

**LOS MODELOS REGULATORIOS DEL
ARBITRAJE LATINOAMERICANO:
UN ANÁLISIS DE LAS NORMATIVAS
DE ARBITRAJE DOMÉSTICO EN
COLOMBIA Y EN EL HEMISFERIO**

**REGULATORY MODELS OF LATIN
AMERICAN ARBITRATION: AN ANALYSIS
OF DOMESTIC ARBITRATION RULES IN
COLOMBIA AND THE HEMISPHERE***

*Alfredo Pablo Rey Vallejo***

Fecha de recepción: 09 de octubre de 2013

Fecha de aceptación: 20 de diciembre de 2013

Disponible en línea: 30 de junio de 2014

Para citar este artículo / To cite this article

Rey Vallejo, Alfredo Pablo, *Los modelos regulatorios del arbitraje latinoamericano: un análisis de las normativas de arbitraje doméstico en Colombia y en el hemisferio*, 128 *Vniversitas* (2014). doi:10.11144/Javeriana.VJ128.mral

doi:10.11144/Javeriana.VJ128.mral

* Trabajo realizado en el seno del Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Mi director de tesis es el doctor Fernando Castillo Cadena.

** Profesor asistente de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, director de la Especialización en Derecho de los Negocios Internacionales y director de la Revista de Derecho Privado de la misma universidad. En los Andes, pertenece al grupo de investigación de Derecho Privado.

RESUMEN

En el presente artículo se hace una descripción de la estructura legal de los sistemas arbitrales de los países latinoamericanos y se busca identificar qué países han optado por regulaciones monistas o dualistas para la regulación del arbitraje doméstico y el internacional. Así mismo, se identifican aquellas instituciones del arbitraje doméstico concebidas en algunas legislaciones que son abiertamente ajenas a la práctica internacional y se hace un especial énfasis en la legislación colombiana.

Palabras clave: arbitraje doméstico; monismo; dualismo; Ley Modelo CNUDMI; pacto arbitral; procedimiento arbitral; poderes de los árbitros

ABSTRACT

This article is a description of the legal structure of arbitration systems in Latin American countries and seeks to identify which countries have chosen monistic or dualistic regulations for the regulation of domestic and international arbitration. Additionally, it describes the institutions of domestic arbitration legislation that are far different from international practice and emphasizes on Colombian legislation.

Keywords author: domestic arbitration; monism; dualism; Uncitral Model Law; arbitration agreement; arbitration proceedings; power of the arbitrators

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.- I. FÓRMULAS REGULATORIAS DEL ARBITRAJE EN AMÉRICA LATINA.- *A. La alternativa regulatoria monista.*- 1. Monismo sobre la base de la Ley Modelo CNUDMI versión 1985.- 2. Monismo sobre la base de la Ley Modelo CNUDMI versión 2006.- 3. Monismo “autóctono”.- *B. La alternativa regulatoria dualista.*- 1. Dualismo con normas nacionales “autóctonas” y referente de Ley Modelo CNUDMI en lo internacional.- 2. Dualismo con normas nacionales “autóctonas” sin referente de Ley Modelo CNUDMI en lo internacional.- 3. Dualismos especiales en el hemisferio.- II. LAS “RESERVAS” DE LAS LEGISLACIONES NACIONALES. ALGUNAS PARTICULARIDADES DE LOS RÉGIMENES DE ARBITRAJE DOMÉSTICO EN EL DERECHO COMPARADO LATINOAMERICANO.- *A. La obligatoriedad del recurso a la vía arbitral.*- *B. Forma y contenido del pacto arbitral.*- *C. Las reglas del procedimiento arbitral.*- *D. Atribución de imperium al tribunal arbitral.*- III. LA NORMATIVA ARBITRAL COLOMBIANA Y LAS PARTICULARIDADES DEL ARBITRAJE DOMÉSTICO.- *A. Estructura legal.*- *B. Las particularidades del arbitraje doméstico.*- 1. El acuerdo de arbitraje.- 2. Plena equiparación de la función del árbitro a la del juez.- 3. La incertidumbre sobre la plena eficacia de la autonomía de la voluntad.- 4. El “proceso” arbitral.- CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

En el presente artículo pretendemos sentar las bases para identificar si la estructura legislativa del arbitraje nacional colombiano se constituye o no en cuota inicial de una práctica arbitral demasiado inclinada a lo procesal y gravosa en términos de sacrificio a los principios de celeridad, economía, universalidad, eficacia e informalidad, tantas veces pregonados en los textos y los escenarios académicos. Para ello, dividiremos la estructura del texto en tres grandes partes: la primera, relativa a la contextualización del panorama latinoamericano, en donde resaltaremos las principales experiencias codificadoras en el continente y donde reconoceremos qué países han optado por regular el arbitraje doméstico e internacional en una única normativa, así como aquellos países que han optado por separar los asuntos propios del arbitraje local de aquel que contiene elementos extranjeros.

Acto seguido, identificaremos cuáles son aquellos elementos que mayoritaria o minoritariamente se regulan en el arbitraje nacional y que se apartan de las más comunes estructuras regulatorias del arbitraje internacional. En otras palabras, trataremos de identificar cuáles son esos elementos de las normativas del arbitraje doméstico a los que, por el entorno en que se desarrollan, se les da un tratamiento legislativo particular, regularmente atado a los estatutos procesales locales.

Finalmente, analizaremos la legislación colombiana para identificar los elementos que difieren sustancialmente entre las regulaciones de arbitraje doméstico e internacional; de esa manera, se determinará qué tan particular es nuestra legislación de arbitraje doméstico en relación con el entorno latinoamericano y qué tanto se distancia de los ejercicios legislativos emprendidos en el hemisferio.

I. FÓRMULAS REGULATORIAS DEL ARBITRAJE EN AMÉRICA LATINA

Por cuenta del acelerado crecimiento del comercio internacional en la última parte del siglo XX, el arbitraje ha experimentado un importante crecimiento en la región, particularmente representado en la modernización de las normas sobre arbitraje internacional

y, en una menor proporción, aunque aún importante, en las disposiciones que regulan el trámite en el que se involucran partes y negocios eminentemente domésticos.

Ahora bien, es de resaltar que la tradición arbitral de los diversos países de la región no era en lo absoluto inexistente, especialmente en el caso del arbitraje doméstico o nacional. Tal es el caso de países como Argentina, una de las legislaciones más antiguas y minuciosas, ya que en su primer código de procedimientos, del 20 de agosto de 1880, se incorporaban diversas normas sobre la materia, las cuales parecieron, incluso, bastante avanzadas para la época¹. Igualmente, la figura del arbitraje forzoso en Chile, que aún hoy se encuentra contemplada en la legislación de arbitraje doméstico, artículo 227 del Código Orgánico de Tribunales, se remonta a la Ley de Organización de los Tribunales de 1875 y esta a su vez al derecho medieval castellano².

Desde el punto de vista constitucional también encontramos referentes de vieja data; es el caso de Venezuela, que en su Carta Política de 1830, que siguió el modelo de la Constitución Española de 1812, consignó la libertad que tenían los ciudadanos venezolanos de terminar sus diferencias por árbitros aunque estuvieren iniciados los “pleitos”. Esta fórmula fue reproducida en las constituciones de 1857 y 1858³.

En el caso colombiano, los primeros antecedentes se ubican en el llamado Código Judicial, contenido en la Ley 105 de 1890, que reguló por primera vez el juicio arbitral en el país; posteriormente la Ley 103 de 1923 recogió todas las disposiciones sobre compromiso y procedimiento arbitral, así como la Ley 28 de 1931, que facultó a las cámaras de comercio para solucionar controversias entre comerciantes. En 1938, la Ley 2ª reconoció las cláusulas compromisorias en los contratos celebrados por personas capaces de transigir y el Código de Procedimiento Civil de 1970, así como el Código de Comercio de 1971, dieron un mayor desarrollo a la figura⁴.

1 Cámara de Comercio de Bogotá, *Panorama y perspectivas de la legislación iberoamericana sobre arbitraje comercial*, Bogotá (1993).

2 Eduardo Jequier Lehuédé, *Chile*, en Adriana Zapata de Arbeláez, Silvia Barona Vilar y Carlos Esplugues Mota (dirs.), *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica: Regulación, presente y tendencias del futuro*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 211-253 (2010).

3 José Carlos Fernández Rozas, *Tratado del arbitraje comercial en América Latina*, Iustel, Madrid, 1366 (2008).

4 Cámara de Comercio de Bogotá, *óp. cit.*, 16.

En los últimos años, los avances en materia de regulación arbitral en la región, tanto del orden doméstico como internacional, encontraron un impulso determinante en algunas instituciones de carácter público y privado que promovieron y financiaron proyectos para la promulgación de normativas nacionales y la creación de centros de arbitraje.

En primer lugar, cabe destacar la labor emprendida por el Fondo Multilateral de Inversiones del Banco Interamericano de Desarrollo, que desde los años ochenta y noventa del siglo pasado adelantó programas que, con la participación de expertos internacionales, actualizaron un número importante de legislaciones latinoamericanas y contribuyeron al crecimiento institucional de centros de arbitraje en países como Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Guatemala, Nicaragua, Paraguay, Perú y Uruguay.

Por otro lado, Christian Leathley destaca, en su obra *International Dispute Resolution In Latin America: An Institutional Overview*⁵, el papel jugado por la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial —CIAC— y la Asociación Latinoamericana de Integración —Aladi—. La primera, a través de sus reglas de procedimiento que incluso se constituyen en referente obligado de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional —Convención de Panamá— y la segunda a través del favorecimiento de los procesos de integración que han desembocado en índices de mayor confianza para el desarrollo del arbitraje en la región.

A. La alternativa regulatoria monista

Los procesos evolutivos de las leyes nacionales responden, en cada caso, a procesos históricos de diversa índole y su materialización reviste características que divergen de un lugar a otro. No obstante, dentro del mencionado proceso de “modernización”, la alternativa regulatoria más comúnmente utilizada en las legislaciones estatales latinoamericanas es la denominada monista, que en un único cuerpo normativo regula el arbitraje nacional y el internacional.

