultades para decidir conforme a derecho o sin justificar los puntos resolutivos, es decir en equidad, como amigable composición o *ex aequo et bono*, etcétera>>. La determinación precisa de las cuestiones que se someten a decisión de los árbitros, cosa que sólo puede hacerse frente a controversias que ya se han producido, es de la esencia del compromiso y es requisito establecido en todas las normas que a él se refieren” (ROQUE J. CAIVANO, *La cláusula arbitral. Evolución histórica y comparada*, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá, 2008, págs. 26 – 27).

comercial internacional es, por lo corriente, más rápido que los litigios que se tramitan en los ordenamientos jurídicos internos<sup>98</sup>.

## I) UNIVERSALIDAD

El principio de universalidad es consecuencia de la amplificación o de la filosofía expansionista del arbitraje. Mediante el principio de universalidad se le otorga carta de naturaleza a la justicia arbitral para resolver toda clase de conflictos, siempre y cuando no exista prohibición legal o constitucional al respecto. Así las cosas, la justicia arbitral tiene competencia para resolver conflictos derivados del incumplimiento de un contrato, de la terminación unilateral y abusiva de éste, de la nulidad, ineficacia, inexistencia y hasta del cobro ejecutivo de éste o de la cláusula penal contenida en él. Por tanto, un tribunal de arbitramento puede conocer y emitir un laudo arbitral sobre controversias que de ser sometidas a la jurisdicción civil o administrativa, se tramitarían por intermedio de un proceso verbal, especial, ejecutivo<sup>99</sup> o, en tratándose de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, de controversias contractuales.

En el proceso arbitral el principio de universalidad se refleja en la posibilidad de tramitar bajo una misma cuerda procesal demandas y pretensiones que de instaurarse ante la jurisdicción ordinaria, serían excluyentes y deberían tramitarse por intermedio de procesos diferentes (verbal, ejecutivo, monitorio, entre otros)<sup>100</sup>. Esta figura se conoce como acumulación de pretensiones y acumulación de procesos. Originalmente fue regulada por los artículos 82 y 157 del Código de Procedimiento Civil; y en la actualidad dicha figura está contenida en los artículos 88 y 148 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012). Así las cosas, en desarrollo del principio de universalidad se pueden acumular pretensiones y procesos que ante la jurisdicción ordinaria se tramitarían por separado. Ahora bien, para que se puedan acumular pretensiones en un mismo proceso, es menester: 1) Que el tribunal de arbitramento sea competente para conocer de todas las pretensiones, sin tener en cuenta la cuantía. Por ello, debe tratarse de asuntos de libre disposición, conforme al artículo 1° de la ley 1563 de 2012; de controversias sobre las cuales las partes hayan pactado cláusula compromisoria,

---

<sup>98</sup> “Definir si el arbitraje internacional es preferible al litigio en términos de rapidez y costo depende en parte de la presunta eficiencia de los árbitros, las partes y sus abogados y, en mayor medida, del sistema judicial nacional con el que se compare el arbitraje. El arbitraje internacional es claramente más rápido que un litigio en aquellos sistemas judiciales que se encuentran tan saturados que los litigantes obtienen una resolución únicamente después de varios años de espera” (PAUL FRIEDLAND y RAFAEL E. LLANO ODDONE, *Cláusulas de arbitraje para contratos internacionales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2010, pág. 8).

<sup>99</sup> JORGE HERNÁN GIL ECHEVERRY, *Régimen arbitral colombiano. Ley 1563 de 2012*, ob. cit., pág. 34.

<sup>100</sup> *Ibidem*, pág. 35

compromiso o se haya invocado la existencia del pacto arbitral y la otra no lo haya negado expresamente, en el término del traslado de la demanda o de su contestación, ante los jueces o el tribunal de arbitraje; 2) Que las pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias; 3) Que todas puedan tramitarse por el mismo procedimiento arbitral. Así, por ejemplo, y en virtud del principio de universalidad, el tribunal de arbitramento es competente para conocer de demandas cuyas pretensiones estén encaminadas a la declarar el incumplimiento contractual de una de las partes y a la demanda de reconvencción que solicite el cumplimiento del mismo o la terminación unilateral por terminación injustificada del negocio jurídico; sin embargo, si se incluyen como pretensiones el cobro de obligaciones laborales, alimentarias o la reparación integral por un hecho que originó una responsabilidad civil extracontractual, no es posible acumular en el proceso arbitral dichas pretensiones por razones obvias. Igualmente, en el proceso arbitral, merced al principio de universalidad, podrán formularse en una demanda pretensiones de uno o varios demandantes o contra uno o varios demandados, aunque sea diferente el interés de unos y otros, en cualquiera de los supuestos que se indican a continuación: a) Cuando provengan de la misma causa; b) Cuando versen sobre el mismo objeto; c) Cuando se hallen entre sí en relación de dependencia, como, por ejemplo, controversias relativas a contratos conexos y subordinados; y d) Cuando deban servirse de unas mismas pruebas.

