

RÉGIMEN DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL EN COLOMBIA: ANÁLISIS DE LA  
DESNATURALIZACIÓN DE UNA FIGURA JURÍDICA

LAURA ARDILA REYES

DIANA CAROLINA CASALLAS PÁRAMO

JUAN LUIS PEREZ ESCOBAR

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

PROGRAMA DE DERECHO

BOGOTÁ D.C.

2012

RÉGIMEN DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL EN COLOMBIA: ANÁLISIS DE LA  
DESNATURALIZACIÓN DE UNA FIGURA JURÍDICA

LAURA ARDILA REYES

DIANA CAROLINA CASALLAS PÁRAMO

JUAN LUIS PÉREZ ESCOBAR

Trabajo de Grado para obtener Título de Abogado

Director

FELIPE ARBOUIN GÓMEZ

Profesor Investigador

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

PROGRAMA DE DERECHO

BOGOTÁ D.C.

2012

## NOTA DE ADVERTENCIA

*“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por que las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.*

# **RÉGIMEN DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL EN COLOMBIA: ANÁLISIS DE LA DESNATURALIZACIÓN DE UNA FIGURA JURÍDICA**

1. Introducción
2. Objetivos
3. El Arbitraje
  - 3.1. Concepto
  - 3.2. El Arbitraje en Colombia
  - 3.3. Características
4. El Arbitraje Internacional en Colombia
  - 4.1. Concepto
  - 4.2. Desarrollo de la figura
    - 4.2.1. Ley 315 de 1996
    - 4.2.2. Ley 1563 de 2012: Estatuto del Arbitraje Nacional e Internacional en Colombia.
5. El Laudo Arbitral extranjero y el Exequátur: Garantía de cumplimiento de la Constitución y la Ley.
  - 5.1. Trámite del Exequátur
6. Alcance del pacto arbitral.
  - 6.1. Variaciones del pacto arbitral
  - 6.2. Autonomía del pacto arbitral.
  - 6.3. Ley Aplicable
7. **CONCLUSIÓN: Aplicabilidad de la figura.**

# **RÉGIMEN DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL EN COLOMBIA: ANÁLISIS DE LA DESNATURALIZACIÓN DE UNA FIGURA JURÍDICA**

## **1. INTRODUCCIÓN**

Las realidades económicas actuales, en las cuales se permite una mayor proliferación de negocios y transacciones internacionales, acompañada de los consecuentes conflictos que se suscitan entre las partes de los mismos, han dotado de vital importancia al arbitraje internacional como medio alternativo de resolución de conflictos, al cual Colombia no ha sido ajeno y ha tenido marcados avances.

El carácter internacional de dichas transacciones, dificulta la aplicación de un derecho en particular, pues cada una de las partes está interesada en dotar de seguridad jurídica sus transacciones comerciales, pero ello se obstaculiza ante la necesidad de someter sus disputas a una jurisdicción, ley, procedimiento o idioma que no les sea familiar. Se presenta entonces un choque de normas que obliga a las partes a llevar su conflicto a una tercera plaza o a un ente imparcial, esto es, a un tribunal de arbitraje internacional que resuelva las eventuales diferencias que puedan surgir de manera ecuánime.

En Colombia, algunos juristas y doctrinantes<sup>1</sup> sostienen que tal y como a la fecha está regulado el arbitraje internacional en Colombia, genera una transgresión de la soberanía del Estado, representada en la idea de que todos los ciudadanos deben someterse a la Constitución y la Ley. Esto, toda vez que las partes de un contrato, el cual no necesariamente tiene un elemento internacional, puedan pactar como medio de solución

---

<sup>1</sup> Sanguino Sánchez Jesús María, Criterio Jurídico-Num.1, Diciembre de 2001. Págs. 172-191; Cárdenas, Juan Pablo, Sentencia C-347 de 1997, Expediente D-1514. M.P. Dr. Jorge Arango Mejía.

de controversias un arbitraje internacional, teniendo así la posibilidad determinar a su arbitrio la ley sustancial y procesal aplicable a la causa. Así las cosas, es la propia regulación sobre el tema que posibilita a los sujetos de derecho salirse del ordenamiento jurídico.

En vista de lo anterior, aun cuando en términos generales el arbitraje internacional evoluciona como una institución jurídica eficiente e idónea al momento de buscar la solución de una controversia, éste se halla en medio de diversas tensiones y problemáticas que impiden su efectiva aplicación desde los diferentes ordenamientos.

En nuestro país, la escasa y dispersa legislación sobre el tema, generó una desnaturalización de la institución, distanciándola en ocasiones casi por completo, de las cualidades que se creían, le eran inherentes y en consecuencia, en algunas ocasiones se han generado dificultades al momento de conformar un tribunal de arbitraje internacional. Así mismo, la falta de claridad en el tema y las diferentes posiciones entre los sujetos que utilizan y dirigen la figura; las partes, el legislador, los magistrados del Consejo de Estado, entre otros; y el indebido ejercicio del recurso de anulación y de la tutela terminan por dejar sin efectos los laudos proferidos dentro de Tribunales que cumplen con los requerimientos establecidos en la ley y en consecuencia sin seguridad jurídica.

Es por lo anterior, que el gobierno nacional vio la necesidad de proferir un Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional<sup>2</sup>, el cual recogiera la más avanzada regulación y la jurisprudencia que otros países han desarrollado sobre el tema y así, poder llenar los vacíos que contiene la legislación actualmente.

---

<sup>2</sup> Ley 1563 de julio 12 de 2012 por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones.

## 2. OBJETIVOS

El objetivo fundamental de esta investigación, consiste en identificar los vacíos jurídicos de la regulación del arbitraje internacional en Colombia, mediante el análisis de la naturaleza de la figura jurídica, en contraposición con el desarrollo normativo que se ha hecho en el país y la normas que entrarán a regir en el corto plazo por medio de la cual se busca acabar con dicha problemática, con base en el análisis del alcance de la autonomía de la voluntad privada.

En el presente trabajo, se hará un análisis de la conveniencia del arbitraje internacional y del camino idóneo por el cual este mecanismo debe optar para satisfacer los intereses que por medio de él se persiguen, en forma eficiente y sin vulnerar el ordenamiento jurídico nacional.

En primer lugar, se realiza un análisis del concepto del arbitraje y de la normativa del arbitraje en Colombia. Luego, se analiza el concepto del arbitraje Internacional, de la figura en Colombia, las normas de criterio nacional actuales y la regulación que entrará en vigencia dentro de poco tiempo. A continuación, se evalúa el alcance de la autonomía de la voluntad privada en el arbitraje internacional y cómo evitar una transgresión de seguridad jurídica; por último, se identifican las implicaciones prácticas del régimen jurídico del arbitraje internacional en Colombia.

### 3. EL ARBITRAJE

#### 3.1. CONCEPTO

Se define el arbitraje como:

“Un método de resolver extrajudicialmente las controversias que puedan ocurrir, o que hayan surgido entre dos o más partes mediante la actuación de una o varias personas (árbitro o árbitros), los cuales derivan sus poderes del acuerdo de las partes, así como del reconocimiento que la Ley hace de su función”.<sup>3</sup>

Sin perjuicio de la clara definición presentada por el doctor Monroy Cabra, el nuevo Estatuto de arbitraje Nacional e Internacional de Colombia, en su artículo 1º, trae la siguiente definición:

“El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice.”

La institución del arbitraje como mecanismo alternativo de solución de controversias hetero compositivo, encuentra sus inicios en la antigüedad. Los hombres en distintas ocasiones solucionaban sus diferencias con base en el consejo de un tercero en el cual

---

<sup>3</sup>Monroy Cabra, Marco Gerardo. Arbitraje Comercial e Internacional. Segunda Edición, Legis, Bogotá. 1998. Pg. 23

ambas partes confiaban; incluso, hay quienes aseguran que puede ser ésta la primera forma de administración de justicia.<sup>4</sup>

Reconocidos doctrinantes califican esta figura como primitiva dado que, en palabras de Fouchard:

“(…) este es un método de solución de controversias aparentemente rudimentario pues consiste en someter éstas, a individuos ordinarios quienes su única cualificación para ello es que han sido escogido por las partes.”<sup>5</sup>

Así las cosas, la naturaleza de estas primeras instituciones radica en la posibilidad que tenían los comerciantes de trasladar la solución de sus conflictos a un tercer comerciante imparcial, el cual, no solo gozaba de la plena confianza de los sujetos en controversia, sino también del pleno respeto para acatar lo que éste decidiera. De ahí que la institución del arbitraje haya sido concebida en el pasado como una institución de paz, cuyo propósito fundamental era no solamente el de procurar el respeto a la ley, sino el de mantener la armonía entre personas que estaban destinadas no solo a vivir, sino a tener relaciones comerciales entre ellas.<sup>6</sup>

Aun cuando esta figura funcionó como un mecanismo efectivo para la solución de controversias entre los comerciantes en la antigüedad, fue perdiendo vigencia debido a que, a pesar de la autoridad y el buen nombre que tuviesen las personas que ejercían

---

<sup>4</sup>Gil Osuna, Bartolomé. “En El Iudicium Legitimum Romano: La Apud Iudicem como origen del Arbitraje”. Universidad De Los Andes, Mérida – Venezuela. Morelia, México, 16, 17 Y 18 De Agosto De 2006. Pág. 5

<sup>5</sup>Fouchard, Phillippe. L`arbitrage comercial international II. París: Dalloz, 1965. Pg. 8.

<sup>6</sup>Blackaby Nigel, Hunter Martin, Constantine Partasides and Alan Redfern. Redfern & Hunter on International Arbitration. December 20, 2009. 1-04 chapter 1.

estas potestades, ello no era suficiente para asegurar que las partes aceptaran y obedecieran las decisiones que el árbitro tomaba.

En vista de lo anterior, no existía ningún mecanismo o acción que hiciera posible asegurar el cumplimiento de las decisiones o acuerdos tomados por el árbitro, ocasionando esto, la vuelta a la violencia y a la ley del más fuerte. Quizás, fue esta la razón principal que movió a los estados a monopolizar la justicia e impedir que los particulares siguieran optando por mecanismos de tipo privado para solucionar los conflictos. Los individuos cedieron parte de sus derechos al poder central para que éste se haga cargo de su conservación y protección.<sup>7</sup>

En la Edad Media, los Estados se encontraban en un estado de desorganización política, económica y social tal, que se genera un auge del arbitramento entre los comerciantes para dar solución a sus conflictos. La utilización del mecanismo en los gremios de comerciantes, en los cuales los árbitros eran los señores feudales, suple las deficiencias de los Estados teniendo en cuenta que la administración de justicia de éstos era absolutamente deficiente, casi nula.

En ese sentido, se empieza a estructurar la institución del arbitramento, con todas las tensiones que acompañan la evolución de la figura; es el caso de la discusión en cuanto a la naturaleza de la misma. Para algunos, esta es meramente privada, sujeta al derecho civil y por lo tanto se encamina en la corriente contractualista. Para otros, es meramente pública y se encamina en la corriente jurisdiccional.

---

<sup>7</sup>Boletín Conciliación y Arbitraje. Cámara Nacional de Comercio. La Paz, Bolivia. Septiembre-Octubre de 2006

Respecto a la corriente contractualista, su pilar es la autonomía de la voluntad privada, el origen del arbitramento es el contrato y los árbitros ejercen su función en virtud del mandato ordenado por las partes. En vista de lo anterior, el árbitro no se iguala a un juez, no tiene fuerza coercitiva para hacer cumplir las decisiones que tome y no imparte justicia en nombre del Estado, el cual no hace parte de la relación arbitral.

Por el contrario, la corriente jurisdiccional encuentra su pilar en la facultad que tienen los árbitros para administrar justicia en nombre del Estado. Así las cosas, el reconocimiento que el Estado hace de la facultad de impartir justicia, no puede desconocer la naturaleza jurisdiccional del arbitraje y su carácter público. En razón de lo anterior, los árbitros cuentan con fuerza coercitiva para hacer cumplir los laudos, los cuales están investidos de la misma fuerza que las sentencias judiciales y hacen tránsito a cosa juzgada.