El monismo no presupone una coincidencia integral entre el arbitraje nacional y el internacional. Tomando en cuenta que el entorno

5 Christian Leathley, *International Dispute Resolution In Latin America: An Institutional Overview*, Kluwer Law International (2007).

en que se desarrollan es diverso, las mismas normas pueden disponer que ciertos aspectos del cuerpo regulador solo apliquen para el uno o para el otro. No obstante, las distinciones se han reducido considerablemente en la práctica, ya que solo algunos elementos del arbitraje internacional parecen completamente ajenos al arbitraje local; un ejemplo de ello puede ser el relativo a la posibilidad de determinar libremente las normas sustanciales aplicables al fondo de la relación contractual.

Por lo demás, para algunas legislaciones pareciera que la aptitud de la regulación internacional del arbitraje es perfectamente extensible al ejercicio de la práctica doméstica. En este mismo sentido se pronunció la CNUDMI en la nota explicativa de la Ley Modelo, al expresar lo siguiente: *“Si bien se ha concebido para regir casos de arbitraje comercial internacional, la Ley Modelo contiene un repertorio de normas básicas que, de por sí, no son inadecuadas para regular casos de arbitraje de otra índole. Así pues, tal vez los Estados deseen considerar la posibilidad de hacer extensivo el ámbito de aplicación de la Ley Modelo a las controversias en el plano interno, como ya lo han hecho varios Estados promulgantes”*.

1. Monismo sobre la base de la Ley Modelo CNUDMI versión 1985

El desarrollo último de las legislaciones arbitrales se destaca particularmente en el hecho de que en los años ochenta, noventa y comienzos del siglo XXI, las modificaciones rompieron con los esquemas normativos tradicionales en los que la figura se consagraba en los códigos de procedimientos civiles. En un número importante, estas normas dieron paso a las regulaciones unificadoras promovidas por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional —CNUDMI—, y concretamente por la Ley Modelo de Arbitraje de 1985, que fue posteriormente revisada en el año 2006.

Este es el caso de países como Nicaragua, cuyas normas sobre arbitraje seguían los pasos de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española y consagraba todas sus reglas sobre arbitraje en el Código de Procedimiento Civil. Esta normativa fue íntegramente derogada mediante la adopción de la Ley 540 de 2005, de Mediación y Ar-

bitraje, que reguló, en una ley monista, basada en la Ley Modelo CNUDMI, todo lo concerniente a la materia.

Es igualmente el caso de Venezuela, cuyas normas sobre arbitraje contenidas en los artículos 608 y ss. del Código de Procedimiento Civil han sido catalogadas como “*poco útiles en la práctica por vetustas y obsoletas*”⁶. En efecto, las disposiciones ahí contenidas regulan de manera anacrónica aspectos tan importantes como el convenio arbitral, ya que según estas no basta con que las partes suscriban un acuerdo para someter sus diferencias al arbitraje, sino que adicionalmente es necesario que recurran ante la autoridad judicial competente de primera instancia para formalizar dicho acuerdo; adicionalmente, la parte que formaliza el acuerdo puede iniciar un trámite destinado a que el juez determine la validez del acuerdo arbitral, decisión que a su vez está sujeta al recurso de apelación⁷.

Tales disposiciones dieron paso a la Ley No. 36.430 de 1998 de Arbitraje Comercial, disposición inspirada en la Ley Modelo CNUDMI, que se constituyó en una legislación mucho más ajustada a las necesidades del tráfico mercantil moderno. Esta normativa, que parece plantear algunas discusiones en cuanto a su aplicabilidad, por cuenta de que no contiene una definición de arbitraje internacional, es definitivamente una regulación encaminada a establecer normas sobre arbitraje doméstico e internacional mediante el proceso de unificación normativa.

Esta forma de monismo, fundamentalmente construido sobre la base de la normas CNUDMI de 1985, se replica en el caso de la normativa mexicana, paraguaya y guatemalteca, legislaciones en que la dicotomía entre arbitraje nacional e internacional se zanjó en favor de una regulación de la actividad arbitral en la que las consideraciones de nacionalidad resultan prácticamente indiferentes. Tal como lo mencionamos anteriormente, las disposiciones de la Ley Modelo que dieron paso a esta fórmula de unificación se han

6 Eugenio Hernández-Bretón, Ivette Esis, *Venezuela*, en Adriana Zapata de Arbeláez, Silvia Barona Vilar & Carlos Esplugues Mota, dirs., *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica: Regulación, presente y tendencias del futuro*, 719-747, Universidad Externado de Colombia, Bogotá (2010).

7 Ramón Alvins Santi & Pedro Saghy Cadenas, *El acuerdo de arbitraje en el derecho venezolano: Estudio crítico sobre su eficacia en la jurisprudencia reciente de los tribunales venezolanos*, en Carlos Alberto Soto Coaguila, dir., *Tratado de derecho arbitral. El convenio arbitral*, tomo II, 811-833, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas – Grupo Editorial Ibáñez – Instituto Peruano de Arbitraje, Bogotá (2011).

adaptado en muchos casos a entornos domésticos y sus características han permitido el desarrollo del arbitraje local sin mayores distanciamientos de la práctica internacional.

2. Monismo sobre la base de la Ley

Modelo CNUDMI versión 2006

Por otro lado, la historia de las más recientes legislaciones arbitrales peruanas merece particular atención por las consideraciones políticas y jurídicas que se hicieron en diversos momentos del desarrollo legislativo y que resultan altamente pertinentes de evidenciar por la finalidad del presente trabajo. La Ley No. 26572, General de Arbitraje de 1996, fue promulgada en un entorno en el que muchas voces llamaban a la unificación del régimen arbitral nacional e internacional, por cuenta de la simplicidad que implicaba una regulación monista. Sin embargo, la posición mayoritaria del momento aprobó un esquema dualista cuyo fundamento no fue otro que el de la practicidad: dado que la razón principal era atraer posibles casos de arbitraje internacional al Perú, resultaba más atractivo para estos potenciales operadores una ley de arbitraje internacional sin asomo alguno de “contaminación” de normas de arbitraje doméstico que pudieren enrarecer su ejercicio. Por esta razón, el arbitraje nacional y el internacional se regularon, en su momento, en un mismo cuerpo normativo pero en dos secciones diferentes, siendo la última, de arbitraje internacional, profundamente inspirada en la Ley Modelo CNUDMI⁸.

No obstante, la citada normatividad fue posteriormente derogada por la Ley de Arbitraje que se promulgó mediante Decreto Legislativo 1071 del 27 de junio de 2008, que finalmente entró en vigencia el 1º de septiembre del mismo año. Pese a que la normativa derogada mereció en su momento grandes elogios por su aptitud para desarrollar y consolidar el arbitraje en el país, la nueva regulación se constituyó en un texto de una mejor técnica legislativa que recogió los últimos avances de las reformas realizadas a la Ley Modelo CNUDMI de 2006, además de los avances que en su momento expresaron legislaciones como la española, sueca, belga, alemana, inglesa, suiza y estadounidense. Se trata entonces de una ley que

8 Ibidem, 3.

podría considerarse como CNUDMI “plus”, que ha sido considerada por muchos autores como una de las más modernas del mundo, cuya principal característica estructural es que acogió la tesis monista, mediante la cual se reguló unitariamente el arbitraje doméstico y el internacional.

3. Monismo “autóctono”

Ahora bien, en el entorno latinoamericano encontramos ejemplos en los que un régimen monista no necesariamente hunde íntegramente sus raíces en la normativa unificadora. Es el caso de Brasil, en el que la Ley 9307 de 1996 es expresión de un sistema jurídico muy marcado por la tradición formalista en el que permanentemente se reafirma el carácter jurisdiccional del arbitraje.

El régimen arbitral brasileiro, del que algunos autores destacan que sus incentivos se explican más fácilmente por la lentitud del poder judicial que por las ventajas que teóricamente ofrece el arbitraje⁹, contiene otra particularidad en su estructura normativa que resulta importante referenciar: se trata de un sistema monista en el que no se distingue el arbitraje nacional del internacional. Esta regulación, al igual que la venezolana a la que hicimos mención, al no distinguir entre arbitraje doméstico e internacional, supone la aplicación de todas sus normas de manera indiferente a esas dos clases de arbitraje.

Otro caso de monismo “autóctono” es el panameño. En efecto, tanto el arbitraje doméstico como el arbitraje internacional están regulados por el Decreto Ley No. 5 del 8 de julio de 1999. El decreto ley se inspira en algunos aspectos en la Ley Modelo y en la Convención de Nueva York, instrumentos de los que retoma literalmente algunos artículos, pero en otros se aleja de estos textos añadiendo algunos aspectos de iniciativa del legislador panameño. A diferencia del caso brasileiro, esta normativa contiene criterios identificadores del arbitraje internacional y determina la aplicación de ciertos artículos solo a esta clase de arbitraje, por ejemplo, el relativo a la posibilidad de renunciar al recurso de anulación del laudo arbitral.

9 Welber Barral Oliveira & Adriana Silva Maillart, *Brasil*, en Adriana Zapata de Arbeláez, Silvia Barona Vilar & Carlos Esplugues Mota (dirs.), *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica: Regulación, presente y tendencias del futuro*, 183-209, Universidad Externado de Colombia, Bogotá (2010).

B. La alternativa regulatoria dualista

A pesar de las aparentes ventajas que encarna la unicidad legislativa y la transformación evidente que dicha opción le ha imprimido a las normativas de arbitraje doméstico de algunos países latinoamericanos, no todos ellos han optado por este camino. En efecto, los esquemas regulatorios dualistas se constituyen en una alternativa para aquellos estados cuya visión sobre la forma en la que debe desarrollarse el arbitraje doméstico dista significativamente de los postulados propios de los sistemas de solución de conflictos que tienen lugar en el escenario del comercio internacional.

