

# EL ARBITRAMIENTO COMO ESTRATEGIA DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL CONTEXTO DE LA GLOBALIZACIÓN

Ramón Antonio Peláez Hernández

## Introducción

El desarrollo sistemático que supuso la materialización de redes sociales y la comunicación virtual, como también la referida transnacionalización, hizo necesario que los sistemas jurídicos respondieran a esa nueva realidad. El denominado comercio electrónico es la más clara expresión de ello, y como mecanismo idóneo para incentivar las relaciones comerciales constituyó un verdadero reto para afrontar su regulación, lo que conllevó, por una parte, a instrumentar en cada uno de los Estados una normativa que cumpliera un papel importante para regular este tipo de negocios jurídicos y en cuya materialización jugó una función determinante la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).<sup>1</sup>

.....  
1 "La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) es un órgano subsidiario de la Asamblea General. Prepara textos legislativos internacionales para ayudar a los estados a modernizar el derecho mercantil y los textos no legislativos para facilitar las negociaciones entre las partes en operaciones comerciales. Los textos legislativos son los siguientes: Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías; Convención sobre la Prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías; *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional*; Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios; Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente; Ley Modelo de la CNUDMI sobre Transferencias Internacionales de Crédito; Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagars

Pues bien, ese organismo además de fijar los parámetros generales del modelo que terminó implementado en Colombia mediante la Ley 527 de 1999<sup>2</sup>,

Internacionales; Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, 1978 (Hamburgo); Convenio de las Naciones Unidas sobre la Responsabilidad de los Empresarios de Terminales de Transporte en el Comercio Internacional; y *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico*. Los textos no legislativos son los siguientes: Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional; Reglamento de Conciliación de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional; Notas de la CNUDMI sobre la Organización del Proceso Arbitral; Guía Jurídica de la CNUDMI para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Instalaciones Industriales; y Guía Jurídica de la CNUDMI sobre Operaciones de Comercio Compensatorio Internacional". Tomado de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006, (lo resaltado fuera de texto). CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional), *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006*, (Viena: Secretaría de la CNUDMI. Consultado octubre 10, 2017. [https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001\\_Ebook.pdf](https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf)).

2 Recordemos que la Corte Constitucional mediante la sentencia C-662 del 8 de junio de 2000 con ponencia de Fabio Morón Díaz declaró la constitucionalidad de dicha normativa, precisando entre otras cosas, las siguientes:

"[...] 2. El contexto de la Ley 527 de 1999. 2.1. *La revolución en los medios de comunicación de las dos últimas décadas a causa de los progresos tecnológicos en el campo de los computadores, las telecomunicaciones y la informática.*

Es bien sabido que los progresos e innovaciones tecnológicas logrados principalmente durante las dos últimas décadas del siglo XX, en el campo de la tecnología de los ordenadores, telecomunicaciones y de los programas informáticos, revolucionaron las comunicaciones gracias al surgimiento de redes de comunicaciones informáticas, *las cuales han puesto a disposición de la humanidad, nuevos medios de intercambio y de comunicación de información como el correo electrónico, y de realización de operaciones comerciales a través del comercio electrónico,* [...].

2.2. La necesidad de actualizar los regímenes jurídicos para otorgar fundamento jurídico al intercambio electrónico de datos.

Desde luego, este cambio tecnológico *ha planteado retos de actualización a los regímenes jurídicos nacionales e internacionales*, de modo que puedan eficazmente responder a las exigencias planteadas *por la creciente globalización de los asuntos* pues, es indudable que los avances tecnológicos en materia de intercambio electrónico de datos ha propiciado el desarrollo de esta tendencia en todos los órdenes, lo cual, desde luego, implica hacer las adecuaciones en los regímenes que sean necesarias para que estén acordes con las transformaciones que han tenido lugar en la organización social, económica y empresarial, a nivel mundial, regional, local, nacional, social y aún personal.

La exposición de motivos del proyecto presentado al Congreso de la República por los Ministros de Justicia y del Derecho, de Desarrollo, de Comercio Exterior y de Transporte, que culminó en la expedición de la Ley 527 de 1999, ilustró las exigencias que el cambio tecnológico planteaba en términos de *la actualización de la legislación nacional para ponerla a tono con las nuevas realidades de comunicación e interacción imperantes y para darle fundamento jurídico a las transacciones comerciales efectuadas por medios electrónicos y fuerza probatoria a los mensajes de datos*, en los siguientes términos:

El desarrollo tecnológico que se viene logrando en los países industrializados, permite agilizar y hacer mucho más operante la prestación de los servicios y el intercambio de bienes tangibles o intangibles, lo cual hace importante que nuestro país incorpore en su estructura legal, normas que faciliten las condiciones para acceder a canales eficientes de derecho mercantil internacional, en virtud a los obstáculos que para esta encarna una deficiente y obsoleta regulación al respecto.

2.3. La Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de la Comisión de las Naciones Unidas para el desarrollo del Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

•El arbitramento como estrategia de resolución de conflictos en el contexto de la globalización.

propició por otra parte que se redimensionara el papel de la jurisdicción local o regional para resolver los conflictos suscitados con motivo de tales negocios, precisamente por el concepto de desmaterialización del sitio donde se deben cumplir las obligaciones, a lo que se sumó el hecho de que al trascender tales relaciones comerciales las fronteras de los Estados, sus propios sistemas jurídicos tuvieron que responder a esa nueva realidad, especialmente porque las partes del negocio jurídico gozan de la libertad de disponer el mecanismo de solución de las disputas que surgieren con ocasión de este, dando como resultado que el organismo en mención fijara, a partir de una ley modelo, los direccionamientos para instrumentar —bajo la denominación de proceso arbitral—, un procedimiento que respondiera a la dinámica que impone los nuevos procesos de negociación, circunstancias propiciadas por la denominada globalización, por la incidencia que produce, como en efecto lo indicó la Corte en el pronunciamiento en cita, y que se materializó en Colombia en el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, contenido en la Ley 1563 de 2012.

Pues bien, bajo ese panorama, el problema jurídico que se plantea en el presente capítulo consiste en ¿cuál es el efecto que en los sistemas jurídicos produce la globalización del comercio y qué mecanismos de orden procesal están previstos para reaccionar frente a las eventuales disputas que se susciten en ese entorno?

La hipótesis sobre la cual gira la postura a adoptarse es la de que esa nueva realidad comercial plantea una necesaria uniformidad, que incide en los sistemas y que se refleja en los mecanismos previstos para solucionar las disputas, y que por ende el arbitramento es una expresión de esa tendencia unificadora para

---

Como quedó expuesto, las regulaciones jurídicas tanto nacionales como internacionales resultaron insuficientes e inadecuadas frente a los modernos tipos de negociación y de comunicación.

Ante esa realidad, la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil promovió la gestación de un proyecto de ley tipo en materia de comercio electrónico, inspirada en la convicción de que al dotársele de fundamentación y respaldo jurídicos, se estimularía el uso de los mensajes de datos y del correo electrónico para el comercio, al hacerlos confiables y seguros, lo cual, de contera, *redundaría en la expansión del comercio internacional, dadas las enormes ventajas comparativas que gracias a su rapidez, estos medios ofrecen en las relaciones de índole comercial entre comerciantes y usuarios de bienes y servicios.*

La Asamblea General de la ONU, mediante Resolución 51/162 de 1996 aprobó la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico elaborada por la CNUDMI y recomendó su incorporación a los ordenamientos internos como un instrumento útil para agilizar las relaciones jurídicas entre particulares. [...] La Ley 527 de 1999 es, pues, el resultado de una ardua labor de estudio de temas de derecho mercantil internacional en el seno de una Comisión Redactora de la que formaron parte tanto el sector privado como el público [...]. (Lo resaltado fuera de texto).

cumplir con el propósito de servir como instrumento para resolver los conflictos de carácter comercial que se presenten entre los contratantes.

