

# La libertad de las partes para determinar el procedimiento arbitral\*

Fernando Mantilla Serrano\*\*

## Resumen

*El constituyente de 1991 y el legislador de 1996 han abierto una oportunidad para poner la legislación colombiana en consonancia con las tendencias que aparecen en el derecho comparado. Esperando que el legislador actual no pierda la oportunidad de extender al arbitraje interno (o nacional) la libertad y flexibilidad que ya ha otorgado al arbitraje internacional, la jurisprudencia y la doctrina deberían desde ya comenzar a marcar nuevas pautas más favorables al principio de autonomía de la voluntad.*

**Palabras claves:** Arbitraje, Colombia - derecho constitucional, derecho comparado.

## Abstract

*The constituent of 1991 and the legislator of 1996 have opened an opportunity to put the Colombian legislation in consonance with the tendencies that appear in the comparative Law. Hoping the current legislator doesn't lose the opportunity to extend to the internal arbitration (or national) the freedom and the flexibility that it has already granted to the international arbitration, the jurisprudence and the doctrine would should from already to begin to mark the new more favorable rules at the beginning of autonomy of the will.*

**Key words:** Arbitration, Colombia - constitutional law, comparative law.

En un ordenamiento jurídico en el que—como en el caso colombiano—el arbitramento se ha caracterizado por

su falta de flexibilidad, su apego a la forma procesal y por una evolución que—al menos hasta hace muy poco—tendía a acercarlo, cada vez de manera más acentuada, al procedimiento judicial, la libertad de las partes para determinar el procedimiento arbitral reviste un carácter novedoso.

\* Este trabajo se inspira en un artículo (*La autonomía de la voluntad y el arbitramento*) que fue publicado por el autor en la Revista Universitas, N° 87, U. Javeriana, 1994, p. 137.

Las ideas aquí expresadas sólo comprometen al autor, y no necesariamente constituyen la opinión oficial de la institución a la cual se encuentra vinculado.

\*\* Consejero, Corte Internacional de Arbitraje de la CCI (París), M.C.J., abogado inscrito en Colombia y Nueva York (E.U.).

En el ámbito mundial dicha libertad no constituye novedad alguna, pues desde hace tiempo se considera como un elemento indisociable y evidente del arbitraje. De hecho,

en la gran mayoría de los países europeos que poseen una verdadera tradición y práctica arbitral (p. ej. Francia y Suiza, principalmente, pero también Alemania, Bélgica, Holanda e Italia), la libertad (o autonomía) de las partes para regular todo lo atinente al proceso arbitral no sólo no es materia de discusión sino que constituye uno de los principios fundamentales del arbitraje.

Los Estados Unidos y el Canadá también han reconocido dicha autonomía de la voluntad privada en el arbitraje, y de esta manera han separado, casi completamente, el trámite arbitral del procedimiento judicial típico. En Latinoamérica esa tendencia ha sido liderada por México, seguido de Guatemala y Perú, que han promulgado leyes que permiten un procedimiento arbitral flexible, sin el procesalismo del proceso judicial, y apto para hacer del arbitraje un verdadero instrumento de apoyo al comercio y un mecanismo alternativo para la solución de litigios.

Para entender la posición colombiana y poder recomendar una evolución práctica y acorde con las necesidades actuales hay que comenzar por abordar la falsa querrela —que, desafortunadamente, dista de ser puramente académica— sobre la naturaleza jurisdiccional o contractual de la institución arbitral.

Favorecer una teoría o la otra determina al legislador y al intérprete y condiciona el ejercicio de la

libertad de las partes en la estructura y organización del proceso arbitral.

La naturaleza contractual del arbitramento y su tramitación jurisdiccional extrajudicial son innegables. El elemento jurisdiccional es manifiesto: los árbitros finiquitan el litigio por medio de una decisión —laudo— que reviste la eficacia y fuerza de una sentencia que hace tránsito a cosa juzgada. Ella constituye un título ejecutivo<sup>1</sup>, y hoy en día, en virtud de un considerable número de convenciones internacionales —principalmente en materia de arbitraje comercial internacional<sup>2</sup>— se ha simplificado su reconocimiento y ejecución en el extranjero.

Igualmente, se puede apreciar este contenido jurisdiccional del

---

<sup>1</sup> En algunos casos en forma inmediata (como en Colombia en materia de laudos nacionales); en otros casos mediante el *exequátur* o fórmula ejecutoria (como en Francia para todos los laudos, y en Colombia y en la mayoría de los países latinoamericanos para los laudos extranjeros). Cabe aclarar que en Francia —a diferencia de Colombia— el *exequátur* no es un proceso ante la máxima jurisdicción sino una simple formalidad que se solicita al juez de primera instancia.

<sup>2</sup> Convención de las Naciones Unidas para el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros (Convención de Nueva York, 1958), aprobada en Colombia por la ley 39 de 1990; la Convención europea sobre arbitraje comercial internacional (Convención de Ginebra, 1961); la Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional (Convención de Panamá, 1975), aprobada en Colombia por la ley 44 de 1986; y la Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de sentencias y laudos extranjeros (Convención de Montevideo, 1979), aprobada en Colombia por la ley 16 de 1981; para sólo citar las más importantes.

arbitramento por el efecto negativo que el pacto arbitral tiene sobre la jurisdicción nacional normalmente competente. Al operarse con el arbitramento una derogación de la jurisdicción común<sup>3</sup>, es forzoso concluir que el litigio no puede quedar sin resolución, siendo el árbitro quien quedará investido del poder jurisdiccional para desatarlo.

Sin embargo, no es menos importante la presencia del elemento contractual: es el acuerdo de voluntades, expresado a través del pacto arbitral, que origina el arbitramento y produce los efectos jurisdiccionales señalados. De hecho, sólo porque las partes tienen la libre disposición de algunos de sus derechos, el arbitramento es permitido respecto de ellos. Las partes, en ejercicio de dicha auto-

nomía, son las que deciden sobre la forma que estiman más conveniente para resolver los litigios que les conciernen. En otras palabras, el legislador ha considerado que si es posible disponer de un derecho hasta el extremo de poder renunciar a él (lo que sucede, por ejemplo, en la transacción, en la remisión o condonación y en la renuncia), con mayor razón es posible someter dicho derecho a la decisión (arbitrio) de un tercero.

