
Autonomía de las partes para determinar el procedimiento arbitral en arbitrajes *ad hoc*

Diego Germán Mejía Lemos*

Álvaro Salcedo Flórez**

Resumen

Advertimos al iniciar éste trabajo, que en Colombia la posición doctrinal y jurisprudencial es errática, en materia de arbitraje *ad hoc*, en la medida en que hay decisiones contradictorias en cuanto a la libertad de las partes para determinar el procedimiento en el pacto arbitral. Así, a pesar de que la Corte Constitucional declaró exequibles las normas concernientes a esta libertad, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la Sentencia 21041, al analizar la validez de la cláusula compromisoria involucrada en el caso concreto, desconoció la autonomía de las partes para determinar en el pacto arbitral el procedimiento aplicable, por cuanto, en su opinión, las partes no podían derogar las normas del Decreto 2279 de 1989, las cuales consideraron normas de orden público y por ende tampoco podían pactar un arbitramento institucional, sino uno legal.

Palabras clave: arbitraje, arbitraje *ad hoc*, arbitraje independiente, arbitraje institucional, arbitraje internacional, arbitraje legal, árbitro, autocompositivo, autonomía de las partes, conflicto, contrato, debido proceso, demanda arbitral, doctrina, función jurisdiccional, heterocompositivo, laudo, libertad de formas, MASC, orden público, procedimiento arbitral, recurso de anulación, reglas de procedimiento, tribunal de arbitramento.

* Abogado de la Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Derecho Administrativo de la misma Universidad. Docente del área de Derecho Internacional de la Universidad Jorge Tadeo Lozano.

** Abogado de la Universidad del Rosario, con especializaciones en Procedimientos Comerciales, Docencia Universitaria y Derecho Contractual. Docente de las Universidades del Rosario, de la Sabana, Sergio Arboleda y Jorge Tadeo Lozano.

Abstract

We point out in the beginning of this work that in Colombia the doctrine and jurisprudence position is wrong, talking about *ad hoc* arbitration, up to a point there are contradictory decisions as regards the freedom of the parts to determine the procedure in the arbitral agreement. In this way, in spite of the constitutional court declared accessible the rules concerning to this freedom, the third section of the state council, in the sentence 21041, when we are analyzing the validity of the clause of commitment involved in this case in particular, it has unknown the autonomy of the parts to determine in the arbitral agreement the applied procedure, inasmuch as, in its opinion, the parties couldn't repeal the norms of the decree 2279 of 1989, which considered norms of public order therefore they couldn't agree on a institutional arbitration, if not one legal.

Key words: arbitration, ad-hoc arbitration, independent arbitration, institutional arbitration, international arbitration, legal arbitration, arbitrator, autocompositivo, party autonomy, disputes, contract, due process, arbitration suit, jurisdictional function, heterocompositivo, arbitration award, liberty of forms, ADR, public order, arbitration procedure, invalidity resource, procedural rules, arbitration court.

* * *

El arbitraje, especialmente el de carácter comercial internacional, se ha convertido en la forma normal de solución de diferencias en el marco del comercio internacional.¹ El dinamismo del arbitraje internacional como medio de solución de controversias se debe, en gran parte, a las posibilidades que tienen las partes, mediante el denominado “arbitraje *ad hoc*” o “arbitraje independiente”, de determinar en el pacto arbitral, sea éste una cláusula compromisoria o compromiso, el procedimiento que regulará el proceso arbitral.²

No obstante lo anterior, en Colombia ha habido una posición doctrinal y jurisprudencial errática, en la medida en que hay decisiones contradictorias en cuanto a la libertad de las partes para determinar el procedimiento en el pacto arbitral. Así, a pesar de que la Corte Constitucional declaró exequibles las normas concernientes a esta libertad, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la Sentencia 21041, al analizar la validez de la cláusula compromisoria involucrada en el caso concreto, desconoció la autonomía de las partes para determinar en el pacto arbitral el procedimiento aplicable, por cuanto, en su opinión, las partes no podían derogar las normas del Decreto 2279 de 1989, las cuales consideraron normas de orden público.³

1 Phillipe Fouchard, Emmanuel Gaillard & Berthold Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Librairie de la Cour de Cassation, 1996.

2 Jorge Hernán Gil Echeverry, *Nuevo régimen de arbitramento. Manual práctico*. Bogotá, Cámara de Comercio, agosto de 2004, p. 51.

3 Fernando Mantilla-Serrano, «TermoRío: un duro golpe al arbitraje». En *Revista Internacional de Arbitraje*, Bogotá, Comité Colombiano de Arbitraje / Legis / Universidad Sergio Arboleda, jun.-dic. 2004, p. 201.

Bajo esta interpretación la situación ya no es tan clara, dejándonos en la paradójica situación de que constitucional y legalmente podemos pactarlo, pero en la práctica resultaría muy peligroso hacerlo, frente a un eventual recurso de anulación en el que se esgrimieran por el Tribunal Superior o por el Consejo de Estado, argumentos similares a los que se dejaron ver en la sentencia citada. De todas maneras dicho tema no es el que orienta por el momento ésta modesta colaboración, sino que será objeto de estudio profundo dentro de la investigación que se maneja con respecto a las posibilidades actuales del arbitraje *ad hoc* en Colombia.

Por este motivo, dado un precedente como el citado, que desconoce la autonomía de las partes para determinar en el pacto arbitral el procedimiento aplicable, el presente artículo se propone explorar el estado del arte en materia de la autonomía de las partes para determinar el procedimiento arbitral, respondiendo a los siguientes interrogantes:

¿Es omnímoda la facultad de las partes para señalar reglas de procedimiento? O por el contrario: ¿Tales reglas deben estar enmarcadas dentro de unos límites que consulten el debido proceso? Y agregaríamos además: ¿Aún consultando las reglas del debido proceso, lo estándares fijados por las partes pueden ser inferiores a los legales?

Pretendemos cumplir éste propósito bajo la siguiente estructura:

- 1) Marco conceptual básico del arbitraje, en el cual se examinarán los conceptos básicos de arbitraje, con la finalidad de poder abordar de forma más precisa la autonomía de las partes para determinar el procedimiento en arbitrajes Ad Hoc.
- 2) La existencia de límites a la autonomía o libertad de las partes para determinar el procedimiento en arbitrajes *ad hoc*, conforme al estado del arte en la materia.
- 3) Se efectuarán unas observaciones sobre el desarrollo legal y jurisprudencial de la autonomía de las partes en Colombia, con base en los desarrollos de los dos primeros apartados.
- 4) Finalmente nos referiremos a algunos aspectos de la sentencia mediante la cual el Consejo de Estado⁴ determinó la nulidad del laudo TermoRío, que guardan estrecha relación con nuestro tema.

1. Marco conceptual para el estudio del arbitraje

Teniendo clara habilitación constitucional y legal de las partes para recurrir a ésta herramienta, en busca de la solución de su conflicto, entenderemos las razones por las cuales

4 Consejo de Estado, Sección 3ª, «Electrificadora del Atlántico contra TermoRío», Consejero Ponente: Germán Rodríguez Villamizar, 1º de agosto de 2002, expediente 21041.

las mismas partes están facultadas para definir las reglas de procedimiento bajo las cuales funcionará el Tribunal.

1.1. El arbitraje: concepto y fuentes

El artículo 111 de la Ley 446 de 1998,⁵ lo define así:

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... etc.

A lo cual agrega el artículo 112 de la misma Ley 446 de 1998:⁶

El arbitraje podrá ser independiente, institucional o legal. El arbitraje independiente es aquel en que las partes acuerdan autónomamente las reglas de procedimiento aplicables en la solución de su conflicto, institucional, aquel en que las partes se someten a un procedimiento establecido por el Centro de Arbitraje; y legal cuando a falta de dicho acuerdo el arbitraje se realice conforme a las disposiciones legales vigentes.