Lo anterior no es obstáculo para que la mayoría de países latinoamericanos que adoptan este esquema regulen las cuestiones propias del arbitraje internacional a partir de las normativas unificadoras, más o menos modificadas. La otra alternativa dentro del dualismo, menos comprensiva de los estándares internacionales, constituye la sola incorporación al derecho interno de tratados internacionales que contienen disposiciones sustanciales con aptitud para regular algunos aspectos de la materia.

1. Dualismo con normas nacionales “autóctonas” y referente de Ley Modelo CNUDMI en lo internacional

En la normativa chilena, las disposiciones de arbitraje doméstico, contenidas en los artículos 222 a 243 del Código Orgánico de Tribunales y en los artículos 628 a 644 del Código de Procedimiento Civil, conservan incólumes los postulados jurisdiccionales del arbitraje. Por otro lado, las normas de arbitraje internacional se consagran en la Ley 19.971 de 2004, fundadas sobre el modelo de la Ley CNUDMI. Esta última normativa fue promovida por cuenta de que en el país existía un vacío legal en lo referente al arbitraje internacional, ya que el ordenamiento jurídico chileno solo contenía normas para regular el arbitraje doméstico (poco adecuadas para las necesidades del comercio internacional) y disposiciones de los tratados internacionales de arbitraje firmados y ratificados por Chile. En efecto, en la *Historia de la Ley 19.971 Sobre Arbitraje Comercial Internacional* el mensaje presidencial expone:

Considerando que las normas internas actuales, por estar concebidas para un arbitraje de derecho interno, son inadecuadas para los casos internacionales, es posible concluir que hay un vacío legal del derecho chileno que es necesario llenar en materia de arbitraje comercial internacional. En efecto, las normas del derecho chileno a propósito del arbitraje comercial internacional son claramente insuficientes y no recogen el carácter particular y específico del derecho del arbitraje en materia internacional. Esta insuficiencia e inadecuación normativa es doble, pues dice relación tanto con el carácter comercial del arbitraje como con su internacionalidad.¹⁰

En este orden de ideas, el legislador optó por regular separadamente el arbitraje internacional pero dejar incólumes las normas sobre arbitraje doméstico, en el entendido de que las mismas gozaban de cabal salud, ya que su historia y su tradición se encontraban fuertemente arraigadas en la cultura jurídica del país. Un comentarista y abogado chileno comentó sobre dicha estructura legal y la consolidación de un sistema dualista, en los siguientes términos:

[...] a diferencia del sistema dualista seguido por el proyecto chileno, que regula separadamente el arbitraje internacional y el doméstico, la ley española ha seguido la metodología monista o unitaria bajo la cual ambos arbitrajes quedan sujetos a una misma ley. En nuestra opinión, las razones que existieron en España para adoptar esa metodología no se justifican en absoluto en Chile. Como lo demuestran más de cien años de aplicación, nuestra legislación arbitral ha cumplido con extraordinaria eficiencia sus objetivos en el plano doméstico y no percibimos razón alguna para modificarla. La técnica seguida por los redactores del proyecto chileno, que permite la coexistencia separada de ambos cuerpos legales, ha sido, por consiguiente, la correcta.¹¹

Otro sistema dualista que conserva cierta raigambre local en el arbitraje doméstico y que funda su regulación de arbitraje internacional en la Ley Modelo es el costarricense. En su origen, la Ley de Solución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social (Ley 7727 de 27 de diciembre de 1997) regulaba tanto lo concerniente al procedimiento arbitral como las materias relativas a la conciliación y a la mediación. Si bien esta disposición y la jurisprudencia constitucional costarricense reconocieron principios clásicos del derecho arbitral como el de la privacidad, especialidad, celeridad,

10 *Historia de la Ley 19.971, Sobre Arbitraje Comercial Internacional*, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (29 de septiembre de 2004). Disponible en: <http://www.bcn.cl>

11 Gonzalo Biggs, *Arbitraje comercial internacional: una tarea pendiente*, *Revista del abogado*, No. 30, Colegio de Abogados de Chile (2004).

inmediación e informalidad, así como el hecho de que el texto legal autoriza a las partes a someterse a las reglas y procedimientos de entidades administradoras o a las que ellas definan convencionalmente, la misma omite referencias y particularidades del arbitraje internacional por lo que su alcance resulta limitado y poco específico para las necesidades de la práctica en un escenario con alcances más allá de lo doméstico. Tomando en cuenta lo anterior, se promulgó la Ley No. 8937 sobre Arbitraje Comercial Internacional, que entró en vigor el 25 de mayo de 2011, cuya finalidad es regular específicamente el arbitraje comercial internacional. Con lo anterior, Costa Rica configura un sistema dualista en el que su ley de arbitraje internacional se funda en la normativa unificadora del año 2006, parcialmente modificada y adicionada por el legislador en aspectos que no riñen con la esencia de la misma.

2. Dualismo con normas nacionales “autóctonas” sin referente de Ley Modelo CNUDMI en lo internacional

A diferencia de los dos casos anteriormente enunciados, la experiencia legislativa boliviana toma un rumbo diferente a la hora de acoger las normativas unificadoras para el arbitraje internacional en el escenario de un sistema dualista. La Ley 1770 de 1997 de Arbitraje y Conciliación, se constituyó en un importante avance al régimen del Código de Procedimiento Civil, el anterior Código de Comercio y otras normas dispersas que integraban un sistema que no ofrecía la claridad necesaria para el ejercicio adecuado de la actividad arbitral. La norma se encuentra dividida en dos grandes títulos: el primero, dedicado al arbitraje doméstico, caracterizado por contener normas propias del procedimiento jurisdiccional, que no se hacen extensivas al arbitraje internacional; y el segundo, dedicado al arbitraje comercial internacional propiamente dicho. Esta normativa, en su apartado internacional, se desmarca de la Ley Modelo CNUDMI por cuenta de la introducción de algunas particularidades por parte del legislador boliviano.

Algo igualmente particular sucede en el caso de la legislación ecuatoriana, cuyas normas sobre arbitraje doméstico e internacional se encuentran consagradas en la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación. Como lo veremos más adelante, las normas

de arbitraje local se encuentran sumamente ligadas a conceptos propios de la actividad judicial.

3. Dualismos especiales en el hemisferio

Por otro lado, encontramos que en la actualidad algunos países aún conservan la totalidad de su legislación en las codificaciones procesales, como el caso de Argentina, en el que el arbitraje nacional o doméstico está contenido principalmente en los artículos 736 a 772 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, norma asimilada por la mayoría de provincias, con excepción de Santa Fe y Mendoza. Para algunos autores, el hecho de que Argentina no cuente con una ley general de arbitraje, a pesar de que tuvieron lugar un sinnúmero de proyectos, es una “*asignatura pendiente*”¹². Por esta razón las leyes ordinarias internas, de carácter procesal son las vigentes para regular la materia en el escenario doméstico, mientras que los tratados internacionales —Convención de Nueva York, Panamá y el Acuerdo Arbitral del Mercosur (AAM)— son las únicas disposiciones que se refieren al arbitraje internacional. Caso similar es el de la legislación uruguaya, en la que sus disposiciones de arbitraje doméstico se encuentran en el Código General del Proceso y las de arbitraje internacional en los instrumentos mencionados para el caso anterior.

II. LAS “RESERVAS” DE LAS LEGISLACIONES NACIONALES. ALGUNAS PARTICULARIDADES DE LOS RÉGIMENES DE ARBITRAJE DOMÉSTICO EN EL DERECHO COMPARADO LATINOAMERICANO

Tras haber descrito las características más relevantes de los sistemas mediante los cuales se regula el arbitraje nacional e internacional, y mediante la ilustración para cada caso con algunos ejemplos de la realidad latinoamericana, dedicaremos este apartado a la identificación de aquellos temas del arbitraje doméstico frente a los cuales

12 Raúl Aníbal Etcheverry, *El acuerdo arbitral y el sistema argentino*, en Carlos Alberto Soto Coaguila, dir., *Tratado de derecho arbitral. El convenio arbitral*, tomo I, 105-130, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas – Grupo Editorial Ibáñez – Instituto Peruano de Arbitraje, Bogotá (2011).

las legislaciones se reservan una reglamentación particular, diversa de la del arbitraje internacional.

El punto de partida para desarrollar esta temática será fundamentalmente el de las legislaciones dualistas, dado que las normatividades que se fundan en esquemas monistas no presentan la problemática de la “calificación” del arbitraje, como doméstico o internacional, pues su regulación es unitaria y las soluciones previstas para una y otra clase de arbitraje son idénticas. No obstante, aquellas reglas monistas “autóctonas” serán igualmente revisadas cuando en ellas estén contenidas fórmulas cuya raigambre eminentemente local merezca una especial atención para los fines del presente trabajo.

A. La obligatoriedad del recurso a la vía arbitral

El carácter contractual del arbitraje internacional riñe, en ocasiones, con la trascendencia jurisdiccional que ciertos ordenamientos jurídicos le otorgan al arbitraje nacional. Uno de los ejemplos más patentes es el de la legislación chilena, en la que el carácter eminentemente jurisdiccional de algunos instrumentos arraigados en los decimonónicos códigos de procedimientos civiles obligó a promover una regulación especial para el arbitraje internacional que se desarrolló de forma paralela a las disposiciones sobre arbitraje doméstico. Por su lado, las normas de arbitraje nacional se encuentran dispuestas, como lo mencionamos en el primer apartado de este trabajo, en el Código Orgánico de Tribunales y en el Código de Procedimiento Civil¹³.