En Colombia, mediante la consagración legal del arbitramento, tal y como se conoce hoy en día, en la ley 105 de 1890, la tendencia ha sido entenderlo como un «juicio por arbitramento» —título utilizado por el Código Judicial de dicho año— es decir, un proceso minuciosamente organizado por el legislador y que guarda una marcada similitud con lo que sería el procedimiento judicial.

Con la Ley 2ª de 1938 el legislador colombiano, al reconocer la validez de la cláusula compromisoria, reconoció también la importancia del carácter contractual del arbitramento. Al otorgar a los particulares el poder de sustraerse al aparato jurisdiccional del Estado, aun antes de nacido el litigio, es decir, como opción previa y contractual, el legislador daba preeminencia al valor convencional, voluntario y, como tal, consensual del arbitramento.

Dos importante consecuencias resultan con el reconocimiento de la

---

<sup>3</sup>Existe una polémica en la doctrina nacional sobre si en virtud del pacto arbitral se produce una derogación o subrogación de jurisdicción o de competencia (V. GAMBOA S., Rafael H., *El proceso arbitral en Colombia*, Pontificia Universidad Javeriana, colección profesores No. 10, Santafé de Bogotá, 1992, p 78-79; y MARTINEZ N., Néstor H., *Pacto Arbitral*, Monografía Jurídica No. 60, Santafé de Bogotá, Temis, 1988, p 76 y s.s.) Dicha polémica parte del supuesto errado de equiparar la jurisdicción del árbitro a la jurisdicción del juez común. En consecuencia, sin entrar en la discusión, es preferible utilizar la expresión «derogatoria de jurisdicción», pues interpreta mejor el pensamiento del autor, quien considera que, mediante la estipulación del pacto arbitral, las partes se sustraen a la jurisdicción del juez. Sobre el valor de la cláusula compromisoria como excepción procesal y los efectos de no alegarla oportunamente, v. sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, del 22 de abril de 1992. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo García Sarmiento.

validez de la cláusula compromisoria que permiten atemperar el contenido altamente formalista que el legislador de 1890 daba al arbitramento. En primer lugar, se puede, a partir de ese momento, derogar en abstracto —es decir, antes que se materialice litigio alguno— la jurisdicción del juez común; el legislador acepta entonces que los particulares pueden, desde el principio mismo de una relación jurídica, renunciar al derecho de acudir a los tribunales del Estado<sup>4</sup> e investir a particulares, es decir, personas ajenas al aparato jurisdiccional estatal, del poder de decidir con carácter definitivo sobre sus litigios eventuales. Esta importante facultad permite afirmar que la jurisdicción de los tribunales o jurisdicción común —al menos en cuestiones susceptibles de transacción— no se impone como un principio de orden público, pues las partes pueden pactar en contrario.

En segundo lugar, con la validez de la cláusula compromisoria, el legislador permite que dicha derogación, que ya es previa —pues opera antes que nazca el litigio— sea, por lo mismo, general, es decir, que, a menos que las partes la limiten —y aquí se está en presencia de otra muestra de autonomía contractual— se aplique a todo litigio que surja entre las partes en virtud de la correspondiente relación contractual.

---

<sup>4</sup> Principio que clara y expresamente retoma el artículo 2, primer inciso, del decreto 2279 de 1989.

El legislador de 1970 y su homólogo de 1989, sin hacer mella al principio —sólidamente anclado en nuestro derecho— de la validez de la cláusula compromisoria, optaron por una legislación en materia de arbitramento que, inspirada en el «juicio por arbitramento» de 1890, regula con bastante detalle el procedimiento arbitral, dejando muy poco margen a la expresión de la autonomía de la voluntad.

Las normas legales actualmente en vigor en materia de arbitraje interno (es decir, doméstico o nacional) se orientan hacia una marcada «ritualización» y formalización del arbitramento, claramente en contravía con la naturaleza de la institución arbitral y las tendencias modernas en la materia que privilegian el carácter supletivo de las normas legales reguladoras del proceso arbitral. Con las últimas disposiciones —en principio de carácter transitorio— del decreto 2651 de 1991 y sus frecuentes referencias al Código de Procedimiento Civil, dicha orientación no ha hecho sino acentuarse. Si a esto se suma la calificación de orden público dadas a dichas normas por una parte importante de la doctrina y la jurisprudencia, que rehusan entenderlas como supletivas de la voluntad de las partes<sup>5</sup>, el régimen legal de arbitramento comienza a perder de vista su origen contractual para identifi-

---

<sup>5</sup> Este fenómeno ya ha sido denunciado por un sector, desafortunadamente minoritario, de la doctrina (V. MARTINEZ N., op. cit., supra, nota 3, p. 48-54).

carce cada vez más con las mismas estructuras procesales de las cuales las partes querían, probablemente, liberarse<sup>6</sup>. Se pretende obligar a los árbitros y a las partes a seguir un procedimiento en el arbitramento que no necesariamente conviene a sus intereses y cuya derogación, en la medida en que ambas partes así lo convengan, en nada afectaría una buena administración de la justicia.

Ya habíamos denunciado este fenómeno de «jurisdiccionalización» del arbitramento a raíz de la infortunada decisión de la Corte Suprema de Justicia sobre la constitucionalidad del antiguo artículo 8° del decreto 2279 de 1989 en materia de nacionalidad de los árbitros<sup>7</sup>. El arbitramento se sustrae cada vez más del dominio de la voluntad de las partes y se convierte en una verdadera jurisdicción paralela a la de los jueces, con todo el ritualismo y técnica procesal que rodea el proceso ante

los mismos; dicho ritualismo se justifica en la jurisdicción común – en la medida en que su naturaleza pública exige la seguridad y permanencia de la forma procesal– pero es más difícil de defender en materia de justicia arbitral, cuya naturaleza privada no exige sino el respeto al debido proceso (y, por ende, al debate contradictorio) y a la igualdad entre las partes<sup>8</sup>.

Esa jurisdiccionalización parece fruto de una tendencia colombiana que ve el arbitraje como un «medio para descongestionar los despachos judiciales», olvidando que la razón de ser del arbitraje reside en ser un instrumento al servicio de los particulares que busquen una justicia menos formalista, más directa y más rápida, y no al servicio del Estado para paliar las deficiencias del aparato jurisdiccional.