La metodología que se siguió para demostrar esa hipótesis comprende el análisis, la síntesis, la inducción y deducción y el método específico del diseño bibliográfico o documental, lo cual supuso que la labor aquí desplegada se basara en el análisis teórico de las diversas posturas existentes en torno a la materia de estudio y, con ese mismo propósito, conllevó a una aproximación descriptiva del arbitramento y su tratamiento que en la órbita internacional y constitucional se le ha dado en nuestro sistema jurídico, en respuesta a esas nuevas tendencias.

En este orden de ideas, la búsqueda se concentró en el análisis de la nueva realidad negocial que supuso la instrumentación de un mecanismo, que como el arbitramento busca propiciar soluciones inmediatas a la disputa, sin tener que acudir a la jurisdicción ordinaria, constituyendo una estrategia propicia para hacer efectivo el derecho de acceso a la justicia, y por tanto enmarcándose en el concepto de justicia informal como una expresión de la función pública de administración de justicia y cuyos derroteros responden a unos direccionamientos trazados desde organismos de corte internacional, todo ello para propender por la unificación de procedimientos, respondiendo en el orden interno, estructuralmente a la Ley Modelo que sobre arbitramento se expidió, y cuyo análisis también se aborda en este documento.

Todo ello en consecuencia conlleva abordar, en una primera parte, los efectos de la globalización del comercio para incidir en esa eventual uniformidad, y demostrada como es esa nueva realidad, a partir de la identificación de las aristas que caracterizan esas tendencias unificadoras se evidenciará cómo, en efecto, el arbitramento es una clara expresión de esa aspiración procesal, para luego abordar en una segunda parte, la naturaleza jurídica de este instituto procesal visto desde el ámbito constitucional y en una última parte verificar la incidencia que ha de tener en el panorama procesal a partir de los ejes articuladores que resultan comunes de los direccionamientos trazados internacionalmente en la Ley Modelo, y que verificados en la normativa interna, nos permitirá sentar las conclusiones de esa labor.

## Relaciones comerciales y globalización

### *Panorama actual*

Para nadie es un secreto que las nuevas reglas del mercado a partir de los años 90 del siglo pasado, supusieron un cambio radical a propósito del desarrollo desmesurado de los medios de comunicación, que bajo la denominada “virtualidad” permitió trascender las fronteras en todos los ámbitos y en particular en lo comercial, a tal punto que se ha considerado que “la globalización es un proceso, esto es, un proceso en marcha, inacabado, y que se ha iniciado hace poco o, por lo menos, gracias a factores fundamentales como las nuevas tecnologías y sus componentes informáticos [...]”<sup>3</sup>, a lo que se sumó la transnacionalización del comercio, expresado en la apertura de fronteras, donde la variedad de formas de desplazamiento optimizaron los tiempos de los actores a otras latitudes, y la correlativa masificación de los negocios jurídicos. Ese nuevo panorama comercial permitió que ganara espacio dicha globalización, por lo que se afirma que:

[...] Un arquitecto del *pensamiento* burgués en cuanto al tema es el *Grupo de Lisboa*. Para esta asociación europea, se percibe en la *literatura* existente siete tipos de Globalización. La globalización de las *finanzas* y el *capital*, la globalización de los *mercados* y *estrategias*, y especialmente de la *competencia*, la globalización de la *tecnología*, de la *investigación y desarrollo* y de los conocimientos correspondientes, la globalización de las formas de vida dominantes, la globalización de la unificación *política* del mundo y la globalización de las percepciones y la *conciencia* planetaria. Pero para los especialistas que conforman el grupo de investigación hay consenso en que todas esas globalizaciones son parciales por lo tanto ninguna prevalece sobre las demás.

Por tanto, se dieron a la tarea de proponer un nuevo concepto o (mejor llamarla una visión propia). Para el *Grupo de Lisboa* la Globalización: “[...] hace referencia a la multiplicidad de vínculos e interconexiones entre los Estados y las *sociedades* que construyen el actual sistema mundial. Describe el proceso a través del cual los acontecimientos, decisiones y actividades en cualquier lugar tienen repercusiones significativas en muy alejados rincones del mundo. La Globalización se manifiesta en dos

.....  
3 Carlos Eduardo Maldonado, “La globalización como proceso: herramientas para pensar procesos”, (En Gonzalo E. Ramírez Cleves, ed., *El derecho en el contexto de la globalización*), Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2007. 35.

fenómenos diferentes: el de alcance y el de la intensidad. Por un lado define una serie de *procesos* que abarcan la mayor parte del globo o que operan a *escala* mundial; el concepto tiene, pues, una implicación espacial. Por otro lado, también implica una intensificación en los niveles de *interacción*, de interconexión o interdependencia entre los Estados y sociedades que integran la *comunidad* mundial [...].

Otra posición reiterada es identificar la Globalización como un nuevo orden Poscomunista que regula las *leyes* del *Capitalismo* a nivel mundial y que es válida para denominar las relaciones que se establecen de todo tipo y magnitud dentro de la “aldea global”. Los defensores de esta concepción argumentan que el derrumbe del campo socialista devolvió al Capitalismo a su cauce natural, a la universalización del Capitalismo. Que el proceso capitalista va ganando adeptos e incluso en aquellas naciones ex socialistas y por tanto va camino a la homogenización y armonización del Sistema a nivel Mundial. Para estos autores los integrantes de la aldea global consumen diariamente las mercancías producidas en una fábrica global, donde las naciones que no son centros de poder juegan el papel de simples talleres que contribuyen con la producción de los poderosos [...].<sup>4</sup>

Atendiendo a las anteriores consideraciones, es perfectamente posible señalar que:

La palabra “globalización” es distintiva y portadora de un significado específico. Todo el mundo sabe más o menos lo que recubre. Se trata de una toma de conciencia de que muchos problemas, en el final del siglo XX y a comienzos del XXI, ya no pueden tratarse a través de una simple referencia a los Estados y sin tener en cuenta los vínculos que, de ahora en adelante, unen las diferentes partes del globo terrestre. En materia de clima o en materia de medio ambiente, en materia de comunicaciones y, sobre todo, de telecomunicaciones, es algo particularmente evidente. Pero el concepto de globalización desbordó con gran rapidez estas cuestiones que escapaban claramente a la gestión puntual y atomizada de los Estados, para dar su plena dimensión a una mejor comprensión de fenómenos nuevos que se producen en el *campo de los intercambios monetarios y económicos*”.<sup>5</sup> (lo resaltado fuera de texto).

En ese propósito se afirma que la globalización supone un valor paradigmático cuando se cumple una serie de condiciones, a saber:

4 Víctor Cairo, *La globalización y el comercio internacional*, (Consultado octubre 10, 2017, <http://www.monografias.com/trabajos25/globalizacion-comercio/globalizacion-comercio.shtml>)

5 André-Jean Arnaud, *Entre Modernidad y Globalización*, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000), 32.

•El arbitramento como estrategia de resolución de conflictos en el contexto de la globalización.