En Colombia, ha sido definido por la doctrina como “un procedimiento jurisdiccional sui generis, mediante el cual, por expresa voluntad de las partes, se defiere la solución de conflictos privados transigibles a un cuerpo igualmente colegiado integrado por árbitros, quienes transitoriamente quedan investidos de jurisdicción para proferir un laudo con la misma categoría jurídica y los mismos efectos que una sentencia judicial”.⁷ Por estos motivos, se observa que el arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, de carácter “heterocompositivo”, por el cual las partes defieren la solución de un conflicto de carácter transigible a un Tribunal de Arbitramento, que lo definirá mediante un laudo que produce los mismos efectos de una sentencia judicial.

La expresión “arbitraje comercial internacional”, consagrada por la Convención Europea suscrita en Ginebra el 21 de abril de 1961, y por la Ley tipo adoptada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional (CNUDMI), se puede definir como “la institución mediante la cual un tercero soluciona una diferencia que opone a dos o más partes, ejerciendo la función jurisdiccional que éstas le han confiado”.⁸ Es de observar que algunos autores, a través del uso del concepto de “institu-

5 Artículo 115 del Decreto 1818 de 1998.

6 Artículo 116 del Decreto 1818 de 1998.

7 Cf. Gil Echeverry, *op. cit.*

8 Cf. Fouchard, Gaillard & Goldman, *op. cit.*, p. 12.

ción”, pretenden de alguna forma superar algunas discusiones en torno a la naturaleza del arbitraje.⁹

El arbitraje se distingue de otros métodos de solución de conflictos, específicamente de la conciliación y la mediación, en que, con ocasión de los dos últimos mecanismos, no existe un sometimiento del conflicto a un tercero, sino que son las mismas partes quienes resuelven, ya sea directamente o con la asistencia de un tercero.¹⁰ Esta distinción se ha mantenido a nivel internacional,¹¹ en la medida en que se ha aceptado que la distinción esencial radica en la aceptación de la naturaleza jurisdiccional de la función del árbitro.¹² En efecto, los árbitros que integran el Tribunal, que generalmente son uno o tres, quedan investidos de funciones jurisdiccionales, en forma accidental o transitoria, para resolver ese conflicto en particular. Aún cuando de manera excepcional en algunas jurisdicciones existe el arbitraje obligatorio, lo usual es que éste aparezca en virtud de la autonomía de la voluntad las partes, que se manifiesta mediante un pacto arbitral.

Resulta de lo anterior, que en la conciliación la solución del conflicto se toma en forma “autocompositiva” mientras que en el arbitramento la solución del conflicto es “heterocompositiva”, lo que permite por consecuencia que en la primera sean siempre las partes las que fijen las reglas de su proceso conciliatorio, de manera informal pero estructurada,¹³ mientras que en el segundo, tal posibilidad solo se presente en el arbitraje independiente o *ad hoc*, en donde por su naturaleza y pese a la habilitación legal para ello, una vez definidas las reglas por las partes, estas no tendrán carácter informal sino que por el contrario su aplicación, en la forma estipulada será obligatoria para todos los actores del proceso.

-
- 9 Cf. José María Chillón Medina y José Fernando Merino Merchán, *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 2ª ed. revisada, Madrid, Civitas, 1991, p. 102. Sobre este aspecto, precisan los autores lo siguiente: “Quizá lo más importante de esa definición sea el insistir en que estamos ante una institución y no ante un contrato. La institución es un organismo que tiene fines de vida y medios de acción superiores en poder y duración a los individuos que lo componen. O dicho de otra manera, es un conjunto de actividades relacionadas entre sí por el vínculo de una idea común y objetiva a la que figuran adheridas diversas voluntades particulares”. Sobre el concepto de institución, ver, entre otros: Maurice Hauriou, *La Théorie de l'Institution et de la Fondation*, Paris, 1925, y Hauriou, *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, Paris, 1931. Más recientemente, los siguientes autores se han referido al concepto. Así, por ejemplo, en economía, es bien sabido el desarrollo de la escuela institucional. Ver a este respecto: Douglass C. North, «Economic Performance through Time. Lecture to the memory of Alfred Nobel», dec. 9, 1993, en Persson Torsten (ed.), *Nobel Lectures, Economics 1991-1995*, Singapore, World Scientific Publishing, 1997. Disponible en: http://nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/1993/north-lecture.html, Consultada el 20 de febrero de 2008, 0: 58 horas. North, Douglass C. (1990a), *Institutions, Institutional Change, and Economic Performance*, New York: Cambridge University Press.
- 10 Cf. Chillón Medina y Merino Merchán, *op. cit.*, p. 102. Sobre este aspecto, afirma el autor lo siguiente: “En un primer intento de concepción se puede definir el arbitraje como aquella institución jurídica por la que dos o más personas establecen que una cierta controversia específicamente determinada, existente entre ellas, sea resuelta, conforme a un procedimiento legalmente establecido, por tercero o terceros, a los que se designan voluntariamente y a cuya decisión expresamente se someten, ya sea ésta dictada conforme a derecho, ya conforme a equidad”.
- 11 Cf. Fouchard, Gaillard & Goldman, *op. cit.*, p. 18.
- 12 *Ibidem*, p. 25.
- 13 Jaime Azula Camacho, *La audiencia preliminar y de conciliación*, Bogotá, Temis, 1999, p. 3. Afirma: “El litigio puede solucionarse directamente por las partes o mediante la intervención de un tercero que tome la decisión con carácter obligatorio para ellas. En el primer supuesto hay *autocomposición*, constituida por la transacción, en el segundo, *heterocomposición*, mediante proceso judicial o arbitral...”.

Es de observar entonces, que el hecho de que el arbitraje tenga por fuente directa un contrato, y a la vez dé lugar a un proceso de carácter judicial, hace que sea predicable del mismo una naturaleza jurídica en cierta forma “dual”: es a la vez contractual y jurisdiccional. O como también se predica, es un contrato que tiene fines procesales.¹⁴ Estos dos aspectos complementarios de la naturaleza jurídica del arbitraje han dado lugar a posturas opuestas en la doctrina.

Ahora bien, con base en lo anterior, se puede abordar de forma más clara las fuentes del arbitraje internacional.

1.1.1. Fuentes del arbitraje comercial internacional

Tratándose en éste trabajo, como se advirtió en el encabezado, de determinar si en el pacto arbitral, las partes pueden fijar las reglas de procedimiento que regulará el proceso¹⁵ y teniendo igualmente como un hecho que con tal proceder se estarían creando normas con fuerza y carácter jurídicos, es menester hacer alguna referencia sucinta a los desarrollos contemporáneos en materia del concepto de norma jurídica y fuente. Desde luego, no siendo esta revisión el objeto del presente trabajo, no será exhaustiva, sino más bien enunciativa.

1.1.1.1. Norma jurídica, fuente y tipología de las normas jurídicas y las fuentes

Así, es oportuno observar el concepto de norma jurídica y los distintos tipos de norma jurídica, para, luego, introducir el concepto y la tipología de las fuentes, obviamente sin la profundidad que no corresponde a esta mera justificación de la línea de investigación propuesta.

1.1.1.1.1. Norma jurídica y tipos de normas jurídicas

Así, las normas jurídicas se inscriben en el marco de los usos lingüísticos prescriptivos,¹⁶ sin excluir usos no prescriptivos que tienen lugar en el marco del discurso jurídico. Para definir las, se puede decir que la norma jurídica es la proposición expresada a través de un uso lingüístico prescriptivo, lo cual incluye la categoría de los enunciados jurídicos, a que se hace referencia a continuación.

Así, una clasificación de las normas jurídicas lo suficientemente amplia como para incluir todos los tipos de normas jurídicas incluye las siguientes distinciones,¹⁷ las cuales aparecen enumeradas entre paréntesis:

14 Silva Romero, Eduardo (dir. acad.) y Fabricio Mantilla Espinosa (coord. acad.), *El contrato de arbitraje*, 1ª ed., Bogotá, Universidad del Rosario (Facultad de Jurisprudencia) / Legis, 2005.

15 Gil Echeverry, *op. cit.*, p. 51.

16 Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed. revisada, Buenos Aires, Astrea, 2000.