Quizá consciente de esta tendencia «jurisdiccionalista» –de fuerte arraigo español pero minoritaria en

---

<sup>6</sup> De hecho, la experiencia muestra que, evitando las jurisdicciones comunes, las partes no sólo quieren evitar la demora propia a la congestión de los despachos judiciales sino también evitar el formalismo procesal que, sin lugar a dudas, es una de las casuales de dicha congestión.

Sin embargo, digo «probablemente», pues las partes deberían gozar, en ejercicio del postulado de la autonomía de la voluntad, de una libertad tal que les diera aun la posibilidad de regular minuciosamente –si así lo quieren mediante el reenvío a una legislación procesal nacional– el proceso arbitral.

<sup>7</sup> MANTILLA S., Fernando. El arbitraje Internacional: Comentarios sobre la decisión de la Corte Suprema de Justicia, Rev. Cámara de Comercio de Bogotá, No 80, sept. 1991, p. 51.

---

<sup>8</sup> *Due process of law* (como se denomina en derecho anglosajón), el cual no conlleva la aplicación inmediata del Código de Procedimiento Civil al arbitramento. Para este autor, el debido proceso es respetado cuando la existencia del proceso arbitral ha sido notificada conforme al acuerdo de las partes, y dentro de dicho proceso se ha otorgado a éstas la oportunidad para alegar y presentar pruebas que serán consideradas por el tribunal arbitral antes de proferir el laudo. Se habla también del principio de igualdad entre las partes (*equal treatment*); este principio exige que se otorgue a las partes, esencialmente, las mismas oportunidades para ejercer sus derechos procesales.

el derecho comparado<sup>9</sup>— y para contrarrestarla, el constituyente de 1991 y el legislador de 1996 han devuelto a los particulares la autonomía y el control sobre el arbitramento que pasadas legislaturas, una jurisprudencia vacilante y una doctrina no actualizada les habían quitado.

Ratificando el elemento jurisdiccional del arbitramento —el cual no se pone en duda— el inciso último del artículo 116 de la Carta dispone, en efecto:

*Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos de determine la ley*<sup>10</sup> (sin énfasis en el texto).

En este mismo sentido se manifestó recientemente la Corte Constitucional<sup>11</sup>, la cual, pronunciándose

<sup>9</sup> A simple título de ejemplo se podría citar las legislaciones estadounidenses (U.S. Arbitration Act y la jurisprudencia que la ha desarrollado), francesa (Cód. Proc. Civil, arts. 1442 y subsiguientes) y peruana (Decreto-ley 26572 de 1996). Las legislaciones mexicana y peruana se han inspirado en la ley modelo de arbitraje preparada por la CNUDMI (para el texto de dicha ley modelo, v. Rev. de la Cámara de Comercio de Bogotá, No 76, septiembre 1990, p. 73, y Rev. Universitas, No 76, p. 27-42).

<sup>10</sup> Aunque no es el tema que nos ocupa, cabe interrogarse sobre si los conciliadores —que no tienen el poder de finiquitar el litigio— verdaderamente administran justicia.

<sup>11</sup> Sentencia C-592 del 7 de diciembre de 1992. Magistrado ponente: Dr. Fabio Morón Díaz, p. 40.

sobre la constitucionalidad del decreto 2651 de 1991 y citando el inciso del artículo 116 arriba mencionado, reconoció el carácter contractual —la Corte lo denomina «principio de la voluntariedad»— del arbitramento, a título de principio constitucional, en los siguientes términos:

*Se mantiene invariable el principio constitucional consagrado en el inciso 4º del artículo 116, según el cual, hace parte del debido proceso de los procesos de conciliación y arbitramento, el principio de la voluntariedad de las partes en su funcionamiento y en la decisión final tratándose del primero de los mismos, en los términos que determine la ley* (sin énfasis en el texto).

Ya la Corte Suprema de Justicia<sup>12</sup> había afirmado la importancia de la voluntad de las partes al confirmar que éstas, no obstante haber estipulado una cláusula compromisoria, pueden, de común acuerdo, renunciar a ella y someterse, de nuevo, a la jurisdicción normalmente competente.

Igualmente, una prueba adicional de la voluntad del legislador de salvaguardar la autonomía de la voluntad en el proceso arbitral se encuentra en la ley 270 de 1996 (Ley Estatutaria de la Administración de Justicia), que en su artículo 13, numeral 3º, expresamente dispone:

<sup>12</sup> V. Sentencia del 22 de abril de 1992, supra, nota 3.

*Tratándose de arbitraje, las leyes especiales de cada materia establecerán las reglas del proceso, sin perjuicio de que los particulares puedan acordarlas* (sin énfasis en el texto).

En consecuencia, el principio constitucional ya consagrado y la confirmación del principio de la autonomía de las partes en el arbitramento y, por ende, de su fundamento eminentemente contractual, obligan a recordar el verdadero sentido y finalidad del mismo (I), a interrogarse sobre el alcance y la naturaleza de la misión del árbitro (II) y a proponer una política legislativa acorde con la tendencia moderna plasmada en el citado principio (III).

## I. LA FINALIDAD DEL ARBITRAJE

Se ha afirmado que el arbitramento se remonta a los orígenes mismos de la humanidad<sup>13</sup>. Aunque tal afirmación pueda parecer exagerada y discutible, sí es cierto que la mayoría de los autores sitúan la aparición del arbitraje en la Grecia clásica (S. VI-IV a.C.)<sup>14</sup>. A lo largo de su evolución, el arbitramento se ha decantado como medio de solución de conflictos dentro de un marco de inmedia-

<sup>13</sup> JAKUBOWSKI, Jerzi. «Reflections on the philosophy of international commercial arbitration and conciliation». En: *The art of Arbitration» liber amicorum*. P. Sanders, Kluwer, 1982, p. 175.

<sup>14</sup> Para una evolución histórica completa, consultar DAVID, René, *L'arbitrage dans le commerce international*. París, Económica, 1982, p. 117 y s.s.

ción, eficacia y competencia.