De igual forma, conforme al principio de universalidad, se pueden acumular procesos arbitrales. Para la acumulación de procesos arbitrales y de demandas se deben tener en cuenta las siguientes reglas: 1) De oficio o a petición de parte podrán acumularse dos o más procesos arbitrales nacionales e internacionales<sup>101</sup>, aunque no se haya notificado el auto admisorio de la demanda, siempre y cuando se cumplan los presupuestos que se enuncian enseguida: a) Cuando las pretensiones formuladas pueden acumularse en la misma demanda; b) Cuando se trate de pretensiones conexas y que las partes sean demandantes y demandados recíprocos; c) Cuando el demandado sea el mismo y las excepciones de mérito propuestas se fundamenten en los mismos hechos. 2) Podrán acumularse asimismo demandas en los mismos eventos en que hubiese sido procedente la acumulación de pretensiones.

El Consejo de Estado (Sección Tercera), en sentencia de 22 de julio de 2009, con ponencia del magistrado ENRIQUE GIL BOTERO, manifestó que es posible acumular pretensiones en materia arbitral siempre que se cumpla con los siguientes requisitos: 1) Que el demandado sea el mismo; 2) Que el tribunal de

---

<sup>101</sup> La ley, la doctrina y al jurisprudencia son unánimes en lo que respecta a la acumulación de pretensiones, demandas y procesos arbitrales de carácter nacional. Nada se ha dicho sobre la posibilidad de acumular procesos arbitrales nacionales con internacionales. A nuestro juicio, nada obsta para que en un proceso arbitral internacional o viceversa se acumulen pretensiones y procesos, siempre que se trate de pretensiones conexas y que las partes sean demandantes y demandados recíprocos.

arbitraje sea competente para conocer de todas las pretensiones; 3) Que las pretensiones no se excluyan entre sí; y 4) Que todas puedan tramitarse por el mismo procedimiento.

Equivalente argumentación jurídica se plantea en el arbitraje comercial internacional, donde en aplicación del principio de universalidad, también se permite la acumulación de pretensiones y de procesos. Así, por ejemplo, el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional en el artículo 4 (6), dice lo siguiente: “Cuando una parte presente una demanda relativa a una relación jurídica respecto de la cual ya existe un proceso arbitral regido por el Reglamento y pendiente entre las mismas partes, la Corte puede, a solicitud de cualquiera de ellas, acumular la demanda al proceso arbitral pendiente, siempre y cuando el Acta de Misión<sup>102</sup> no haya sido firmada o aprobada por la Corte. Una vez el Acta de Misión haya sido firmada o aprobada por la Corte, la acumulación sólo procederá de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19”.

Respecto de la norma anteriormente citada, explican YVES DERAIS y ERIC A. SCHWARTZ<sup>103</sup>: “Durante muchos años, el tema de la consolidación de procedimientos arbitrales ha sido una fuente de dificultades y controversias. Según el enfoque ortodoxo, el arbitraje es un proceso consensual y por lo tanto la consolidación de procedimientos arbitrales debería permitirse únicamente con el consentimiento de todas las partes involucradas. Sin embargo, hay circunstancias en las que sería más eficiente y económico, y también contribuiría a evitar resultados inconsistentes, que las controversias relacionadas se resolvieran en un solo procedimiento. Sin embargo, las partes con frecuencia no toman esto en cuenta al momento de ponerse de acuerdo en un arbitraje. De hecho, las

---

<sup>102</sup> “**El Acta de Misión.** Previa al comienzo, propiamente de la instrucción del procedimiento, y después de la fase de alegaciones, el tribunal arbitral o el árbitro único preparará en base a las alegaciones formuladas o en presencia de las partes, el acta que determine su competencia o misión (...).