17 Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 1ª ed, Barcelona, Ariel, 1996, pp. 165 y ss.

Hay enunciados metajurídicos y jurídicos. Los enunciados metajurídicos corresponden a los distintos tipos de regla de reconocimiento. La regla de reconocimiento puede tener un aspecto práctico o teórico. Cuando la regla de reconocimiento tiene un aspecto práctico, puede haber una regla de mandato (1), o un criterio de valoración (2). Por el contrario, cuando la regla de reconocimiento tiene un aspecto no práctico, o teórico, la regla de reconocimiento asume el carácter de criterio de identificación (3), esto es, cumple las funciones de una definición.

Por otra parte, según los autores citados, hay una categoría que comprende los denominados enunciados jurídicos. Los enunciados jurídicos pueden o bien tener un carácter práctico o no práctico. Cuando no tienen un carácter práctico, los enunciados jurídicos son definiciones (4). En el caso de tener un carácter práctico, los enunciados jurídicos pueden o bien ser normativos o bien ser valorativos (5). Si son normativos, los enunciados jurídicos pueden o bien expresar normas o bien expresar el uso de poderes normativos, caso en el cual se habla de actos normativos (6). Cuando expresan normas, los enunciados normativos pueden o bien tener un carácter deóntico, caso en el cual los enunciados jurídicos son regulativos (7), o bien no tener un carácter deóntico caso en el cual se trata de enunciados jurídicos constitutivos (8).

Entre los enunciados regulativos cabe distinguir entre principios y reglas. Ahora bien, los principios puede serlo en sentido estricto, o más bien, directrices. Cuando se trata de principios en sentido estricto el enunciado jurídico puede ser un principio de mandato (9) o permisivo (10). Si se trata de directrices, éstas pueden ser de mandato (11) o permisivas (12).

Cuando se habla de reglas, puede distinguirse entre reglas de acción y de fin. Las reglas de acción pueden ser, igualmente, de mandato (13) o permisivas (14), e igualmente las reglas de fin puede ser de mandato (15) o permisivas (16).

En el caso de los enunciados jurídicos que no tienen un carácter deóntico, y que son constitutivos, se puede encontrar reglas que confieren poder o reglas puramente constitutivas (17). En el caso de las reglas que confieren poder, es posible encontrar reglas que confieren poderes de ejercicio obligatorio, sea opcional (18) o no opcional (19), o de ejercicio facultativo, caso en el cual también puede tener un carácter opcional (20) o no opcional (21).

Estas distinciones pueden ser complementadas teniendo en cuenta la distinción en la dimensión regulativa de las normas jurídicas, esto es, la guía de la conducta mediante prohibiciones, mandados y permisiones, y la dimensión constitutiva, esto es, la que crea los denominados “resultados institucionales”, que permiten conectar, en Derecho, las situaciones que integran el supuesto de hecho con la denominada consecuencia jurídica de la norma.

1.1.1.1.2. Fuente y tipos de fuentes

Sobre la base de esta última distinción, y en relación con la clasificación de las normas que se acaba de exponer, se puede plantear que las fuentes del Derecho, tradicionalmente

consideradas como los “hechos y actos jurídicos” que “crean, modifican o extinguen normas jurídicas”, en realidad corresponden a “resultados institucionales”, esto es, a lo que la doctrina del Derecho internacional privado denomina “calificaciones”, esto es, a descripciones del léxico jurídico para fundamentar porqué de una o más situaciones que componen el supuesto de hecho de una norma, se sigue una consecuencia jurídica.

Para otros autores las denominadas reglas constitutivas, y sus consecuencias, en el fondo corresponden a reglas conceptuales, esto es, a las definiciones de cada hecho, en Derecho.¹⁸

Esta distinción entre el supuesto de hecho y el “hecho y acto jurídico” como resultados de la aplicación de una regla constitutiva o conceptual, permite comprender por qué un mismo hecho puede ser considerado por varias normas constitutivas o conceptuales como un “hecho jurídico” y un “acto jurídico” a la vez, es decir, esto explica porqué se puede calificar de dos formas distintas una misma situación concreta. Así, es razonable distinguir entre fuentes que son hechos jurídicos, en el sentido de calificaciones de los hechos, y no de hechos físicos, y fuentes que son actos jurídicos, esto es, calificaciones jurídicas de los actos, pero no meros actos como fenómeno volitivo.¹⁹

Por otra parte, las fuentes son, en un sentido adicional al anterior, las mismas normas, específicamente las disposiciones, más que los actos o hechos que les dan existencia. Así, se tiene que las fuentes serían las normas jurídicas en tanto que resultados institucionales, esto es, consecuencias, de la aplicación de normas constitutivas o conceptuales a una situación. Es decir, por ejemplo, que la ley es fuente porque es el resultado del procedimiento legislativo. Por ende, sobre la base de los conceptos expuesto, se puede decir que hay los siguientes tipos de normas, según la fuente formal que los origina.²⁰

1.1.1.2. Fuentes y arbitraje

Se puede distinguir las normas aplicables al arbitraje comercial internacional conforme a dos criterios: su objeto, su especialidad y el sujeto que las crea.

Según el objeto, se puede distinguir entre reglas de conflicto y reglas materiales. Por reglas de conflicto se hace referencia a aquéllas reglas que permiten determinar el derecho aplicable a una situación jurídica privada internacional, sin regularla directamente, por oposición a las reglas materiales, que sí rigen directamente la situación.

18 Cf. Carlos Alchourron y Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 439 y ss.

19 Cf. Josep Aguiló Regla, *Teoría general de las fuentes del derecho (y del orden jurídico)*, 1ª ed., Barcelona, Ariel, 2000, pp. 57 y ss.

20 A este respecto, resulta muy didáctica la clasificación que hacen algunos autores, con el objeto de estudiar áreas tradicionales del Derecho, como el Derecho internacional privado. *Vid.* José Carlos Fernández Rosas, y Sixto Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 1ª ed., Madrid, Civitas / Ediciones S.L., 2000, pp. 25-77.

De acuerdo con la especialidad, se puede diferenciar entre reglas que le son propias y reglas importadas de cada arbitraje interno.

Finalmente, conforme al sujeto que las crea, se puede distinguir entre fuentes de origen público o se origen privado, según si el sujeto que las crea es un órgano de Derecho público, o privado.

Entre las fuentes públicas, se distinguen las fuentes nacionales y las internacionales. A su vez, entre las internacionales se encuentran los Tratados bilaterales y los multilaterales, algunos de los cuales tienen vocación universal.

De otra parte, entre las privadas se encuentran las convenciones tipo de arbitraje²¹ y los reglamentos de arbitraje.²²

Sobre la base de lo anterior, es menester abordar los tipos de arbitraje, con el fin de poder establecer las características especiales del arbitraje Ad Hoc, en Colombia conocido como independiente.

1.2. Clasificación del arbitraje

La clasificación del arbitraje ha sido elaborada por la doctrina y por la misma Ley, desde diversos puntos de vista, pero la más común es la que se presenta conforme a los principios, o según el ámbito territorial o dependiendo de la forma de su funcionamiento.

En razón de los principios²³ el arbitraje puede ser en derecho, en conciencia o técnico. En el primero los árbitros deben fundamentar su laudo en el derecho positivo vigente, en el segundo los árbitros deciden según el sentido común y la equidad, pero deben fundamentarlo y en el arbitraje técnico los árbitros deciden conforme a sus especiales conocimientos técnicos o científicos.

Según el ámbito territorial, el arbitraje será nacional o internacional, dependiendo de que se esté sujeto a la Ley colombiana o al derecho internacional y produzca efectos en diferentes Estados.

De acuerdo con la forma de su funcionamiento el arbitraje puede ser independiente o *ad hoc*, institucional o legal.²⁴ Este último se tramitará conforme a lo previsto por el Decreto 1818 de 1998, en cuanto las partes no hayan señalado que se tramite en forma independiente o institucional, es decir bajo las normas señaladas por el reglamento arbitral de algún centro de arbitraje y conciliación.