Capital en el análisis del arbitramento y de su naturaleza es el hecho de que a él se recurre para solucionar un litigio. Aunque en el arbitramento se vive un ambiente menos contencioso del que impera en los procesos ante las jurisdicciones comunes –en la medida en que recurrir al arbitramento implica, de por sí, un gesto de «buena voluntad» de las partes para llegar a una solución–, no es menos cierto que el árbitro dirime la controversia. De hecho, dicha característica contribuye a diferenciar el arbitramento de otros medios alternativos de resolución de conflictos (ADR –por sus siglas en inglés–) tales como la transacción, la conciliación, la mediación o la amigable composición<sup>15</sup>.

La inmediación, eficacia y competencia derivan del hecho de que el árbitro es un particular cuya selección –por las partes o por el tercero en quien éstas hayan delegado la designación– es determinada por sus cualidades personales, y quien, en

<sup>15</sup> Sobre las diferencias entre ellos, V. BERNAL H., Lucio, *El arbitraje comercial*, De Lil, Panamá, 1983, p. 21; JARROSSON, Charles, *La Notion d'arbitrage*, LGDJ, París 1987, p. 111 a 212; MANTILLA G., Arturo, *El Arbitraje en el Derecho privado*, tesis, P.U. Javeriana, 1958, p. 27 y subsiguientes; también el artículo «Alternative Dispute Resolution (ADR)», publicado en *The Arbitration and Dispute Resolution Law Journal*, Parte 2, junio 1994, p. 89.

Al respecto cabe mencionar que la expresión «amigable composición» corresponde en la mayor parte de las legislaciones y doctrinas extranjeras al denominado arbitraje «en conciencia», «ex aequo et bono» o «en equidad».

principio, al aceptar dicha designación se compromete a dedicar todos los medios a su disposición para cumplir diligentemente su misión<sup>16</sup>. Igualmente, un elemento importante en el auge y la divulgación del arbitraje lo ha sido el hecho de que –no sobra repetirlo– a través de él se ofrece a las partes un procedimiento menos formalista que aquel impuesto en los trámites judiciales. Al respecto, no carece de interés señalar que en sus orígenes al arbitramento se comparecía personalmente, es decir, sin apoderado, y que es sólo con la formalización del proceso de arbitramento que la representación legal se vuelve habitual.

Lo anterior, que es cierto para el arbitramento en general, cobra mayor relevancia cuando se hace referencia al arbitramento entre comerciantes –arbitramento comercial–, para quienes los intereses económicos del conflicto no los constituye solamente el monto en litigio sino las repercusiones que dicho litigio tiene en las relaciones comerciales existentes (o futuras) entre las partes –que ellas pueden estar interesadas en conservar– y la rapidez con la que se pueda poner fin al mismo. Con frecuencia, no siempre sin razón, el comerciante ve en todo aquello que se relacione con el derecho –incli-

dos, claro está, los abogados– un obstáculo al buen desarrollo de su actividad comercial. Para el comerciante –principalmente para el comerciante especializado–, el arbitramento representa la posibilidad de escoger un «juez» especialista en un área determinada, que, amén del derecho, conozca los usos y costumbres del negocio y esté en capacidad de pronunciarse a la mayor brevedad posible, evitando la rigidez y casuismo del procedimiento judicial.

No se debe olvidar que el verdadero sentido del arbitramento es el de ser un «instrumento» al servicio de las partes –no del Estado– para solucionar conflictos que surjan en relación con derechos sobre los cuales éstas tengan la libre disposición. No es fruto del azar el hecho de que el arbitramento (y los centros de arbitraje) se han desarrollado fundamentalmente (tanto en la esfera nacional tanto en la esfera nacional como internacional) en el seno de cámaras de comercio y asociaciones de comerciantes u hombres de negocios.

Por ello, constituye no sólo un atentado a la naturaleza del arbitraje, sino que también desvirtúa el propósito del mismo, el utilizar el arbitramento como un mero mecanismo al servicio del Estado para la «descongestión de despachos judiciales». Dicha descongestión puede ser, sin lugar a dudas, uno de los efectos positivos inherente a la utilización generalizada del arbitraje, pero no

---

<sup>16</sup> Sobre la selección del árbitro en materia internacional, v. MANTILLA S. Fernando, La selección del árbitro en arbitraje internacional. Rev. De la Corte Española de Arbitraje, Madrid, 1993, p. 35.



constituye, ni debe llegar a ser, el objetivo primero ni la inspiración de una política legislativa.

Lo anterior es aún mucho más evidente en materia de arbitraje internacional<sup>17</sup>, en el cual la complejidad de las cuestiones litigiosas, y la diversidad cultural y jurídica de las partes (que muchas veces provienen de sistemas jurídicos con un derecho procesal muy diferente y, por lo mismo, aspiran evitar las sorpresas inherentes al desconocimiento de las particularidades propias de un procedimiento nacional que les es ajeno) comandan la máxima flexibilidad en materia de forma procesal. Flexibilidad que no implica inseguridad ni arbitrariedad.

Evidentemente, en aras de dicha «flexibilidad» no podría atropellarse el derecho al debido proceso y, en consecuencia, el respeto al derecho de defensa y a un contradictorio. Dichos derechos son fundamentales e irrenunciables en cualquier forma de justicia, pública o privada, incluido el arbitramento.

Hay que señalar que las partes hubieran podido simplemente renunciar al derecho objeto de la controversia sometida a arbitraje (pues ellas tienen la libre disposición de dicho derecho, de otra forma no

podrían acudir al arbitramento). Ellas han escogido, libremente, una solución menos radical: someterlo a la decisión de un tercero (el árbitro). En aras de esa misma libertad –que les permite acudir a un particular– deben también reconocer la libertad de estipular –directamente o mediante referencia a un reglamento de arbitraje– el procedimiento que debe seguirse (incluidos la forma de las notificaciones, los términos, la cantidad y la oportunidad de los diversos memoriales, alegatos y audiencias, y aun la publicidad o no del proceso y del laudo) sin tener que someterse forzosamente a un procedimiento preestablecido por la ley.

Teniendo en mente que el árbitro debe proveer una solución al conflicto que se le encomienda y que, acudiendo al arbitramento, las partes además han querido, sin hacer caso omiso de la seguridad y garantías del proceso, privilegiar las cualidades personales del árbitro y la rapidez y flexibilidad del procedimiento ante él, conviene ahora analizar la naturaleza de la misión del árbitro a la luz de la finalidad del arbitramento.