“Como su nombre indica, consiste en un documento preparado por el tribunal arbitral y las partes – en la mayoría de los casos ambas partes lo firman – con el fin de precisar la misión de los árbitros.

“El Acta de Misión dejará constancia de los hechos no disputados por las partes y de aquéllos en los que las partes no están de acuerdo o mantienen posiciones divergentes.

“El Acta de Misión debe ser analizada en el contexto del arbitraje comercial internacional, caracterizado por una diversidad tal que con frecuencia reúne partes, abogados y árbitros de diferentes nacionalidades con formación jurídica distinta, quienes se ven en algunas ocasiones obligados a aplicar un derecho que no es igualmente familiar a todos ellos” (JOSÉ LUIS ROCA AYMAR, *El arbitraje en la contratación internacional*, Madrid, Editorial ESIC, 1994, pág. 119).

<sup>103</sup> YVES DERAIS y ERIC A. SCHWARTZ, *Una guía al reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*, ob. cit., págs. 112 – 113.

cláusulas de arbitraje estándar de instituciones tales como la CCI no consideran materias tales como la consolidación. En tales circunstancias, de vez en cuando se ha hecho un llamado a los legisladores y a las instituciones arbitrales para que, en beneficio de la administración eficiente de la justicia, se establezcan mecanismos para posibilitar la consolidación de arbitrajes relacionados. Sin embargo, pocos han querido hacer caso a este llamado, principalmente debido a la variedad y complejidad de las diferentes circunstancias que pueden surgir.

“En el caso de la CCI, el artículo 4 (6) representa lo máximo que la institución ha estado dispuesta a hacer al respecto mediante el Reglamento, aunque desde hace bastante tiempo la Corte ha considerado que las partes están en libertad de consolidar arbitrajes independientemente del artículo 4 (6). Por lo tanto, el artículo 4 (6) no excluye la posibilidad de un acuerdo de las partes.

“Según el artículo 4 (6) la consolidación de más de un arbitraje requiere de una decisión positiva de la Corte. Así pues, los árbitros no tienen ninguna autoridad para decidir la unificación de casos arbitrales, aunque según el artículo 19 pueden admitir nuevas demandas o demandas reconventionales en un proceso de arbitraje que esté en curso. Independientemente del artículo 4 (6). La autoridad de la Corte para consolidar un arbitraje con otro que ya está en curso depende, según el artículo 4 (6), de las siguientes condiciones:

“Una de las partes solicita la consolidación; los procesos de arbitraje ocurren entre las mismas partes; los procesos están conectados porque la nueva demanda es <<relativa a una relación jurídica>> ya existente; el Acta de Misión todavía no ha sido firmada o aprobada por la Corte (si ha sido aprobada, las demandas que se pretendan añadir deben ser admisibles bajo lo establecido en el artículo 19 del Reglamento”.

Un sector de la doctrina considera que el principio de universalidad se encuentra restringido por el pacto arbitral que han celebrado las partes, y que ampliar la competencia del tribunal de arbitramento, so pretexto de la aplicación de dicho principio es violatorio de la Constitución y la ley, pues en el fondo constituye una extralimitación a las facultades concedidas a los árbitros. Entre tanto, se aduce que para corregir este tipo de prácticas en el proceso arbitral los árbitros deben obrar con lealtad, honradez y buena fe, y que, además, se debe crear la Cámara Pública de Arbitramento como un organismo adscrito a la rama judicial con el propósito de masificar el uso del arbitraje como método alternativo de resolución de controversias que coadyuva en la administración de justicia<sup>104</sup>.