21 Cf. Fouchard, Gaillard & Goldman, *op. cit.*, p. 171.

22 Cf. *ibidem*, p. 169.

23 Artículo 115 del Decreto 1818 de 1998

24 Cf. Roque Calvano, *La cláusula arbitral. Evolución histórica y comparada*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2008, pp. 25 y 26. Sobre este punto, señala el autor lo siguiente: "En relación con sus modalidades, ese acuerdo puede consistir en una estipulación que se refiera a controversias futuras o a controversias ya existentes.

En el primer, caso como ese acuerdo es de ordinario, una cláusula contenida en un contrato, se habla de "cláusula

La forma independiente o *ad hoc*, es aquella en la cual las partes acuerdan libremente las reglas de procedimiento bajo las cuales se desarrollará el Tribunal.

Ahora bien: hemos advertido que al arbitraje se llega mediante el compromiso o la cláusula compromisoria, que son componentes del genéricamente denominado pacto arbitral.²⁵

1.3. La autonomía de las partes en el pacto arbitral

Establecido está que en el arbitraje *ad hoc*, o independiente, las partes son autónomas para establecer las reglas de procedimiento en el proceso arbitral.

Esta libertad de formas o de procedimiento está prevista en la Ley Modelo de la Uncitral, el Reglamento de la CCI, la Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional y la Convención de Nueva York.

Según Gil Echeverry, en un aparte muy ilustrativo de su trabajo:

La libertad procesal implica que las partes, autónomamente, pueden disponer sobre:

La forma de integración y nombramiento de árbitros, procedimiento para resolver impedimentos y recusaciones.

La forma y contenido de la demanda arbitral, su contestación y reconvencción. Puede estipularse, verbigracia, que la demanda contenga solamente los hechos en que se basa, las pretensiones, las pruebas, el nombre y la dirección de las partes.

La forma de efectuar las notificaciones, disponiendo, por ejemplo, que se entenderán realizadas con la simple remisión, por correo certificado, a la última dirección registrada por las partes.

La posibilidad de que el laudo no sea motivado.

La posibilidad de que los árbitros fallen solamente atendiendo a las pruebas documentales o cualquier otra forma acelerada de arbitraje o *fast track arbitration*. En este caso, cabe la práctica internacional mediante la cual se le asignan las funciones de recepción y prácticas.

compromisoria”. De todas maneras, debe aclararse que nada impide que el sometimiento a arbitraje se pacte separadamente, en forma autónoma y aún para controversias que puedan nacer de una relajación jurídica no contractual. La cláusula compromisoria es definida como “un contrato de derecho privado, inserto habitualmente como cláusula en un contrato principal, del mismo género que el compromiso, por el cual las partes contratantes se obligan a someter las cuestiones litigiosas que puedan surgir en el futuro, en relación con el contrato principal al fallo de árbitros.

El compromiso arbitral es un acuerdo de voluntades a través del cual, luego de verificado el conflicto de intereses, las partes convienen el sometimiento a arbitraje o los aspectos concretos de su funcionamiento. Aun que no exista una cláusula compromisoria que le sirva de antecedente las partes pueden pactar directamente el sometimiento a arbitraje, una vez que el conflicto se presente, específicamente respecto de él”.

25 Artículos 115, 116 y 117 de la Ley 446 de 1998.

La no protocolización del proceso arbitral; o la no publicación del laudo, sin autorización de ambas partes.

La consagración de multas o cláusulas penales en contra de la parte que no cumpla el laudo, sanción que deberá formar parte del laudo mismo, como es usual en el derecho comparado (Reglamento de Conciliación y Arbitraje del Colegio Público de Abogados de Buenos Aires).

La libre admisibilidad y valoración de las pruebas, lo que les permite a los árbitros decidir sobre la pertinencia, relevancia y materialidad de las pruebas, aun apartándose de lo previsto en el Código de Procedimiento Civil (como lo tiene establecido el reglamento de la American Association Arbitration, AAA).

La práctica inmediata de medidas cautelares o conservatorias sobre los bienes de los litigantes, sin necesidad de esperar a la primera audiencia de trámite. Establecer plena libertad en cuanto a las medidas cautelares que pueden tomarse y la forma de practicarlas.

La consagración de un tribunal o corte arbitral de apelación, corporación que se encargará de resolver el recurso de anulación contra el laudo, derogando, de esta forma, la intervención del tribunal superior o del Consejo de Estado.

La procedencia o improcedencia de recursos contra el laudo arbitral o la ampliación o restricción de los mismos o de sus causales. Dentro de la libertad contractual-procesal, las partes pueden disponer la renuncia al recurso de anulación; renuncia con la que no se viola ningún principio constitucional, como que los procesos de única instancia no resultan ajenos al principio del debido proceso, según lo sostenido por la doctrina y jurisprudencia constitucional. De igual forma, las partes pueden limitar las causales de anulación o implementar un recurso mucho más amplio, disponiendo, verbigracia, que procederá un recurso de apelación con la misma amplitud consagrada en el Código de Procedimiento Civil, es decir, con absoluta libertad para que el juez del recurso reexamine y modifique las cuestiones sustantivas o de fondo.

El establecimiento del denominado arbitraje virtual o arbitraje no presencial pero con medios electrónicos, disponiendo, verbigracia, que la demanda, su traslado y contestación se efectúen por e-mail en las direcciones electrónicas contenidas en el convenio arbitral, que las audiencias se realicen por vía teleconferencia (todas o alguna); que los testigos y las partes puedan declarar por videoconferencias; que las inspecciones judiciales y oculares puedan determinarse por teletransportación de los bienes o lugares o por medio de videos tomados de común acuerdo por las partes, etcétera.²⁶

Con base en lo expuesto, es oportuno hacer algunas precisiones en cuanto al desarrollo constitucional, legal y jurisprudencial del arbitraje *ad hoc* en Colombia. Luego de una ex-

26 Cf. Gil Echeverry, *op. cit.*, p. 51- 53.

posición general de estos aspectos, se harán algunas observaciones más precisas en cuanto a la cuestión discutida en el presente trabajo.

2. Régimen constitucional y legal del arbitraje *ad hoc* en Colombia: aproximaciones a las normas jurídicas constitucionales y legales y a su desarrollo en la jurisprudencia de la corte constitucional y del Consejo de Estado

El artículo 116²⁷ de la Constitución Política de Colombia autoriza transitoriamente a los particulares para administrar justicia en la condición de Árbitros, en los términos que determine la Ley. El artículo 8° de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Justicia, señala como la Ley podrá establecer mecanismos diferentes al judicial para la solución de conflictos, al paso que, el ordinal 3^o²⁸ del artículo 13 de la misma Ley, autoriza a los particulares, tratándose de arbitraje, para acordar las reglas bajo las cuales se solucionarán las diferencias entre las partes.

La Corte Constitucional al declarar la exequibilidad del artículo 8° de la Ley 270 de 1996, sentó un importante precedente al respecto, cuando nos recordó que el artículo 116 de la Constitución Política de Colombia determina cuales son los órganos y personas encargados de administrar justicia, sin que ello signifique que todos los allí señalados tengan que pertenecer a la Rama Jurisdiccional, pudiendo tratarse de otra autoridad o particular. La Constitución misma permite a ciertas autoridades, instituciones o personas administrar justicia, como por ejemplo las autoridades indígenas o los jueces de paz, o los propios particulares cuando se enfrentan en condición de árbitros o conciliadores a aplicación de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, que logran de una parte que tales particulares colaboren en la descongestión judicial y obtener su participación en la vida política, cívica y comunitaria del país, como se lo impone el artículo 95-5 de la misma Carta.²⁹

27 “Artículo 116. La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los tribunales y los jueces, administran justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar.

”El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales.

”Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no le será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.