## II. LA MISIÓN DEL ÁRBITRO

Es imposible negar hoy en día, ante la legislación vigente y los comentarios de la doctrina, la naturaleza mixta del arbitraje; dualidad que se refleja en la misión del árbitro: contractual en su origen y jurisdiccional

<sup>17</sup> V. PLANTEY, Alain, El Arbitraje en el Comercio Internacional. Rev. de Estudios e investigación de las Comunidades Europeas, No.19, enero-febrero, Madrid, 1991.

por su función<sup>18</sup>.

Las discrepancias surgen sobre los efectos y preponderancia que se den a cada uno de estos elementos<sup>19</sup>.

Ya se analizó la presencia del elemento contractual en el origen del arbitraje. Sin embargo, el carácter contractual del arbitraje trasciende su fase puramente gestora del proceso arbitral manifestando sus efectos a todo lo largo del arbitramento.

Entre las partes y los árbitros surge una relación contractual en la cual éstos se comprometen a dictar un laudo dentro de un plazo determinado a cambio de unos honorarios que aquéllas se obligan a pagar. Esta relación contractual es difícil de apreciar en los sistemas jurídicos en los que —como en Colombia— la tendencia (al menos en el arbitraje doméstico o nacional) es regular exhaustivamente el proceso arbitral mediante disposiciones que rara vez son de naturaleza supletiva.

---

<sup>18</sup> BERNAL H., cit. supra, nota 15, p.97; JARROSON, op. cit., supra, nota 15, p.5; GAMBOA S., op.cit, supra, nota 3, p. 79-80; MARTINEZ N., op. cit., supra, nota 3, p. 35 y 76; SHMITTOHOFF, Clive, «The Jurisdicción of the Arbitrator». En: «*The Art of Arbitration*» liber amicorum. P. Sanders, Kluwer, 1982, p. 285.

<sup>19</sup> En Colombia la preeminencia del elemento contractual es claramente defendida por: MANTILLA G., op. cit., supra, nota 15, p. 41; MARTINEZ N., op. cit., supra, nota 3. Por el contrario, el elemento jurisdiccional es primordial para: MONRROY C., Marco G., *Arbitraje Comercial*, Santafé de Bogotá, Temis, 1982, p. 8; PEÑA C., Gilberto, *El Arbitramento Comercial en Conciencia*, Monografías Jurídicas No. 60, Santafé de Bogotá, Temis, 1988, p. 8.

Sin embargo, en las legislaciones menos ritualistas y, sobre todo, en arbitraje internacional, en los que las partes son libres de estipular el procedimiento arbitral, la mencionada relación contractual aparece con toda su fuerza, principalmente en la «negociación» de los honorarios, la discusión entre el tribunal arbitral y las partes sobre la disponibilidad de los árbitros y la duración del arbitraje y sobre el grado de intervención del tribunal arbitral en la producción de la prueba.

En consecuencia, aun en ausencia de disposiciones (contractuales o legales) expresas al respecto, los árbitros responden civilmente por los perjuicios que el incumplimiento de sus obligaciones pueda causar a las partes<sup>20</sup>.

Igualmente, los árbitros podrían reclamar de las partes el cumplimiento de las obligaciones por ellas asumidas (p. ej., pago de los honorarios y de los gastos del tribunal)<sup>21</sup>.

La relación contractual deviene tripartita en el caso del arbitraje

---

<sup>20</sup> En el caso colombiano, el artículo 45 del D. 2279 de 1989 se refiere a la responsabilidad, aun penal, de los árbitros. También las legislaciones argentina, española, hondureña, peruana, uruguaya y venezolana consagran la responsabilidad civil del árbitro.

<sup>21</sup> Normalmente, en ausencia de disposición legal, contractual o reglamentaria al respecto, los árbitros exigen que sus honorarios y una provisión para que los gastos sean consignados previamente a la puesta en marcha del arbitraje. Obviamente, los árbitros deben rendir cuentas de dichas sumas a las partes.

institucional<sup>22</sup>. Surge así, además de la relación entre árbitros y partes, una relación entre la institución (centro de arbitraje) y los árbitros en la que éstos se comprometen a conducir el arbitraje en aplicación del reglamento de dicha institución y aquélla, esencialmente, a manejar el aspecto financiero del arbitraje y remunerarlos en aplicación de la tarifa correspondiente<sup>23</sup>. Nace también, obviamente, una relación entre la institución y las partes en virtud de la cual, a cambio de una tasa administrativa, ésta se compromete a supervisar y administrar el arbitraje conforme a su reglamento.

Sin embargo, no obstante la relación contractual existente y el origen consensual de la investidura del árbitro, no se puede considerar a éste

---

<sup>22</sup> Se entiende por «arbitraje institucional» aquel en el cual las partes, en uso de la libertad de que gozan para regular el procedimiento arbitral, deciden someter el arbitraje a la supervisión de una institución encargada de aplicar su reglamento. Se puede sostener que, en sentido estricto, dado el ritualismo de nuestra legislación arbitral, en materia de arbitraje interno o nacional, el arbitraje institucional no existe en Colombia en este sentido (GAMBOA S., Rafael H., Los diferentes tipos de Arbitraje Internacional, ponencia presentada en el Seminario Taller «El Arbitraje en los Negocios Internacionales», Santafé de Bogotá, 17-18 de marzo de 1994). Claro está que el artículo 13, numeral 3, de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia ofrece ahora la oportunidad para que, finalmente, los centros de arbitraje puedan redactar verdaderos reglamentos de arbitraje.

<sup>23</sup> Hay quienes consideran que entre el árbitro y el centro de arbitraje, directamente, no surge relación contractual alguna, pues dicho centro, frente al árbitro, no actúa sino como simple mandatario de las partes.

como un mero instrumento o agente de las partes, prisionero de cualquier acuerdo al que éstas puedan llegar<sup>24</sup>. Una vez investido, el árbitro dispone de una autonomía e independencia –dentro del marco fijado por el pacto arbitral–, propias de su función jurisdiccional, porque el árbitro, a diferencia del conciliador o del amigable componedor, ha sido designado para desatar el conflicto: decir el derecho (*iuris dicere*). Pero es de suma importancia comprender que su jurisdicción no es la misma, ni pertenece a la misma estirpe que la jurisdicción del juez de cuyo conocimiento las partes han decidido sustraer la controversia. La *iuris-dictio* –para distinguirla de la jurisdicción del juez– que ejerce el árbitro por habilitación de las partes<sup>25</sup> no debe ni puede asimilarse a la administración de justicia como función ejercida por el juez «en nombre de la República y por autoridad de la Ley».