No obstante los interesantes planteamientos expuestos por este sector de la doctrina, no se puede desconocer que el principio de universalidad en el arbitraje

---

<sup>104</sup> Cfr. JUAN JORGE ALMONACID SIERRA, *Los jueces del diablo. Fronteras de la justicia arbitral en la contratación administrativa*, en la Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Vol. 37, Bogotá, 2011, págs. 41 – 43.

comercial es cosmopolita, no es exclusivo del derecho arbitral colombiano, que la amplificación y difusión del arbitraje como método de resolución de conflictos que coadyuva en la administración de justicia es una realidad actual<sup>105</sup>, y que, como consecuencia de dicho principio, se pueden acumular pretensiones y procesos arbitrales en armonía con los principios de economía, celeridad y eficacia contenidos en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, con lo cual se solucionan en forma más eficiente y rápida los conflictos jurídicos entre particulares y entre éstos y el Estado que en la jurisdicción ordinaria<sup>106</sup>. Como en toda figura jurídica, hay aspectos que se deben mejorar en beneficio del interés general. A más de lo anterior, para nadie es un secreto que la práctica arbitral en Colombia ha tenido algunas fisuras, que se han tratado de corregir con la expedición de la ley 1563 de 2012; sin embargo, como es sabido por toda la comunidad jurídica, sería ingenuo pensar que con la expedición de nuevas leyes se transforma la realidad jurídica y social, pues también se requiere compromiso y conciencia por parte de los operadores jurídicos, es decir, de un cambio de mentalidad en la cultura arbitral, no obstante la juiciosa labor que han venido desarrollando en Colombia las cámaras de comercio y la mayoría de las personas

---

<sup>105</sup> “En definitiva, tanto el arbitraje como el poder judicial persiguen el mismo ideal de justicia; lejos de competir entre sí, árbitros y jueces se complementan, <<asociándose>> en un sistema de justicia.

“Es cierto que, en las organizaciones sociales modernas, el Estado ha asumido esa función como una de las inherentes a su propia esencia y, en consecuencia, se ha reservado la potestad de proveer a los particulares – a través de órganos propios – un sistema para resolver aquellas situaciones de conflicto cuya persistencia pueda perturbar la convivencia del grupo. Es igualmente cierto que la existencia de tribunales interesa a la comunidad en su conjunto y, por lo tanto, adquiere relevancia pública. Pero de ello no se sigue que esa actividad deba ser desarrollada por el Estado en forma excluyente o monopólica.

“Es en este contexto que el arbitraje adquiere importancia como método de resolución de conflictos. Como alternativo y complementario del sistema judicial establecido por el Estado, al mismo tiempo que soluciona un problema específico entre las partes, el arbitraje contribuye al mantenimiento de la paz social, al proporcionar un medio eficaz para que los conflictos sean dirimidos en forma pacífica” (ROQUE J. CAIVANO, *Control judicial en el arbitraje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2011, pág. 6).

<sup>106</sup> “En muchos países latinoamericanos, la jurisdicción ordinaria es demasiado lenta y el sistema judicial adolece de fallas e imperfecciones. No sólo se objeta la falta de medios materiales con que cuentan los Tribunales para desarrollar su labor, como la carencia de locales adecuados, escasez de elementos técnicos modernos como podría ser el uso de computadoras, sino también se escuchan críticas que están dirigidas, entre otros aspectos, a la formación profesional de los jueces, a los estudios y programas de las Facultades de Derecho, a la existencia de una legislación anticuada y obsoleta en muchos aspectos y a procedimientos largos y engorrosos en materias civiles, comerciales y de otra naturaleza” (RAFAEL EYZAGUIRRE ECHEVERRÍA, “Ventajas del arbitraje. Eficacia y validez en el derecho iberoamericano”, en AA.VV., *Arbitraje. Conciliación. Alternativas a la justicia institucional*, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá, 1986, pág. 111).

que han fungido como árbitros. En lo que respecta a la creación de una Cámara Pública de Comercio, adscrita al poder judicial, es una propuesta sumamente interesante en la medida en que masificaría la utilización de la figura del arbitraje y contribuiría a la descongestión judicial subyacente en nuestro país, amén de los ingentes esfuerzos que por décadas se han venido realizando por parte de las cámaras de comercio.

## **J) INMEDIACIÓN**

Otro de los principios que se consagró en el nuevo Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional fue el de intermediación. El principio de intermediación exige que el tribunal de arbitramento tenga una participación directa en el proceso arbitral, con las partes y con los elementos de la prueba que se deben examinar y valorar para establecer su convicción. Si el proceso arbitral fuera eminentemente escrito, los árbitros serían meros intermediarios, sin contacto con las partes y las pruebas, y se cometerían graves injusticias. Por el contrario, el sistema de oralidad que se introdujo en el proceso arbitral con la expedición de la ley 1563 de 2012, intensifica la participación del tribunal, o sea, la intermediación, no sólo con el propósito de hacer más ágil y eficiente la justicia arbitral, sino también para propiciar el acercamiento con las partes y para que la decisión judicial contenida en el laudo sea justa y en derecho; es decir, congruente con los hechos, las pretensiones y las pruebas aportadas al proceso.