13 Este sistema distingue dos clases de arbitraje en el plano local: el arbitraje forzoso y el arbitraje voluntario. El arbitraje forzoso, que nos incumbe en esta sección, no contiene una regulación específica en las disposiciones mencionadas. Su consagración se encuentra en los artículos 227 y 228 del Código Orgánico de Tribunales, en los siguientes términos: “Art. 227. *Deben resolverse por árbitros los asuntos siguientes: 1. La liquidación de una sociedad conyugal o de una sociedad colectiva o en comandita civil, y la de las comunidades; 2. La partición de bienes; 3. Las cuestiones a que diere lugar la presentación de la cuenta del gerente o del liquidador de las sociedades comerciales y los demás juicios sobre cuentas; 4. Las diferencias que ocurrieren entre los socios de una sociedad anónima, o de una sociedad colectiva o en comandita comercial, o entre los asociados de una participación, en el caso del artículo 415 del Código de Comercio; 5. Los demás que determinen las leyes. Pueden, sin embargo, los interesados resolver por sí mismos estos negocios, si todos ellos tienen la libre disposición de sus bienes y concurren al acto, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 645 del Código de Procedimiento Civil.* – Art. 228. *Fuera de los casos expresados en el artículo precedente, nadie puede ser obligado a someter al juicio de árbitros una contienda judicial.*”

Casos similares de arbitraje obligatorio se encuentran en las normativas argentina y uruguaya: en el primer caso, para resolver algunas cuestiones muy específicas del derecho civil, comercial y de liquidación de sentencias judiciales. En el segundo caso, el Código General del Proceso, en su artículo 474.1, reinstauró de manera genérica el arbitraje forzoso, que había sido derogado previamente por la Ley 14.476 de 1975, por lo que hoy en día es posible encontrar esta forma de arbitraje en normas como la Ley de Participación Público-Privada (PPP).

Respecto de lo anterior, es posible afirmar que pese a algunas críticas que se han expresado por lo ajena que resulta esta clase de arbitraje a la concepción eminentemente voluntarista de la figura, un sector de la doctrina comulga con dicha práctica. En este sentido se han pronunciado algunos autores, al expresar: *“el arbitraje forzoso constituye la única vía que la ley consagra para resolver conflictos cuya naturaleza particular requiere de una justicia amigable y eficiente, liberando con ello, al mismo tiempo, a los tribunales ordinarios de pleitos cargados de detalles minuciosos”*¹⁴. En la misma línea, hay quienes consideran que se trata de un mecanismo práctico y eficaz que realmente ha contribuido en la historia de algunos países a la búsqueda de la paz social¹⁵.

B. Forma y contenido del pacto arbitral

Fuera del entorno regulatorio local, es posible encontrar referencias a la forma y al contenido del pacto arbitral en las convenciones internacionales sobre la materia, particularmente en la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras —Convención de Nueva York de 1958— y en las convenciones regionales sobre el particular, como el caso de la Convención Interamericana Sobre Arbitraje Comercial Internacional —Convención de Panamá de 1975—. De la misma manera, la Ley Modelo CNUDMI, en sus versiones de 1985 y 2006, configuró diversas

14 Elina Ereminskaya, *Arbitraje doméstico e internacional en Chile: en búsqueda de la armonía*, en Juan Enrique Vargas Viancos & Francisco Javier Gorjón Gómez (coords.), *Arbitraje y mediación en las Américas: teoría y práctica*, 98, Centro de Estudios de Justicia de las Américas – Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, Santiago de Chile (2006).

15 *Ibidem*, 11.

propuestas de definición del concepto de acuerdo de arbitraje para ser recogidas por las normativas nacionales en una forma armónica con los tratados y convenciones que forman parte de la espina dorsal del arbitraje a nivel internacional.

En lo referente a la normativa armonizadora, adoptada incluso para el arbitraje doméstico por muchos de los países latinoamericanos, la versión de 1985 siguió la pauta establecida por la Convención de Nueva York en el sentido de que el acuerdo de arbitraje debía constar por escrito. Para la CNUDMI, previa consulta con expertos en la materia, el hecho de que las partes convengan someter sus diferencias a arbitraje sin observar el mencionado requisito de forma puede implicar que se invoque una excepción de incompetencia del tribunal arbitral, cuestión que resulta inconveniente ya que en ocasiones la elaboración de un documento por escrito resulta imposible o poco práctica¹⁶.

Por lo anterior, la Comisión aprobó en el año 2006 dos opciones para reglamentar la definición y forma del acuerdo de arbitraje, de tal manera que se estuviera más acorde con las prácticas contractuales internacionales. La primera opción replica la estructura del texto original de 1985, que conserva la exigencia de la Convención de Nueva York en el sentido de que el acuerdo de arbitraje conste por escrito. Sin embargo, la norma amplía el sentido tradicional del concepto al equiparar la forma escrita con todo otro medio “*que deje constancia de su contenido en cualquier forma*”. En virtud de ello, el acuerdo de arbitraje se puede concretar incluso de forma verbal, siempre y cuando se deje constancia de su contenido. En conclusión, la propuesta de regulación desgrava al pacto arbitral de una serie de exigencias formales como la firma o el intercambio de comunicaciones y lo moderniza mediante la incorporación de un vocabulario alusivo a las disposiciones del comercio electrónico. Igualmente, aclara la viabilidad de la remisión al derecho de los contratos para determinar el grado de consentimiento necesario para que una parte quede obligada por un acuerdo de arbitraje. En

16 Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Nota explicativa de la secretaría de la CNUDMI acerca de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, en su versión enmendada en 2006. Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006.

la segunda opción, la Comisión define el acuerdo de arbitraje de una manera que omite todo requisito de forma.

Ahora bien, en lo que respecta al panorama latinoamericano, las soluciones adoptadas en las normas que regulan el arbitraje doméstico sobre este particular son variadas. Países con estructuras monistas como México, Guatemala, Paraguay y Venezuela, que recogen la propuesta modeladora de 1985, optan por la solución del pacto arbitral escrito que esta normativa prevé (con más o menos referencias a formas tradicionales como la firma) y que se funda en las raíces de las disposiciones de la Convención de Nueva York. Abordajes similares se repiten en legislaciones dualistas como Bolivia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador y Honduras, que con fórmulas de redacción “autóctonas” persiguen objetivos alineados con los instrumentos internacionales mencionados. Algo similar sucede en el caso de la legislación uruguaya, que dispone la obligatoriedad del requisito escrito pero le agrega la sanción de nulidad por el no cumplimiento del mismo¹⁷.

Referencia especial merece la normativa monista peruana que adoptó parcialmente las modificaciones propuestas por la Uncitral en el año 2006, mediante la cual incorporó a su legislación la interpretación extensiva del concepto “escrito”, referente a la forma del pacto arbitral¹⁸. Si bien esta normativa eludió la expresión “*ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente*”, contenida en la Ley Modelo 2006, su texto resulta bastante más comprensivo que el de aquellas disposiciones que reproducen los elementos básicos de la norma unificadora de 1985.

Por otro lado, existen algunos casos especiales en el escenario del arbitraje doméstico latinoamericano que marcan una significativa distancia frente a los requisitos de las normativas referenciadas. Estas particularidades las podemos encontrar incluso en países como Nicaragua, que adoptaron el sistema monista fundado en la Ley

17 El artículo 1443 del Código de Procedimiento Civil francés, sobre arbitraje doméstico, consagra la misma sanción.

18 Artículo 13. “[...] 3. Se entenderá que el convenio arbitral es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio. 4. Se entenderá que el convenio arbitral consta por escrito cuando se cursa una comunicación electrónica y la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. [...] 5. Se entenderá además que el convenio arbitral es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte, sin ser negada por la otra”.

Modelo, en la que se dispone la exigencia de fórmulas adicionales al pacto arbitral, en los siguientes términos:

Artículo 27. [...] En el acuerdo escrito, las partes deberán establecer expresamente los términos y condiciones que regirán el arbitraje, de conformidad con esta Ley. En caso de que no se establezcan reglas específicas, se entenderá que este acuerdo podrá ser objeto de complementación, modificación o revocación entre las partes en cualquier momento, mediante convenio especial. No obstante; en caso de que decidan dejar sin efecto un proceso de arbitraje en trámite, deberán asumir los costos correspondientes, de conformidad con la presente Ley.

Si bien las disposiciones nicaragüenses sobre pacto arbitral que rigen el arbitraje doméstico se inspiran en la Ley Modelo, la incorporación de requisitos adicionales siembra dudas en cuanto al alcance y eficacia del acuerdo, cuando este es defectuoso o limitado y no es posible lograr consensos posteriores para su complementación o modificación.

Otro elemento destacable en la legislación nicaragüense, para el caso objeto de estudio, es el requisito dispuesto en artículo 39 de la Ley 540 de 2005, relativo al convenio arbitral con proceso judicial en curso. Dispone la norma en cuestión que cuando esta situación se presenta, las partes que deciden voluntariamente someter el asunto a un convenio arbitral deben presentar ante el juez un escrito con todas las firmas debidamente autenticadas por notario y adjuntando copia del convenio arbitral. Si bien es entendible que se pretenda salvaguardar cierto grado de seguridad en el desarrollo de la práctica judicial, el requisito que impone el despliegue de la actividad notarial es a todas luces gravoso y ajeno a los parámetros sugeridos por las normativas modeladoras.

Algo similar parece evocar la normativa monista brasilera, en sus artículos 5 y 6, consagradorio de las denominadas cláusulas arbitrales *cheias* (llenas) y *vazias* (vacías). Las primeras pueden incluir todas las disposiciones y condiciones para el arbitraje, bien sea a partir de la referencia a una institución arbitral y a sus reglas o bien mediante acuerdo directo de las partes. Las segundas son cláusulas que solo refieren a la voluntad de las partes de resolver sus diferencias por la vía arbitral. Llama particularmente la atención el tratamiento de estas últimas, ya que la ley, en lugar de disponer de reglas que ayuden a complementar la cláusula, remite a

las partes al poder judicial para la suscripción de un compromiso arbitral, incrementando así los escenarios para el florecimiento de la litigiosidad¹⁹.