En el desarrollo de la institución del arbitramento, se fue estructurando una corriente ecléctica, la cual reúne elementos de las dos anteriores. Esta teoría parte de ver y entender el arbitramento como una jurisdicción convencional, de naturaleza privada sujeta al derecho procesal. Dentro de esta corriente mixta, los doctrinantes señalan tres momentos:

“Primero, la partes perfeccionan un contrato o un convenio, significando este momento un negocio que se incluye dentro de la órbita del Derecho Privado. Segundo, el Árbitro acepta mediante un documento actuar imparcialmente en la controversia, creándose un vínculo entre las partes y el Árbitro, dicho vínculo se asemeja a un mandato, que emana de ambas partes

hacia el Árbitro para que conozca la controversia. Tercero, el Árbitro queda investido de poder por las partes en uso de su autonomía de la voluntad y por la ley para ejercer la actividad pública de juzgar.”<sup>8</sup>

En la actualidad, se ha intentado reforzar un modelo internacional que consolide el tema y unifique la regulación, esta es la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, en adelante “CNUDMI”, sobre Arbitraje Comercial Internacional. No obstante, en la práctica no se ha llegado a un consenso con respecto a la naturaleza de la institución arbitral ni a la obtención de un concepto generalizado, como lo señala el doctrinante Francisco González de Cossío:

“La adopción de una definición circular por parte de los redactores de la Ley Modelo no fue un error sino la forma en que, a nivel de la Ley Modelo, se resolvió el problema que motiva este estudio: la dificultad de meter en un cajón conceptual a la institución arbitral. Ante ello, dado el objetivo que la Ley Modelo fuera adoptada por el mayor número de jurisdicciones posibles, se tomó un paso estratégico: evitar temas controvertidos. Este fue uno de ellos. El resultado del paso es importante: se dejó al derecho local la definición de lo que es y no es «arbitraje».”<sup>9</sup>

Teniendo en cuenta la posición del doctrinante, la Ley Modelo termina siendo una regulación internacional permisiva, la cual deja espacio para que cada ordenamiento jurídico adopte una posición frente a la institución y como él lo señala, en cada plaza el arbitraje termina siendo definido de acuerdo al comportamiento de cada uno de los

---

<sup>8</sup>Ibidem

<sup>9</sup>González de Cossío Francisco. La Naturaleza Jurídica del Arbitraje: Un ejercicio de balance químico. Lima Arbitration. N° 2-2007. Pg. 202

elementos que conforman la relación que da origen al arbitraje: Las partes, los árbitros y la ley o jurisdicción.

“La definición de «arbitraje» debe dejar de ser dependiente de la alquimia jurídica. Para ello, son tres los grupos que deben tener cuidado al experimentar con los reactivos jurídicos correspondientes:

1. “Las partes: quienes deben ser cuidadosas al redactar sus contratos y elaborar esquemas de solución de controversias donde se mezclen soluciones (instituciones) distintas.
2. “Los árbitros: deben (a) tener claro lo que compone al compuesto arbitral, y (b) el «fenómeno de atracción» del arbitraje.
3. “La judicatura: debe (a) tener claros los componentes de la solución arbitral, (b) deferir a las determinaciones que sobre dichos precipitados realicen los tribunales arbitrales, y (c) respetar la regla de oro en su actuar que cataliza la eficiencia del mecanismo: el principio de no intervención.”<sup>10</sup>

En Colombia, no es sino con el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional de julio de 2012, que se adopta la Ley modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho Mercantil Internacional.

---

<sup>10</sup>Ibídem

En vista de lo anterior, puede concluirse que a nivel internacional la figura ha sido regulada de manera tal que los ordenamientos cuentan con el espacio de actuación y la libertad de regulación que les permita conseguir de manera más efectiva el fin esencial del arbitraje: impartir justicia de forma práctica, eficiente y de conformidad con las necesidades de las partes en una controversia contractual, en donde prime la autonomía de la voluntad privada dentro de un ámbito de mayor seguridad jurídica.

Para entender lo anterior, es muy clara la forma en que el catedrático Thomas Clay resume la autonomía de la regulación en los diferentes ordenamientos:

“En derecho comparado, la mayoría de los sistemas jurídicos, en sus orígenes, confiaban la regulación del arbitraje a los códigos procesales nacionales. Con el auge del comercio internacional y el marcado uso del arbitraje como método preferido para resolver las controversias comerciales, la segunda mitad del siglo XX dio origen a la tendencia, hoy consolidada de promulgar leyes de arbitraje autónomas desligadas de los cuerpos normativos procesales o sustantivos.”<sup>11</sup>

En consecuencia, el ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, mediante el uso del pacto arbitral, para someter los eventuales conflictos a un mecanismo alternativo de solución de controversias, se vislumbra como la alternativa ideal para permitir que los individuos sometan sus disputas a un mecanismo que les ofrezca mayor seguridad y

---

<sup>11</sup>Mantilla Serrano, Fernando. Arbitraje Internacional, Tensiones Actuales. Comité Colombiano de Arbitraje. Legis Editores S.A. Colombia. Pg.209. 2007

confianza, por lo cual existe una clara tendencia de los ordenamientos hacía la permisividad y hacía la promulgación de una regulación de arbitraje autónoma.

### 3.2. EL ARBITRAJE EN COLOMBIA

Desde el punto de vista legal, el arbitraje no es una figura nueva en Colombia, pues su primer antecedente legal se remonta hasta la Ley 105 de 1890, o Código Judicial, el cual señalaba que los particulares podían someter a la decisión de árbitros las controversias que ocurrieran entre personas capaces de transigir, en los casos en que la ley permite la transacción.<sup>12</sup>

Quizás la característica más relevante de esta ley, al analizarla hoy, 120 años después, es que desde ese mismo momento el legislador advertía la posibilidad de que el arbitramento no fuese solo un mecanismo de solución de controversias de origen legal, sino que también existiría otro u otros sustentos fácticos para la solución de controversias como en realidad hoy sucede (arbitraje en derecho, arbitraje técnico y arbitraje en equidad), esto al señalar la ley como único requisito para ser nombrado árbitro, el tener la capacidad de comparecer en juicio, y no la de ser abogado, como *prima facie* se pudiese llegar a pensar.

Del mismo modo, es fundamental tener en cuenta que desde 1887 en el Código Civil, artículo 85<sup>13</sup>, ya se otorgaba a las partes la posibilidad de establecer un domicilio contractual a fin de que estas no solo determinen el lugar para el cumplimiento de las

---

<sup>12</sup>Artículo 307, Ley 105 de 1890.

<sup>13</sup>Ley 57 de 1888, artículo 85. Domicilio Contractual. *Se podrá en un contrato establecer, de común acuerdo, un domicilio civil especial para los actos judiciales o extrajudiciales a que diere lugar el mismo contrato.*

respectivas obligaciones derivadas del contrato mismo, sino que además, a través ella se establecía inmediatamente la jurisdicción ante la cual deben acudir las partes ante la existencia de un eventual conflicto entre ellas. Es importante hacer referencia al domicilio contractual al que hace referencia el artículo en mención, bajo el entendido que, ya desde 1887 se había previsto la posibilidad que las partes de un contrato, haciendo uso de la autonomía de la voluntad privada, escogieran por motivos de practicidad empresarial y contractual un domicilio para el desarrollo de un negocio. Así es precisamente la posibilidad que contiene este artículo, lo que ha generado duda acerca de la posibilidad de pactar un domicilio internacional como domicilio contractual. Sin embargo, es menester resaltar que el alcance de este artículo está referido únicamente a la oportunidad de pactar el domicilio contractual dentro de la jurisdicción nacional, nunca por fuera de ella.

Desde el punto de vista constitucional, la constitución de 1886 no contemplaba expresamente la existencia de los tribunales de arbitramento. No es sino hasta la constitución de 1991 que se le da el alcance constitucional a la figura, a través del artículo 116, inciso final, cuyo tenor expresa:

“(…) los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.”

Desde el punto de vista jurisprudencial, con anterioridad a la constitución de 1991, la Corte Suprema de Justicia se pronunció en varias oportunidades respecto de la exequibilidad de las leyes que en el momento regulaban el arbitramento en Colombia.

De esta forma, en la sentencia del 29 mayo de 1969, se sentó un importante precedente frente al tema, al señalar que:

“Si el arbitramento es de carácter privado, no puede considerársele inconstitucional, toda vez que esta forma de resolver controversias de mero derecho privado, en asuntos sobre los cuales se puede transigir, no está ni expresa ni tácitamente prohibida en la Constitución. Por el contrario, si se piensa que el arbitramento tiene carácter jurisdiccional y que por lo mismo, los árbitros son verdaderos jueces, también la institución sería exequible, porque el artículo 58 de la constitución determinaba que “La Corte Suprema, los Tribunales superiores del Distrito y demás tribunales y juzgados que establezca la ley, administran justicia.””<sup>14</sup>

Así las cosas, se empezó a ver un interés por establecer la permisibilidad del arbitraje y en especial, partiendo de los elementos fundamentales de la disponibilidad del derecho y la autonomía de la voluntad privada:

“Si ninguna norma de la Constitución prohibía renunciar a un derecho cuando la renuncia sólo afectara los intereses del titular del mismo derecho,

---

<sup>14</sup>Corte Suprema de Justicia. Sala plena. Mayo de 1969. Gaceta Judicial, Tomo CXXXVII. Pg. 9

y éste tuviera capacidad dispositiva, nada podría prohibir el que su titular confiara la suerte de ese derecho a la decisión de un tercero, es decir, del tribunal de arbitramento.”<sup>15</sup>

Actualmente y hasta octubre del año 2012, la principal regulación del arbitraje en Colombia se encuentra en el decreto 1818 de 1998, a través del cual se establece una definición clara del mecanismo alternativo para la solución de conflictos:

“El arbitraje es un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral (...)”<sup>16</sup>

En desarrollo de lo dispuesto por la Constitución y la Ley, la honorable Corte Constitucional ha señalado que el arbitramento nacional solo estará autorizado bajo los siguientes preceptos:

- a) “El arbitramento es una institución que implica el ejercicio de una actividad jurisdiccional.
- b) “Los particulares solo pueden administrar justicia en calidad de árbitros o de conciliadores.

---

<sup>15</sup>Corte Constitucional, Sentencia C-347 del 23 de julio de 1997. M.P. Doctor Jorge Arango Mejía

<sup>16</sup> Artículo 115. Decreto 1818 de 1998. “Por medio del cual se expide el estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos.”

- c) “La facultad para administrar justicia es transitoria y excepcional.
- d) “La autorización o habilitación a los particulares solo pueden darla la partes en cada caso.
- e) “Las cuestiones objeto del arbitraje deben ser susceptibles de transacción, es decir, versar sobre derechos y bienes patrimoniales respecto de los cuales sus titulares tengan capacidad legal de disposición.
- f) “Los laudos pueden ser proferidos en derecho o en equidad.
- g) “A la Ley corresponde definir los términos en que se lleve a cabo el arbitraje o la conciliación.”<sup>17</sup>

En julio de 2012 se expidió la Ley 1563 por medio de la cual se dicta el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional en Colombia. Esta ley, que entrará en vigencia el 12 de octubre de 2012, pretende subsanar los vacíos que existen actualmente en el ordenamiento, recoger la más avanzada regulación sobre la materia, volver más flexible el procedimiento arbitral e incorporar nuevas tecnologías.

Este estatuto, del cual se hablará a profundidad más adelante, restringe los criterios determinantes del arbitraje internacional, protegiendo así el ordenamiento interno y permitiendo la utilización de la figura de una manera más eficiente y clara.

---

<sup>17</sup>Corte Constitucional, Sentencia C-242 del 20 de mayo de 1997.

### 3.3. CARACTERÍSTICAS

Como se mencionó anteriormente, el arbitraje se concibe desde dos posiciones: la contractual y la jurisdiccional. En Colombia, la naturaleza jurídica del arbitraje es mixta. Mientras no se establezca el conflicto, su naturaleza es contractual, pero una vez nazca el conflicto y se conforme el tribunal, la naturaleza pasa a ser jurisdiccional.

Por otro lado, respecto de los asuntos susceptibles de ser conocidos por los tribunales de arbitramento, lo serán todos aquellos que sean transigibles, por lo tanto, los asuntos en los cuales las partes puedan disponer del derecho o aquellos que la ley autorice.

Los fines del arbitraje son dos, el primero ser un instrumento alternativo para la solución de conflictos y el segundo, ser un mecanismo para conseguir la descongestión de los despachos judiciales ordinarios. Es un mecanismo alternativo que se caracteriza por la rapidez, la eficiencia, la ecuanimidad, la flexibilidad y la reserva.

De otra parte, los principios rectores de la figura son la imparcialidad, la celeridad, la autonomía de la voluntad de las partes, la autonomía de la cláusula arbitral, la competencia – competencia o “kompetenz kompetenz,” y la tutela jurisdiccional efectiva.

*Imparcialidad:* Se refiere a que las controversias puestas en conocimiento de los árbitros deben ser ajenas a ellos, de tal suerte que no vaya a existir algún tipo de interés directo o indirecto en su solución. Igualmente se refiere a que los árbitros no hayan

tenido con anterioridad, relaciones directas con las partes en el proceso, de tal forma que se afecte o pueda afectar su objetividad en el juicio del asunto. Finalmente cabe destacar, que aun cuando el o los árbitros son en la mayoría de las ocasiones escogidos y habilitados por las partes, este o estos no tienen para con ellas y para con el proceso, ninguna obligación distinta a la de aplicar en debida forma la ley sustancial y procesal pactada.