La intermediación está presente en ambos sistemas, en el escrito y en el oral; sin embargo, está más acentuada en este último. Aunque el proceso arbitral colombiano no es exclusivamente oral sino mixto, pues también admite la escritura. De todas maneras, oral o mixto, lo cierto es que el principio de intermediación se evidencia con la observación crítica y la constate participación que tienen los árbitros en el desarrollo del proceso.

El principio de intermediación asimismo se patentiza en el proceso arbitral cuando los árbitros instan a las partes a que resuelvan sus diferencias mediante conciliación, para lo cual podrán proponerles fórmulas, sin que ello implique prejuzgamiento. En todo caso, si las partes llegaren a una conciliación, merced a las fórmulas de arreglo propuestas por los árbitros, el tribunal de arbitraje aprobará la conciliación consignada en el acta mediante auto que hace tránsito a cosa juzgada y que, en caso de contener obligación expresa, clara y exigible, prestará mérito ejecutivo.

Como se dijo antes, el mencionado principio se materializa en el ámbito probatorio con la participación directa del tribunal en la práctica de las pruebas, verbigracia, los interrogatorios, las declaraciones de las partes, la inspección judicial, el dictamen pericial, entre otros. Entre tanto, es oportuno indicar que el tribunal y las partes tendrán, respecto de las pruebas, las mismas facultades y deberes previstos en el Código de Procedimiento Civil (Hoy Código General del Proceso) y las normas que lo modifiquen o complementen. Ello significa que el tribunal de

arbitramento puede decretar las pruebas de oficio que considere necesarias para el esclarecimiento de los hechos<sup>107</sup>.

En conjunción con lo expuesto, la inmediación igualmente se corporiza en la facultad que tienen los árbitros para decretar medidas cautelares, previa solicitud de cualquiera de las partes. Y, en general, se refleja en las audiencias, cuando el tribunal oye las alegaciones de las partes en el curso de las audiencias. Tan importante es la inmediación en el proceso arbitral, que, por ejemplo, la inasistencia del árbitro por dos veces a las audiencias sin justificación, o en tres ocasiones con excusa justificada, ocasiona el relevo del cargo.

El principio de inmediación, como se ha dicho hasta aquí, se caracteriza por la presencia física de los árbitros en las audiencias, durante la práctica de las pruebas y la recepción de los alegatos de cada una de las partes en el curso de la audiencia; para proferir el laudo arbitral, los árbitros han presenciado las audiencias y han participado en forma directa en la práctica de las pruebas, han oído, visto y tenido contacto directo con las partes involucradas en la controversia arbitral. Ese contacto directo es el que produce todo tipo de reacciones judiciales y, por ende, el que le permite inferir al tribunal de arbitraje cuál de las partes es la que tiene la razón, a cuál le asiste el derecho. A contrario sensu, si el tribunal de arbitramento no presenciara las audiencias, los testigos y no escuchara directamente los alegatos y a las partes, por más diáfanos y eruditos que fueran los escritos presentados por las partes al proceso arbitral, la decisión contenida en

---

<sup>107</sup> “En materia de pruebas del proceso arbitral, se sigue lo establecido en el Código de Procedimiento Civil, o a partir de su vigencia, lo establecido en el Código General del Proceso expedido con la ley 1564 del 12 de junio de 2012. En ese sentido, se establece en el artículo 31 del Estatuto Arbitral que el tribunal y las partes tienen, respecto de las pruebas,, las mismas facultades y deberes previstos en el Código de Procedimiento Civil o las normas que lo modifiquen o complementen.

“Dentro de las novedades establecidas en el Código General del Proceso en materia de pruebas, se encuentra la establecida en el inciso 2º del artículo 67, según el cual, según las particularidades del caso, el juez o árbitro podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o establecer los hechos controvertidos. Con esta norma, se recogen decisiones jurisprudenciales que desarrollaron la teoría de la carga dinámica de la prueba, para exigir la prueba a quien le queda más fácil obtenerla, por las especiales circunstancias técnicas, la especialidad que poseen, etcétera.