Otro escenario en el que la legislación doméstica referente al pacto arbitral aporta ingredientes para el incremento de la judicialización, es el chileno. La libertad configurativa por la que se caracteriza la Ley 19.971 de 2004, para el arbitraje internacional, diverge ampliamente de las normas sobre arbitraje interno contenidas en el Código Orgánico de Tribunales. En lo que atañe al punto particular del acuerdo de arbitraje, estas últimas disposiciones no definieron la cláusula compromisoria y sí el compromiso arbitral, por lo que algunos autores proclamaron la inexistencia de la primera y le atribuyeron efectos exclusivos de contrato preparatorio. Esta posición se decantó con el tiempo y finalmente terminó reconociéndose su existencia y validez²⁰.

Mientras tanto, las normas que definieron el compromiso le atribuyeron la condición de contrato solemne que deberá celebrarse por escrito y que deberá contener los siguientes requisitos: “1) *El nombre y apellido de las partes litigantes*; 2) *El nombre y apellido del árbitro nombrado*; 3) *El asunto sometido al juicio arbitral*; 4) *Las facultades que se confieren al árbitro, y el lugar y tiempo en que deba desempeñar sus funciones*”²¹. Como bien lo manifiesta un sector de la doctrina, el cumplimiento de esta exigencia ha derivado en dificultades que han puesto en evidencia el formalismo en el arbitraje local, ya que son comunes las impugnaciones que se fundan en la falta de este requisito para perseguir la nulidad de lo actuado en

19 “Artículo 5. En el caso en que las partes, en la cláusula compromisoria, se sometan a las reglas de una institución arbitral o una entidad especializada, el arbitraje será establecido y llevado a cabo de conformidad con tales normas, pudiendo, igualmente, las partes establecer en la propia cláusula, o en otro documento, la forma de sometimiento a la institución de arbitraje. / Artículo 6. Si no hay acuerdo sobre cómo establecer el arbitraje, la parte interesada manifestará a la otra parte su intención de iniciar el arbitraje, por correo o por cualquier otro medio de comunicación con acuse de recibo convocándola para la fecha, hora y lugar con el fin de firmar el compromiso arbitral. / Párrafo único. No compareciendo la parte convocada o, compareciendo, se niega a firmar el compromiso arbitral, la otra parte podrá proponer la demanda a que alude el art. 7 de esta Ley, ante el órgano del Poder Judicial en el que originariamente correspondería decidir el caso”.

20 Alejandro Romero Seguel, *La convención de arbitraje en Chile*, en Carlos Alberto Soto Coaguila (dir.), *Tratado de derecho arbitral. El convenio arbitral*, tomo I, 386-397, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas – Grupo Editorial Ibáñez – Instituto Peruano de Arbitraje, Bogotá (2011).

21 Código Orgánico de Tribunales Chileno, artículo 234.

el trámite arbitral. Adicionalmente, por virtud del carácter personalizado del compromiso, si alguno de los árbitros designados no puede cumplir con su función, el acuerdo pierde efectos y resulta necesario recurrir a la jurisdicción permanente.

Infortunadamente, los casos en los que se imponen exigencias especiales a los acuerdos de arbitraje no se agotan en los casos mencionados. En efecto, la legislación argentina sobre arbitraje doméstico señala en su artículo 739 del Código Procesal de la Nación, que una vez surja la controversia deberá formalizarse por escritura pública o instrumento privado, o por acta extendida ante el juez, un compromiso que deberá contener, bajo pena de nulidad, los siguientes requisitos: i) fecha, nombre y domicilio de los otorgantes; ii) nombre y domicilio de los árbitros; iii) las cuestiones que se sometan al juicio arbitral, con expresión de sus circunstancias; y iv) la estipulación de una multa que deberá pagar a la otra parte la que dejare de cumplir los actos indispensables para la realización del compromiso. Además, se mencionan unos requisitos facultativos en el artículo 741.

Vemos entonces que dicha legislación procesal regula entonces el viejo sistema del doble acuerdo: cláusula y compromiso y convenio arbitral²². Dicha normativa es a todas luces ajena a la práctica arbitral moderna, razón por la cual la jurisprudencia ha tenido que otorgarle por esa vía efectos al convenio arbitral o cláusula compromisoria sin necesidad de otorgar el mencionado requisito. Otra forma de evitar incurrir en dicha carga, es someterse a un reglamento de arbitraje que no exija la suscripción de ese instrumento para poder recurrir al arbitraje²³.

C. Las reglas del procedimiento arbitral

En el arbitraje internacional, así como en la mayoría de casos del arbitraje doméstico, uno de los presupuestos básicos en los que se funda la práctica es el relativo a la flexibilidad del procedimiento y a la libertad de las partes para determinarlo. Es así como la Ley

22 Ibidem, 12.

23 Beatriz Pallarés & Jorge Albornoz, *Argentina*, en Adriana Zapata de Arbeláez, Silvia Barona Vilar & Carlos Esplugues Mota (dirs.), *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica: Regulación, presente y tendencias del futuro*, 85-147, Universidad Externado de Colombia, Bogotá (2010).

Modelo dispone este precepto en sus artículos 18 y 19, sobre la base de que deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad para hacer valer sus derechos.

Estas disposiciones contienen igualmente una serie de fórmulas para que, a falta de acuerdo entre las partes, sea el tribunal arbitral quien decida los términos en que haya de dirigirse el arbitraje. Estas facultades conferidas por la normativa modeladora incluyen la posibilidad de que el tribunal arbitral determine “*la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas*”, sin las limitaciones impuestas por las normas procesales que regulan los procesos ante la jurisdicción permanente.

Para el ejercicio de la práctica arbitral, estos principios básicos pretenden lograr una mayor flexibilidad y adaptabilidad del trámite a las necesidades que tengan las partes en un momento determinado y en relación con el conflicto específico que les atañe. Con ello, se desprenden de las ataduras propias de los sistemas procesales tradicionales que, en ocasiones, pueden ser engorrosas y poco compatibles con las necesidades de una justicia informal, expedita, económica y eficaz.

Dentro del medio latinoamericano podemos encontrar algunas disposiciones del arbitraje doméstico que se distancian de los preceptos enunciados; dentro de estos encontramos principalmente: i) normas que imponen disposiciones procesales para adelantar los trámites arbitrales sin posibilidad de acuerdo en contrario; y ii) normas que admiten una regulación procedimental por las partes pero que a falta de acuerdo someten a los árbitros a un trámite específico.

El caso chileno presenta también en este punto una serie de particularidades en sus normas de arbitraje local. Si bien la Ley 19.971, de arbitraje internacional, adopta los preceptos de la Ley Modelo en cuanto libertad de reglas de procedimiento y habilitación a los árbitros para definir las ante el desacuerdo de las partes, las disposiciones de arbitraje doméstico, a partir de un sistema de clasificación de los tipos de árbitros, recoge múltiples soluciones al tema planteado.

Los árbitros se clasifican entonces en tres grandes grupos: i) árbitros de derecho; ii) árbitros arbitradores o amigables compositores (arts. 223 del COT; 628 y ss. del CPC); y iii) árbitros mixtos

(arts. 636 y ss. del CPC). En el caso de los árbitros de derecho, estos “se someterán, tanto en la tramitación como en el pronunciamiento de la sentencia definitiva, a las reglas que la ley establezca para los jueces ordinarios, según la naturaleza de la acción deducida” (art. 628 del CPC). Por su lado, los árbitros arbitradores fallan, en cuanto al fondo, según su criterio de equidad y justicia, pero adelantan el procedimiento según las normas establecidas por las partes; a falta de acuerdo entre estas, los artículos 637 y ss. disponen de un procedimiento especial que no puede ser derogado por los amigables compondores. Finalmente, los árbitros mixtos actúan como árbitros de derecho en cuanto al sustento de la sentencia definitiva, pero se sujetan a las reglas procedimentales dispuestas para los árbitros arbitradores.

En el caso de la normativa costarricense, el artículo 39 de la Ley 7727, sobre arbitraje doméstico, consagra la libertad de procedimiento para que las partes configuren, según su mejor conveniencia, el trámite arbitral. No obstante, las normas nacionales han dispuesto una serie de etapas irrenunciables, aparentemente contentivas del “debido proceso”, que en palabras de Gómez Rodas y Gómez Fonseca “podría llevarnos a pensar que no existe el deseo de desjudicializar el arbitraje”. Estas etapas son, en sus palabras:

*i) Otorgamiento de un plazo para formular pretensiones y aportar pruebas; ii) Plazo para contestar las pretensiones y oponerse a las mismas, a los hechos y los fundamentos de la demanda; iii) Audiencia para la evacuación de las pruebas, que debe contar necesariamente con la participación tanto de las partes como de los árbitros; iv) El establecimiento de un plazo razonable para la formulación de las conclusiones; v) La posibilidad de recurrir el laudo y las resoluciones interlocutorias.*²⁴

Las etapas ineludibles dentro del curso del trámite arbitral otorgan al mismo un carácter eminentemente jurisdiccional con entidad suficiente para fomentar la litigiosidad dentro del mismo, más aún si se agrega un ingrediente de referencia a las normas procesales del país que contiene el último inciso del artículo 39, que dispone: “Las normas procesales de la legislación costarricense integrarán, en

24 Carlos Gómez Rodas & Francisco Gómez Fonseca, *Costa Rica*, en Adriana Zapata de Arbeláez, Silvia Barona Vilar & Carlos Esplugues Mota, dirs., *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica: Regulación, presente y tendencias del futuro*, 309-333, Universidad Externado de Colombia, Bogotá (2010).

lo que resulte compatible, el procedimiento arbitral". Valga anotar, igualmente para este caso, que las normas sobre arbitraje internacional costarricense en este particular, contenidas en la Ley 8937 de 2011, se enmarcan dentro de los parámetros de la Ley Modelo Uncitral que unifica y armoniza gran parte del sistema arbitral latinoamericano.

Finalmente, las legislaciones de Ecuador, Argentina y Uruguay hacen un reconocimiento igualmente explícito sobre la libertad de las partes para fijar reglas de procedimiento; no obstante, en ellas también se hace evidente la obligación de los árbitros de recurrir a las normas procesales de cada uno de esos países cuando los acuerdos arbitrales adolecen de esta referencia.