- Un cambio en los modelos de producción.
- El desarrollo de los mercados de capitales ligados entre sí más allá de las naciones.
- Una expresión creciente de las multinacionales.
- La importancia creciente de acuerdos comerciales entre naciones que forman bloques económicos.
- Un ajuste estructural que pasa por la privatización y la disminución del papel del Estado.
- La hegemonía de los conceptos neoliberales en materia de relaciones económicas.
- Una tendencia generalizada en todo el mundo a la democratización, a la protección de los derechos de hombre, al renovado interés por el Estado de derecho.
- La aparición de actores supranacionales y transnacionales que promueven esta democracia y esta protección de los derechos del hombre.<sup>6</sup>

Es así como se afirma que:

[...] Lo que la globalización acarrea es, entonces, un centro de gravedad en torno al cual se dan las principales decisiones económicas y políticas mundiales, dotado de un carácter no democrático, embozado en la esfera privada, dogmático en su pensamiento y acción, sin márgenes para un pluralismo no corporatizado, renuente al debate político profundo y atado a una lógica de la ganancia que le impide la planificación a largo plazo [...]<sup>7</sup>

Así las cosas, en voces del maestro De Sousa Santos, la globalización:

[...] es un proceso a través del cual una determinada condición o entidad local amplía su ámbito a todo el globo y, al hacerlo, adquiere la capacidad de designar como locales las condiciones o entidades rivales. Una vez que un proceso de globalización es identificado, su significado y explicación plenos no pueden ser obtenidos sin considerar procesos adyacentes de relocalización que ocurren en conjunción y entrelazados con él [...].<sup>8</sup>

6 Arnaud, "Entre Modernidad", 34.

7 José Luis Orozco y Consuelo Dávila, *Breviario Político de la Globalización*, (México: Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM, 1997), 198.

8 Boaventura De Sousa Santos, *La globalización del derecho*, (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, 2002), 56.

## Incidencia de la globalización en lo normativo

Si se parte de la base que los ordenamientos jurídicos son el reflejo de la dinámica económica que se suscita en la sociedad, se tiene que los sistemas jurídicos resultan permeados por la nueva realidad que hemos venido mencionando, por lo que:

[...] Se puede afirmar hoy, sin temor a equivocarse que el proceso de la llamada globalización está acompañado de una transformación gradual no sólo de la estructura y organización política, *sino también de los aparatos y mecanismos de producción normativa*. En efecto, los espacios de tiempo presente parecen ser los espacios abiertos del mercado, del comercio, de la economía y las finanzas libres, del intercambio y circulación de cosas y personas, espacios que proponen *un derecho nuevo*, sin barreras, sin fronteras o por fuera de ellas, y que ha hecho pensar en un sistema jurídico que no tenga ya, en el territorio, su centro propio de existencia [...].<sup>9</sup> (lo resaltado fuera de texto).

Pues bien, en el ámbito del derecho privado, el proceso civil es el mecanismo de naturaleza heterocompositiva de resolución de los conflictos, frente a esa nueva realidad se ve reflejado, en una marcada tendencia a la uniformidad, lo que ha llevado a afirmar, en voces del maestro Taruffo, que se torna como necesario un cambio en el proceso puesto que la denominada:

[...] “sociedad mundial”, esté resultando el ámbito fundamental de referencia para comprender la naturaleza y dinámica de los procesos judiciales globales.

En alguna medida *esta tendencia está relacionada con la globalización de la economía mundial* y puede ser incluso interpretada como el efecto de ella.<sup>10</sup> (lo resaltado fuera de texto).

Lo anterior supone, que:

*En general, la globalización es un factor muy potente que produce uniformidad –o por lo menos un empuje hacia la uniformidad– de la cultura*. Cada uno puede encontrar fácilmente docenas de ejemplos de objetos culturales (libros, discos, películas, videotapes, obras de arte) que se vuelven “comunes” a escala mundial, a consecuen-

9 Édgar Cortés, “Fluidez y certeza del derecho ¿hacia un sistema abierto de fuentes?”, (En Gonzalo E. Ramírez Cleves, ed., *El derecho en el contexto de la globalización*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007), 161.

10 Michele Taruffo, *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*. (Bogotá: Temis, 2006), 17.



•El arbitramento como estrategia de resolución de conflictos en el contexto de la globalización.

cia de la expansión de los mercados y de la extrema facilidad y rapidez de la comunicación.<sup>11</sup> (lo resaltado fuera de texto).

Todo ello para significar en voces del connotado maestro italiano, que:

[...] un mercado globalizado *requiere un grado elevado de uniformidad de los mecanismos jurídicos que son usados para revestir de formas legales los hechos económicos*. Esto es obvio, por ejemplo, en el ámbito de los contratos que se emplean en todo el mundo para las transacciones comerciales y financieras.<sup>12</sup> (lo resaltado fuera de texto).

En este mismo sentido se torna necesario indicar que el derecho procesal no se escapa de esa aspiración armonizadora, especialmente en lo que respecta al proceso civil, que sería el escenario propicio para dirimir las controversias que derivan de esas relaciones comerciales, y de ahí que se afirme que:

[...] Por ejemplo, la International Association of Procedural Law, dedica mucha atención a la armonización del derecho procesal en el plano transnacional, y es ella misma un importante factor de circulación de las ideas relativas a muchos temas en este ámbito. [...] *el proceso civil es cada vez más a menudo materia de regulación internacional*; es obvio pensar en las convenciones de Bruselas, de Lugano y de la Haya, pero muchos otros tratados o convenciones pueden ser mencionados (como p. ej. El art 6 de la Convención Europea sobre los Derechos del Hombre). Otro fenómeno de notable interés está constituido por varios intentos de construir bases comunes para la armonización o unificación del derecho procesal. Un ejemplo relevante es la Model Law preparada por la UNCITRAL *para el arbitramento comercial*, que está obteniendo notable éxito, sobre todo porque ya existe un contexto internacional del arbitramento comercial.<sup>13</sup> (lo resaltado fuera de texto).

Todo lo anterior nos permite afirmar, sin riesgo a equívocos, que ante la realidad que plantean las relaciones comerciales —en cuyo ámbito, el interés que les asiste a los comerciantes es el de contar con mecanismos expeditos de resolución de conflictos— el arbitramento internacional adquiere, como era de esperarse, un rol de vital importancia; esto en razón a que los modelos de justicia tradicional no tienen la capacidad de reacción que desde el punto de vista de la solución

.....  
 11 Ibid, 18, citando para el efecto a Friedman al afirmar que se trata de una cultura global “*middle brow and middle class*” esencialmente popular.

12 Ibid, 18.

13 Ibid, 19.

inmediata imponen tales relaciones, a los que el proceso arbitral sí está en capacidad de responder con la celeridad que se espera de esas actuaciones.

Bajo la anterior perspectiva, tanto el arbitramento internacional, como el nacional adquirieron un papel preponderante precisamente por ser una respuesta idónea a la globalización del comercio, en la medida en que permite la adopción de un mecanismo que responde de manera más eficaz a la resolución de los conflictos, en cuyo caso, las partes son las que definen la manera de su integración y, en especial, el lugar en el que este ha de sesionar para responder a la inmediata solución de la disputa.

En ese propósito, tales acuerdos que toman como base la Ley Modelo, se fundan en la escogencia del tribunal de arbitraje por cuenta de las partes, quienes a su vez, además de determinar el número de árbitros para cumplir esa labor, cuentan con la posibilidad de establecer un término perentorio de duración de la actuación en cuyo marco los conflictantes reciben del tribunal una respuesta que bajo la denominación de laudo arbitral responde a las exigencias de justicia que provocó su integración, quedando supeditado dicho laudo al trámite del *exequatur*<sup>14</sup> que en cada uno de los Estados se impone como condición necesaria para la ejecución de las decisiones allí contenidas.