“Así mismo, estableció el Código General del Proceso la obligatoriedad de los jueces de decretar pruebas de oficio, al indicar en el artículo 179 que el juez deberá decretar pruebas de oficio, en las oportunidades del proceso y de los incidentes y antes de fallar, cuando sean necesarias para establecer los hechos objeto de la controversia” (JAIME HUMBERTO TOBAR ORDÓÑEZ, “Procedimiento arbitral en el nuevo Estatuto Arbitral”, en AA.VV., *Estatuto Arbitral Colombiano. Análisis y aplicación de la ley 1563 de 2012*, ob. cit., pág. 198).

el laudo arbitral estaría muy alejada de la realidad y, como es obvio, sería un semillero de injusticias. Por tanto, la justicia arbitral, al igual que ocurre en la jurisdicción ordinaria, requiere de la intermediación de los árbitros.

## **K) INFORMALIDAD**

En completa armonía con los principios del debido proceso, derecho de contradicción, igualdad, celeridad, eficacia, oralidad y economía, se instituyó el principio de informalidad, también denominado principio de informalismo. El principio de informalidad o informalismo significa que el proceso arbitral no está sujeto sino a los formulismos y requisitos que exige la ley; es un proceso ágil, libre de exigencias formales innecesarias y de trámites inútiles. Se minimizan y eliminan las imposiciones formales, comunes en el proceso civil. Está orientado a proteger a las partes de los efectos nocivos causados por las cuestiones estrictamente procesales; es un desdoblamiento del canon constitucional (Const. Pol, art. 228) que establece la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal. Cualquier duda que surja en el proceso arbitral referida a las exigencias formales debe interpretarse a favor de las partes y favoreciendo la informalidad de los actos y trámites procesales. Por consiguiente, implica que el tribunal de arbitraje no puede exigir la satisfacción de trámites y procedimientos que no están expresamente señalados en la ley, y que, en el supuesto de existir diversas formalidades para el cumplimiento de un acto o trámite procesal, éste se puede satisfacer con la observancia de los requisitos esenciales ordenados por la ley, sin incurrir en una violación al debido proceso que luego pueda configurar una causal de anulación del laudo arbitral.

El principio de informalidad tiene, entre otras, las siguientes consecuencias en el proceso arbitral: a) Que la cláusula compromisoria y el compromiso no requieren de formalidades de ninguna naturaleza para su validez y eficacia. Por ello, la cláusula compromisoria o el compromiso se pueden redactar en documento separado del contrato principal, en documento privado, sin que sea menester el reconocimiento de firma ante notario<sup>108</sup>. Puede constar en mensajes de datos enviados por las partes y, en general, en cualquier documento que le permita al tribunal de arbitraje inferir sin dubitación que las partes han decidido someter sus diferencias a la justicia arbitral; b) Que en el proceso arbitral no caben los incidentes, a diferencia del proceso civil, y que contra el laudo arbitral no procede el recurso de apelación; y c) Que el proceso arbitral se desenvuelve con total

---

<sup>108</sup> **El artículo 68 del Decreto 960 de 1970**, dice: “Quienes hayan suscrito un documento privado podrán acudir ante el notario para que este autorice el reconocimiento que hagan de sus firmas y del contenido de aquél. En este caso se procederá a extender una diligencia en el mismo documento o en hoja adicional, en que se exprese el nombre y descripción del cargo de notario ante quien comparecen; el nombre e identificación de los comparecientes; la declaración de estos de que las firmas son suyas y el contenido del documento es cierto, y el lugar y fecha de la diligencia, que terminará con las firmas de los declarantes y del notario, quien, además, estampará el sello de la Notaría”.

agilidad, celeridad y economía, ajeno a formalismos y trámites inútiles; es decir, sin rendirle culto a la forma y las cuestiones meramente procesales, en virtud de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal. De ahí que la demanda tan sólo pueda reformarse por una sola vez antes de la iniciación de la audiencia de conciliación prevista en la ley; que los documentos presentados por las partes se presuman auténticos, sin necesidad de ningún formalismo ante notario; que el término de duración del proceso será de seis (6) meses, contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite; y que el laudo arbitral no requiere para su cumplimiento, ejecución y validez ningún trámite ante la jurisdicción ordinaria.