*Celeridad:* Es esta quizás, una de las características por las cuales este mecanismo alternativo de solución de controversias ha tomado tanta trascendencia y se ha vuelto tan popular en los últimos años, y es debido a que los procesos arbitrales son rápidos y expeditos, cuentan con plazos perentorios que obligan a los árbitros a concentrarse en el proceso y a resolver de fondo el asunto. En resumen este principio se refiere a que el trámite arbitral es pronto, rápido y expedito.

*“Autonomía de la voluntad de las partes:* Se traduce en el reconocimiento de la potestad de las partes de someter sus disputas a arbitraje, de disponer sobre aspectos fundamentales del mismo, como ser: número de árbitros, elección de los árbitros, elección de la sede y del idioma del arbitraje, elección de las reglas de procedimiento, y elección de la ley aplicable al fondo o de su resolución ex aequo et bono.”<sup>18</sup>

*“Autonomía de la Cláusula Arbitral:* Otorga al acuerdo o compromiso arbitral autonomía con respecto del contrato principal en el que se halla inserta o al que hace referencia, de manera tal que la misma no dependa ni se halle sujeta a sufrir las

---

<sup>18</sup> Arriaghi, Paul F. *Principios del arbitraje C.C.I. y legislaciones sudamericanas*. Ver Zavala Diego. *La autonomía de la clausula arbitral y la competencia de los árbitros para decidir sobre su propia competencia*. ADLP 2003. 12. Citado por Fernando A. Peroni. *Arbitraje internacional y la libre circulación de sentencias y laudos*. 2009. Se puede ver en: <http://asadip.files.wordpress.com/2009/12/fernando-peroni.pdf>.

vicisitudes propias del contrato principal. Con ello se busca y se permite que la eficacia del arbitraje no se vea afectada por las discusiones sobre validez del contrato principal al que hace referencia.”<sup>19</sup>

“*Competencia – Competencia o Kompetenz Kompetenz*”: Es un principio propio y fundamental del arbitraje comercial internacional que faculta al propio tribunal arbitral para decidir sobre su propia competencia. Este principio se desarrollará en detalle más adelante.”<sup>20</sup>

“*Tutela Jurisdiccional Efectiva*: Este principio, si bien es propio de la función judicial, se aplica igualmente a la función arbitral, y cobra especial relevancia en el arbitraje comercial internacional en el ámbito del reconocimiento, eficacia y ejecución de los laudos arbitrales internacionales por parte de jueces y tribunales nacionales. No sólo busca garantizar el derecho al debido proceso y de acceso a la justicia, sino también la efectividad de la tutela jurídica, entendida como tal la efectiva satisfacción de los fines del derecho y la realización de la paz social mediante la vigencia de las normas jurídicas. Su fin último es garantizar el efectivo cumplimiento de la decisión de un litigio, sea ésta judicial o arbitral.”<sup>21</sup>

De otra parte, teniendo en cuenta las características expuestas con anterioridad, es importante hacer referencia a las modalidades que puede revestir el arbitraje como mecanismo alternativo de solución de controversias. El nuevo estatuto bajo su artículo segundo establece que el arbitraje puede ser ad hoc o institucional, siendo el primero

---

<sup>19</sup> *Ibidem.*

<sup>20</sup> *Ibidem.*

<sup>21</sup> González Álvarez Roberto. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. El mito de una serendipia procesal. Revista iberoamericana de derecho procesal garantista. 2008. Citado por Fernando A. Peroni. *Arbitraje internacional y la libre circulación de sentencias y laudos*. 2009. Se puede ver en: <http://asadip.files.wordpress.com/2009/12/fernando-peroni.pdf>.

aquel tribunal que es dirigido por los árbitros directamente, y el último cuando el tribunal sea administrado por un centro de Arbitraje.

El arbitraje institucional supone la existencia de una entidad administradora del proceso, que entre otras funciones, debe procurar la aplicación y el apego al reglamento de dicha entidad y como contraprestación, el centro de arbitraje recibe el pago por los servicios prestados. La administración del proceso incluye, entre otros, la fijación de los honorarios de los árbitros, secretarios y de las demás figuras que intervienen en el proceso, correspondencia, notificaciones y normalmente se ofrecen las instalaciones para la realización de audiencias dentro del proceso arbitral.

Por su parte, *ad-hoc*, supone que las partes no recurren a una entidad para la administración del proceso, sino que lo hacen directamente ellas mismas. Ahora bien, el nuevo estatuto le atribuye la conducción de esta clase de arbitraje a los árbitros únicamente, quienes deberán actuar en los términos del pacto arbitral. Por supuesto, para los efectos de esta modalidad de arbitraje no se requiere una entidad administradora, por lo tanto no hay costos derivados del pago de los servicios de administración del proceso.

Por otro lado, es importante enfatizar en que la cláusula arbitral que es fuente del proceso arbitral en sí, puede encontrarse contenida tanto en un contrato privado como en un contrato estatal. Así, las partes de un tribunal arbitral pueden ser entes privados, o puede que un ente público acuda al arbitraje como mecanismo alternativo para dirimir las controversias que tengan como origen un contrato estatal, siempre que esté presente un elemento extranjero.

Cabe resaltar que, de acuerdo a lo establecido por el nuevo Estatuto en su artículo primero, los laudos pueden ser proferidos en derecho, en equidad o pueden ser técnicos. En todo caso, en el evento en que alguna de las partes intervinientes en el tribunal sea una entidad de derecho público o quien desempeñe funciones públicas, el arbitraje deberá ser institucional y el laudo se deberá proferir en derecho.

## 4. EL ARBITRAJE INTERNACIONAL EN COLOMBIA

### 4.1 CONCEPTO

A fin de entender el funcionamiento del arbitraje internacional en Colombia, es menester tener claro su concepto:

“Un mecanismo extrajudicial y alternativo de resolución de conflictos contractuales, pactado por las partes, en el que está presente al menos un elemento que rebasa las fronteras de un país, que consiste en la definición de la controversia por parte de uno o varios árbitros, que profieren una sentencia denominada laudo.”<sup>22</sup>

El derecho arbitral internacional es un derecho en formación, autónomo e independiente del derecho sustancial y procesal de los ordenamientos de cada país. Sus fuentes son el derecho internacional, el derecho comunitario y el derecho constitucional principalmente, pero este se encuentra en medio de múltiples ramas, como lo señala el autor Bruno Oppetit.<sup>23</sup>

A su turno, los autores Botero Sanclemente y Correa Henao establecen que las partes recurren al arbitramento internacional por la necesidad de encontrar mecanismos de

---

<sup>22</sup>Botero Sanclemente, Ana María y Correa Henao, Néstor Raúl, *Arbitramento Internacional* (Cámara de Comercio de Bogotá, Pg. 8, 2002)

<sup>23</sup>Oppetit, Bruno. *Teoría del Arbitraje*. Traducido por Eduardo Silva Romero, Fabricio Mantilla Espinosa y José Joaquín Caicedo Demoulin. Editorial Legis, Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia. 2006

solución de conflictos en un orden jurídico abierto que carece de un poder centralizado y soberano para administrar justicia.<sup>24</sup>

La autonomía de la figura permite que ésta se alimente de las normas procesales y sustanciales de otras legislaciones que las partes elijan para cada caso en concreto. Aun cuando se comparten elementos con el derecho comercial, el derecho internacional, el derecho constitucional y por supuesto el derecho procesal; el derecho arbitral tiene identidad propia y subsiste por sí mismo.

A nivel internacional, el arbitraje encuentra su fundamento en el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas que establece lo siguiente:

1. “Las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional tratarán de buscarle solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección.
2. “El Consejo de Seguridad, si lo estimare necesario, instará a las partes a que arreglen sus controversias por dichos medios.”

La principal regulación internacional del asunto, se encuentra en la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho Mercantil Internacional. Esta ley, es:

---

<sup>24</sup>Botero Sanclemente, Ana María y Correa Henao, Néstor Raúl, *Arbitramento Internacional* (Cámara de Comercio de Bogotá, Pg.14, 2002)

“(…) un consenso mundial sobre los aspectos más importantes de la práctica del arbitraje internacional aceptados por Estados de todas las regiones y los diferentes ordenamientos jurídicos o sistemas económicos del mundo.”<sup>25</sup>

Teniendo en cuenta lo anterior, la Ley Modelo permite a los Estados adoptar una regulación uniforme respecto del procedimiento arbitral con el objeto de satisfacer las necesidades del Arbitraje Internacional.

Es de destacar, que en el arbitraje internacional, el árbitro no ejerce función jurisdiccional como ocurre en el arbitraje nacional o doméstico, sino que la facultad de resolver el conflicto y proferir un laudo, proviene de la voluntad de las partes. Esto es, las partes acuerdan cómo y con qué leyes extranjeras sustanciales y procesales se va a solucionar la controversia, lo cual permite afirmar que la limitación, con respecto a la obligatoriedad de someterse a una jurisdicción, es casi nula.

Por el contrario, el arbitraje nacional, implica que los árbitros son verdaderos jueces y los laudos tienen el mismo alcance de las sentencias, por lo cual estamos frente a un sistema absolutamente jurisdiccional en el que las partes deben someterse a los límites que establece la constitución y la ley. Por lo tanto, su ámbito de aplicación es más rígido y se encuentra regulada la autonomía de la voluntad privada.

---

<sup>25</sup>Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Ley Modelo sobre arbitraje Comercial Internacional.

## **4.2 DESARROLLO DE LA FIGURA**

A nivel nacional, la herramienta legal más importante frente al tema es la Ley 315 de 1996, por medio de la cual se regula el arbitraje Internacional en Colombia. No obstante, y como se ha mencionado con anterioridad, el 12 de julio de 2012, mediante la Ley 1563, el Congreso de la República expidió el “Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional de Colombia,” el cual, no entrará en vigencia sino hasta del 12 de octubre de 2012.

El arbitraje internacional en Colombia, inicia su regulación con el artículo 1º de la Ley 315 de 1996, que contiene los dos criterios que determinan cuándo se está frente a un arbitraje internacional, estos son: la existencia del pacto arbitral y un elemento extranjero.

### **i) El Pacto Arbitral**

En relación con el primero, el pacto implica que se está frente a un arbitraje internacional en la medida en que las partes así lo hayan consignado en el mismo. Cabe resaltar que el pacto es válido aun cuando no exista criterio objetivo que determine la internacionalidad del tribunal con el simple acuerdo de las partes, en las que se convenga en que el tribunal sea internacional. Del mismo modo, cabe anotar que en caso de no constar por escrito el acuerdo sobre la internacionalidad, se entenderá que el arbitramento será nacional.

Al respecto, en Colombia pudo verse cómo la falta de claridad en el tema llevó a la nulidad de todo un proceso arbitral. Este es el caso de TERMORÍO S.A. E.S.P., en el cual el Consejo de Estado declaró la nulidad absoluta del pacto arbitral por lo tanto del proceso arbitral como del laudo arbitral del 21 de diciembre de 2000, proferido por el tribunal de arbitramento constituido para dirimir las controversias suscitadas entre la empresa Electrificadora del Atlántico S.A. E.S.P., en liquidación y la sociedad TERMORÍO S.A. E.S.P. con ocasión del contrato de suministro de energía eléctrica No. AL-019/07.

La decisión del Consejo de Estado se fundamentó en los siguientes puntos:

Estableció que el arbitraje que las partes pactaron y que en consecuencia llevó a la constitución del tribunal no era de carácter internacional sino nacional, teniendo en cuenta la nacionalidad y el domicilio de las partes, el lugar de ejecución del contrato y la sede del tribunal. Resulta evidente para el órgano colegiado que:

“(…) las partes no manifestaron acordar un arbitraje internacional, y tampoco esa fue su intención; para constatarlo basta la lectura del contrato y de la cláusula contractual en particular; y al propio tiempo no se cumple ninguna de las cinco situaciones descritas (...)”<sup>26</sup>

La internacionalidad del caso, se encontraba en la estipulación de las partes de que el proceso se desarrollara con arreglo a las normas del reglamento de conciliación y arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, en adelante CCI.

---

<sup>26</sup> Consejo de Estado, sentencia del 23 de febrero de 2000, Exp. 16394

Así las cosas, existía confusión sobre todo lo que se había pactado. Para las partes, se estaba frente un arbitraje independiente. Éste arbitraje, que se encuentra regulado en el artículo 116 del Decreto 1818 de 1998, y el cual hace parte del arbitraje nacional, permite que las partes acuerden autónomamente las reglas de procedimiento aplicable a la solución del conflicto. Lo anterior implica que no puede salirse del ordenamiento nacional. No obstante, el tema no es claro puesto que la norma al establecer que las partes acuerdan autónomamente las reglas de procedimiento aplicables en la solución de su conflicto, no les está permitiendo pactar nada fuera del ordenamiento nacional, sino acomodar las normas nacionales pudiendo llenar los vacíos del Código de Procedimiento Civil y de la regulación.