No puede considerarse al árbitro (ni nacional, ni mucho menos internacional) como parte de la función pública, ni siquiera a título puramente temporal.

De hecho, la administración de

---

<sup>24</sup> El tema de la autonomía del árbitro frente al acuerdo de las partes suscita actualmente bastante controversia. En 1995 la Comisión de Arbitraje Internacional de la CCI realizó un estudio sobre el «Estatuto del Arbitro» cuyas conclusiones en forma de reporte final fueron publicadas por la CCI (ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 7, No. 1).

<sup>25</sup> Cf., artículo 116, inc. 4o., de la Constitución Nacional.

justicia como función pública tiene tres características determinantes: es permanente, es obligatoria y es pública, porque cualquiera puede recurrir a esta instancia.

La *iuris-dictio* del árbitro no comparte ninguna de las anteriores características. Su misión es eminentemente temporal; en virtud de la relatividad de las convenciones no vincula sino a las partes; y sólo está al servicio de quienes, en relación con derechos sobre los cuales tienen la libre disposición, han concurrido al pacto arbitral.

Bajo este criterio debe interpretarse el último inciso del artículo 116 de la Constitución, el cual reconoce la jurisdicción del árbitro («función de administrar justicia») pero la distingue de la administración de justicia ejercida por los órganos estatales, y aclara que dicha jurisdicción proviene de una habilitación de las partes<sup>26</sup>. Igual consideración cabe hacer con respecto al artículo 13 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia cuando, acertadamente, dispone que los árbitros ejercen función jurisdiccional.

Las anteriores consideraciones cobran mayor importancia y son más

evidentes en materia de arbitraje internacional.

El árbitro internacional tiene foro<sup>27</sup>. Es decir, a diferencia del juez (cuya función se inscribe en una estructura jurisdiccional propia de una sociedad políticamente organizada y soberana), el árbitro internacional no está inserto en un sistema jurisdiccional estatal y, por lo tanto, aun menos que el árbitro nacional, dicho árbitro internacional no administra justicia «en nombre de un Estado». En consecuencia, sería absurdo considerar que porque las partes han decidido arbitrar en determinado país, los árbitros (quienes pueden provenir de países diferentes) entran a formar parte del aparato jurisdiccional del país sede del arbitraje; máxime cuando se sabe que, en materia internacional, el país de funcionamiento del tribunal es, normalmente, de libre selección de las partes y puede no guardar relación alguna con el objeto del litigio, el derecho aplicable al fondo del asunto o, aun, la nacionalidad de las partes.

Así, la identidad entre el juez y el árbitro no es total, aunque la tendencia moderna sea la de reconocer al árbitro poderes cada vez más cercanos a los del juez común. El ár-

<sup>26</sup> Confirma esta interpretación el hecho de que el constituyente consagró un inciso diferente a los árbitros cuando hubiere podido incluir los tribunales de arbitramento en el primer inciso del artículo 116 si hubiere querido reconocerles un poder jurisdiccional de la misma estirpe que el de los jueces.

<sup>27</sup> Este principio ya ha sido enunciado por la «jurisprudencia» arbitral internacional. Al respecto, ver los laudos proferidos en los arbitrajes CCI No. 2321, No. 2735, No. 3880 y No. 4381 publicados en *Collection of ICC Arbitral Awards*, Vol. I y II, Kluwuer-ICC Publishing, París.

bitro, sobre todo en materia internacional, dispone sólo de un *imperium* limitado —en materia internacional el poder del árbitro para decretar medidas cautelares y hacerse asistir de la fuerza pública suscita enormes complicaciones cuya solución variará según la legislación del país donde dicho poder pretenda ser ejercido— y su decisión antes de poder ser ejecutada debe pasar, la mayoría de las veces, por el trámite del *exequátur*.

El legislador colombiano ya ha dado prueba de gran modernismo al reconocer a los árbitros poderes similares y, en algunos casos, idénticos a los de los jueces<sup>28</sup>. Dicha evolución deberá complementarse con disposiciones que permitan un más amplio ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes y creen un ambiente favorable al arbitraje internacional.

### III. UNA POLÍTICA LEGISLATIVA

La diferencia que existe entre el comercio interno y el comercio internacional es evidente. Respondiendo a necesidades distintas, los mecanismos de operación son diferentes y las variables y problemas que ellos engendran difieren según el comerciante (industrial, intermediario o prestador de servicios) esté actuando en un ámbito interno o en un merca-

<sup>28</sup> La legislación colombiana confiere a los árbitros ciertos poderes del *imperium* del juez, principalmente en materia de medidas cautelares (D. 2279, art. 32) y administración de la prueba (idem, art. 31).

do internacional.

Consciente de las particularidades del tráfico internacional, de la importancia de dotar de mecanismos adecuados al nacional que se aventura en los mercados internacionales y de crear un clima favorable al extranjero que quiere comerciar o invertir en el país, el legislador ha respondido creando ministerios, actualizando la legislación vigente e incluso dotando al Estado de un estatuto de contratación acorde con las nuevas realidades económicas, y promulgando la ley 315 del 12 de septiembre de 1996 sobre arbitraje internacional.

El arbitraje responde a las necesidades de esos mundos. Y así como se acepta que es imposible reanudar la actividad del comercio exterior con los mismos criterios e instrumentos que se utilizan en el mercado interno, no se puede pretender aplicar al arbitraje internacional disposiciones diseñadas sobre la base de la experiencia del arbitraje doméstico o nacional, cuyo fin es responder a las exigencias del comercio interno.

El decreto 2279 de 1989 y las normas que lo modifican no habían, de manera clara, traducido la anterior diferencia. Fuera de una referencia tangencial del citado decreto en materia de nacionalidad de los árbitros<sup>29</sup>, había que recurrir a las

<sup>29</sup> Artículo 8, modificado por la Ley 23 de 1991.

convenciones internacionales (concretamente a la de Panamá de 1975) para darse cuenta que Colombia sí aceptaba el arbitraje internacional<sup>30</sup>.