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

28 Ley 270 de 1996, artículo 13. Del ejercicio de la función jurisdiccional por otras autoridades y por particulares. “(...) 3. Los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en asuntos susceptibles de transacción, de conformidad con los procedimientos señalados en la ley. Tratándose de arbitraje, las leyes especiales de cada materia establecerán las reglas del proceso, sin perjuicio de que los particulares puedan acordarlas. Los árbitros, según lo determine la ley, podrán proferir sus fallos en derecho o en equidad”.

29 Corte Constitucional, Sentencia C-037 del 05 de febrero de 1996. A este respecto, se dijo en el fallo citado lo siguiente: “Como se ha expuesto a lo largo de esta providencia, el propósito fundamental de la administración de justicia es hacer realidad los principios y valores que inspiran al Estado social de derecho, entre los cuales se encuentran la paz, la

Por su parte, el artículo 6º de la Ley 1285 de 2009, que reforma la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, resulta más completo y claro al respecto cuando preceptúa:

Artículo 13. Del ejercicio de la función jurisdiccional por otras autoridades y por particulares.

(...) 3. Los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en los términos que señale la Ley. Tratándose de arbitraje, en el que no sea parte el Estado o alguna de sus entidades, *los particulares podrán acordar las reglas de procedimiento a seguir, directamente o por referencia a las de un Centro de Arbitraje*, respetando, en todo caso los principios Constitucionales que integran el debido proceso.

La reforma, por una parte, ratifica lo que ya estaba dicho con respecto a la habilitación general a los particulares para ejercer de manera accidental funciones jurisdiccionales, pero al referirse concretamente al arbitraje debemos destacar dos mejoras muy importantes: La primera, que pese a la habilitación general, impide el arbitraje *ad hoc* en materia de diferencias en las cuales una de las partes sea el Estado. La segunda al establecer expresamente que los particulares pueden, en el arbitraje *ad hoc* establecer directamente las reglas de procedimiento a seguir o referirse a las reglas establecidas por un centro de arbitraje, lo que no necesariamente convertiría el arbitraje *ad hoc* en institucional, puesto que de lo que se trata es de una simple remisión a tales reglas y no del manejo por dicho centro de la integralidad del proceso, como debe suceder en el arbitraje institucional.

tranquilidad, el orden justo y la armonía de las relaciones sociales, es decir, la convivencia (cfr. Preámbulo y arts. 1º y 2º, C.P.) (...).

"Para esta Corporación, las formas alternativas de solución de conflictos no sólo responden a los postulados constitucionales anteriormente descritos, sino que adicionalmente se constituyen en instrumentos de trascendental significado para la descongestión de los despachos judiciales, problema éste que desafortunadamente aqueja en forma grave y preocupante a la administración de justicia en el país.

"Al respecto, conviene recordar que el artículo 116 de la Carta hace una enunciación de los órganos y personas encargados de administrar justicia, sin que ello signifique, de una parte, que todos ellos integren la rama judicial ni, de la otra, que cualquier otra autoridad o particular, con base en las atribuciones respectivas, no pueda dirimir o componer determinados conflictos de orden jurídico, según los postulados que fijan la Carta Política y la ley. En cuanto al primer aspecto, el Título VIII de la Carta Política enumera y regula las funciones de las jurisdicciones y los órganos pertenecientes a la rama judicial, esto es, la jurisdicción constitucional (arts. 239 a 245), la jurisdicción contencioso-administrativa (arts. 236 a 238), la jurisdicción ordinaria (arts. 234 y 235), la Fiscalía General de la Nación (arts. 249 a 253), las jurisdicciones especiales (arts. 246 y 247) y el Consejo Superior de la Judicatura (arts. 254 a 257). Como puede apreciarse, el artículo 116 faculta a otras instituciones del Estado (Congreso, Tribunales Militares) o a otras personas (autoridades administrativas, particulares) para administrar justicia, sin que ellas hagan parte de la rama judicial. Respecto al segundo argumento, se tiene que la Constitución misma permite a ciertas autoridades, instituciones o personas administrar justicia, las cuales no hacen parte del listado contenido en el 116 superior. Tal es el caso, por ejemplo, de las autoridades indígenas o de los jueces de paz. En igual forma, puede decirse que determinados particulares pueden cumplir con esas funciones, en los términos que señala el citado artículo 116 superior.

"En conclusión, las formas alternativas de resolver conflictos pueden ser reguladas por la ley, de acuerdo con los lineamientos constitucionales. A través de ellas, no sólo no se desconoce el artículo 116 superior sino que se interpretan y se desarrollan los principios y valores que regulan a toda la Constitución, como es la búsqueda de la paz, la convivencia y el orden justo.

"En estos términos, pues, la norma será declarada exequible. (...)".

Entonces, siendo incuestionable en Colombia la habilitación constitucional y legal de las partes para estipular un arbitraje *ad hoc*, dándose ellas mismas las reglas del proceso, no podemos pasar por alto la interpretación jurisprudencial que con respecto al tema en general y al contenido del artículo 6º del Código de Procedimiento Civil en particular, se dejó ver en sentencia proferida por el Consejo de Estado, en el caso entre Electrificadora del Atlántico S. A. ESP, y TermoRío S. A. ESP, que en su parte pertinente dice:

En el presente asunto, es claro 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 en el numeral 2) anterior. A ello debe agregarse que, como el contrato AL-019/97 no está sujeto al régimen de la Ley 80 de 1993, tampoco le es aplicable lo dispuesto en el artículo 4º de la Ley 315 de 1996, modificatorio del inciso final del artículo 70 de aquella, en el que se prevé una hipótesis adicional de autorización para las entidades estatales, para acordar tribunales de arbitramento internacionales, máxime si se tiene en cuenta que, no se reúnen los requisitos legales para que el arbitramento pactado por las partes pueda ser catalogado como internacional, ni tampoco se cumplen los presupuestos establecidos en la norma últimamente citada. (...). *En consecuencia, en la época en que fue celebrado el acuerdo arbitral en cuestión, dado el régimen de procedimiento que el propio legislador dispuso, tanto para el arbitramento institucional como para el independiente, es claro que las partes no tenían libertad ni autorización para pactar las reglas con base en las cuales debía tramitarse el proceso.* (...). Por consiguiente, el convenio por ellas celebrado en tales condiciones, resulta violatorio de la normatividad que estaban obligadas a respetar, dado que no podían, por convenio, derogar las normas procesales legalmente preestablecidas, situación que pone en evidencia la clara e insanable violación de los preceptos contenidos en los artículos 6, 16, 1519 y 1523 del Código Civil y 6º del Código de Procedimiento Civil, dado que aquellas disposiciones de orden procesal del decreto 2279 de 1989 y de la Ley 23 de 1991 son de orden público, en cuanto corresponden a reglas de procedimiento judicial, reguladoras precisamente de la habilitación a particulares para que cumplan la función pública de administrar justicia, investidura y actuación que, en manera alguna, por expreso mandato constitucional, puede ejercerse por fuera de los términos señalados en la ley (artículo 116). Ver sentencias del 23 de febrero de 2000, Exp. 16394 del Consejo de Estado y C-407 del 28 de agosto de 1997 de la Corte Constitucional.³⁰

30 *Vid.*, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: el magistrado Germán Rodríguez Villamizar, fechada el primero (1º) de agosto de dos mil dos (2002), bajo la radicación número 11001-03-25-000-2001-0046-01(21041), siendo actor la Electrificadora del Atlántico S.A.E., ESP, y demandado TermoRío S.A., ESP.

Lo dicho en la sentencia antes transcrita, como se verá más adelante, ilustra esta colaboración bajo la perspectiva de que interpreta el artículo 6º del Código de Procedimiento Civil, entendiéndolo que sus disposiciones y las del decreto 2279 de 1989 y de la Ley 23 de 1991, de orden procesal, son de orden público y por ende inmodificables por las partes, en cuanto corresponden a reglas de procedimiento judicial, que aprecia como reguladoras de la habilitación a particulares para que administren justicia.

Desde luego que en el fondo, éste no es el tema que orienta por el momento ésta modesta colaboración, pero lo será dentro de la investigación que adelantamos con respecto a las posibilidades del arbitraje *ad hoc* en Colombia.