Por otro lado, para el Consejo de Estado, por el hecho de haberse pactado normas diferentes a las contempladas dentro del ordenamiento nacional, se pretendía un arbitraje internacional pero se carecía de autorización legal para hacerlo.

Resalta el Consejo de Estado que:

“(…) el convenio por ellas celebrado en tales condiciones, resulta violatorio de la normatividad que estaban obligadas a respetar, dado que no podían, por convenio, derogar las normas procesales legalmente preestablecidas (…)

En otros términos, ni los particulares, como tampoco las entidades estatales, pueden válidamente investir de función jurisdiccional a particulares en la condición de árbitros por fuera de los límites y exigencias que para tal fin establecen la Constitución y la ley, toda vez que, ni aquéllos ni ellas pueden

abolir por convención las normas de derecho público, como lo son, entre otras, las que regulan el arbitramento como forma alternativa de administración de justicia.”<sup>27</sup>

En ese orden de ideas, el Consejo de Estado desconoció en cierto modo lo que establece el artículo 116 del decreto 1818 de 1998. Cabe anotar que la interpretación de la norma es absolutamente restrictiva, no permitiendo en ningún caso pactar normas procesales o sustanciales diferentes a las del ordenamiento nacional.

Ahora bien, en relación con el arbitraje independiente, dentro del nuevo Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, se hace referencia a éste como un arbitraje *ad-hoc*. Al respecto, el artículo segundo establece que, “El arbitraje será ad hoc, si es conducido directamente por los árbitros.”

De esta forma, el nuevo estatuto simplifica la definición de esta clase de arbitraje, al hacer referencia que los árbitros son quienes conducen directamente el mismo, y no refiriéndose a las reglas de procedimiento establecidas por las partes en el pacto arbitral como sucedía anteriormente.

La exposición de motivos resulta particularmente ilustrativa y señala lo que se pretende lograr a través de la figura:

“Se reconoce la autonomía de la voluntad de las partes. Al reiterar la posibilidad de las partes de pactar arbitrajes institucionales e independientes.

---

<sup>27</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 1 de agosto de 2002. C.P, Germán Rodríguez Villamizar

Esta normativa supone una activa participación y una mayor responsabilidad de los Centros de Arbitraje del país, en cuanto a la elaboración de reglas modernas de procedimiento, e igualmente, mayores exigencias en la conformación de sus listas de árbitros y en la preparación de quienes en ella pretendan formar parte.”<sup>28</sup>

La única limitante que encuentra el arbitraje independiente o institucional dentro del nuevo Estatuto, es que el mismo no podrá ser utilizado en ningún caso cuando la materia del litigio verse sobre contratos estatales.

Otro de los puntos relacionados con el pacto arbitral, sobre los cuales se pronunció el Consejo de Estado tiene que ver con el contenido del artículo 116 de la Ley 446 de 1998, el cual establece lo siguiente:

“Cláusula Compromisoria. <Incorporado en el Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, artículo 118.> El Decreto 2279 de 1989 tendrá un artículo nuevo del siguiente tenor:

"Artículo 2A. Se entenderá por cláusula compromisoria, el pacto contenido en un contrato o en documento anexo a él, en virtud del cual los contratantes acuerdan someter las eventuales diferencias que puedan seguir con ocasión del mismo, a la decisión de un Tribunal Arbitral.

---

<sup>28</sup>Proyecto *por medio de la cual se dictan normas sobre el arbitraje nacional e internacional y se derogan algunas disposiciones*. Exposición de motivos. Ministerio del interior y de Justicia, Ministro Fabio Valencia Cossio. Bogotá D.C. 2008.

Si las partes no determinaren las reglas de procedimiento aplicables en la solución de su conflicto, se entenderá que el arbitraje es legal.

PARAGRAFO. La cláusula compromisoria es autónoma con respecto de la existencia y la validez del contrato del cual forma parte. En consecuencia, podrán someterse al procedimiento arbitral los procesos en los cuales se debatan la existencia y la validez del contrato y la decisión del tribunal será conducente aunque el contrato sea nulo o inexistente."

En ejercicio de lo anterior, resulta evidente que el legislador es quien determina en cuáles ámbitos deben moverse los árbitros, por lo cual deben definir los principios, las reglas, el procedimiento y los temas que se someterán al tribunal de arbitramento. Todo lo anterior, sobre la base de lo que establece el artículo 123 de la Constitución Política de Colombia: "(...) corresponde a la ley determinar el régimen de los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regular su ejercicio."

El mismo alto Tribunal, en sentencia del 6 de junio de 2002. Exp. 20634, se pronunció sobre el tema y señaló lo siguiente:

"El arbitramento consiste en un mecanismo alternativo de administración de justicia, en virtud del cual, las partes en conflicto deciden someter sus diferencias a la decisión de un tercero habilitado para ello, por autorización del ordenamiento jurídico, a un particular para que ejerza función pública, pero, por supuesto, dentro del marco que ese mismo ordenamiento determina. Es absolutamente evidente, que esa habilitación de las partes del

contrato, ineludiblemente debe estar exenta de cualquier circunstancia o vicio que afecte su validez, esto es que ha de estar ajustada a las prescripciones que para el efecto señala la ley, cuyo juzgamiento, dado el carácter contractual que reviste el pacto arbitral, queda comprendido en las facultades del juez del recurso de anulación; pues, de lo contrario, sería tanto como admitir la posibilidad que en el Estado se impartan por personas no autorizadas o que, so pretexto de la autonomía de la voluntad de las partes, se permita que puedan hacerlo terceras personas por fuera de los linderos que para el ejercicio de esa específica función estatal, señalan la Constitución y la ley, frente a lo cual, el juez del recurso de anulación no puede permanecer inerte, pues, en ello están comprometidos la defensa del orden jurídico y el interés público.”<sup>29</sup>

Teniendo en cuenta lo anterior, es pertinente manifestar que no existe una claridad respecto del alcance la autonomía de la voluntad como tampoco de la aplicabilidad de las normas. No obstante, el pacto arbitral es la principal manifestación de la autonomía de la voluntad privada y ésta a su vez, es el pilar central del arbitraje. Por lo tanto, el alcance de la autonomía de la voluntad privada debe ser muy amplio y encaminado a conseguir los objetivos y las bondades de la figura: eficiencia, celeridad, claridad, justicia e imparcialidad, siempre dentro del marco del orden jurídico nacional.

## ii) El Elemento Internacional

---

<sup>29</sup> Consejo de Estado, Sentencia del 6 de junio de 2002. Exp. 20634.

Respecto del elemento internacional, el mismo artículo establece los cinco criterios que plasma la ley para determinar la existencia de éste: (i) Que las partes al momento de la celebración del pacto arbitral tengan su domicilio en estados diferentes; (ii) Que el lugar de cumplimiento de aquella parte sustancial de las obligaciones directamente vinculada con el objeto del litigio, se encuentre situada fuera del estado en el cual las partes tienen su domicilio principal; (iii) Cuando el lugar del arbitraje se encuentra fuera del Estado en que las partes tienen sus domicilios, siempre que se hubiere pactado tal eventualidad en el pacto arbitral; (iv) Cuando el asunto objeto del pacto arbitral vincule claramente los intereses de más de un Estado y las partes así lo hayan convenido expresamente; (v) Cuando la controversia sometida a decisión arbitral afecte directa e inequívocamente los intereses del comercio internacional.

Así las cosas, resulta evidente que todos los criterios están ligados al aspecto territorial y es menester tener claro el ámbito de aplicación de la ley, por ende la del arbitraje internacional en Colombia. En ese sentido, no será posible que aun cuando la nacionalidad y el domicilio de las partes sea Colombia, y la ejecución del contrato se lleve a cabo en el país, si las partes pactan que la sede será fuera del territorio Colombiano, se le dé el carácter de arbitraje internacional y se pacten las normas que las partes determinen.

#### **4.2.1 LEY 315 DE 1996**

El congreso de la República expidió esta ley con el fin de regular el Arbitraje Internacional en Colombia y aun cuando es muy corta, resume los elementos

fundamentales para la aplicación del mecanismo por lo tanto es fundamental transcribir los artículos y analizar algunos de ellos.

“ART. 1º Criterios determinantes. Será internacional el arbitraje cuando las partes así lo hubieren pactado, siempre que además se cumpla con cualquiera de los siguientes eventos:

“1º-Que las partes, al momento de la celebración del pacto arbitral, tengan su domicilio en estados diferentes.

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

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

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

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

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

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

De conformidad con lo visto, el artículo 1° de la ley objeto del presente análisis, señala, como se había mencionado anteriormente, los criterios determinantes del arbitraje internacional en Colombia. Esto es, la voluntad de las partes de pactar que sea internacional y el elemento extranjero. Lo anterior es un claro precepto de la autonomía de la voluntad privada.

Empero, como algunos doctrinantes<sup>30</sup> lo han manifestado, este artículo podría estar en contra de la Constitución y de la Ley, teniendo en cuenta que todos los ciudadanos de un país se someten al deber de respetar la Constitución Política y la Ley, y el artículo permite condicionar la solución de la controversia a la legislación extranjera que más convenga. En ese orden de ideas, se enfrenta la autonomía de la voluntad privada con el deber legal y constitucional de los individuos. Un claro ejemplo de lo anterior, es el caso de TERMORÍO S.A. E.S.P. analizado anteriormente.

Al respecto, el doctor Juan Pablo Cárdenas Mejía, interpuso una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1° de la Ley 315 de 1996. El reconocido abogado señala que solo deben someterse al arbitraje internacional las controversias que impliquen la aplicación de jurisdicciones diferentes, por lo que las partes deben acordar cuál se aplicará y el hecho que las partes determinen cuál legislación aplicar sin que haya un elemento extranjero presente en la controversia, va en contra de los preceptos constitucionales y legales:

---

<sup>30</sup> Sanguino Sánchez Jesús María, Criterio Jurídico-Num.1, Diciembre de 2001. Pgs. 172-191; Cárdenas, Juan Pablo, Sentencia C-347 de 1997, Expediente D-1514. M.P. Dr. Jorge Arango Mejía.

“Dentro de este contexto, las normas acusadas desconocen los artículos 4º; 6º y 95 de la Constitución, que establecen el deber de nacionales y extranjeros de acatar la Constitución y las leyes, pues permiten que las partes en una relación contractual, sin ningún elemento que permita presumir que ella es de carácter internacional, puedan pactar el arbitraje de esta naturaleza, y por ende, la ley sustancial que se aplicará en caso de que se produzca una controversia, sustrayéndose así al deber constitucional de cumplir con la legislación colombiana.”<sup>31</sup>

De lo anterior, puede entenderse que en el evento de someter una controversia a un arbitraje internacional sin que exista un choque de legislaciones, sino por la sola voluntad de las partes de hacerlo internacional, generaría un desconocimiento de la Constitución y la Ley y contrario a lo que profesa la figura en cuanto a la eficiencia, estaríamos en un sistema de administración de justicia privado en el cual las partes pueden acomodar la solución de la controversia a su antojo. Así las cosas, se vería vulnerada la administración de justicia en Colombia puesto que las partes pueden evitar ser juzgadas bajo las leyes del Estado, escoger la legislación que más le convenga, por ende salirse del ordenamiento jurídico con el aval de un precepto legal.

Así mismo, el demandante señala que la libertad de pactar el arbitraje internacional sin estar presente una de las causales contempladas en el artículo, vulneraría el principio de la igualdad puesto que solo unos pocos podrían tener acceso a éste mecanismo, teniendo en cuenta que el acceso implica altos costos.

---

<sup>31</sup>Corte Constitucional, Sentencia C-347 de 1997. M.P. Doctor Jorge Arango Mejía

En ese orden de ideas, nos encontraríamos frente a un mecanismo en el cual solo un pequeño porcentaje de la sociedad contaría con la libertad de escoger la legislación aplicable de acuerdo a lo que más se les acomode, quedándose sin ésta posibilidad la gran mayoría de individuos ámbito, que no cuentan con los recursos necesarios para conformar un tribunal, deben someterse a la justicia ordinaria y a las desventajas que ésta implica.