Cabe señalar que en efecto frente a ese modelo procesal existen unos parámetros o estándares que, conforme a la referida Ley Modelo, son comunes en todos los Estados, precisamente porque responden a la identidad que se espera del arbitramento y que se pueden fijar en los siguientes:

- Establecimiento de un término de duración del proceso.
- Determinación de la forma de escoger los árbitros.
- La fijación de las condiciones o calidades que se esperan de los árbitros como sujetos cualificados.
- El procedimiento a seguir.
- La naturaleza o tipo de pronunciamiento.
- La imposibilidad jurídica de la existencia de recursos ordinarios en el desarrollo o trámite del proceso.

.....  
14 Trámite cuya competencia le está adscrita a la Corte Suprema de Justicia según las previsiones contenidas en el artículo 30 numeral 5 y que conforme al trámite previsto en el artículo 607 del Código General del Proceso buscan que tales decisiones tengan en Colombia la fuerza que les concedan los tratados existentes con ese país, conforme a las previsiones contenidas en dicha normativa.

•El arbitramento como estrategia de resolución de conflictos en el contexto de la globalización.

Pues bien, Colombia, como la mayoría de países que integran la ONU, responde a las exigencias de este modelo alternativo en el que la influencia del derecho europeo y anglosajón es determinante; y, por ser miembro de esta organización, está sujeta a los direccionamientos que desde la misma UNIDROIT<sup>15</sup> se señalan para el derecho privado y a las pautas que frente a los conflictos que se susciten, deben adoptarse para su superación, dentro de los que se cuenta el arbitramento.

Todo lo anterior nos permite afirmar que la pretendida unificación, como aspiración de contar con unas condiciones que sean susceptibles de ser aplicadas en cualquier parte del mundo, no solo se ha dado en el ámbito del derecho privado en materia contractual, sino que, además, se hizo extensiva en relación con los mecanismos previstos para la resolución de las controversias que se presenten con motivo de esos contratos.

## El arbitramento en el contexto de los modelos procesales de solución de conflictos

### *Naturaleza jurídica*

Estructurados como sistemas procesales de resolución de conflictos, la denominada autotutela, la autocomposición y la heterocomposición, “[...] respondiendo cada uno de ellos a una etapa histórica determinada”<sup>16</sup>, se ha ubicado al arbitramento en los sistemas heterocompositivos, como en efecto tuvo oportunidad de señalarlo la Corte Constitucional en la Sentencia C-1195 del 15 de noviembre de 2001, con ponencia de Marco Gerardo Monroy Cabra y Manuel José Cepeda

.....  
 15 “El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, también conocido como UNIDROIT, es una organización intergubernamental independiente con sede en Roma, Italia. Su objetivo es estudiar las necesidades y métodos para modernizar, armonizar y coordinar el derecho internacional privado y el derecho comercial, en particular entre los Estados, así como formular los instrumentos de derecho uniforme, principios y normas para alcanzar dichos objetivos.

Asimismo, se tiene dentro de sus principales funciones la redacción y aprobación de normativas respecto a temas de derecho privado aplicables a los países miembro de la UNIDROIT. Uno de los principales logros, aplicables en la legislación nacional, son los principios generales sobre derecho privado. Estos principios abarcan los temas del derecho mercantil, civil y comercial.

La UNIDROIT cuenta con 63 Estados miembro, al cual pertenece Colombia desde el 19 de abril de 1940”. Gobierno de Colombia, Cancillería. *Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT)*, <http://www.cancilleria.gov.co/internacional/multilateral/inter-governmental/unidroit>

16 Antonio Peláez, *Los mecanismos alternativos de solución de conflictos en el contexto del derecho de acceso a la justicia*, (Bogotá: Doctrina y Ley, 2017), 20.

Espinosa<sup>17</sup>, y que a su vez se enmarca en la tercera ola de justicia como estrategia para propiciar el cabal ejercicio del derecho de acceso a la justicia; olas de las que se ocupó la misma Corte Constitucional en el referido pronunciamiento<sup>18</sup>, pues, por una parte, se considera como uno de los mecanismos alternativos de solución de conflictos que se enmarcaría dentro de la categoría de justicia informal<sup>19</sup>; y por otra, responde al ejercicio de la función jurisdiccional que se le atribuye,

.....  
17 En efecto, en la referida Sentencia C-1195 del 15 de noviembre de 2001, cuando tuvo la Corte la oportunidad de pronunciarse respecto a la constitucionalidad de la imposición del cumplimiento del requisito de procedibilidad de la conciliación indicó entre otras cosas que:

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

El segundo grupo, denominado de heterocomposición, compuesto por aquellos medios en los cuales las partes enfrentadas someten la solución de sus conflictos a terceros que se encargan de resolverlos independientemente de la autonomía de la voluntad de las partes. *En este segundo grupo se ubican tanto los mecanismos de justicia formal como el arbitraje.* (Lo resaltado fuera de texto).

18 Es así como, allí se señaló que:

"[...] Algunos doctrinantes [...] al analizar la evolución del movimiento de reforma a la justicia identifican tres "olas" sucesivas para mejorar las condiciones de acceso a la justicia. La primera ola se refiere al propósito de proveer servicios jurídicos para los pobres mediante el establecimiento, por ejemplo, de servicios gratuitos de asesoría legal, de defensores de oficio o del amparo de pobreza.[...] La segunda ola se refiere a la creación de figuras tales como las acciones populares y de grupo, como mecanismos para extender el acceso a la justicia a la protección de los intereses difusos y de los derechos colectivos. La tercera ola se orienta a garantizar la efectividad del acceso a la justicia para la resolución de conflictos, bien sea a través de la justicia formal mediante vías judiciales realmente expeditas o de procedimientos alternativos como la negociación, el arbitraje o la mediación.

A estas tres olas registradas hasta mediados de la década de los ochenta se suma una cuarta ola, dentro de la cual se han adoptado medidas para corregir problemas específicos de acceso a la justicia para remover barreras concretas. Figuras tales como los jueces itinerantes –para garantizar el acceso a la justicia en lugares remotos–; la administración judicial de los tiempos de un proceso –para garantizar un acceso a la justicia más expedito al permitir la reducción de los tiempos procesales de común acuerdo con las partes–; la evaluación neutral previa del proceso –para restringir el litigio a los asuntos esenciales–; o la provisión de asesores legales neutrales –para que sectores débiles o marginados de la población superen sus temores a negociar y sus desventajas frente a organizaciones privadas particularmente poderosas–, son algunos ejemplos de este tipo de medidas.

19 Yazmín Gómez, *Solución pacífica, conciliación y arbitraje*, (Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2010), 191, donde se define el arbitraje así:

"[...] es un medio de resolución de controversias por medio del cual las partes acuerdan someter una diferencia susceptible de transacción a terceros llamados árbitros quienes quedan investidos transitoriamente de la función de administrar justicia". En el mismo sentido, *cf.*, Ramiro Bejarano, *Procesos declarativos, ejecutivos y arbitrales*, (Bogotá: Temis, 2011), 456.

•El arbitramento como estrategia de resolución de conflictos en el contexto de la globalización.

entre otros, a los particulares en calidad de árbitros<sup>20</sup>, por lo que al constituir una expresión del ejercicio de la función pública de administrar justicia, se comporta de manera similar al modelo de justicia formal, como es el proceso judicial, superándose de una vez por todas el carácter privatista que en vigencia de la Constitución de 1886 se le daba al arbitramento, bajo el entendido que emanaba de un acuerdo de voluntades, contenido en un pacto arbitral.