3. Precisiones sobre las limitaciones a la autonomía de las partes para determinar el procedimiento en arbitrajes *ad hoc*

Teniendo clara la habilitación constitucional y legal de las partes para estipular un arbitraje *ad hoc*, dándose ellas mismas las reglas del proceso, tendremos en cuenta en primer lugar, respecto de la integración del Tribunal que dirimirá el conflicto se hace mediante la designación de los árbitros por las partes, en número impar que será de tres, no habiéndose pactado un número diferente. Deben ser ciudadanos colombianos, tratándose de un arbitraje nacional y ser designados conjuntamente por las partes, que también pueden delegar su nombramiento en un tercero. Cuando una de las partes se niega a hacer el nombramiento o no se hace éste por el tercero delegado, el interesado debe acudir al Juez Civil del Circuito para que éste haga la integración.³¹

Entonces, más allá de la integración del Tribunal debemos pensar cuales son en general las demás reglas del proceso a estipular, para lo cual tampoco es preciso ponerse en plan de inventor lo que ya está inventado, sin perjuicio de que podamos mejorarlo, *adaptándolo al caso concreto*. Nos referimos a que la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional³² ha señalado todo aquello que como mínimo debe contener el reglamento a adoptar por las partes, reglamento que en nuestro caso procedemos a adecuar así:

- 1) El acuerdo de arbitraje, en la modalidad *ad hoc*, bien sea, como ya se dijo desde la cláusula compromisoria o desde el compromiso.
- 2) La composición del Tribunal, forma de nombramiento de los árbitros y las alternativas ante la falta de acuerdo de las partes, los motivos y el procedimiento para la recusación de los árbitros o la forma de su reemplazo.
- 3) La facultad del Tribunal para decidir sobre su competencia y para decretar medidas cautelares.

³¹ Artículo 9º del Decreto 2279 de 1989.

³² *Idem*.

- 4) La sustanciación del proceso, teniendo en cuenta:
- 4.1) Lugar del arbitraje.
 - 4.2) Normas aplicables al fondo del litigio.
 - 4.3) Iniciación de las actuaciones arbitrales.
 - 4.4) Idioma.
 - 4.5) Regulación de los gastos del Tribunal y honorarios de los árbitros.
 - 4.6) Procedencia y delimitación de las medidas cautelares.
 - 4.7) Demanda y contestación.
 - 4.8) Espacios para la conciliación y la transacción.
 - 4.9) Audiencias y actuaciones por escrito.
 - 4.10) Efecto de la rebeldía de las partes.
 - 4.11) Decreto y práctica de pruebas.
 - 4.12) Nombramiento de peritos por el Tribunal.
 - 4.13) Forma y contenido del laudo.
 - 4.14) Causales de terminación de la actuación.
 - 4.15) Corrección de errores en el laudo.
 - 4.16) Recurso de anulación y causales del mismo.

Normas supletivas de la voluntad expresada por las partes en el reglamento.

Desde el punto de vista de estas estipulaciones, las dos primeras hacen necesariamente parte del pacto arbitral, mientras que la tercera obedece a una competencia que es conatural al Tribunal y que por lo tanto deberá estar presente.

En cuanto a las estipulaciones relativas a la sustanciación del proceso debemos preguntarnos, como lo hicimos en el encabezamiento si ellas pueden contener estándares inferiores a los regulados por la Ley y en el particular, en el caso colombiano por el Decreto 1818 de 1998, para concluir en que de los puntos que hemos marcado como 4.1, a 4.17, solamente el 4.11, referido al Decreto y práctica de pruebas no puede ser inferior a las previsiones del inciso 5 del artículo 29 de la Constitución Política de Colombia y el ordinal 4º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, por lo cual el reglamento se ajustará como mínimo a lo que al respecto dispone el Título XIII del Código de Procedimiento Civil.

En las demás reglas de sustanciación, la aplicación del debido proceso se referirá concretamente al deber de las partes y del Tribunal, de ajustarse a lo estipulado en el pacto, teniendo además en cuenta que en tales reglas deberán encontrarse presentes los princi-

pios de especialidad, celeridad y autorregulación que son connaturales al arbitraje, lo cual se logra, desde luego, protegiendo los derechos fundamentales de las partes desde la óptica de los principios rectores que deben informar todo proceso, tales como la dignidad humana, la libertad, la prelación de los Tratados internacionales, la igualdad, la imparcialidad, la legalidad y la presunción de inocencia, al paso con el respeto al debido proceso, a la defensa, y a la contradicción de las pruebas.

Por ejemplo: el ordinal 1º del artículo 141 del Decreto 1818 de 1998, ordena surtir respecto de la demanda y su contestación el trámite previsto por los arts. 428 y 430 del Código de Procedimiento Civil, los cuales hacen remisión a los capítulos I y II del Libro II, en cuanto a la demanda y su contestación. En cuanto a la demanda, el artículo 75 del Código de Procedimiento Civil (capítulo I) ordena que ésta cumpla con los requisitos formales allí enlistado. ¿Podrá el reglamento establecido por las partes prever que no se presente demanda formal sino una simple solicitud en la que se señalen las diferencias que se presentan entre las partes, que deban ser resueltas por el Tribunal? Estimamos que sí, por razones de orden jurídico, como la libertad procesal que de antemano se ha establecido por las mismas partes y por razones de orden práctico que se fundamentan en una relación contractual que subsume casi todos los requisitos allí indicados. Lo anterior es común en algunos reglamentos institucionales.

Por ejemplo: el artículo 428 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión al proceso arbitral que regula el mismo Decreto 1818 de 1998, establece que el término del traslado de la demanda sea por diez días. ¿Podrán las partes en un arbitramento *ad hoc* señalar un término diferente o establecer que éste se aplique en forma diferente, teniendo en cuenta la naturaleza de las diferencias a tratar? Desde luego que sí. Recordemos que el Tribunal resolverá bajo tales reglas solamente las diferencias que se presenten respecto de un asunto en particular, pero que tal asunto puede también ser complejo. No se requerirá necesariamente el mismo término para dar contestación a una diferencia que se presenta en razón del uso de un empaque a la cual nosotros le daríamos, *vr.gr.*, dos días, que a una diferencia sobre un aspecto técnico de producción o de costos de operación, a la cual le daríamos *vr.gr.*, diez días. No sólo es posible establecer términos menores a los indicados en la Ley arbitral, sino también superiores en la medida de la complejidad del asunto, lo cual permite pensar que deberían ser los árbitros los llamados a calificar la complejidad del asunto y fijar el término que sea razonable y necesario para la contestación.

Por ejemplo: la Corte Constitucional en sentencia 1038 del 28 de noviembre de 2002, declaró inexecutable la expresión “*Previo a la instalación del tribunal de arbitramento*” y el parágrafo del artículo 121 de la Ley 446 de 1998, considerando que el trámite pre-arbitral y la oportunidad de conciliación allí previstas debían darse dentro de la etapa del proceso y no dentro de la etapa pre-arbitral, lo cual ha obligado a que se instale el Tribunal, con declaración de competencia incorporada, para que pueda llevarse a térmi-

no la audiencia de conciliación. Nos preguntamos: ¿Podrán las partes en un arbitramento *ad hoc* establecer oportunidades de conciliación previas a la instalación del Tribunal? Sin ninguna duda que sí, sin perjuicio de que si no se llega a un acuerdo conciliatorio, el mismo escrito que promueve la conciliación, sirva como solicitud de constitución del Tribunal.

Y podríamos seguir abundando en ejemplos de actos procesales, que si bien se justifican en un litigio inter-partes, por la vía ordinaria, salen sobrando o siendo demasiado formalistas para el trámite de un proceso arbitral.