En el caso ecuatoriano, a pesar de que la jurisprudencia ha reconocido el carácter contractual del arbitraje, y sobre esa base la libertad configurativa de las partes para definir el procedimiento incluso modificando las normativas legales, también es cierto que los pronunciamientos judiciales no han sido ajenos a reconocer su carácter jurisdiccional. En este sentido, el alcance del artículo 38 de la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación, en cuanto a que el arbitraje podrá sujetarse al procedimiento establecido en los centros de arbitraje, al determinado en el convenio arbitral o al que las partes escojan, ha sido plenamente reconocido en el país. Ahora bien, es de destacar que el artículo 37 también se refiere a que, a falta de acuerdo de las partes, en los arbitrajes en derecho, los árbitros aplicarán lo dispuesto en la ley y supletoriamente las normas del Código de Procedimiento Civil.

Finalmente, los casos de Argentina y Uruguay contienen disposiciones similares, en el sentido de que el acuerdo de arbitraje podrá contener reglas de procedimiento fijadas por las partes; sin embargo, la falta de acuerdo en este sentido las remite, no a reglas supletorias definidas por los árbitros, sino a las disposiciones del "*juicio ordinario o sumario [...] teniendo en cuenta la naturaleza e importancia económica de la causa*" en el primer caso, o a las disposiciones establecidas para el proceso ordinario en el Código General del Proceso, en el segundo²⁵.

25 Artículos 751 Código Procesal Civil (Argentina) y 490 Código General del Proceso (Uruguay).

D. Atribución de *imperium* al tribunal arbitral

Por regla general, las legislaciones arbitrales domésticas e internacionales disponen de un sistema de “comunicación” entre los tribunales de arbitramento y la jurisdicción estatal. Ese mecanismo permite el desarrollo de la actividad arbitral con un soporte o acompañamiento que el juez realiza para permitir la plena efectividad de las decisiones de los árbitros.

La mencionada labor de apoyo se manifiesta básicamente en tres escenarios del arbitraje, a saber: i) la integración del tribunal de arbitramento cuando, una vez surgidas las diferencias, una de las partes es renuente a cumplir con su cometido de designar árbitros y dicha labor no ha sido encomendada previamente a un centro de arbitraje o a una institución de otra índole que pudiese cumplir tal misión; ii) la práctica de pruebas, que podrá consistir en la práctica de la prueba ante el juez competente o en la adopción por este de las medidas necesarias para que la prueba pueda ser practicada ante los árbitros; y iii) la adopción de medidas cautelares que requieran de la participación del juez para hacerlas efectivas.

En los casos referentes a las pruebas y a las medidas cautelares, se evidencia que el papel de los jueces consiste en suplir el *imperium* del que carece el árbitro, lo que no significa un desconocimiento de su jurisdicción, para hacer efectivas decisiones que alguna de las partes o un tercero no están dispuestas a asumir y que son necesarias para el adecuado desarrollo del trámite arbitral. En palabras de Merino Merchán y Chillón Medina “*el arbitraje alcanza su límite como función juzgadora de los árbitros pero éstos carecen obviamente, por ser jueces privados, de la potestad de ejecutar lo juzgado, que corresponde exclusivamente a la jurisdicción del Estado*”²⁶.

No obstante lo anterior, es posible encontrar casos en los que las legislaciones no solo le reconocen a los tribunales de arbitramento la función jurisdiccional, sino también la *auctoritas* que es propia de los funcionarios y tribunales estatales permanentes. Esta particularidad, completamente ajena al arbitraje internacional, ha sido objeto de discusión por algún sector de la doctrina, siendo para algunos una prerrogativa innovadora y positiva mientras que

26 José F. Merino Merchán & José Ma. Chillón Medina, *Tratado de derecho arbitral*, 3ª ed., Cizur Menor – Editorial Aranzadi S.A., Navarra (2006).

para otros constituye una expresión *ultra vires* que desnaturaliza la función del árbitro²⁷.

Ejemplo de lo anterior es el artículo 9° de la Ley de Arbitraje y Mediación Ecuatoriana, que dispone en su artículo 9: “[...] *Para la ejecución de las medidas cautelares, los árbitros, siempre que las partes así lo estipularen en el convenio arbitral, solicitarán el auxilio de los funcionarios públicos, judiciales, policiales y administrativos que sean necesarios, sin tener que recurrir a Juez ordinario alguno del lugar donde se encuentren los bienes o donde sea necesario adoptar las medidas*”. Esta disposición, consagrada en las normas sobre arbitraje doméstico, impone a las autoridades estatales la obligación de cumplir las instrucciones impartidas por los árbitros en el ejercicio de sus funciones, lo que implica que frente a ellos se extiende el principio de la autonomía de la voluntad de las partes concretada en el convenio arbitral.

Llama igualmente la atención la manera en la cual se tratan las cuestiones probatorias en el derecho arbitral doméstico ecuatoriano. Si bien estas normativas no regulan de manera específica lo relacionado con estos temas, al aplicar el Código de Procedimiento Civil como norma supletiva, se entiende que si las partes solicitan el decreto de una prueba y el tribunal accede, corresponde a los árbitros exigir su cumplimiento, incluso haciendo comparecer a testigos por el uso de la fuerza pública²⁸.

III. LA NORMATIVA ARBITRAL COLOMBIANA Y LAS PARTICULARIDADES DEL ARBITRAJE DOMÉSTICO

El recientemente aprobado Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, Ley 1563 de 2012, sustituyó en su totalidad las normas compiladas en el Decreto 1818 de 1998, contentivas a su vez de las disposiciones del Decreto 2279 de 1989, el Decreto 2651 de 1991, la

27 Juan Manuel Marchán & Javier Andrade Cadena, *El arbitraje comercial internacional en Ecuador: marco legal y jurisprudencial*, en Cristian Conejero Roos et ál. (coords.), *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica*, 319-348, Legis Editores, Bogotá (2009).

28 Armando Serrano Puig, *La autonomía de la voluntad en el convenio arbitral. Alcances y limitaciones. El caso ecuatoriano*, en Carlos Alberto Soto Coaguila, dir., *Tratado de derecho arbitral. El convenio arbitral*, tomo II, 541-580, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas – Grupo Editorial Ibáñez – Instituto Peruano de Arbitraje, Bogotá (2011).

Ley 23 de 1992, la Ley 446 de 1998 y otros instrumentos de arbitraje internacional como la Ley 315 de 1996. Las disposiciones derogadas conformaban un sistema arbitral eminentemente dualista, en el que la normativa doméstica se encontraba contenida básicamente en los primeros cuatro cuerpos regulatorios mencionados, mientras que el arbitraje internacional encontraba su sustento en la Ley 315 de 1996, además de las normas que incorporan al derecho colombiano las convenciones internacionales suscritas y ratificadas como la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975 (Convención de Panamá – Ley 44 de 1986) y la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York – Ley 39 de 1990).

A. Estructura legal

Pese a que en el pasado se promovieron grandes esfuerzos para modernizar íntegramente el sistema arbitral colombiano, incluso mediante la adopción de normas unificadoras destinadas a regir el arbitraje nacional e internacional mediante la adopción de la tesis monista²⁹, solo veintitrés años después de promulgada la normativa más antigua vigente fue posible realizar una sistematización integral, no meramente compilatoria, del marco legal de este mecanismo de solución de controversias.

Las disposiciones recientemente adoptadas por el legislador colombiano siguen el esquema dualista, tradicionalmente arraigado en el ánimo de muchos de los operadores arbitrales nacionales, que consagra una primera parte dedicada al arbitraje doméstico con marcada tendencia procesalista y un segundo apartado destinado a regular el arbitraje internacional cuyo fundamento esencial es la Ley Modelo CNUDMI versión 2006.

La normativa de arbitraje doméstico se destaca particularmente por el hecho de que organiza las disposiciones que con una indebida técnica legislativa compiló el Decreto 1818 de 1998, además de refrendar estatutariamente las prácticas procesales que se consolidaron tras varias decisiones de la Corte Constitucional que afectaron la estructura original del trámite³⁰. Por su lado, el apartado

29 Congreso de Colombia. Proyecto de Ley 085 de 2002.

30 Corte Constitucional. Colombia. Sentencia C-1038 de 2002 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett).

internacional se constituye en un importantísimo avance frente a las disposiciones de la Ley 315 de 1996, supremamente escuetas e insuficientes para acoger de manera idónea trámites arbitrales originados en relaciones jurídicas con puntos de contacto transfronterizos. En efecto, la mencionada disposición, contentiva exclusivamente de un artículo referente a los criterios de internacionalidad y otro que privilegiaba la voluntad de las partes para configurar aspectos importantes del arbitraje internacional, dio paso a un estatuto integral que sistematizó, sobre la base de las más modernas reglas unificadoras, las normas supletivas y las instituciones especiales que se requieren para el desarrollo adecuado del arbitraje en un escenario globalizado.

En cuanto a técnica legislativa, la normativa colombiana replica el esquema de las vigentes legislaciones chilena y costarricense, así como de la derogada normativa peruana, que sostienen un cuerpo de normas “autóctonas” para regular el arbitraje doméstico y se soportan en la Ley Modelo CNUDMI para regular los aspectos internacionales; la particularidad de la norma colombiana consiste en que, a diferencia de las otras, acoge la moderna propuesta modeladora del año 2006 y no la versión original del año 1985.

Es de anotar que esta particular fórmula dualista, que implica abordar minuciosamente tanto las normas de arbitraje local como de arbitraje internacional, se contempló en el proyecto inicial de reforma a la legislación francesa de 2011³¹. Dicho proyecto contenía dos cuerpos destinados a regular de forma completa e independiente estas dos modalidades de arbitraje, de tal manera que las normas internacionales fuesen plenamente identificables desde el extranjero y se descartara cualquier posible confusión entre unas y otras. Sin embargo, dicho proyecto fue rechazado dado que la cancillería francesa consideró anti-técnico la repetición de disposiciones del mismo tenor en cada uno de los cuerpos normativos. Finalmente, el modelo francés reformado destinó 62 artículos al arbitraje interno y 24 artículos a la sección internacional, con múltiples reenvíos de este último apartado a la regulación doméstica.