En este último sentido, es preciso señalar que:

[...] La naturaleza jurisdiccional o contractual del arbitraje fue objeto de una vasta discusión desarrollada en la primera mitad del siglo XX. En aquella época los autores que favorecían el desarrollo del arbitraje, enfatizaban su carácter contractual, mientras que los partidarios de la concepción jurisdiccional acentuaban la competencia que suponía el arbitraje para los tribunales estatales [...].<sup>21</sup>

Pues bien, ese debate se encuentra debidamente superado puesto que, al concebirse dicho instituto como una expresión del ejercicio de la función jurisdiccional para administrar justicia atribuida a los particulares de forma temporal, en la forma señalada en el art. 116 de la Constitución Política, se entiende que es un mecanismo heterocompositivo de similares características que el modelo que plantea el proceso civil previsto en el marco de la justicia formal, no obstante que es posible deducir unos rasgos distintivos, como a continuación se demostrará.

.....  
 20 En Sentencia C-294 del 26 de julio de 1995, con ponencia de Jorge Arango Mejía se dijo entre otras cosas que: "[...] *Los árbitros también ejercen una función pública*, establecida en el inciso cuarto del artículo 116 de la Constitución, y en las leyes que regulan el arbitramento. Pero en cada caso concreto tienen que ser 'habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad'. Dicho en otros términos: según la Constitución, las leyes que regulen el arbitramento tienen 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. Y se dice que esta es la diferencia fundamental, *porque si los árbitros administran justicia* 'en los términos que determine la ley', también los jueces de la República administran justicia de conformidad con la ley procesal que determina la competencia y, en general, las formas propias de cada juicio [...]" (lo resaltado fuera de texto).

21 Enmanuel Gallard, *Aspectos filosóficos del arbitraje internacional*, (colección Cátedra de Derecho Económico, Financiero y del Mercado de valores, serie Arbitraje Internacional. Bogotá: Universidad Javeriana, Grupo Bancolombia, Editorial Gustavo Ibáñez, 2012), 47.

### *Puntos de convergencia*

Habiéndose afirmado que el arbitramento forma parte de la justicia informal y que tiene su fundamento en el art. 116 de la Constitución Política se asimila en sus efectos al modelo de justicia formal, como expresión de la función atribuida a los particulares que en aquella calidad quedan investidos de las mismas atribuciones que se les confieren a las autoridades judiciales, por lo que afloran las siguientes similitudes:

- Su manejo está a cargo de sujetos cualificados a quienes se les asigna la función de administrar justicia, llamados jueces y árbitros. En ambos eventos se exigen particulares calidades a quienes fungen en tales cargos, como acontece por ejemplo con los árbitros que como en el caso colombiano, cuando el conflicto es de naturaleza jurídica se les exige el título profesional de abogados y la misma experiencia pregonable para ser magistrado de Tribunal Superior, es decir de ocho años.
- Concurren en su materialización las garantías procesales integradoras del debido proceso más importantes: la del juez natural, las formas propias de cada juicio y el de la tipificación de la conducta y/o de la relación jurídica.
- Son procedimientos reglados en la medida en que su desarrollo se regula en normas de orden procesal. En Colombia se tiene la Ley 1563 de 2012, para el proceso arbitral y la Ley 1564 de 2012 denominada Código General del Proceso, para el proceso civil, de familia, comercial y agrario.
- En ambos se impone como necesario el ejercicio del derecho de postulación, salvo en los asuntos de mínima cuantía.
- La actuación procesal suele culminarse a través de un pronunciamiento que muy a pesar de su distinta denominación, producen los mismos efectos de cosa juzgada: sentencia y laudo arbitral.

### *Puntos de divergencia*

Pese a las similitudes atribuibles de ambos procesos, surgen, sin embargo, algunas diferencias, a saber:

•El arbitramento como estrategia de resolución de conflictos en el contexto de la globalización.

- El arbitramento se funda en el principio de la voluntariedad, por tanto, se llega a él por virtud de un pacto arbitral, definido como “[...] un negocio jurídico de naturaleza contractual mediante el cual las partes manifiestan su voluntad de definir la solución de sus conflictos de intereses actuales o futuros, originados en una relación contractual o en una situación de hecho, a la justicia arbitral, quedando derogada la jurisdicción ordinaria”<sup>22</sup>, mientras que para el modelo judicial, no se impone ese consenso, pues la decisión de acudir ante el aparato jurisdiccional del Estado en procura de una tutela judicial efectiva, por depender de una de las partes del litigio, deberá someterse a las reglas propias de la jurisdicción y competencia.
- Mientras la justicia ordinaria se somete a un plan de reparto para la determinación del juez de conocimiento por virtud de los factores de competencia —competencia interna y externa—, en el arbitramento las partes tienen la libertad de escoger los árbitros.
- El proceso arbitral tiene un término de duración que lo establecen las partes, y a falta de ese acuerdo, lo fija la ley, en tanto que en la jurisdicción ordinaria no existe en principio dicho término, sin perjuicio, claro está, de la previsión contenida en el art. 121 del Código General del Proceso contenido en la Ley 1564 de 2012 que lo fijó en un año para el proceso civil en la primera instancia contados desde el día siguiente a la notificación del demandado del auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo al demandado, so pena de la pérdida automática de competencia que consagra dicha normativa.<sup>23</sup>
- En los procesos arbitrales no opera el principio de las dos instancias, y en relación con los actos procesales de impugnación que proceden contra el laudo arbitral, solamente se consagran los extraordinarios de anulación por errores *in procedendo*, y el de revisión por las mismas causales previstas para el proceso civil, mientras que en el desarrollo del proceso civil, por regla general se rige por el principio de las dos instancias y

22 Jorge Gil, *Nuevo Régimen de Arbitramento*, 3.ª ed., (Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 2005), 79, en este mismo sentido, Bejarano, “Procesos”, 461.

23 Ramón Antonio Peláez Hernández, *Estructura del proceso civil en el contexto de la oralidad*, (Bogotá Doctrina y Ley, 2016), 19.

procede la impugnación tanto por errores *in procedendo* como también por errores *in iudiando*.

- El proceso arbitral por esencia es oneroso pues deben sufragarse tanto los gastos del proceso como los honorarios de los árbitros y del secretario por cuenta de las partes, mientras que el proceso judicial es gratuito, salvo los gastos que en la actividad probatoria, como el caso del peritazgo y la expedición de copias para tramitar las apelaciones, entre otros, deban sufragar el interesado en el acto procesal.

### **Ejes articuladores del arbitramento previsto en la Ley Modelo y el estatuto arbitral colombiano**

#### *Fundamentos para la adopción de una Ley Modelo*

Como se dijo, la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, con las enmiendas aprobadas en 2006, expedida por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), fijó los direccionamientos generales respecto a este tipo de actuación, contenidos en la denominada Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, como en efecto se lee en la exposición de motivos contenidos en la Resolución 40/72 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, y que parte del reconocimiento respecto al valor del arbitraje como método de solucionar controversias nacidas de las relaciones comerciales internacionales, y por tanto el establecimiento de una Ley Modelo sobre este tópico, que sea aceptable para Estados con diferentes sistemas jurídicos, sociales y económicos, contribuye al desarrollo de relaciones económicas internacionales armoniosas.