Finalmente, el proceso arbitral tiene que ser de única instancia, si tenemos en cuenta que el Tribunal no tendrá un superior funcional y que sus funciones se extinguirán con la firma del laudo. No obstante lo anterior no quiere decir que el laudo a pronunciarse por los árbitros carezca en absoluto de control. Respecto de él puede interponerse el recurso de anulación, ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial en donde se tramitó el laudo. Tratándose de arbitrajes referidos a contratos de la Administración, dicho recurso se surte ante el Consejo de Estado. Ahora bien, este recurso tienen el carácter de extraordinario, por lo cual solo podrá interponerse en virtud de las causales señaladas por el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 y el artículo 72 de la Ley 80 de 1993, lo cual implica que los señalados organismos de justicia no podrán entrar a analizar el fondo del laudo sino revisar la legalidad del mismo en lo tocante al debido proceso, conforme a la causal o causales invocadas al interponer el recurso.

No obstante todo lo anterior, podrán las partes en ejercicio de esa autonomía y habilitación que les ha irrogado la Ley, determinar si con respecto a su proceso en particular existirá o no un recurso de anulación que revise el laudo con carácter extraordinario, así como podría pensarse también en una revisión de instancia, por parte de un organismo en particular y previamente determinado o de otros árbitros igualmente habilitados por las partes para decidir en ese nivel.

4. La decisión del Consejo de Estado en el caso TermoRío

Advertimos al iniciar éste trabajo, que en Colombia la posición doctrinal y jurisprudencial es errática, en materia de arbitraje *ad hoc*, en la medida en que hay decisiones contradictorias en cuanto a la libertad de las partes para determinar el procedimiento en el pacto arbitral. Así, a pesar de que la Corte Constitucional declaró exequibles las normas concernientes a esta libertad, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la Sentencia 21041, al analizar la validez de la cláusula compromisoria involucrada en el caso concreto, desconoció la autonomía de las partes para determinar en el pacto arbitral el procedimiento aplicable, por cuanto, en su opinión, las partes no podían derogar las normas del Decreto 2279 de 1989, las cuales consideraron normas de orden público y por ende tampoco podían pactar un arbitramento institucional, sino uno legal.

Al respecto nos permitimos transcribir el concepto expuesto sobre el tema por la doctora Myriam Salcedo Castro:³³

En primer lugar el Consejo de Estado justifica su competencia para conocer la anulación del laudo, de la siguiente manera: 1. Analiza la naturaleza jurídica de los contratos regidos por las leyes 142 y 143 de 1994 y declara que son contratos estatales “especiales”, que a pesar de ser sometidos a un régimen de derecho privado, competen a la jurisdicción contencioso administrativa. 2. El alto Tribunal Administrativo califica el arbitraje derivado del contrato realizado entre las sociedades TermoRío y Electranta como un arbitraje nacional, puesto que, a su juicio, no se cumplen las condiciones establecidas por la Ley 316 de 1996, excluyendo la hipótesis de la aplicación del artículo 4 de la misma, puesto que el régimen aplicables a dicho contrato es el de derecho privado, y 3, partiendo de la calificación de arbitraje nacional, el Consejo de Estado se declara competente para conocer de la anulación del laudo.

En seguida el Consejo de Estado recuerda el origen contractual del arbitraje y determina que la Ley aplicable al contrato en cuestión es la vigente al momento de la firma del contrato (20 de junio de 1997), extendiendo la misma a la modificación a la cláusula compromisoria hecha mediante el documento firmado el 15 de enero de 1998. Por consiguiente, la Ley aplicable al juicio de validez sobre dicho pacto arbitral es la normatividad vigente anterior a la expedición de la Ley 446 de 1998.

Finalmente, teniendo en cuenta que el recurso de anulación no recae sobre los errores *in procedendo*, el Consejo de Estado limita su análisis a la nulidad por objeto ilícito del pacto arbitral. Dicha corporación fundamenta su competencia para analizar esta causal, que no está presente dentro de las causales taxativamente señaladas por la Ley 80 de 1993, en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, modificado por la Ley 446 de 1998. Por consiguiente, con base en dicha norma, el máximo Tribunal contencioso administrativo indica que la designación del reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional constituye una violación del derecho público de la nación (en los términos de los artículos 1519 y 16 del Código Civil) puesto que las normas procesales son de orden público. En consecuencia anula el laudo arbitral por objeto ilícito.

El análisis en que el Consejo de Estado fundamenta las consideraciones de la anulación del laudo, nos lleva a cuestionarnos en primer lugar sobre la calificación de “arbitraje nacional” del caso TermoRío y, en segundo lugar, sobre la violación del orden público derivado de la estipulación del reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.

33 Myriam Salcedo Castro, *El arbitraje en los contratos concluidos por la Administración*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2006, pp. 215-220.

En efecto, cabe preguntarnos: si el capital del único accionista de la empresa TermoRío es americano, ¿no estaríamos en presencia de inversión extranjera? Y, si el numeral quinto de la Ley 315 indica que el arbitraje será internacional “cuando la controversia sometida a decisión arbitral afecte directa e inequívocamente los intereses del comercio internacional”, ¿dicho numeral determinará o no la internacionalidad de dicho arbitraje?

Para ello debemos recordar que ese numeral fue tomado del artículo 1492 del Código de Procedimiento Civil Francés. Sobre el particular la Corte de Casación Francesa ha precisado que una controversia afecta los intereses del comercio internacional, cuando luego de efectuar una evaluación puramente económica de la misma, es factible concluir que “esta supone una transferencia de bienes, servicios o fondos a través de las fronteras de dos o más países”.

Es necesario entonces que revisemos las condiciones exigidas por la Ley 315 de 1996 para calificar el arbitraje como internacional, puesto que en el caso de TermoRío podría haber sido considerado como tal. En efecto la Ley 315 exige que se pacte que el arbitraje es internacional y que se dé al menos una de las cinco condiciones en ella señaladas.

Como el pacto arbitral del contrato en mención no señaló que se trataba de un arbitraje internacional, tenemos que una de las condiciones no se da completamente, toda vez que dicha declaración debe ser expresada en los términos señalados por la jurisprudencia. Sin embargo, hay que tener en cuenta que esa interpretación es en extremo formalista, puesto que de los elementos del pacto mismo podría deducirse la voluntad de las partes de acudir al arbitraje internacional. La segunda condición es viable a nuestro juicio, toda vez que al tratarse de una sociedad cuyo accionista único y por ende cuyo capital es extranjero, estamos ante una operación de intercambio comercial a través de las fronteras y por ende se afectan los intereses del comercio internacional.

Por otra parte, debemos interrogarnos acerca del objeto de la protección del orden público respecto de las normas de procedimiento. Para ello es necesario recordar que el legislador colombiano se ha encargado de construir en la última década un régimen jurídico del arbitraje que le permita cumplir con su finalidad en armonía con el ordenamiento jurídico colombiano.

Es por ello que no podemos olvidar que el arbitraje no es un tipo de procedimiento (ordinario, abreviado o verbal sumario), es un método de resolución de conflictos que permite que un litigio sea juzgado fuera de las estructuras oficiales de administración de justicia, al cual se le aplica su propio régimen procesal (diferente del procedimiento civil, laboral, penal o agrario). Este procedimiento es posible gracias al pacto arbitral (negocio jurídico con efectos procesales), el cual posee un régimen propio reunido en el decreto 1818 de 1998 y que, en eventos particulares,

solo hace referencia al código de procedimiento civil (como lo hacen también los otros regímenes procedimentales).

El hecho de que las partes puedan fijar el procedimiento aplicable al arbitraje (institucional o independiente), no implica la violación del derecho de defensa, del debido proceso y del respecto a la igualdad de las partes. Por el contrario, estos son los límites al ejercicio de la autonomía de la voluntad en la fijación de dicho procedimiento y la inobservancia de estos sí constituye una violación al orden público. Una de las finalidades propias del arbitraje es que sea “expedito”, lo cual se logra gracias a la facultad que tienen las partes para adecuar el procedimiento a las necesidades del litigio y que permite que este sea fallado de manera ágil y eficaz.