“ART. 2º.- Normatividad aplicable al arbitraje internacional. El arbitraje internacional se regirá en todas sus partes de acuerdo con las normas de la presente ley, en particular por las disposiciones de los tratados, convenciones, protocolo y demás actos de derecho internacional suscritos y ratificados por Colombia, los cuales priman sobre las reglas que sobre el particular se establecen en el Código de Procedimiento Civil. En todo caso, las partes son libres de determinar la norma sustancial aplicable conforme a la cual los árbitros habrán de resolver el litigio. También podrán directamente o mediante referencia a un reglamento de arbitraje, determinar todo lo concerniente al procedimiento arbitral incluyendo la convocatoria, la constitución, la tramitación, el idioma, la designación y nacionalidad de los árbitros, así como la sede del Tribunal, la cual podrá estar en Colombia o en un país extranjero.

“ART. 3º.- Laudo arbitral extranjero. Concepto. Es extranjero todo laudo arbitral que se profiera por un tribunal cuya sede se encuentra fuera del territorio nacional.

“ART. 4º.- El último inciso del artículo 70 de la Ley 80 de 1993 (1) quedará así:

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

Al igual que el artículo 1º de la presente ley, el artículo 4º ha sido objeto de controversias en la medida que desconoce el principio de legalidad que aplica a todos los contratos en los que el Estado sea parte. En ejercicio de la ley 315, puede existir un contrato en el que el Estado contrate con un nacional, y aun cuando no exista elemento que permita presumir el carácter internacional de la relación, al pactar la cláusula de arbitramento internacional se permite aplicar una legislación extranjera.

Resulta entonces evidente la vulneración al principio de legalidad, puesto que la ley permite que un contrato en el que una de las partes sea el Estado y la otra sea un nacional, no se le aplique el estatuto general de contratación por el hecho de haberse pactado que el eventual conflicto entre las partes se resolverá en un tribunal de arbitraje internacional.

No quiere decir lo anterior que el Estado no pueda ser parte de un tribunal de arbitraje internacional, pero es menester que exista un elemento internacional que genere un choque de normas de dos o más estados o se afecte claramente el comercio exterior,

para que este esté verdaderamente llamado a participar. De lo contrario, el mismo Estado estaría atentando contra el principio de legalidad que se traduce en su obligación de someterse a la Constitución y a la Ley.

Cabe anotar que el artículo 4° también fue objeto de la demanda presentada por el doctor Juan Pablo Cárdenas. Considera el jurista que el artículo es inconstitucional en la medida que no puede existir un contrato celebrado entre el Estado y un nacional, el cual no contemple elementos extranjeros y solo exista el pacto, al cual no le aplique el código contencioso administrativo:

“Mientras no exista un elemento en la relación contractual que permita inferir que se está en presencia de un conflicto que involucra la aplicación de leyes de dos o más Estados, las partes están obligadas a solucionar sus diferencias según la Ley interna. Por esta razón, el aparte acusado del artículo 4° desconoce, además del artículo 150, numeral 25 de la Constitución, pues es el Congreso, y no las partes, el que establece las normas que han de regir la contratación estatal.”<sup>32</sup>

En desarrollo de la ley 315, sería posible el pacto de una cláusula de arbitramento internacional en un contrato estatal bajo el supuesto que el contrato se desarrolle en el exterior o que cuente con los criterios que determinan la presencia de un elemento internacional. Con el nuevo Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, se restringe la participación del Estado, esto es de cualquier empresa del Estado o que esté controlada por éste.

---

<sup>32</sup>Ibidem

Como muy bien lo señala el autor Eduardo Silva Romero:

“(…) existe una tensión omnipresente en el arbitraje con partes estatales entre el interés público protegido por éstas y el interés privado o insaciable ánimo de lucro de los inversionistas/multinacionales.<sup>33</sup>

En apoyo de lo dicho previamente, la participación de un Estado en un tribunal de arbitraje internacional debe estar reducida a los casos en los cuales se presente un evidente choque de legislaciones por la presencia de un elemento internacional o se esté frente a una clara afectación del comercio exterior por motivos de financiación a plazo por entidades de carácter internacional, entre otros motivos de la misma índole. Pero no puede permitírsele al Estado participar en tribunales de arbitraje internacional sin que exista ningún componente internacional pues esto sería atacar directamente el principio de legalidad.

ART. 5º.- Vigencia. La presente ley rige a partir de su publicación y deroga todas las normas que le sean contrarias.

El decreto 1818 de 1998, en sus artículos 196 y siguientes, también desarrolla el tema de arbitraje internacional. En el artículo 197 señala que:

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

También podrán directamente o mediante referencia a un reglamento de

---

<sup>33</sup>Mantilla Serrano, Fernando. Arbitraje Internacional, Tensiones Actuales. Comité Colombiano de Arbitraje. Legis Editores S.A. Pg.xiv. 2007

arbitraje, determinar todo lo concerniente al procedimiento arbitral incluyendo la convocatoria, la constitución, la tramitación, el idioma, la designación de árbitros, así como la sede del Tribunal, la cual podrá estar en Colombia o en un país extranjero”.

Como se observa en la cita anterior, el decreto 1818 hace un intento por incluir un artículo referente a la autonomía de las partes para determinar en el pacto arbitral cuál será la ley sustancial y la ley procesal aplicable. Sobre el particular, Silva Romero afirma que este artículo no se refiere a la libertad de las partes para pactar el derecho nacional aplicable, sino más bien a la posibilidad que tienen las partes para elegir normas sustanciales de carácter contractual.

Así, en palabras del doctrinante, el artículo en mención:

“(…) no hace referencia, como sí lo hace la Ley Modelo de la CNUDMI al derecho nacional aplicable. Lo anterior quiere decir que, en derecho colombiano, las partes, en los contratos internacionales con cláusula compromisoria que celebren, no están obligadas a elegir un derecho nacional aplicable al contrato, como el derecho francés, y se encuentran más bien facultadas para escoger normas sustanciales de derecho internacional como aplicables a su contrato como para elegir normas sustanciales de carácter contractual, como únicas normas aplicables al mismo. Con todo, las partes, en virtud de la terminología del artículo 197 del Decreto 1818 de 1998, son libres de elegir normas nacionales, normas internacionales o

normas puramente contractuales como aplicables al contrato internacional que celebren.”<sup>34</sup>

En vista de lo anterior, si bien es cierto que el decreto 1818 en su intento por compilar la normatividad en materia de arbitraje incluyó esta disposición, es posible establecer que éste artículo no encuentra coherencia en el texto del decreto y que su referencia dentro del mismo no dota de claridad la materia del arbitraje internacional.

#### **4.2.2. LEY 1563 DE 2012 ESTATUTO DE ARBITRAJE NACIONAL E INTERNACIONAL**

El 12 de julio de 2012 se sancionó la ley por medio de la cual se expidió el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional en Colombia. El objeto de la ley es regular el arbitraje en Colombia de una manera más exhaustiva y más uniforme, teniendo en cuenta la regulación internacional que existe en el tema actualmente.

El Estatuto adopta la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho Mercantil Internacional. Como se dijo anteriormente, la Ley Modelo es el consenso mundial sobre los aspectos más relevantes del arbitraje internacional y le proporciona a los Estados los lineamientos básicos para regular el tema a nivel interno.

---

<sup>34</sup>Cfr. Silva Romero, Eduardo, *Las Normas Jurídicas Aplicables al Arbitraje Comercial Internacional. Breve Contribución al Derecho Internacional Privado Colombiano*, en *Revista de Derecho Privado*, Ediciones Uniandinas, Universidad de los Andes N° 28, septiembre de 2002, pág. 29.

En cuanto al tema que nos ocupa en el presente trabajo, en el Estatuto se restringe la posibilidad de conformar un tribunal de arbitraje internacional y se reduce a tres causales:

“Se entiende que el arbitraje es internacional cuando:

“a) Las partes en un acuerdo de arbitraje tengan, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus domicilios en Estados diferentes; o

“b) El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, está situado fuera del Estado en el cual las partes tienen sus domicilios; o

“c) La controversia sometida a decisión arbitral afecte los intereses del comercio internacional.”<sup>35</sup>

En vista de lo anterior, el nuevo estatuto es más restrictivo en cuanto a las posibilidades de conformar un tribunal más permisivo en cuanto a lo que implica el alcance de la autonomía de la voluntad privada. Así las cosas, la nueva legislación sobre el tema evita que se genere la vulneración a la Constitución y la Ley que se ha venido mencionado y garantiza así la seguridad jurídica y el objeto para el cual nació y se creó la figura del arbitraje internacional, permitiendo así a las partes actuar de manera amplia y eficiente.

Las características principales y más innovadoras de este estatuto son las siguientes:

---

<sup>35</sup> Ley 1563 de 2012, artículo 62.

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

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

“3.-Se regula expresamente quien es el juez encargado del denominado auxilio judicial. Y se mantiene el actual esquema conforme al cual, la remisión del trámite a los jueces se limita al mínimo de eventos.

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

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

del estado y gracias al aporte de la Procuraduría General de la Nación, se incluyen disposiciones tendientes a garantizar la protección del patrimonio público.”<sup>36</sup>

Con el nuevo Estatuto de Arbitraje, la aplicabilidad de la figura será más eficiente, puesto que las partes podrán contar con una regulación exhaustiva del tema pero al mismo tiempo, les permitirá a ellas actuar dentro de un ámbito donde prima la autonomía de la voluntad privada. Es por lo anterior, que no es equivocado decir que el Estatuto corrige los vacíos presentes en la regulación del arbitraje en Colombia, protege el ordenamiento nacional y garantiza que la figura sea eficiente, clara, productiva y práctica.

---

<sup>36</sup>PROYECTO DE “*POR MEDIO DE LA CUAL SE DICTAN NORMAS SOBRE EL ARBITRAJE NACIONAL E INTERNACIONAL Y SE DEROGAN ALGUNAS DISPOSICIONES*”. Exposición de motivos. Ministerio del interior y de Justicia, Ministro Fabio Valencia Cossio. Bogotá D.C. 2008. Pag 7.

## **5. EL LAUDO ARBITRAL EXTRANJERO Y EL EXEQUÁTUR: GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO DE LA CONSTITUCIÓN Y LA LEY.**

“El exequátur es una institución derivada del principio de la soberanía estatal, orientado a obtener la habilitación judicial del laudo extranjero en el país que debe cumplir el fallo”<sup>37</sup>

En efecto, el exequátur es la figura jurídica mediante la cual, un estado reconoce y da aplicabilidad a la decisión proferida por un tribunal que se encuentra fuera del territorio nacional.

Horacio GrigeraNaon afirma que:

“(...) en la evolución a lo largo de los años del arbitraje comercial en el mundo, siempre se considera como hito demarcador del grado de aceptación del arbitraje en una determinada jurisdicción, la medida en que sus tribunales estatales reconocieran y ejecutaran laudos arbitrales, tanto locales como internacionales. Al carecer los árbitros de imperium, es decir, de la facultad de poder cursar órdenes a la fuerza pública para obtener la ejecución de sus decisiones, siempre se tuvo como indicador seguro de la actitud más o menos favorable de cada jurisdicción respecto al arbitraje, la mayor o menor diferencia impuesta a los tribunales estatales respectivos para con las decisiones arbitrales, así como la mayor o menor automaticidad

---

<sup>37</sup>Ibidem Pg. 41

de los mecanismos estatales destinados a dar vigencia efectiva a tales decisiones.”<sup>38</sup>

El exequátur permite generar los efectos del laudo en el ordenamiento interno y darle ejecutabilidad. Es la salvaguarda del ordenamiento y evita que una decisión de un tribunal de arbitraje internacional llegue a vulnerar preceptos constitucionales o legales nacionales. El exequátur es aquel que permite que un laudo se cumpla dentro de un ordenamiento, es aquel que lo vuelve ejecutable.

En Colombia este trámite se adelanta de forma exclusiva ante la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, y se encuentra regulado en el artículo 693 del C.P.C., en la Ley 315 de 1996 y en el Decreto 1818 de 1998 el cual, en su artículo 198 señala que:

“Es extranjero todo laudo arbitral que se profiera por un tribunal cuya sede se encuentra fuera del territorio nacional.”

De acuerdo a esta definición, será entonces extranjero el laudo proferido por un tribunal de arbitramento cuya sede esté por fuera del territorio nacional, criterio que es insuficiente, toda vez que excluye el evento donde siendo extranjero el tribunal, su sede se encuentre en Colombia, y sea aquí proferido el laudo.

En este sentido, la Convención de Nueva York de 1958, sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, brinda una definición más amplia en su artículo 1 al señalar que:

---

<sup>38</sup>Ana María Botero Sanclemente y Néstor Raúl Correa Henao. Arbitramento Internacional. Cámara de Comercio de Bogotá. Diciembre de 2002.

“La presente Convención se aplicará al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias, y que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas. Se aplicará también a las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución.”

Otro de los inconvenientes que encuentra la ejecución de los laudos arbitrales en Colombia, son las mayores cargas que nuestro ordenamiento jurídico impone como presupuestos para el reconocimiento de los mismos, hecho que desconoce lo que establecido en la Convención de Nueva York, ratificada por Colombia, y que aplica de manera preferente.