En este sentido y tomando nota de que la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional aprobó en su 18.º periodo de sesiones la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, tras las debidas deliberaciones y la celebración de amplias consultas con instituciones arbitrales y con especialistas en arbitraje comercial internacional, y que sumado al hecho de que la Ley Modelo, junto con la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras y el Reglamento de Arbitraje de la Comisión



•El arbitramento como estrategia de resolución de conflictos en el contexto de la globalización.

de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, recomendado por la Asamblea General en su Resolución 31/98 del 15 de diciembre de 1976, contribuye de manera importante al establecimiento de un *marco jurídico unificado para la solución justa y eficaz de controversias nacidas de las relaciones comerciales internacionales*, se pide al secretario general que transmita a los gobiernos, a las instituciones arbitrales y a otros órganos interesados, como las cámaras de comercio, el texto de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, junto con los *travaux préparatoires* del 18.º periodo de sesiones de la Comisión; extendiendo una recomendación a que todos los Estados examinen debidamente la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, teniendo en cuenta la conveniencia de la uniformidad del derecho procesal arbitral y las necesidades específicas de la práctica del arbitraje comercial internacional, tal y como se señaló en la 112.ª sesión plenaria del 11 de diciembre de 1985, y que en términos similares se indicó en la 64.ª sesión plenaria del 4 de diciembre de 2006 (lo resaltado fuera de texto).

Obsérvese que el fundamento central para la implementación de una Ley Modelo en ese tópico radica en la necesidad de contar con un instrumento de orden procesal que responda a la necesidad que impone la nueva realidad negocial de orden internacional que caracteriza el tráfico comercial y que en consecuencia se le da el alcance normativo de orden procesal, regulador de un proceso arbitral que establece unos parámetros de carácter genérico para fijar las reglas que deben regir esa normativa, como resultado de la unificación que se espera de las reglas que han de regir dicho procedimiento, a nivel mundial.

Pues bien, a propósito de las consideraciones esbozadas en la exposición de motivos que apunta a una verdadera unificación, debemos así mismo señalar en relación con esta categoría que:

[...] no es un fenómeno expansivo sino que coexiste con una marcada tendencia hacia el particularismo en determinados sectores del derecho de la negocios internacionales. Particularismo que, incluso, sólo está en los primeros pasos de superación dentro de los círculos jurídicos integrados que agrupan ordenamientos pertenecientes a una misma familia jurídica: la experiencia de la unificación del Derecho en América

Latina, pese a la ingente obra de instituciones como la Conferencia Especializada Iberoamericana de Derecho Internacional Privado, es una buena prueba de ello.<sup>24</sup>

Es precisamente en ese ámbito de acción de las relaciones comerciales en el que se mueve con solvencia el proceso arbitral, y de ahí que se afirme que en el contexto comercial internacional tiene una importancia extraordinaria fundado en:

[...] el método o técnica mediante la cual se trata de resolver extrajudicialmente las diferencias que puedan ocurrir o que han surgido entre dos o más partes, mediante la actuación de una o varias personas (árbitro o árbitros), los cuales derivan sus poderes del acuerdo consensual de las partes involucradas en la controversia [...].<sup>25</sup>

Pues bien, parte de los direccionamientos que trae la Ley Modelo son recogidos en el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional colombiano, precisando en todo caso en voces del maestro Monroy Cabra, que:

[...] La primera diferencia entre la ley modelo y la ley colombiana es que aquella se aplica al arbitraje comercial, es decir, cuando la controversia sea comercial, y la ley 315 de 1996 se refiere genéricamente al arbitraje internacional, por lo cual cubriría también otros aspectos como los civiles, etc. [...]. La ley modelo no define qué debe entenderse por materia comercial. Optó por poner una nota a pie de página en la que se establece que debe darse “una interpretación amplia a la expresión «comercial» para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractual o no. Son relaciones de índole comercial las operaciones siguientes, sin limitarse a ellas: cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdos de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro (factoring), arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra (leasing), construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera.”<sup>26</sup>

Precisadas así las cosas, la Ley Modelo sienta las bases sobre las cuales se diseña la manera en que debe regularse el proceso arbitral, fijando unos parámetros

24 Carlos Fernández, *Tratado del Arbitraje Comercial en América Latina*, (Madrid: Iustel, 2008), 128.

25 Marco Gerardo Monroy Cabra, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, (Bogotá: Temis, 2016), 448.

26 *Ibid*, 453.

•El arbitramento como estrategia de resolución de conflictos en el contexto de la globalización.

generales a partir de los cuales los ordenamientos jurídicos de cada país regulan el referido proceso a nivel interno, y en esa medida responde esta normativa, a esos claros direccionamientos que a la postre propenden por una uniformidad de orden procesal. Dicho lo anterior, verificaremos esos ejes articuladores.

### *Estructura del proceso arbitral*

La Ley Modelo sienta las bases de la manera como debe estructurarse el proceso arbitral, estableciendo algunos ejes articuladores que contenidos en dicha ley, se han implementado en la normativa interna, como aconteció en Colombia inicialmente a través del Decreto 1818 de 1998 que unificó los mecanismos alternativos de solución de conflictos y dedicó parte de su articulado al desarrollo del proceso arbitral, recogiendo para el efecto las disposiciones contenidas en el que fuera el Decreto 2279 de 1989, algunas de las cuales fueron declaradas inexequibles por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-1038 del 28 de noviembre de 2002, con ponencia de Eduardo Montealegre, por considerarse que el director del Centro de Arbitraje no tenía funciones jurisdiccionales para hacer pronunciamientos como el del admisorio de la demanda; medidas todas ellas que sirvieron de fundamento para la expedición de la Ley 1563 de 2012 que bajo la denominación de Estatuto Arbitral Nacional e Internacional recoge toda esa filosofía.

### *El carácter solemne del acuerdo*

El art. 7 de la Ley Modelo, define el acuerdo de arbitraje, aprobado por la Comisión en su 39.º periodo de sesiones, celebrado en 2006, como aquel por virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, pudiendo adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

En este orden de ideas, se dispone que dicho acuerdo deberá constar por escrito y en ese propósito se establece que se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.

Es así como se señala que el requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito se cumplirá con una comunicación electrónica si la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por “comunicación electrónica”, se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos.

Además, se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra y, por último, se dispone que la referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria constituye un acuerdo de arbitraje por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

Este condicionamiento de orden escritural, desde el punto de vista sustancial, le da el carácter de elemento accidental al contrato, que en la forma en que se regula en la legislación colombiana se han definido como cosas del contrato que permiten precisar el tipo de negocio jurídico de que se trata y algunas otras particularidades de los que cada uno de ellos ostenta; ello conforme a las previsiones contenidas en el art. 1501 del Código Civil colombiano, al considerar como esenciales los que definen el tipo o clase de contrato, los de la naturaleza, los que se entienden pertenecerle al negocio jurídico así no haya cláusula alguna que los incorpore y, los accidentales que requieren cláusula expresa, en la medida en que en ellos, a la postre, se hace efectivo el principio de la autonomía de la voluntad de las partes que se puede mover en dos contextos: respecto a la forma de pago y en torno a la forma de resolver los conflictos surgidos con motivo del contrato.

La importancia de estos elementos radica en que por virtud de ellos no solamente se precisa el tipo de relación contractual de la que se trata, sino que, además, permiten definir el marco negocial en torno del cual, los sujetos de la relación jurídica han de circunscribir su comportamiento contractual y de ahí la impotencia que revisten en la teoría del negocio jurídico.