Si bien el Consejo de Estado en la parte motiva del fallo TermoRío, se concentra en la cláusula compromisoria –puesto que el análisis que pretende hacer es *in procedendo*–, invoca en el mismo las causales de declaración por objeto ilícito del contrato y no de la obligación derivada de la cláusula compromisoria. No se puede olvidar que esta, como toda cláusula del contrato, a pesar de su autonomía contiene una obligación precisa para las partes, cuyo objeto particular es resolver los litigios que surjan de dicho contrato por medio de arbitraje. Es así como resulta claro que el objeto de la obligación derivada del pacto arbitral no es, en ningún caso, pactar un procedimiento determinado. El profesor Mantilla Serrano hace referencia al pronunciamiento del Consejo de Estado sobre TermoRío, en los siguientes términos:

(...) contrario a lo que parece creer el Consejo de Estado, el objeto del pacto arbitral no es el procedimiento en si mismo sino la solución de la controversia mediante arbitraje (Ley 446/98, art. 115; D. 1818898, art. 117. Ver Martínez Neira, N. y Peña Castrillón, G., *Pacto arbitral y arbitramiento en conciencia*, Temis, 1988, p. 41 y ss.; Arrubla Paucar, J.A., *Naturaleza, y efectos del pacto arbitral*, en revista *Foro del Jurista*, Cámara de Comercio de Medellín, 2002, vol. 23, p. 86). La mención al procedimiento a seguir en el trámite arbitral no es un elemento esencial del pacto arbitral, ni lo ha sido nunca en el derecho colombiano. Un pacto arbitral que nada diga sobre el procedimiento sigue siendo válido y no puede siquiera considerarse como defectuoso o “patológico”; por lo tanto, al no ser un elemento esencial, menos puede convertirse en un requisito *ad substantiam* de la validez del pacto arbitral y, por ello, la falta de designación del procedimiento o la invalidez de lo acordado por las partes al respecto no puede acarrear su nulidad.

Al respecto, agrega el profesor Silva Romero:

El objeto del pacto arbitral es la obligación a cargo de las partes del litigio de someter sus controversias al arbitraje y no lo es, como lo sostuvo erróneamente el Consejo de Estado en su fallo del caso “TermoRío” el seguimiento de un procedimiento determinado cuya elección, lo cual también

es muy discutible, sería prohibida por la Ley. En definitiva, la elección del procedimiento aplicable a un arbitraje no sería, al tenor de lo dispuesto por el artículo 1501 del Código Civil colombiano, ni un elemento “esencial” ni un elemento “natural” del pacto arbitral. La elección de un procedimiento especial a seguir en el arbitraje sería a lo sumo un elemento “accidental” según lo establecido por el artículo citado. En Colombia, en el caso en que las partes no escojan un procedimiento especial como aplicable a su arbitraje, se entendería que el procedimiento arbitral legal descrito en el decreto 1818 de 1998 (por el cual se expide el estatuto colombiano de los mecanismos alternativos de solución de conflictos) le pertenecería al pacto arbitral sin necesidad de pactar cláusula especial ese sentido (...). Así las cosas, el Consejo de Estado anulo el laudo arbitral proferido en el caso “TermoRío” por cuanto la estipulación de uno de los elementos accidentales del pacto arbitral, según dicha alta corporación judicial, sería contraria a la Ley, según nuestro juicio, y partiendo de la premisa (que es errada) de que las partes no podrían escoger el Reglamento de Arbitraje de la CCI como aplicable al procedimiento arbitral, el Consejo de Estado ha debido más bien anular la elección de dicho Reglamento e invitar a las partes a iniciar un “arbitraje legal” de conformidad con las disposiciones del Decreto 1818 de 1998.

De lo señalado por los autores antes citados, se concluye que el Consejo de Estado realizó un análisis errado sobre la validez del pacto arbitral, ya que consideró que el procedimiento pactado era un elemento esencial del pacto, cuando en realidad no era sino un elemento accidental, el cual, en consecuencia, no genera la nulidad absoluta del mismo.

Todo esto plantea un interrogante acerca del control que se ejerce sobre los laudos internacionales, y por ende cuáles son los alcances de su anulación.

Bibliografía

- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. 1ª ed. Barcelona, Ariel, 1996. Cf. pp. 165 y ss.
- ALCHOURRON, Carlos y Eugenio BULYGIN. *Análisis lógico y derecho*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 439 y ss.
- AGUILÓ REGLA, Josep. *Teoría general de las fuentes del derecho (y del orden jurídico)*. 1ª. ed. Barcelona, Ariel, 2000. Cf. pp. 57 y ss.
- BEJARANO GUZMÁN, Ramiro. «El procedimiento arbitral colombiano». En Eduardo SILVA ROMERO (dir. acad.) y Fabricio MANTILLA ESPINOSA (coord. acad.). *El contrato de arbitraje*. 1ª ed. Bogotá, Universidad del Rosario (Facultad de Jurisprudencia) / Legis, 2005, pp. 619-633.

- BERNAL GUTIÉRREZ, Rafael. «Las clases de arbitraje según la voluntad de las partes: El artículo 116 del Decreto 1818 de 1998». En Eduardo SILVA ROMERO (dir. acad.) y Fabricio MANTILLA ESPINOSA (coord. acad.). *El contrato de arbitraje*. 1ª ed. Bogotá, Universidad del Rosario (Facultad de Jurisprudencia) / Legis, 2005, pp. 203-221.
- CALVANO, Roque. *La cláusula arbitral. Evolución histórica y comparada*. Bogotá, Universidad del Rosario, 2008.
- CHILLÓN MEDINA, José María y José Fernando MERINO MERCHÁN. *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*. 2ª ed. revisada. Madrid, Civitas, 1991.
- DÍEZ DE VELASCO, Manuel (ed.). *Instituciones de derecho internacional público*. 15ª ed. Madrid, Tecnos, 2005. Cf. pp. 112 y ss.
- FERNÁNDEZ ROSAS, José Carlos y Sixto SÁNCHEZ LORENZO. *Derecho internacional privado*. 1ª ed. Madrid, Civitas / Ediciones S.L., 2000, pp. 25-77.
- FOUCHARD, Phillipe, Emmanuel GAILLARD & Berthold GOLDMAN. *Traité de l'arbitrage commercial international*. Paris, Librairie de la Cour de Cassation, 1996.
- GIL ECHEVERRY, Jorge Hernán. *Nuevo régimen de arbitramento. Manual práctico*. Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá, 2004.
- JARROSSON, Charles. «La notion d'arbitrage». En Eduardo SILVA ROMERO (dir. acad.) y Fabricio MANTILLA ESPINOSA (coord. acad.). *El contrato de arbitraje*. 1ª ed. Bogotá, Universidad del Rosario (Facultad de Jurisprudencia) / Legis, 2005, pp. 13- 21.
- MANTILLA-SERRANO, Fernando. «TermoRío: un duro golpe al arbitraje». En *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá, Comité Colombiano de Arbitraje / Legis / Universidad Sergio Arboleda, jun.-dic. 2004.
- NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. 2ª ed. ampliada y revisada. 10ª reimpre-sión. Buenos Aires, Astrea, 2000.
- SALCEDO CASTRO, Myriam. *El arbitraje en los contratos concluidos por la Administración*. Bogotá, Universidad del Rosario, 2006.
- SILVA ROMERO, Eduardo (dir. acad.) y Fabricio MANTILLA ESPINOSA, (coord. acad.). *El contrato de arbitraje*. 1ª ed. Bogotá, Universidad del Rosario (Facultad de Jurisprudencia) / Legis, 2005.
- TALERO RUEDA, Santiago. *Arbitraje comercial internacional: instituciones básicas y derecho aplicable*. Bogotá, Universidad de los Andes / Temis, 2008.
- ZULETA JARAMILLO, Eduardo. «El arbitraje de inversión en el Tratado de Libre Comercio suscrito entre Colombia y Estados Unidos». En Fernando MANTILLA-SERRANO (coord.). *Arbitraje internacional. Tensiones actuales*. 1ª ed. Bogotá, Centro Colombiano de Arbitraje / Legis, 2007, p. 110.