En palabras del doctor Eduardo Zuleta:

“La Convención de Nueva York crea un régimen uniforme para el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras. Así, el tratado establece las causales para denegar dicho reconocimiento y ejecución y se convierte en un régimen especial y preferente sobre la normatividad interna. El Artículo III<sup>39</sup> de la Convención establece que para el reconocimiento o la ejecución de las sentencias arbitrales no se impondrán condiciones apreciablemente más rigurosas, ni honorarios o

---

<sup>39</sup> Artículo III: Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá la autoridad de la sentencia arbitral y concederá su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada, con arreglo a las condiciones que se establecen en los artículos siguientes. Para el reconocimiento o la ejecución de las sentencias arbitrales a que se aplica la presente Convención, no se impondrán condiciones apreciablemente más rigurosas, ni honorarios o costas más elevados, que los aplicables al reconocimiento o a la ejecución de las sentencias arbitrales nacionales.

costas más elevados que los aplicables al reconocimiento o a la ejecución de las sentencias arbitrales nacionales.”<sup>40</sup>

Nuestro Código de Procedimiento Civil en su artículo 694 establece los requisitos para la solicitud del exequátur en Colombia:

“Para que la sentencia o el laudo extranjero surta efectos en el país, deberá reunir los siguientes requisitos:

1. “Que no verse sobre derechos reales constituidos en bienes que se encontraban en territorio colombiano en el momento de iniciarse el proceso en que la sentencia se profirió.
2. “Que no se oponga a leyes u otras disposiciones colombianas de orden público, exceptuadas las de procedimiento.
3. “Que se encuentre ejecutoriada de conformidad con la ley del país de origen, y se presente en copia debidamente autenticada y legalizada.
4. “Que el asunto sobre el cual recae, no sea de competencia exclusiva de los jueces colombianos.
5. “Que en Colombia no exista proceso en curso ni sentencia ejecutoriada de jueces nacionales sobre el mismo asunto.

---

<sup>40</sup>Eduardo Zuleta Jaramillo. Colombia y la convención de Nueva York. Columna Diario La República. Julio 12 de 2010. Bogotá D.C

6. “Que si se hubiere dictado en proceso contencioso, se haya cumplido el requisito de la debida citación y contradicción del demandado, conforme a la ley del país de origen, lo que se presume por la ejecutoria.
7. “Que se cumpla el requisito del exequátur.”

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta pertinente afirmar que el exequátur es la garantía de la Constitución y la Ley de que los laudos que se profieran en el extranjero no serán violatorios y se acogerán a las normas de carácter nacional. Queda abierta la inquietud de cómo se interpretará la ley en relación con los laudos proferidos en un tribunal de arbitraje internacional cuya sede sea Colombia.

### **5.1. TRAMITE DEL EXEQUÁTUR**

Frente al trámite del exequátur también ha habido sendos pronunciamientos de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia que bien vale la pena analizar.

Así, mediante sentencia T-716 de 1997, la Corte Constitucional entró a estudiar la naturaleza de la figura, su sustento constitucional y los presupuestos para su aplicación de la siguiente manera:

“La función pública de administrar justicia, como manifestación de la soberanía estatal, está confiada, en principio, a las corporaciones, entidades, tribunales y jueces a que alude el art. 116 de la Constitución Política. Es decir, que la potestad de expedir resoluciones judiciales -sentencias o autos- en ejercicio de la función jurisdiccional, y de asegurar y efectivizar su ejecución, corresponde a las referidas autoridades. No se reconoce en forma

expresa por la Constitución la posibilidad de la eficacia jurídica de las resoluciones judiciales dictadas por los jueces y tribunales extranjeros.

“Ante la globalización del comercio y del tráfico jurídico, de la necesidad de reconocer y amparar situaciones que tienen origen o nacimiento por fuera de los límites territoriales, y de perseguir y sancionar el delito sin que importe el lugar donde se cometa, es necesario darle validez, seguridad y eficacia a las correspondientes relaciones o situaciones jurídicas, y reconocer la eficacia y la aplicabilidad o ejecución a las decisiones de los jueces y tribunales extranjeros, dado que estas autoridades no tienen poder coercitivo en el territorio de los otros estados.

“Aun cuando se ha aceptado el reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales extranjeras, acudiendo a diversas teorías, entre otras, la noción de *comity* o cortesía internacional, el respeto a los derechos adquiridos en virtud de la sentencia judicial, o "el valor internacional de la justicia", según la jurisprudencia española, lo cierto es que por las razones antes expresadas existe una razón o necesidad práctica para admitir dicho reconocimiento, la cual indudablemente tiene un sustento constitucional en los arts. 9, 226 y 227.”

“Las sentencias dictadas por los jueces y tribunales extranjeros pueden ser ejecutadas en Colombia, siempre que de acuerdo con las formalidades de la ley procesal se tramite el correspondiente exequátur. Aun cuando bien puede el legislador darle eficacia a una sentencia de un país extranjero, sin

necesidad de exequátur. Tal situación la contempla el art. 537 del Código de Procedimiento Penal.

“La sentencia constitutiva del exequátur, es decir, de la autorización judicial para darle efecto jurídico y asegurar el efectivo cumplimiento de las referidas sentencias, es resultado de un proceso judicial dentro del cual deben observarse las reglas propias del debido proceso desarrolladas por el legislador con arreglo al marco normativo superior que comprenden básicamente las siguientes fases: demanda en forma; admisión y traslado al demandado y demás intervinientes, contestación de la demanda, probatoria, de alegaciones y decisoria.”

Continuando con esta línea jurisprudencial, esta misma Corte mediante sentencia C-347 de 1997, analizó lo atinente a la necesidad del exequátur para poder dotar de efectividad a la decisión de un tribunal de arbitramento extranjero en los siguientes términos:

“El laudo que profiera el tribunal internacional debe someterse al procedimiento del exequátur, procedimiento que garantiza el respeto al ordenamiento jurídico nacional. Porque si bien pueden los árbitros aplicar una legislación extranjera, no podrán quebrantar normas de orden público vigentes en Colombia, excepto las de procedimiento.”<sup>41</sup>

Por su parte la Corte Suprema de Justicia, quien es el órgano ante el cual se presenta la demanda de exequátur, específicamente ante la sala de casación civil y, quien concede

---

<sup>41</sup> Corte Constitucional, sentencia C-347 de 1997.

la aplicabilidad de los efectos de la sentencia extranjera en Colombia, ha manifestado con mayor precisión los presupuestos para su concesión:

“Si bien es cierto que una de las manifestaciones más aceradas de la soberanía del Estado se percibe en el ejercicio exclusivo de la jurisdicción, es decir, en la atribución preeminente que éste se arroga para administrar justicia dentro de su territorio, también lo es que imperativos de cooperación internacional imponen que las decisiones judiciales proferidas por un país extranjero tengan debido cumplimiento dentro de los confines territoriales de otro, principio este que, por supuesto, no encuentra excepción en la legislación colombiana, la cual establece que en cuanto reúnan las exigencias contenidas en las contenidas en los artículos 693 y 694 del estatuto procesal civil, hay lugar a reconocer eficacia a los fallos emanados de autoridades judiciales foráneas.

“Los requerimientos aludidos conciernen con la debida aportación de la sentencia extranjera, en lo que atañe con su autenticación, traducción, legalización y ejecutoria; al igual que con el contenido de la misma, por cuanto no puede contravenir las normas de orden público, ni versar sobre derechos reales respecto de bienes situados en el país, como tampoco recaer en asuntos de resorte exclusivo de las autoridades colombianas o respecto de los cuales exista proceso en curso o sentencia en firme.

“Empero, ante todo es imperioso demostrar que existe reciprocidad diplomática y, en su defecto la de índole legislativa, según lo establece el

artículo 693 *Ibíd*em, del cual se desgaja que en Colombia, en materia de exequátur, se acogió el sistema combinado de reciprocidad diplomática con la legislativa, lo cual traduce que prioritariamente debe estarse a las estipulaciones de los tratados que haya celebrado con el Estado de cuyos jueces provenga la providencia que se pretenda ejecutar en el territorio nacional; y sólo a falta de derecho convencional se acogerán las normas extranjeras para darle al fallo la misma fuerza que ellas le conceden a los proferidos en Colombia por sus juzgadores.

“De manera, pues, que cuando no hay tratado público es indispensable acreditar que la normatividad del país donde fue dictada la sentencia cuyo exequátur se reclama le da idéntico valor a las emitidas por los jueces colombianos, vale decir, que éstas admiten ejecución allí; por tanto, en tal supuesto es menester probar la vigencia de esa legislación extranjera que contempla dicha reciprocidad, en la forma señalada por el artículo 188 *eiusdem*.”<sup>42</sup>

Es claro entonces, que lo perseguido a través de este mecanismo es el asegurar la efectividad de las decisiones judiciales emitidas por autoridades que se encuentran por fuera de la jurisdicción colombiana, mas este reconocimiento dependerá de la satisfacción de dos obligaciones; la primera de ellas que exista reciprocidad entre el estado donde se profiere la sentencia y Colombia en materia de reconocimiento de sentencias extranjeras (los países que hacen parte de la Convención de Nueva York de 1958 y la han ratificado gozan de esta reciprocidad) fruto de algún acuerdo, tratado, o

---

<sup>42</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena. 2009. Expediente No. 11001 0203 000 2006 01735 00. “Solicitud de exequátur.”

convención internacional, y la segunda, que tales decisiones hayan cumplido en su trámite con los postulados procesales de los artículos 693 y 694 del C.P.C., que se refieren en esencia a que haya habido un debido proceso.

## 6. ALCANCE DEL PACTO ARBITRAL

El pacto arbitral es sin duda alguna, el punto de partida del arbitraje como mecanismo de solución de controversias. Éste hace referencia a un acuerdo suscrito por las partes de una controversia, en el que acceden o mejor, convienen someter su disputa a un tribunal de arbitramento. Dada la importancia del pacto arbitral y conforme a la importancia que éste ha de tener a lo largo de todo el proceso arbitral, a fin de analizar sus alcances, se debe comenzar por tener una noción de qué es el pacto arbitral. Para ello, se cita la definición que adoptó el nuevo Estatuto de Arbitraje:

“El pacto arbitral es un negocio jurídico por virtud del cual las partes someten o se obligan a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas.”

Así, partiendo de la definición consagrada en el Estatuto, la celebración del pacto arbitral supone, por un lado, que las partes mediante la manifestación expresa de sus voluntades, convienen en someter las presentes o futuras controversias al arbitraje. Por otra parte el sometimiento al pacto arbitral significa que ambas partes expresamente renuncian a someter sus posibles conflictos ante la justicia ordinaria. Esta es indudablemente la consecuencia inmediata del pacto arbitral. No obstante, el hecho de que las partes de un contrato o las partes de un conflicto decidan suscribir un pacto arbitral, tiene otra serie de efectos o consecuencias que serán analizados más adelante.

## **6.1.VARIACIONES DEL PACTO ARBITRAL: COMPROMISO Y CLÁUSULA COMPROMISORIA**

En palabras del doctrinante John J. Barceló III<sup>43</sup>, en relación con el pacto arbitral y sus variaciones, la autoridad de cualquier tribunal arbitral, reposa en un acuerdo entre dos partes que debe ejecutarse conforme a la ley. Este acuerdo puede revestir dos formas. Por un lado, el *compromiso*, el cual busca someter disputas o controversias existentes al arbitraje; por otra parte, la *cláusula compromisoria*, que busca someter futuras controversias o disputas al arbitraje como mecanismo alternativo de solución de controversias. El término pacto arbitral es utilizado para referirse a ambas formas de someter los conflictos al arbitraje.

Aun cuando el compromiso y la cláusula compromisoria son las dos variaciones del pacto arbitral más reconocidas y aceptadas, se admite también la tesis referente a la existencia de una tercera clase de pacto arbitral. Así, excepcionalmente se dice que puede presentarse una “standing offer to arbitrate”, lo que traduce una oferta para acudir al arbitraje. No obstante, debido a que en general casi todas las legislaciones domésticas y adicionalmente la Convención de Nueva York exigen que el pacto sea escrito, la oferta deberá igualmente hacerse por escrito. Ahora bien, ante todos los avances tecnológicos y ante la diversidad de formas en las que cada día se aceptan los datos, cabe cuestionarse lo que implica el término *por escrito*. Al respecto, se considera que no importa la forma que revista el pacto, bien sea en documento físico, correo electrónico o mensaje de datos mientras se pueda verificar su texto.

---

<sup>43</sup>Varady, T., Barcelo, J., V.Mehren, A. “International Commercial Arbitration, a Transnational Perspective”. American Casebook Series.Fourth edition, WEST. 2009.