En ese sentido se ha indicado que:

[...]. c). los elementos accidentales (*accidentalia negotii*). Así se denominan los pactos que varían los efectos subsidiarios normales establecidos por la ley según la naturaleza del acto en cuestión, como el pacto de retroventa, o el comisorio, o las es-

•El arbitramento como estrategia de resolución de conflictos en el contexto de la globalización.

tipulaciones que agravan o atenúan la responsabilidad y las que sujetan los derechos a plazos o condiciones.<sup>27</sup>

Siendo, así las cosas, en todos los casos se impone como condición una cláusula escrita que así lo disponga, y que se expresa en que cualquier disputa que surja con motivo del negocio jurídico donde se incorpore, debe ser resuelto por árbitros y de ahí que se considere que dicho pacto:

[...] tiene el objeto de sustraer del conocimiento de la jurisdicción ordinaria cualquier conflicto que pueda surgir en el futuro derivado de ese contrato específico y que, de acuerdo con el convenio de las partes, ser dirimido por un tribunal de arbitramento y no por un juez.<sup>28</sup>

### *Composición del tribunal*

Partiendo de la base que el tribunal debe ser impar, en cuyo caso, conforme a la previsión contenida en el art. 10, son las partes las que fijarán el número de árbitros, pero si no dicen nada al respecto, será de tres, estando sujetos al régimen de impedimentos y recusaciones, conforme a lo dispuesto en los artículos 12 y 13 de dicha Ley Modelo.

Este direccionamiento es acogido por el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional que dispone en el art. 7 que: “Las partes determinarán conjuntamente el número de árbitros, que siempre será impar. Si nada se dice al respecto, los árbitros serán tres (3), salvo en los procesos de menor cuantía, caso en el cual el árbitro será único”, siendo diferencial únicamente la cuantía de la pretensión, la que por estar por debajo de 400 smlmv, impone como necesaria la presencia de un solo árbitro y en todos los casos, se sujeta dicho nombramiento de igual manera al régimen de impedimentos y recusaciones conforme a las previsiones que para el efecto señale el ordenamiento procesal, como bien lo dispone el art. 16 del referido Estatuto.

27 Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, *Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos*, (Bogotá: Temis, 1994), 36.

28 Jaime Azula Camacho, *Manual de derecho procesal civil, Teoría general del proceso*, (t. I., 4.ª ed., Bogotá: Temis, 1993), 139.

### *La duración del proceso*

Es esta sin lugar a dudas una de las apuestas más interesantes del proceso arbitral, pues en efecto lo que con él se busca es romper de una vez por todas el paradigma que suele caracterizar los procesos que cursan ante la jurisdicción ordinaria en los que la demora es una de sus principales particularidades, generando en los litigantes una verdadera incertidumbre, por lo que muy a pesar de no encontrarse una norma expresa en este tópico, el art. 19 de la Ley Modelo 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. Dicha facultad conferida al tribunal arbitral incluye atribuciones para determinar, entre otros aspectos, la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas y, como es de esperarse, lo concerniente a la duración de la actuación procesal, pues de no abordarse ese asunto, no tendría razón de ser el proceso.

Pues bien, la autonomía de las partes para determinar las normas de procedimiento reviste especial importancia en los casos internacionales, pues permite a estas seleccionar o adaptar las normas según sus deseos y necesidades concretas, sin verse obstaculizadas por los conceptos tradicionales, y posiblemente contradictorios, del derecho interno aplicable para el caso materia de estudio.

Esa amplia facultad discrecional del tribunal arbitral es igualmente importante pues permite que este despliegue las actuaciones atendiendo para el efecto, las características especiales de cada caso, sin las limitaciones impuestas por la legislación interna que suele aplicarse y en ese mismo sentido proporciona la base para dar muestras de iniciativa a fin de solucionar toda cuestión procesal que no esté prevista ni en el acuerdo de arbitraje ni mucho menos en la Ley Modelo.

Siguiendo esa misma línea, el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional colombiano consagra en el art. 10 respecto al término de duración del proceso, que será de seis meses contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite, plazo durante el cual debe 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

•El arbitramento como estrategia de resolución de conflictos en el contexto de la globalización.

seis meses, a solicitud de las partes o de sus apoderados con facultad expresa para ello.

Pese a lo anterior, el art. 11 consagra la posibilidad de una suspensión de ese término, por solicitud de ambas partes con la limitación temporal prevista en dicha ley y, además, desde el momento en que un árbitro se declare impedido o sea recusado, y se reanudará cuando se resuelva al respecto. Igualmente, se suspenderá por inhabilidad, renuncia, relevo o muerte de alguno de los árbitros, hasta que se provea su reemplazo. Al término del proceso se adicionarán los días de suspensión, así como los de interrupción por causas legales. En todo caso, las partes o sus apoderados no podrán solicitar la suspensión del proceso por un tiempo que, sumado, exceda 120 días. Por último, se señala que no habrá suspensión por prejudicialidad.

### *La actuación por audiencias*

Dado que el modelo por audiencias es el que ofrece mayor celeridad procesal, habida cuenta de que permite la efectividad de los principios rectores de la concentración, la inmediación, la contradicción, la oralidad y la legalidad, la Ley Modelo en el art. 24 dispone respecto a las audiencias y actuaciones por escrito, lo siguiente:

1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral decidirá si han de celebrarse audiencias para la presentación de pruebas o para alegatos orales, o si las actuaciones se sustanciarán sobre la base de documentos y demás pruebas. No obstante, a menos que las partes hubiesen convenido que no se celebrarían audiencias, el tribunal arbitral celebrará dichas audiencias en la fase apropiada de las actuaciones, a petición de una de las partes.
2. Deberá notificarse a las partes con suficiente antelación la celebración de las audiencias y las reuniones del tribunal arbitral para examinar mercancías u otros bienes o documentos.
3. De todas las declaraciones, documentos o demás información que una de las partes suministre al tribunal arbitral se dará traslado a la otra parte.

Asimismo, deberán ponerse a disposición de ambas partes los peritajes o los documentos probatorios en los que el tribunal arbitral pueda basarse al adoptar su decisión.

Pues bien, a partir de la consagración en el art. 1º de los principios y reglas que han de regir la actuación procesal —entre los que se cuentan los de imparcialidad, idoneidad, celeridad, igualdad, oralidad, publicidad y contradicción, bajo esa principialística—, el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional desarrolla en los artículos 24, 30 y 31 un modelo procesal por audiencias que le brinda a la actuación la celeridad que se espera en cada una de las fases o etapas que integran dicho proceso, tema del que nos ocuparemos en el capítulo siguiente de esta obra.

En este último aspecto, debemos afirmar que las tendencias que se han planteado respecto a la incidencia que tienen los *modelos por audiencias permeados por oralidad*, responden a su vez a la “tercera ola de justicia”, aludida en la mencionada sentencia C-1195 de 2001, en relación con la justicia formal, y que busca la adopción de procedimientos céleres, que en Colombia se reflejaron en las reformas emprendidas en el ámbito procedimental para incorporar a la oralidad como principio rector de la actuación<sup>29</sup>, como en efecto se explicará en el capítulo aludido.

### *La naturaleza de la decisión*

Como se ha señalado, la decisión que le pone término a la actuación arbitral es el laudo y respecto del cual el art. 31 de la Ley Modelo, dispone lo siguiente:

#### Forma y contenido del laudo

1. El laudo se dictará por escrito y será firmado por el árbitro o los árbitros.

En actuaciones arbitrales con más de un árbitro bastarán las firmas de la mayoría de los miembros del tribunal arbitral, siempre que se deje constancia de las razones de la falta de una o más firmas.