Esta falta de claridad, que imperó hasta la promulgación de la ley sobre arbitraje internacional (Ley 315 de 1996), ha contribuido a que de manera equivocada se identifique arbitraje internacional con laudo extranjero. Es decir, a que erróneamente – no sobra repetirlo – se considere como arbitraje internacional aquel en el cual el tribunal sesiona fuera del país o, utilizando el lenguaje de la Corte Suprema de Justicia<sup>31</sup>, aquel en el cual el tribunal arbitral ha sido

---

<sup>30</sup> Por absurdo que parezca, el Tribunal Superior de Bogotá, mediante sentencia del 5 de agosto de 1989, consideró como «inexistente y no escrita», por atentar «contra precisas normas constitucionales y legales del país», una cláusula compromisoria que otorgaba competencia a un tribunal arbitral que debía sesionar en EE:UU: conforme al reglamento de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA), para dirimir un conflicto entre un constructor mexicano y un contratista estadounidense surgido en relación con una obra que debía ejecutarse en Colombia. Dicho arbitraje, cuyo contenido internacional es evidente, debía haber sido permitido –y el Tribunal Superior ha debido confirmar la providencia del juez que admitía la excepción de compromiso– en aplicación de la Convención de Panamá-L (v. Rev. de la Cámara de Comercio de Bogotá, No. 76, septiembre 1990, p.31). Hoy en día, en virtud de la Ley 315 de 1996 sobre arbitraje internacional, una decisión como la tomada en 1989 por el Tribunal Superior de Bogotá no sólo sería absurda sino flagrantemente contraria a derecho.

<sup>31</sup> Sentencia de la Sala Plena del 21 de marzo de 1991. Magistrado ponente: Pedro A. Escobar Trujillo. Rev. de la Cámara de Comercio de Bogotá, No. 80, septiembre 1991, p. 43, y el comentario publicado en esa misma revista en la página 57.

«constituido en el exterior».

Una cosa es la internacionalidad del arbitraje, la cual será determinante, esencialmente, para conocer la esfera sobre el procedimiento que deben seguir por los árbitros y sobre la aplicación a dicho arbitraje de las disposiciones internas existentes en materia de arbitramento (como, por ejemplo, las disposiciones sobre el nombramiento de los árbitros, la protocolización del laudo, la obligación de hacerse representar por un abogado inscrito o la vigilancia de los árbitros y de su actuación por la Procuraduría, para sólo citar algunas). Otra cosa, muy distinta, es la «nacionalidad del laudo»<sup>32</sup>, la cual determinará las condiciones bajo las cuales dicho laudo será reconocido y ejecutado en Colombia, es decir, si necesita o no del exequátur.

En consecuencia, y siguiendo el criterio de territorialidad (acogido por el artículo 3 de la Ley 315 de 1996), será extranjero el laudo proferido por un tribunal arbitral cuya sede se encuentre fuera del territorio nacional. Dicho laudo necesitará el exequátur para su reconocimiento y ejecución en Colombia. Para decidir sobre dicho exequátur, la Corte Suprema sólo podrá referirse –en materia de arbitraje comercial– a las convenciones de Nueva York de 1958

---

<sup>32</sup>La doctrina y la jurisprudencia extranjeras prefieren hacer referencia a «laudo extranjero» y no a «laudo internacional» para evitar la confusión a la cual se ha hecho mención.

(Ley 39 de 1990) o de Panamá de 1975 (Ley 44 de 1986), y sólo podrá negarlo por las razones previstas en la convención que ella considere aplicable al caso concreto<sup>33</sup>.

Por el contrario, la internacionalidad del arbitraje no depende del lugar de éste<sup>34</sup> sino, sobre todo, de criterios relacionados con la naturaleza del litigio, de la relación jurídica que lo originó y de la nacionalidad y domicilio de las partes, pues es perfectamente posible que dentro del territorio nacional se lleve a cabo un arbitraje que por su naturaleza sea calificado de internacional. En nuestra legislación, los criterios que determinan la internacionalidad del arbitraje están consagrados en el artículo 10 de la ley 315 de 1996 sobre arbitraje internacional.

Así, no es de extrañarse que un

---

<sup>33</sup> Mediante sentencia del 20 de noviembre de 1992, la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, bajo ponencia del Magistrado Héctor Marín Naranjo, dio aplicación a la Convención de Nueva York de 1958. Sin embargo, la Corte, en lugar de sustentar su decisión únicamente en las disposiciones de dicho tratado (como la correcta interpretación y aplicación de su articulado lo exige) decidió también aplicar, acumulativamente—a nuestro juicio, de manera errada—, el Código de Procedimiento Civil cuyas normas (de carácter necesariamente general) deben ceder ante el carácter específico de la Ley aprobatoria de la convención y ante su carácter de Ley aprobatoria de un tratado internacional.

<sup>34</sup> De hecho, una de las críticas que se hace a la ley modelo de la CNUDMI se refiere a su artículo 3.b.i), que considera internacional el arbitraje en el cual la sede del tribunal arbitral se encuentra fuera del Estado en el que al menos una de las partes tiene su establecimiento.

arbitraje internacional que se lleve a cabo en el país concluya con un laudo nacional (es decir, proferido dentro del territorio de la república), el cual no necesita el exequátur para ser reconocido y producir efectos en Colombia.

Sería claramente desproporcionado —y constituiría además prueba de grave ignorancia del derecho y tráfico internacionales— considerar que porque las partes han decidido —probablemente por razones de neutralidad o comodidad— fijar como lugar del arbitraje un determinado país, dicho arbitraje se convierte automáticamente en un arbitraje doméstico (del citado país), al cual habría que aplicarle las disposiciones del arbitramento interno.

En 1994 escribí (ver nota 1, supra) que estos problemas podrían fácilmente evitarse delimitando claramente, por una parte, la noción de arbitraje internacional, lo cual permitiría de manera cierta saber cuáles son los criterios para determinar cuándo un arbitraje —aunque el tribunal arbitral sesione o haya sido constituido en Colombia— es internacional; y por otra parte, el marco legal que exigiría dicho arbitraje, puesto que la mayoría de los tratados que consagran disposiciones sustantivas en materia de arbitraje internacional (es el caso de la Convención de Panamá de 1975, artículos 1o. a 3o.) requieren, previamente a su aplicación, que el arbitraje sea calificado como arbitraje internacional.