## 6.2.AUTONOMÍA DEL PACTO ARBITRAL

Como se ha visto, el pacto arbitral es la piedra angular del arbitraje, y por supuesto del arbitraje internacional moderno. El motivo principal de esto es quizás que, así como lo sostienen los doctrinantes ingleses Redfern y Hunter<sup>44</sup>, aun cuando el pacto arbitral tiene distintas funciones, la más importante de ellas es reflejar el consentimiento expreso de las partes de acudir al arbitraje para solucionar sus disputas. Por ello, como en cualquier contrato, el elemento esencial del pacto es el consentimiento; sin el consentimiento expreso de las partes no puede haber un arbitraje válido. Ahora bien, la validez del pacto arbitral en líneas generales no suscita ningún problema cuando éste se encuentra en un documento separado al contrato principal, o ha sido redactado en un momento posterior, como ocurre con el compromiso. No obstante, ¿qué sucede cuando el pacto arbitral se encuentra contenido bajo una cláusula del contrato principal, y éste último no es válido o lo que se busca es que declaren su invalidez?

Al respecto, y con el fin de responder la pregunta formulada anteriormente, el arbitraje y el pacto arbitral en sí son expresiones máximas de la autonomía de la voluntad privada.

“Una vez las partes han manifestado su intención de acudir al arbitraje, este consentimiento no puede retirarse unilateralmente. Incluso si el pacto arbitral hace parte del contrato original entre las partes y el contrato ha

---

<sup>44</sup>Redfern & Hunter, et al. “Law and practice of International Commercial arbitration”. Fourth edition. 2004.

terminado, la obligación de arbitrar subsiste. Es una obligación independiente y separable del resto del contrato.”<sup>45</sup>

Así las cosas, es indiferente si lo que las partes buscan es que se declare la nulidad del contrato, que se declare terminado o que se declare su incumplimiento, como consecuencia de una ficción jurídica, que parte del principio de la autonomía del pacto arbitral, a pesar de que éste se encuentre dentro del mismo documento o haga parte integral del contrato principal, para efectos de la validez del mismo debe entenderse que el pacto es autónomo, independiente y separable.

En relación con lo anterior, sobre la validez del pacto arbitral existen múltiples posiciones y se ha generado discusión en torno a lo que consagran las leyes domésticas y lo establecido por la doctrina y los tratados internacionales. Al referirse a la validez del pacto arbitral es indispensable acudir a la teoría de la autonomía del pacto arbitral. Este principio de derecho es fundamental y puede decirse que gobierna lo referente al arbitraje y en particular al arbitraje internacional.

En palabras del doctrinante francés Fouchard:

“(…) tradicionalmente, lo que se conoce como la autonomía del pacto arbitral hace referencia a la autonomía del contrato principal en el que se encuentra o al que se refiere”. “El principio de que el pacto arbitral es separable del contrato principal ha sido consagrado desde hace tiempo en la legislación francesa”. “En la decisión Gosset de 1963 la Corte de Casación

---

<sup>45</sup>Ibídem. 1-11.

francesa estableció: en el arbitraje internacional, el pacto arbitral, ya sea concluido por separado o incluido en el contrato al que se relaciona, debe, salvo causas excepcionales, tener completa autonomía legal y no deberá ser afectado por el hecho que el contrato anteriormente mencionado sea inválido.”<sup>46</sup>

En ese orden de ideas, al igual que en Francia, Colombia adopta el principio de la autonomía del pacto que, además de concebir la figura como independiente del contrato principal que lo contiene, o al que se refiere, acarrea otra serie de consecuencias.

En ese sentido, es importante hacer referencia a los alcances de la autonomía del pacto arbitral y a la manera en la que éstos se han analizado en Colombia.

“Los alcances de la autonomía del pacto arbitral son los siguientes: primero, de conformidad con el denominado principio de la autonomía del pacto arbitral, la nulidad del contrato no acarrea la nulidad del pacto, de suerte que éste puede sobrevivir sin aquél. Segundo, puede ocurrir que el contrato se rija por una ley y el pacto arbitral se regule por otra ley diferente. Tercero, se aplica el principio denominado “kompetenz - kompetenz,” según el cual el árbitro es el juez de su propia competencia, de suerte que él, y no un tercero, es quien define si es, o no, competente. Desde luego, si el árbitro decide que el pacto arbitral es nulo, se abstiene de asumir competencia. Y si

---

<sup>46</sup> Phillippe Fouchard. *L'arbitrage comercial international II*. Dalloz París, 1965. Pg. 8.

el árbitro encuentra que el contrato es nulo pero el pacto arbitral es válido, asume competencia.”<sup>47</sup>

De acuerdo a lo anterior, el efecto inmediato del pacto arbitral es la separación de éste del contrato principal, haciéndolo entre otras cosas, inmune a los vicios que afecten el contrato al que accede. Por otro lado, se hace posible que la ley aplicable al pacto sea diferente a aquella que rige el contrato principal. Ahora este efecto, siendo de gran importancia para el arbitraje en sí se analizará a profundidad a más adelante.

### **6.3. LEY APLICABLE**

En relación con lo anterior, uno de los alcances del pacto arbitral hace referencia a que en él, las partes del contrato pueden determinar no solo el derecho que quieren que le sea aplicable a la disputa o al procedimiento, sino también a la cláusula compromisoria. En consecuencia, dándole alcance al principio de autonomía del pacto arbitral, la ley aplicable al contrato principal no tiene que ser necesariamente aquella que aplica al pacto arbitral. Al respecto, el doctrinante Nicolás Gamboa Morales expone una descripción bastante clara desde los cuatro enfoques en que hoy día se observa el alcance y el derecho aplicable al asunto que es materia del pacto arbitral:

“De acuerdo con el primer enfoque vinculado al derecho inglés, el pacto arbitral rige por el derecho escogido por las partes como aplicable al contrato principal, salvo que estas hayan elegido de manera específica un derecho diferente como aplicable a la cláusula compromisoria.

---

<sup>47</sup> Ana María Botero Sanclemente y Néstor Raúl Correa Henao. Arbitramento Internacional. Cámara de Comercio de Bogotá. Bogotá D.C., 2002.

“En 1993, en el caso “unión vs.McDonnell Douglas Corp.”, una corte inglesa tuvo ocasión de pronunciarse al respecto:

“La cláusula arbitral de un contrato comercial como el presente, es un contrato dentro de un contrato [...] Las partes pueden hacer una escogencia expresa de la ley que regirá su acuerdo comercial, y tal escogencia también puede ser hecha con relación a la ley que gobernará el acuerdo de arbitraje.En el caso presente, es mi parecer que mediante el artículo 11 las partes eligieron las leyes de la India, no sólo para gobernar los derechos y obligaciones que surgieran de su relación comercial sino, también, los derechos y obligaciones derivados de su acuerdo de arbitraje.”

“En Francia (segundo enfoque), la Corte de Casación, en el caso conocido como Dalico, resuelto en diciembre 20 de 1993, fuera de afirmar que, como resultado de una norma sustancial del derecho internacional de arbitraje, la cláusula compromisoria era autónoma con relación al contrato principal, sostuvo que el pacto arbitral estaba regido por la simple voluntad de las partes y debía ser apreciado en consonancia con ella, siempre y cuando no contraviniera normas imperativas (del derecho francés en este caso) o reglas de orden público internacional.

“La legislación suiza, por su parte, y en lo que vendría a ser la tercera aproximación, contiene un muy adecuado tratamiento del tema. El artículo 178 (2) del estatuto suizo sobre Derecho Internacional Privado (“PIL”) prescribe:

“En cuanto a sustancia, un acuerdo de arbitraje será válido si está de conformidad con cualquiera de la Ley escogida por las partes, o la ley aplicable al asunto materia de controversia, en particular la ley que rige el contrato principal, o la ley suiza.”<sup>48</sup>

Una de las características propias del arbitraje internacional es que se encuentra rodeado de diversos sistemas legales que deben ser observados tanto por las partes como por los árbitros. Así, debe pensarse en el supuesto en que dos partes pertenecientes a países distintos celebran un pacto arbitral en un tercer Estado y escogen como sede del tribunal arbitral un cuarto Estado. Después ese laudo arbitral proferido en ese cuarto Estado deberá ser reconocido y ejecutado en otros Estados, mientras que la parte vencida tratará de impugnar el laudo ante la jurisdicción de la sede y evitar su reconocimiento y ejecución. En consecuencia, existe una interrelación de sistemas jurídicos que se debe tener en cuenta al analizar la figura del arbitraje internacional.

Estos diversos sistemas jurídicos aplican a diferentes aspectos del arbitraje, y por ende deben ser analizados. En el capítulo pasado abordamos lo referente a la posibilidad de pactar unas reglas procesales particulares. Ahora, se analizarán los efectos de las distintas leyes que pueden interactuar en un arbitraje internacional. Así, en un arbitraje internacional es posible la existencia y el pacto de las siguientes leyes: (i) la ley aplicable al pacto arbitral; (ii) la ley aplicable al fondo de la controversia; y (iii) la ley que rige el arbitraje (*lex arbitri*). Las consideraciones entorno a la ley del lugar dónde se debe reconocer y ejecutar el laudo arbitral fueron abordadas anteriormente cuando se analizó el texto de la Convención de Nueva York.

---

<sup>48</sup>Nicolás Gamboa Morales. Apuntes sobre arbitraje internacional. Colección Textos Jurisprudencia. Centro Editorial Universidad del Rosario. Primera Edición. Bogotá D.C., enero de 2006. Páginas 16 a 19.

“La anterior disposición es de enorme versatilidad para la protección de los pactos arbitrales y de la determinación de la ley aplicable a los mismo (in favor em valitatis), pues, en efecto las opciones allí establecidas ni siquiera pueden considerarse como subsidiarias sino, sencillamente, como alternativas, bastando la presencia de una sola de ellas.

“El cuarto y último enfoque referente a la ley aplicable al pacto arbitral podría resultar de lo establecido en el artículo V (1) (a) de la Convención de Nueva York, en cuya virtud, y con referencia a los motivos para “denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia [laudo]”, se dispone:

“Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo II [pacto arbitral] estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que le es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiere indicado al respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado sentencia.

“Esta disposición, sin ser tan favorable como el antes comentado artículo 178 permite que se analice la validez y existencia de las clausulas compromisorias a la luz de la normatividad de la sede del arbitraje, pero con carácter netamente subsidiario, pues solo tendrá cabida a falta de indicación hecha al respecto por las partes, debiéndose entender, a mi juicio, que hay “pronunciamiento” de las partes si se estipula una ley aplicable al contrato principal y, por supuesto, una ley aplicable al pacto arbitral mismo”<sup>49</sup>.

---

<sup>49</sup> Ibidem

Igualmente, las partes de un contrato también podrán someter la resolución de sus diferencias a la justicia arbitral, aún cuando previamente no hayan estipulado una cláusula compromisoria que defina este mecanismo. Lo anterior, por cuanto el principio de la autonomía de la voluntad privada permite que las partes una vez surgida la controversia, aparten del conocimiento del justicia ordinaria sus diferencias, mediante la celebración de un “compromiso”, en términos más sencillos, es una cláusula *ad hoc* que habilita a un tribunal de arbitramento para dirimir la contención surgida entre las partes.

“El convenio arbitral debe constar por escrito, siempre por escrito, tanto a nivel internacional como nacional. Sin embargo, no hay fórmulas sacramentales para consagrar el arbitraje en un escrito, sino que opera la liberalidad y la informalidad. En efecto el arbitraje puede inferirse de un cruce de cartas, de un fax, de dos telegramas, en fin se puede deducir de un texto escrito (...)

También puede ser informal o tácita la derogación de la cláusula compromisoria, como lo han señalado en Colombia en alguna parte de la doctrina, si por ejemplo, del cruce de correspondencia o de demandas se infiere tal situación. Por ejemplo, si el demandante omite proponer el pacto arbitral como excepción, se entiende que hay renuncia implícita a este mecanismo, según la jurisprudencia.”<sup>50</sup>

---

<sup>50</sup> Ibidem

Como lo establece la Ley 315 de 1996, el alcance del pacto es tan rígido que en la situación en que una de las partes acuda a la justicia ordinaria pese a existir un pacto arbitral, la parte demandada puede presentar la excepción de falta de jurisdicción con solo demostrar la existencia de éste. Así mismo, si el demandante acude a la justicia ordinaria y el demandado no presenta el pacto arbitral como excepción, se entenderá que las partes han renunciado implícitamente a éste.

Cabe destacar que no existe un requisito explícito de cómo debe consagrarse el pacto arbitral salvo que debe ir por escrito. Del mismo modo ocurre con la renuncia al pacto, ya que si existe al menos alguna prueba escrita de renuncia, se entiende que no va a operar el mecanismo.