2. El laudo del tribunal arbitral deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido en otra cosa o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo 30.
3. Constarán en el laudo la fecha en que ha sido dictado y el lugar del arbitraje determinado de conformidad con el párrafo 1) del artículo 20. El laudo se considerará dictado en ese lugar.

.....  
<sup>29</sup> Ramón Antonio Peláez Hernández, *La oralidad en el sistema jurídico colombiano*, (2.ª ed., Bogotá: Universidad Autónoma de Colombia, 2013), 22.



•El arbitramento como estrategia de resolución de conflictos en el contexto de la globalización.

4. Después de dictado el laudo, el tribunal lo notificará a cada una de las partes mediante entrega de una copia firmada por los árbitros de conformidad con el párrafo 1) del presente capítulo.

Asimismo, se dispone en el art. 33 la posibilidad de la corrección dentro del laudo, de los treinta días siguientes a la recepción del mismo.

La Ley 1563 de 2012 en el art. 1 define el laudo como la sentencia que profiere el tribunal de arbitraje y, en ese sentido, el art. 38 precisa ciertas formalidades que debe contener y que se asimilan a las exigibles de la sentencia judicial conforme al art. 280 del Código General del Proceso, a lo que suma por ejemplo, que la decisión se adoptará por mayoría de votos y será firmada por todos los árbitros, incluso por quien hubiere salvado el voto, precisándose que la falta de firma de alguno de los árbitros no afecta la validez del laudo.

A su vez, se dispone que el mismo día en que se profiera el laudo, el árbitro disidente podrá expresar por escrito los motivos de su discrepancia. Lo anterior también se aplica a quien pretenda aclarar el voto.

Por último, el art. 39 consagra la posibilidad de la aclaración, corrección y adición del laudo, dentro de los cinco días siguientes a su notificación, de oficio; asimismo, podrá hacerse a solicitud de parte, formulada dentro del mismo término.

### *La procedencia de recursos contra el laudo arbitral*

Si se parte de la base que el Tribunal de Arbitraje no está sujeto a un régimen de jerarquización, resulta a todas luces comprensible que no sea procedente la interposición de ninguna clase de recursos ordinarios, no obstante que, el art. 34 de la Ley Modelo consagra como recurso de carácter extraordinario la petición de nulidad como único recurso contra ese tipo de pronunciamientos, fijando para el efecto los siguientes direccionamientos:

1. Contra un laudo arbitral solo podrá recurrirse ante un tribunal mediante una petición de nulidad conforme a los párrafos 2) y 3) del presente artículo.
2. El laudo arbitral solo podrá ser anulado por el tribunal indicado en el artículo 6 cuando:
  - a. la parte que interpone la petición pruebe:

- i) que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley de este Estado; o
  - ii) que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; o
  - iii) que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas; o
  - iv) que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta Ley de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley; o
- b. el tribunal compruebe:
- i) que, según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o
  - ii) que el laudo es contrario al orden público de este Estado.
3. La petición de nulidad no podrá formularse después de transcurridos tres meses contados desde la fecha de la recepción del laudo o, si la petición se ha hecho con arreglo al artículo 33, desde la fecha en que esa petición haya sido resuelta por el tribunal arbitral [...].

Pues bien, siguiendo esos claros parámetros, la Ley 1563 de 2012 prevé en el art. 41 las causales de anulación, y subsiguientemente desarrolla de manera pormenorizada el trámite que se debe cumplir, adscribiendo el conocimiento de dicho recurso extraordinario a la Sala Civil de Tribunal Superior del Distrito Judicial correspondiente a la jurisdicción donde sesionó el tribunal de arbitraje o, tratándose de contratos estatales, a la Sección Tercera del Consejo de Estado, y que se hace también extensivo al recurso extraordinario de revisión, tema del que de igual manera, nos ocuparemos en el capítulo 8 de esta obra.

•El arbitramento como estrategia de resolución de conflictos en el contexto de la globalización.

### *Las medidas cautelares*

El art. 17 de la Ley Modelo confiere la facultad del tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares, fijando para el efecto las siguientes reglas:

1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a instancia de una de ellas, otorgar medidas cautelares.
2. Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, otorgada en forma o no de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo por el que se dirima definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordene a una de las partes que:
  - a. mantenga o restablezca el status quo en espera de que se dirima la controversia;
  - b. adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del procedimiento arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al procedimiento arbitral;
  - c. proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente; o
  - d. preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia.

Para estos propósitos, desarrolla desde los artículos 17A, hasta el 17J una serie de medidas para su efectividad.

Con esos mismos direccionamientos, el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional colombiano, establece en el art. 32 que a petición de cualquiera de las partes, el tribunal podrá ordenar las medidas cautelares que serían procedentes de tramitarse el proceso ante la justicia ordinaria o en la contencioso administrativa, cuyos decretos, práctica y levantamiento se someterán a las normas del Código General del Proceso, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y a las disposiciones especiales pertinentes.

En este sentido, se dispone que el tribunal podrá comisionar al juez civil municipal o del circuito del lugar en donde deba practicarse la medida cautelar. Cuando se trate de procesos arbitrales en que sea parte una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, además de la posibilidad de

comisionar a los referidos jueces civiles, el tribunal de arbitraje podrá comisionar al juez administrativo, si lo considera conveniente.

Por último, se incorpora la posibilidad del decreto de medidas cautelares innominadas, siempre que encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión.

En este último propósito se dispone que, para decretar la medida cautelar, el tribunal apreciará la legitimación o el interés de las partes para actuar y la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho. Asimismo, el tribunal tendrá en cuenta la apariencia de buen derecho, como también la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida y, si lo estimare procedente, podrá decretar una menos gravosa o diferente de la solicitada. El tribunal establecerá su alcance, determinará su duración y podrá disponer, de oficio o a petición de parte, la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada. Cuando se trate de medidas cautelares relacionadas con pretensiones pecuniarias, el demandado podrá impedir su práctica o solicitar su levantamiento; respondiendo en consecuencia este tratamiento a las previsiones que al unísono fueron incorporadas en el Código General del Proceso.

Pues bien, como se puede observar, existe identidad en los aspectos hasta aquí tratados, respecto a la forma en que se regula el proceso arbitral en la Ley Modelo y el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional previsto en la Ley 1563 de 2012, y que permite reafirmar el efecto unificador que en ese específico ámbito se pretendió.

### **Conclusiones preliminares**

La marcada influencia de la globalización, especialmente en el ámbito comercial, ha hecho que al incentivar las relaciones económicas transfronterizas se haga evidente la necesidad de propender por una unificación y una regulación de esas relaciones, tanto en lo sustancial como en lo procesal.

El proceso arbitral responde a esa exigencia unificadora, puesto que a partir de una Ley Modelo se buscó definir unos parámetros comunes que han de permitir la fijación de las reglas que deberán ser tenidas en cuenta para propiciar

•El arbitramento como estrategia de resolución de conflictos en el contexto de la globalización.

una solución al conflicto de manera alterna a los modelos de justicia tradicional, que no cuentan con la capacidad de respuesta que espera aquel tipo de relaciones comerciales y que como en el caso colombiano fueron recogidos tales direccionamientos en el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, contenido en la Ley 1563 de 2012.

Por último, el ejercicio que despliegan los árbitros dentro del marco propio de las competencias que le fija tanto la Ley Modelo como el Estatuto Arbitral Nacional e Internacional es de naturaleza jurisdiccional, pues es la expresión del ejercicio de ese tipo de función que por mandato constitucional se les atribuye a los particulares que por virtud de un pacto arbitral quedan legitimados de manera temporal, para administrar justicia.