31 Francia. Decreto 2011-48 de 13 de enero de 2011, Relativo a la reforma del arbitraje.

B. Las particularidades del arbitraje doméstico

En los últimos años, la práctica del arbitraje nacional colombiano se ha caracterizado por su excesivo formalismo y la profunda raigambre procesal de las reglas que conforman su sistema, no obstante tratarse de una figura a la cual se recurre exclusivamente por cuenta de una expresión innegable de la autonomía de la voluntad³².

Por otro lado, si bien la Ley 1563 de 2012 contiene algunos avances sobre el particular, la misma reproduce estructuras y referentes propios del derecho procesal de un carácter equivalente al de las normas de arbitraje doméstico de países como Chile, Costa Rica, Ecuador, Argentina y Uruguay.

1. El acuerdo de arbitraje

En primera instancia, es necesario mencionar que la normativa arbitral colombiana contiene dos definiciones de acuerdo de arbitraje: una contenida en la normativa de arbitraje doméstico, otra contenida en las disposiciones de arbitraje internacional; esta última reprodujo literalmente el artículo 7 (opción 1) de la Ley Modelo CNUDMI versión 2006.

En lo nacional, el artículo 3 de la Ley 1563 de 2012 refiere genéricamente al concepto de pacto arbitral y en los artículos 4 y 6 define los conceptos de cláusula compromisoria y compromiso respectivamente.

Respecto de la cláusula compromisoria, la norma prescribe: *“La cláusula compromisoria, podrá formar parte de un contrato o constar en documento separado inequívocamente referido a él. La cláusula compromisoria que se pacte en documento separado del contrato, para producir efectos jurídicos deberá expresar el nombre de las partes e indicar en forma precisa el contrato a que se refiere”*. En cuanto al compromiso, se señala: *“El compromiso podrá constar en cualquier documento, que contenga: 1. Los nombres de las partes. 2. La indicación de las controversias que se someten al arbitraje. 3. La indicación del proceso en curso, cuando a ello hubiere lugar. En este caso las partes podrán ampliar o restringir las pretensiones aducidas en aquel”*.

32 El arbitraje laboral en materia colectiva es la única excepción a la regla mencionada.

Sobre las disposiciones referidas, llama particularmente la atención que los requisitos incorporados en instrumentos internacionales como la Convención de Nueva York y la Ley Modelo CNUDMI, en cuanto a que el acuerdo de arbitraje conste “por escrito” y se encuentre “firmado”, no forman parte ni de la normativa anterior ni de las disposiciones actuales. En efecto, quizá por error del legislador al momento de redactar la norma hoy derogada, tanto la cláusula compromisoria como el compromiso solo requieren estar contenidos en “documentos”, lo que según las disposiciones locales comporta los “*escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, mensajes de datos, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, videograbaciones, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares*” (artículo 243 del Código General del Proceso). Es de anotar que las normas referidas en el arbitraje local no hacen alusión expresa a los mecanismos tecnológicos que los artículos 7 y 7 (opción 1) de la Ley Modelo CNUDMI, versión 1985 y 2006 respectivamente, pero es de suponer que el concepto de documento electrónico que se extrae de la Ley 527 de 1999 resulta perfectamente extensible al escenario arbitral.

En definitiva, no es posible identificar si el sentido de la norma es propender por un pacto arbitral mayormente exento de requisitos, caso en el cual la necesidad de referirse a otros instrumentos para completar su definición resulta a todas luces inconveniente (ej. el estatuto procesal). En este caso, la incorporación al derecho nacional de la fórmula contemplada en el artículo 7 (opción 2) de la Ley Modelo CNUDMI versión 2006, que es suficientemente amplia y comprensiva de casi cualquier forma de acuerdo, hubiese resultado bastante más acertada.

Ahora bien, el “negocio jurídico”³³ denominado pacto arbitral se torna aún más fértil para el terreno de la litigiosidad cuando se imponen requisitos formales ajenos a las propuestas modeladoras, como que la cláusula compromisoria que se pacte en documento separado del contrato deberá expresar el “*nombre de las partes*” e “*indicar en forma precisa el contrato a que se refiere*” o que el com-

33 Ver definición de pacto arbitral en el artículo 3 de la Ley 1563 de 2012.

promiso deberá contener “*los nombres de las partes*”, “*la indicación de las controversias que se someten al arbitraje*” y “*la indicación del proceso en curso*”.

2. Plena equiparación de la función del árbitro a la del juez

Independiente de los efectos prácticos que conlleva el ejercicio de plenos poderes de los árbitros, transferir a individuos privados el carácter de los actores estatales que ejercen de manera permanente la función jurisdiccional, trae aparejada una necesaria inclinación hacia una práctica con mayores tintes de formalidad.

A diferencia de países como Costa Rica y El Salvador, en los que no se configura desde el texto constitucional el carácter jurisdiccional de la función del árbitro, el artículo 116 de la Constitución Política de Colombia, como muchas otras en el continente, así lo dispone. Ahora bien, hemos observado que el hecho de que esta caracterización de la actividad del árbitro tenga lugar a lo largo y ancho del continente, bien sea desde la perspectiva constitucional o legal, no significa que el otorgamiento de todos los poderes propios de los jueces sea una solución generalizada en las legislaciones latinoamericanas.

En efecto, la atribución de *imperium* a los árbitros, que de manera limitada se consagra en el derecho ecuatoriano para el caso de las medidas cautelares y que es ajeno al resto de las legislaciones del continente, es la regla general en el caso de la normativa colombiana sobre arbitraje doméstico. En virtud de ello, los árbitros conservan las facultades propias de los jueces y magistrados para las cuestiones relacionadas con medidas cautelares, pruebas y en general para toda actuación que redunde en el impulso del trámite arbitral, con la natural excepción de la ejecución del laudo. Para ello, los funcionarios de apoyo a la actividad de los árbitros son las autoridades administrativas y policivas competentes para cada caso, por lo que la institución del juez de apoyo en el arbitraje doméstico solo tiene cabida para las cuestiones relativas a la integración del tribunal.

3. La incertidumbre sobre la plena eficacia de la autonomía de la voluntad

La normativa colombiana de los últimos años ha realizado ingentes esfuerzos por privilegiar la autonomía de la voluntad en el arbitraje, particularmente en lo que a configuración del procedimiento se refiere. No obstante, a diferencia de Ecuador, país cuyo sistema de arbitraje doméstico se encuentra igualmente cargado de influencias procesalistas, el mensaje que la jurisprudencia ha enviado a los operadores jurídicos sobre este punto trascendental no es del todo claro.

En efecto, a partir de la Constitución Política de 1991, se han promulgado una serie de normas de carácter estatutario, de rango “cuasi-constitucional”, cuyo propósito ha sido preparar el terreno para la operación de las disposiciones legales que rigen la figura. Frente las primeras, la Corte Constitucional colombiana, órgano competente para pronunciarse de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación, ha generado un marco de incertidumbre que derivó en una cascada de normas cuyo propósito clarificador no ha sido plenamente resuelto en estos días.

El primer antecedente tiene lugar con la promulgación del artículo 13 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, en el cual se expresó con claridad:

Ejercen función jurisdiccional de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política: (...) 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.

A lo que la Corte Constitucional, en Sentencia C-037 de 1996, replicó: “*Resta agregar que en estas situaciones, los particulares, en aquellos casos no previstos por el legislador, pueden fijar sus propias reglas para el ejercicio de su labor de impartir justicia, siempre y cuando se ajusten a los parámetros establecidos en la Constitución y en la ley*”.

Este antecedente, que sentó las bases para una tímida actuación de los particulares en cuanto a la determinación de reglas de procedimiento, derivó a la postre en una reforma al mencionado artículo mediante la Ley 1285 de 2009, la cual precisó: “*Artículo 6. [...] Tratándose de arbitraje, en el que no sea parte el estado o alguna de sus Entidades, los particulares podrán acordar las reglas de procedimiento a seguir, directamente o por referencia a la de un Centro de Arbitraje, respetando, en todo caso los principios Constitucionales que integran el debido proceso*”. No obstante, un nuevo pronunciamiento de la Corte en Sentencia C-713 de 2008, declaró la exequibilidad condicionada del artículo, en los siguientes términos: “*cuando las partes —particulares— deciden fijar autónomamente las reglas de procedimiento (arbitraje institucional o independiente), es necesario condicionar la exequibilidad de la norma en el entendido de que las partes también deben respetar lo dispuesto por las leyes especiales que regulen los procedimientos arbitrales*”.

De lo anterior podemos deducir que estas manifestaciones contradictorias de los poderes públicos abonan el terreno para los debates entre quienes propugnan por un pleno reconocimiento de la autonomía de la voluntad, en lo relativo a la fijación de las reglas de procedimiento, y quienes todavía conservan algunos reparos sobre el particular. En este sentido, el escenario de la Ley 1563 de 2012 no está exento de dichas tensiones: por un lado, consagró disposiciones que parecen tornar supletivas las disposiciones de la ley plegándolas a lo acordado por las partes³⁴, y por el otro, como lo veremos más adelante, desestima la posibilidad de que las partes prohíban la participación de terceros en el trámite arbitral, determinen libremente la duración del trámite, etcétera.

En este estado de cosas, tenemos que un eventual pronunciamiento del máximo tribunal constitucional sobre el alcance del artículo 58 de la mencionada ley podría allanar definitivamente el camino hacia el pleno reconocimiento de la “liberalización” del trámite

34 “*Artículo 58. Reglas de procedimiento. En los arbitrajes en 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, el derecho de defensa y la igualdad de las partes. En el evento en que las partes no establecieren reglas o el centro seleccionado para adelantar el trámite no tuviere reglamento de procedimientos debidamente aprobado, se aplicarán las reglas establecidas para cada caso en la presente ley*”.

arbitral o, por el contrario, atarlo de manera definitiva al cuerpo de las disposiciones procesales. En cualquiera de los dos casos, una decisión de esta naturaleza generaría un espacio de mayor estabilidad y seguridad jurídica en el ejercicio de la actividad arbitral.