Dicho principio tiene mayor alcance en el arbitraje comercial internacional, toda vez que en este escenario existen menos formalidades para el trámite del proceso arbitral. Tan es así, que las partes en una comunicación electrónica pueden escoger el reglamento de arbitraje internacional, el idioma, la sede, los árbitros, sin que sea menester el cumplimiento de requisitos o formalidades legales ante cualquiera de los Estados con que se encuentran vinculados. En definitiva, en el arbitraje comercial internacional se ha simplificado la forma y el contenido del convenio arbitral.

Acerca de la informalidad del acuerdo arbitral, CRISTIAN CONEJERO ROOS comenta lo siguiente: “La regla general en las legislaciones iberoamericanas sobre arbitraje solía consistir en que las partes debían llenar un considerable número de formalidades en el acuerdo arbitral con el objeto de permitir su posterior reconocimiento y ejecución, lo cual significaba un importante obstáculo al acceso expedito a un Tribunal arbitral. Hoy en día, en cambio, la gran mayoría de los países establece en sus leyes domésticas exigencias considerablemente más sencillas con relación a la forma y contenido del acuerdo arbitral.

“En la gran mayoría de las leyes sobre arbitraje, el acuerdo arbitral puede probarse por cualquier documento escrito, tal y como lo establece la Ley Modelo. Asimismo, la gran mayoría de las legislaciones, siguiendo la Ley Modelo, establece que basta <<un intercambio de cartas, télex, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo>> para probar su existencia, como ocurre en Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, El Salvador, España, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Portugal y República Dominicana, o <<un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por otra>>, según puede notarse en las leyes de Chile, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay y Perú. En el caso de Argentina, sólo se acepta que la cláusula conste por escrito o en telegrama. Curiosamente, en Brasil aunque se reconoce que basta que el acuerdo arbitral sea por escrito, pero no se establece definición alguna acerca de qué se entiende por dicho requisito como lo hace la Ley Modelo. El caso de Cuba es el más liberal en este sentido, pues se acepta la existencia de un convenio arbitral presunto por la mera conducta procesal de las partes. En otras palabras, no se necesita que, en el intercambio de escritos de demanda y contestación, las partes se refieran a la existencia de un

convenio arbitral, basta con la conducta procesal para considerar válida su existencia.

“Todas las nuevas leyes nacionales establecen que el acuerdo arbitral puede revestir la forma de una cláusula contenida en un contrato o de un acuerdo independiente. En este último caso, además, la mayoría de las legislaciones incorpora la Ley Modelo en cuanto acepta como acuerdo arbitral la referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria. Este es el caso de la denominada >>cláusula arbitral por referencia>>. Así ocurre en Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador, España, Guatemala, México, Nicaragua, Perú, Uruguay y Venezuela.

“Además de dicho requisito de referencia cruzada, algunas legislaciones agregan un requisito adicional también impuesto por la Ley Modelo, esto es, que el contrato principal conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato, como ocurre en Bolivia, Chile, Guatemala, México, Paraguay, Portugal y Venezuela. Otras leyes, en cambio, no han seguido esta indicación y han impuesto otro requisito distinto de aquél señalado en la Ley Modelo, consistente en que la cláusula arbitral contenga una referencia a las partes del contrato principal. Tal es el caso de las leyes de Colombia y Ecuador.

“Por otra parte, debe destacarse en particular el caso de España que ha incluido una norma de conflicto que permite la aplicación alternativa de distintos derechos a fin de determinar la validez del convenio arbitral, dejando siempre a salvo la aplicación del derecho español para decidir sobre esta cuestión. La norma transcrita establece una <<regla conflictual de carácter alternativo y que se despliega en aras de la mayor y mejor arbitrabilidad de la validez y eficacia del convenio. (...). Es pues un artículo, *in favorem validitatis*>>. Así, bastará que el convenio arbitral sea válido por uno de cualquiera de los derechos establecidos por la norma (esto es, derecho escogido por las partes como aplicable al convenio arbitral, derecho aplicable al fondo de la disputa o derecho español), para que los árbitros desestimen cualquier alegación relativa a la invalidez del mismo. Más recientemente, tanto Perú como República Dominicana también han adoptado una disposición similar”<sup>109</sup>.