EL legislador colombiano ha adoptado recientemente (Ley 315 del 12 de septiembre de 1996) un régimen para el arbitraje internacional en el cual define cuándo se considera un arbitraje como internacional, para a continuación dar a las partes en dicho arbitraje la más amplia libertad para regular el procedimiento arbitral, y cuándo un laudo se considera extranjero, cuestión de suma importancia para el exequátur y la aplicación de la Convención de Nueva York de 1958, pues tanto el uno como la otra sólo se aplican a los laudos extranjeros.

Habiendo ya dado este importante paso en materia internacional, también se impone una modificación del régimen en vigor para el arbitraje interno, máxime a la luz de la libertad consagrada en el citado artículo 14, numeral 3, de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270 de 1996), que tenga así en cuenta la finalidad del arbitramento y la naturaleza de la misión del árbitro.

Es ésta la vía que recientemente han tomado algunos países latinoamericanos<sup>35</sup>. Al respecto, hay que notar la acogida que ha tenido la ley modelo de arbitraje internacional preparada por la Conferencia de las Naciones Unidas para el Derecho

---

<sup>35</sup>Es el caso de México (Decreto publicado en el D.O del 22 de julio de 1993); Perú (decreto-Ley 26572 de 1996); Brasil (Ley 9307 del 23 de septiembre de 1996); Guatemala (Decreto 67-95 del 3 de octubre de 1995).

Mercantil –CNUDMI– (o UNCITRAL, por sus siglas en inglés)<sup>36</sup>. Igualmente vale la pena citar los casos de las legislaciones mexicana y guatemalteca, las cuales han consagrado un régimen común para el arbitraje (nacional e internacional). Esta vía es, sin duda alguna, la más moderna y adecuada a las necesidades del comercio actual y a las tendencias de globalización económicas. El legislador colombiano no debería descartar esta posibilidad de ponerse al día en materia de arbitramento, sobre todo cuando ya existe una sólida cultura arbitral en el país.

En efecto, las disposiciones colombianas en materia de arbitraje nacional o interno consagran los principios fundamentales de una legislación favorable al arbitramento: reconocimiento de la validez de la cláusula compromisoria, ausencia de formalismos para el pacto arbitral, amplios poderes para el árbitro, mínima intervención del juez común y control limitado del laudo (en la forma de causales taxativas de nuli-

---

<sup>36</sup> Sobre el texto de dicha ley modelo, v. supra, nota 9. Para comentarios sobre la misma, v. ESPLUGES, Carlos, Aproximación a la nueva ley modelo de UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional, Rev. de la Corte Española de Arbitraje, Madrid 1986; FOUCHARD, Philippe, La Loi-type de la C.N.U.D.C.I sur L'arbitrage commercial interancional, Journal de Droit International (Clunet), París, 1987.861; HERRMANN, Gerold (y BUENO G., Carlos), Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional (Viena, 1985); Nota Introducción, Rev. Universitas, No.76, pp.15-27.



dad del mismo) por parte de las jurisdicciones ordinarias.

Sin embargo, es también evidente que el legislador del decreto 2279 de 1989 (y de la legislación que lo ha modificado), reglamentado al máximo el arbitramento, ha desconocido ostensiblemente la autonomía de la voluntad de las partes.

No obstante, hay que reconocer las bondades de una reglamentación que dota de previsibilidad, orden y, por lo mismo, seguridad al proceso arbitral. Dicho tipo de reglamentación legal es especialmente útil para quienes recurren al arbitramento sin necesariamente ser especialistas en el ramo o usuarios sofisticados del mismo; pero no se puede negar que hoy en día (y cada vez más) existen partes y abogados realmente expertos en la materia que, con pleno conocimiento de causa, desearían disponer de la libertad necesaria para diseñar un proceso adaptado a la realidad y a las particularidades de la relación contractual en la que se inscribe el litigio.

En esta medida, disposiciones como, por ejemplo, aquellas que regulan la notificación de la convocatoria o de la demanda, la forma de constitución del tribunal arbitral, la manera de proceder a las notificaciones y comunicaciones durante el proceso, los términos y el plazo para dictar el laudo, la forma de organización de instancia arbitral (incluidas la presentación de escritos, prue-

bas y realización de audiencias) y lo concerniente a la remuneración del tribunal arbitral y a sus gastos, deberían ser de carácter supletivo. Sobre todas estas cuestiones las partes deberían gozar de completa libertad para estipular (directamente o haciendo referencia a un reglamento de arbitraje) al respecto.

Hoy en día la Constitución ha reconocido la importancia de la autonomía de la voluntad en el arbitramento. La finalidad del mismo y la naturaleza de la misión del árbitro confirman el acierto del constituyente.

En el marco del desarrollo económico y el auge comercial que se está registrando en Colombia, las instituciones jurídicas tienen que responder rápidamente a las nuevas necesidades, so pena de constituirse en verdaderos obstáculos a dichos fenómenos de progreso económico y comercial.

El arbitramento y el arbitraje internacional han demostrado ser instrumentos efectivos y benéficos para la sociedad, especialmente en el ámbito comercial.

El constituyente de 1991 y el legislador de 1996 han abierto una oportunidad para poner la legislación colombiana en consonancia con las tendencias que aparecen en el derecho comparado. Esperando que el legislador actual no pierda la oportunidad de extender al arbitraje inter-

no (o nacional) la libertad y flexibilidad que ya ha otorgado al arbitraje internacional, la jurisprudencia y la doctrina deberían desde ya comenzar a marcar nuevas pautas más favorables al principio de autonomía de la voluntad.

Los Centros de Arbitraje, con base en las libertades que les da la Ley Estatutaria de la Administración de

Justicia, deberían comenzar a redactar reglamentos que permitan el desarrollo del verdadero arbitraje institucional. De hecho, dedicados por ahora, casi exclusivamente, a la nominación de árbitros y al papel de notificadores, los Centros deberían ya promulgar verdaderos reglamentos de arbitraje que diseñen un proceso arbitral adaptado al gremio que pretenden servir.