## **7. CONCLUSIÓN: APLICACIÓN DE LA FIGURA**

Después de haber hecho un análisis de la actual legislación colombiana en materia de arbitraje internacional como mecanismo alternativo para la solución de controversias, y habiendo contrapuesto el mismo al nuevo Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, que intenta llenar los vacíos de la legislación anterior, la presente conclusión debe comenzar por resaltar el avance jurídico que se logrará con éste, el cual permitirá que Colombia se posicione a nivel latinoamericano como un foro atractivo para pactar el arbitraje internacional.

Ahora bien, la idea de que Colombia a lo largo de la historia no ha sido considerado como un escenario atractivo para el arbitraje internacional ha cambiado y actualmente se percibe como un centro arbitral en crecimiento. Este proceso inicia en 1996 con la expedición de la ley 315 que contiene solo cinco artículos referentes al arbitraje internacional. Posteriormente, esta ley fue más adelante recogida por el decreto 1818 de 1998, que fue el primer intento de compilación y sistematización de las disposiciones de arbitraje como mecanismo alternativo de solución de controversias. No obstante, a pesar de los esfuerzos por organizar la legislación en esta materia, el decreto generó numerosas dudas y se empezaron a evidenciar grandes vacíos jurídicos, que en últimas tuvieron como consecuencia la desnaturalización de la figura jurídica de arbitraje.

En efecto, la vaga y dispersa legislación arbitral colombiana desencadenó dos fenómenos negativos. El primero de ellos, está representado en la expedición de diferentes sentencias del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, especialmente

mediante los fallos de tutela y las sentencias de anulación de laudos, por medio de las cuales se intentó regular y delimitar el funcionamiento del arbitraje. En consecuencia, fallos como el de *TERMORÍO* y algunos de tutela, en donde se desconoce la competencia de los árbitros, lograron quitar validez y seguridad jurídica al pacto arbitral. El segundo fenómeno negativo, fue la constitución de tribunales de arbitraje de carácter internacional, con el fin de pactar normas de acuerdo a las necesidades de las partes sin que existiera elemento internacional alguno.

No puede olvidarse que, el fin principal del arbitraje internacional es ser un mecanismo de solución de controversias en el evento en que se presente un choque de normas de diferentes jurisdicciones, por existir un elemento internacional en el pacto arbitral. Esto se traduce en la necesidad de llevar el conflicto ante un ente imparcial donde se pacten las normas con las que se va a solucionar el asunto de manera equilibrada, justa y clara, éste es el tribunal de arbitraje internacional. Así las cosas, la desnaturalización de la figura jurídica radica en la posibilidad que la ley 315 de 1996 otorga de conformar un tribunal de arbitraje internacional, aun cuando no exista elemento internacional alguno que genere el choque de normas y donde las partes puedan salirse del ordenamiento y no desenvolverse de conformidad con los preceptos constitucionales y con las normas nacionales de orden público.

Ante una realidad económica en la cual los mercados se están expandiendo y la apertura de los mismos es inminente, adaptar el escenario jurídico existente a dichas realidades era indispensable. El Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, que hasta hace poco era una inimaginable, hoy procura integrar una regulación exhaustiva de la materia e intenta llenar los vacíos que hasta la fecha han atrofiado el mecanismo. La dispersión

normativamente terminó por convertir una figura jurídica que se caracteriza por su agilidad, bajos costos y óptimos resultados, en una figura que, ante indebidas redacciones del pacto arbitral, puntos divergentes entre las partes frente a la designación de árbitros, o necesidad de practicar de pruebas en el exterior, se vuelve lento, ineficiente, costoso e incluso en ocasiones violatorio de la Constitución y la Ley.

Es de destacar que el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional intenta sistematizar las normas relativas al arbitraje y en especial, el mayor avance del nuevo Estatuto es que este se basa en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, Uncitral por sus siglas en inglés). El hecho que la legislación colombiana en materia arbitral tenga como punto de partida la ley modelo, posiciona a Colombia como vanguardista en la materia y permite que sea una legislación amigable, segura y atractiva para nacionales y extranjeros. Con esto, es de esperarse que se dote al arbitraje internacional de todas las virtudes que lo caracterizan y que los inversionistas extranjeros empiecen a observar a Colombia como un lugar seguro como sede de arbitraje de sus futuras controversias.

Conforme a lo anterior, es necesario que al momento de aplicarse la figura en la forma como la consagra el nuevo estatuto, se fomente una cultura receptiva frente al arbitraje, se respete la autonomía de la voluntad privada en el pacto arbitral pero siempre se tenga en consideración el respeto por lo consagrado en la Constitución y la ley.

El arbitraje internacional es un mecanismo ideal para que, ante las controversias que se generen entre personas de diferentes nacionalidades y que probablemente abarcan más de una jurisdicción, exista confianza y seguridad en el sistema y para que, con

tranquilidad, se puedan hacer efectivas las transacciones transnacionales que son cada vez más frecuentes.

Indudablemente el arbitraje, como mecanismo de solución de controversias y como expresión máxima de la autonomía de la voluntad privada, tiene una serie de beneficios que han sido ampliamente reconocidos. Como ya se mencionó, la entrada en vigencia de el nuevo Estatuto permitirá que las bondades de esta figura jurídica, tales son la efectividad de la justicia, la celeridad, la ecuanimidad, entre otras, sean una realidad y que se puedan disfrutar por quienes desean hacer uso de ella. No obstante, así como existe un deber de la rama jurisdiccional colombiana frente a la aplicación de la figura y del estatuto mismo, el uso de ella debe estar encaminado a que se cumplan con los objetivos idóneos y no ser una alternativa para burlar la justicia ordinaria de un país, desconocer la soberanía o acomodar las normas al antojo de las partes dentro de una controversia.

Quiere decir lo anterior, que la naturaleza de la figura no puede evolucionar como una herramienta de transgresión del ordenamiento jurídico. El arbitraje debe ser una guarda de la Constitución y la ley en la cual los particulares, como partícipes de la jurisdicción, busquen el efectivo cumplimiento de sus derechos a través de la solución más pertinente al conflicto que se suscite entre las partes de un contrato cuando se presenta un choque de normas de diferentes plazas.

La evolución de la legislación en materia de arbitraje en el país, deja ver que cada día la autonomía de la voluntad privada goza de mayor reconocimiento y aceptación, por consiguiente alcanza más esferas. Sin perjuicio de lo anterior, los particulares que den

aplicabilidad a la figura, tienen el deber de utilizar la misma de manera responsable con el fin de que no sea necesario acudir a diferentes herramientas jurídicas que conlleven nuevamente a la desnaturalización de la figura del arbitraje internacional.

Finalmente, es necesario reconocer los esfuerzos de la comisión redactora de la ley 1563 de 2012, por modernizar la legislación colombiana en materia de arbitraje. Del nuevo Estatuto se espera corrija los vicios con los que se encontraba contaminada la figura del arbitraje en Colombia, y garantice que esta figura jurídica sea accesible, rápida, adaptable y fácil de usar, claro está, no dejando de lado la responsabilidad que corresponde a quienes a ella se aproximen. Así mismo, se debe crear consciencia entorno la naturaleza del mecanismo y en la forma como ha sido concebido por el Estatuto. La cultura alrededor de éste, debe empezar no solo por los usuarios sino también por los Jueces, quienes deben creer y brindar apoyo a este mecanismo alternativo para la solución de controversias.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **LEYES Y DECRETOS**

- Ley 105 de 1890, Artículo 307
- Ley 315 de 1996.
- Ley 446 de 1998
- Ley 1563 de 2012.
- Decreto 1818 de 1998.

### **TRATADOS**

- **COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL.** Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, CNUDMI.
- **CONVENCIÓN SOBRE EL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS ARBITRALES EXTRANJERAS.** CONVENCIÓN DE NUEVA YORK DE 1958

### **DOCTRINA**

- **BLACKABY** Nigel, **HUNTER** Martin, **PARTASIDES** Constantine y **REDFERN** Alan. *Redfern & Hunter on International Arbitration*. December 20, 2009. 1-04 chapter 1.

- **BOLETÍN CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE.** Cámara Nacional de Comercio. La Paz, Bolivia. Septiembre-Octubre de 2006.
- **BOTERO SANCLEMENTE,** Ana María y **CORREA HENAO,** Néstor Raúl. *Arbitramento Internacional.* Cámara de Comercio de Bogotá, 2002, Pg. 8 – 14
- **CHAMORRO CORONADO,** Luis María. *Globalización Económica, Integración Regional y Protección de Inversionistas extranjeros en Brasil.* Revista Scientia Iuris. Num. 13, Noviembre de 2009. Pgs.89-119
- **GAMBOA MORALES,** Nicolás. *Apuntes sobre arbitraje internacional.* Primera edición. Colección Textos Jurisprudencia. Centro Editorial, Universidad del Rosario. Bogotá D.C., enero de 2006. Páginas 16 a 19.
- **GIL OSUNA,** Bartolomé. “*En El Iudicium Legitimum Romano: La Apud Iudicem Como Origen Del Arbitraje*”. Universidad De Los Andes, Mérida – Venezuela. Morelia, México, 16, 17 Y 18 De Agosto De 2006. Pág. 5
- **GONZÁLEZ DE COSSIO,** Francisco. *La Naturaleza Jurídica del Arbitraje: Un ejercicio de balance químico.* Lima Arbitration. N° 2-2007. Pg. 202.
- **FOUCHARD,** Phillippe. *L`arbitrage comercial international II.* Dallozm París, 1965. Pg. 8.
- **MANTILLA SERRANO,** Fernando. *Arbitraje Internacional, Tensiones Actuales.* Comité Colombiano de Arbitraje. Legis Editores. Colombia. 2007. Pg. 14 - 209.

- **MONROY CABRA**, Marco Gerardo. *Arbitraje Comercial e Internacional*. Segunda Edición, Legis, Bogotá. 1998. Pg. 23
- **OPPETID**, Bruno. *Teoría del Arbitraje*. Traducido por Eduardo Silva Romero, Fabricio Mantilla Espinosa y José Joaquín Caicedo Demoulin. Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia. Editorial Legis 2006.
- **REDFERN & HUNTER**, et al. *Law and practice of International Commercial arbitration*. Fourth edition. 2004. Pag 1-11-
- **VARADY, T., BARCELO, J., V. MEHREN, A.** *International Commercial Arbitration, a Transnational Perspective*. Fourth edition, American Casebook Series, WEST. 2009.
- **ZULETA JARAMILLO**, Eduardo. *Colombia y la convención de Nueva York*. Columna Diario La República. Bogotá D.C. Julio 12 de 2010.
- **MAROTA RANGEL**, Vicente. “*ICC INTERNATIONAL HANDBOOK ON COMMERCIAL ARBITRATION*”.1988.

## **JURISPRUDENCIA**

### **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

- **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**, Sala plena. *Gaceta Judicial*, Tomo CXXXVII. 29 de mayo de 1969. Pg. 9
- **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**, Sala Civil. Sentencia del 27 de julio de 2011. Rad. No. 019500

## **CORTE CONSTITUCIONAL**

- **CORTE CONSTITUCIONAL**, Sentencia C-242 del 20 de mayo de 1997.
- **CORTE CONSTITUCIONAL**, Sentencia C-347 de 1997. M.P. Doctor Jorge Arango Mejía.
- **CORTE CONSTITUCIONAL**, Sentencia C-150 del 11 de marzo 2009.
- **CORTE CONSTITUCIONAL**, Sentencia SU-174 del 14 de marzo de 2007.
- **CORTE CONSTITUCIONAL**, Sentencia T-716 de 1997.

## **CONSEJO DE ESTADO**

- **CONSEJO DE ESTADO**, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 1 de agosto de 2002. Expediente 2001-0046-01. C.P. Germán Rodríguez Villamizar.
- **CONSEJO DE ESTADO**, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia 6 de junio de 2002. Expediente No. 20634
- **CONSEJO DE ESTADO**, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 23 de febrero de 2000. Expediente No. 16394.
- **CONSEJO DE ESTADO**, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Sentencia No. 29703 del 2 de marzo de 2006. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

- **CONSEJO DE ESTADO**, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, Sentencia No. 3284 del 21 de marzo de 2007. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.
- **CONSEJO DE ESTADO**, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, Sentencia No. 28309 del 4 de diciembre de 2006. C.P. Mauricio Fajardo Gómez

### **JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL**

- **CORTE DE CASACION FRANCESA**. Decisión GOSSET 1963.
- **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE ESTADOS UNIDOS**. Decisión Prima Paint v. Flood & Conklin, 1967.
- **CORTE DE APELACION INGLESA**. Decisión Harbour v. Kansa. 1993.