## **L) INTERNACIONALIDAD**

El principio de internacionalidad no aparece expresamente consagrado en la ley 1563 de 2012; sin embargo, este postulado está contenido en el derecho mercantil contemporáneo y en los convenios internacionales sobre la materia arbitral. Como es de público conocimiento, merced a la influencia global de dichos convenios en

---

<sup>109</sup> CRISTIAN CONEJERO ROOS, “El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica: un panorama general”, en AA.VV., *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica. Marco legal y jurisprudencial*, Bogotá, Legis Ediciones, 2009, págs. 71 – 73.

la elaboración de las nuevas leyes estatales sobre arbitraje comercial, las recientes legislaciones sobre la materia están redactadas conforme a las tendencias universales y, por ende, el proceso arbitral actual se caracteriza por ser cosmopolita, apartado de las concepciones puramente locales; es, en síntesis, un derecho más depurado. En afinidad con los argumentos expuestos, la doctrina moderna sostiene: “La internacionalización significa la elaboración de un derecho del arbitraje internacional, cada vez más alejado de los marcos estatales, tanto procesales como de fondo. Los centros e instituciones arbitrales y los reglamentos de aplicación tienden a acentuar claramente este carácter. Los árbitros, por otra parte, que no constituyen órgano de Estado nacional alguno, van aplicando progresivamente un derecho – con todas las matizaciones oportunas – alejado de las concepciones y de los contenidos de los derechos nacionales”<sup>110</sup>. Entre tanto, conviene resaltar que el nuevo Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional no es ajeno a la internacionalización y está diseñado conforme a los principios y reglas del derecho arbitral internacional, en particular la Ley Modelo de UNCITRAL sobre arbitraje comercial.

### **M) UNIFORMIDAD**

El principio de uniformidad atañe a la necesidad de armonizar y unificar la legislación, la jurisprudencia y los laudos en materia arbitral. Si la legislación arbitral local es un vivo desarrollo del derecho internacional arbitral (convenios y tratados internacionales sobre arbitramento), es lógico que las decisiones arbitrales, esto es, la jurisprudencia arbitral, también deba estar unificada, ser coherente y guardar una estrecha correlación con la normativa arbitral. El derecho mercantil actual y, por supuesto, el derecho arbitral del siglo XXI se caracteriza por la uniformidad legislativa y jurisprudencial en aras de facilitar la labor de los operadores jurídicos.

Entre tanto, vale la pena resaltar que las leyes modelo y los convenios multilaterales no sólo han irradiado la legislación arbitral local, sino que, además, han contribuido a que los tribunales judiciales y arbitrales de diferentes países interpreten y apliquen en forma uniforme las normas y principios del arbitraje comercial.

### **N) BUENA FE**

El proceso arbitral asimismo está regido por el principio de la buena fe. Dicho principio irriga el convenio de arbitraje en sus fases precontractual, contractual y pos contractual. Es decir, que la cláusula compromisoria y el compromiso, como negocios jurídicos que son, están soportados en el postulado de la buena fe. Así mismo, el desarrollo del proceso arbitral exige la observancia del principio de

---

<sup>110</sup> JOSÉ FERNANDO MERINO MERCHÁN y JOSÉ MARÍA CHILLÓN MEDINA, *Tratado de derecho arbitral*, ob. cit., pág. 864.

buena fe, lo cual implica un comportamiento leal, recto y honesto de todas las partes que intervienen dentro del proceso y, por ende, del tribunal arbitral, en la recaudación y práctica de las pruebas, en el examen responsable de éstas y de los argumentos jurídicos que esgrimen las partes ante el tribunal arbitral. Igualmente, cabe agregar que el principio de buena fe también rige la hermenéutica arbitral en los ámbitos nacional e internacional. Al igual que ocurre con los dos últimos principios anteriormente enunciados (internacionalidad y uniformidad), el postulado de la buena fe también se erige en una directriz de interpretación para el tribunal de arbitramento. La buena fe se traduce entonces en el deber de arbitrar con lealtad, rectitud y honradez, en el deber de diligencia de las partes y los árbitros, en la mutua lealtad y transparencia entre el apoderado, el poderdante y los árbitros y, por último, en cabeza del poderdante, actuar de buena fe antes y durante el proceso arbitral, cumpliendo, entre otros deberes, con la obligación de suministrarle al apoderado información completa, veraz y precisa sobre el litigio en cuestión.