4. El “proceso” arbitral

El artículo 92 de la Ley 1563, en lo relativo al arbitraje internacional, replica íntegramente una de las reglas más importantes de la Ley Modelo: a falta de acuerdo entre las partes, el tribunal tiene plenas facultades para decidir la forma en la cual se conduce el procedimiento, sin necesidad de acudir a las normas procesales de la sede del arbitraje, lo que incluye determinar la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas. Como lo señalamos en la sección II C) del presente trabajo, la importancia de esta disposición radica en que el tribunal arbitral cuenta con las facultades para decidir la forma de impulsar el trámite sin verse sometido al imperio de unas reglas que, en ocasiones, se constituyen en un complejo sistema de instrumentos técnicos que facilitan posibles dilaciones y que en nombre del “debido proceso” pueden conducir al fracaso premeditado de los tribunales de arbitramento. En estos casos, en que los tribunales son llevados en sus discusiones al terreno de lo eminentemente procesal y no de lo sustancial, se quiebra la verdadera voluntad de las partes que en las etapas de negociación contractual pretendían establecer mecanismos idóneos y expeditos para la solución de futuras controversias.

No obstante lo anterior, en el terreno del arbitraje doméstico, la solución que las normas colombianas adoptan es completamente diferente; en efecto, a falta de acuerdo entre las partes sobre la forma de impulsar el procedimiento, los tribunales arbitrales deben plegarse ante los múltiples estatutos procesales³⁵. Desafortunadamente, esta práctica es generalizada ya que ni la ley ni los reglamentos de los centros de arbitraje, referentes casi obligados en las cláusulas compromisorias, contienen esta clase de fórmulas³⁶.

35 Es posible encontrar casos en los que un tribunal arbitral deba aplicar simultáneamente, en un mismo trámite, cinco estatutos procesales diferentes, a saber: el Decreto 1818 de 1998, la Ley 1563 de 2012, el Código de Procedimiento Civil, el Código General del Proceso y el Código de Procedimiento Administrativo.

36 En Colombia los centros de arbitraje están sometidos a la aprobación del Ministerio de Justi-

A manera de ejemplo, hemos extraído una serie de disposiciones del estatuto arbitral, con alto contenido procesal, que se constituyen en referentes necesarios a la hora de adelantar el trámite y que representan límites para las partes y para los árbitros a la hora de definir las reglas de funcionamiento del tribunal. No hemos considerado el caso del arbitraje estatal, ya que esa temática no es objeto del presente artículo.

Un primer grupo de normas que constituyen verdaderos límites a la autonomía privada son los artículos 10, 11 y 37. Los dos primeros, relativos a la prórroga del trámite arbitral y a la suspensión del mismo hasta por un tiempo que no es susceptible de ampliación, podrían entenderse como “limitaciones de buena fe”, ya que su objetivo es erradicar prácticas inadecuadas en que los árbitros llevan a las partes a extender injustificadamente el término de los procedimientos. No obstante, en muchas ocasiones en que la práctica probatoria es compleja y depende de la actividad desplegada por peritos y terceras personas, dicha limitante puede constituirse en una verdadera amenaza para la seguridad del trámite y la búsqueda de una solución adecuada para la solución de los conflictos de las partes; de igual manera, esta limitante puede representar dificultades en casos en que los interesados procuren una solución negociada a sus diferencias durante el curso del proceso. Por otro lado, en lo referente al artículo 37, el estatuto arbitral prohíbe que las partes de manera directa o a través de un reglamento de arbitraje limiten la participación de otras partes o de terceros en el trámite arbitral. Como antecedente vale la pena mencionar el artículo 9 parágrafo 2 del reglamento de la Cámara de Comercio de Bogotá³⁷, cuyo objetivo era pretermitir las posibles dilaciones y dificultades que representan la participación en el trámite de personas ajenas

cia y del Derecho, ente que determina qué centros están o no habilitados para desarrollar su actividad. Uno de los criterios para permitir su funcionamiento es el respeto a las directrices dictadas por el gobierno nacional, dentro de las cuales se encuentra la Circular CIR12-0000012-DMA-2100 del 20 de septiembre de 2012, donde se invita a los centros de arbitraje, conciliación y amigable composición a presentar la actualización de sus reglamentos internos. De la mano de esta circular, se encuentra el “reglamento modelo” presentado por el ministerio, cuyas fórmulas para regular el procedimiento son todas remisiones a los estatutos procesales vigentes. Evidentemente, la “válvula de escape”, contenida en lo internacional en el artículo 92 y en el artículo 19 de la Ley Modelo, brilla por su ausencia.

37 Artículo 9, parágrafo 2: “*Habida cuenta de la limitación impuesta por los efectos interpartes del pacto arbitral, no habrá lugar a la intervención de quienes tengan la condición de terceros en los términos definidos por la ley*”.

al acuerdo de arbitraje. Infortunadamente, la solución adoptada por la normativa legal es de naturaleza similar a la de las disposiciones que enunciaremos a continuación, cuyo soporte reposa en la aplicación de las normas del Código de Procedimiento Civil.

En efecto, tal como lo acabamos de expresar, el estatuto de arbitraje nacional abarca toda una serie de disposiciones que son de ineludible cumplimiento por parte de los árbitros cuando las partes no han acordado soluciones diferentes, en el entendido de que ni las normas legales ni las reglamentarias autorizan al tribunal a definir las con libertad o a soportarse en normas cuya entidad procesal resulte menos gravosa para la celeridad y flexibilidad del trámite. Tal es el caso de los artículos 12, 13, 20, 25, 31, 32, 37 y 45 de la mencionada codificación, los cuales se constituyen en meras referencias al Código de Procedimiento Civil, normatividad que rige en todo lo concerniente a las temáticas ahí expresadas; las materias que se rigen por dicha referencia son, en su orden, las siguientes: i) los requisitos de forma que debe contener la demanda arbitral; ii) la procedencia del amparo de pobreza (figura completamente extraña a la práctica arbitral en el derecho comparado); iii) el trámite relativo a la admisión, inadmisión y rechazo de la demanda; iv) la forma de establecer la cuantía para determinar los honorarios y gastos del tribunal; v) las facultades y deberes del tribunal y las partes respecto de las pruebas; vi) la práctica de las medidas cautelares; vii) el régimen de intervención de terceros y otras partes; y viii) la procedencia del recurso de revisión sobre el laudo y sobre la sentencia que resuelva sobre su anulación (tipo de recurso igualmente ajeno a la práctica generalizada del arbitraje en el derecho comparado).

En este contexto, resulta evidente que el sustrato procesal del estatuto arbitral, en su apartado doméstico, no subyace únicamente de los principios que lo encarnan y de la jurisprudencia que lo ha antecedido, sino también de las normas que delinean el “proceso” arbitral, abiertamente plagadas de referencias a estatutos que fueron concebidos por el legislador para regular las acciones promovidas en el escenario de la justicia estatal.

CONCLUSIONES

Cuestiones políticas y sociales de diversa índole, mayor o menor incidencia del comercio internacional dentro de las fronteras, así como cuestiones que subyacen de su diversa tradición jurídica, se constituyen en factores que no determinaron una expansión uniforme del arbitraje en los países de América Latina y, en general, de los métodos alternativos de solución de conflictos.

Ahora bien, es posible identificar una tendencia generalizada en cuanto a que el arbitraje doméstico se rige por disposiciones cuyos estándares son los propios del arbitraje internacional, como sucede en el caso de aquellos países que adoptaron un régimen monista fundado en la Ley Modelo CNUDMI, en cualquiera de sus versiones. Por otro lado, encontramos una serie de países en los que la legislación de arbitraje doméstico se caracteriza por no estar plenamente fundada en los principios de la ley modelo, ya que se optó por caracterizarla de conformidad con una tradición legal propia. Los casos aquí comprendidos pueden dividirse básicamente en dos grandes grupos: El primero, el de las legislaciones que se caracterizan porque sus normas de arbitraje doméstico comportan los más importantes rasgos de la práctica arbitral internacional. El segundo, conformado por legislaciones en que el arbitraje local funciona a partir de principios, estructuras y mecanismos que distan significativamente de los preceptos contenidos en las normas unificadoras.

Por su parte, el caso de las normas de arbitraje doméstico colombiano merece particular atención puesto que, pese a que el arbitraje es concebido como un sistema de solución de conflictos eminentemente voluntario, el procedimiento se desarrolla bajo unos presupuestos de excesiva formalización y judicialización.

REFERENCIAS

Libros

Cámara de Comercio de Bogotá, *Panorama y perspectivas de la legislación iberoamericana sobre arbitraje comercial* Bogotá (1993).

José Carlos Fernández Rozas, *Tratado del arbitraje comercial en América Latina*, Iustel, Madrid, 1366 (2008).

José F. Merino Merchán & José Ma. Chillón Medina, *Tratado de derecho arbitral*, 3ª ed., Cizur Menor – Editorial Aranzadi S.A., Navarra (2006).

Colaboraciones en publicaciones colectivas

Alejandro Romero Seguel, *La convención de arbitraje en Chile*, en Carlos Alberto Soto Coaguila (dir.), *Tratado de derecho arbitral. El convenio arbitral*, tomo I, 386-397, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas – Grupo Editorial Ibáñez – Instituto Peruano de Arbitraje, Bogotá (2011).

Armando Serrano Puig, *La autonomía de la voluntad en el convenio arbitral. Alcances y limitaciones. El caso ecuatoriano*, en Carlos Alberto Soto Coaguila, dir., *Tratado de derecho arbitral. El convenio arbitral*, tomo II, 541-580, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas – Grupo Editorial Ibáñez – Instituto Peruano de Arbitraje, Bogotá (2011).

Beatriz Pallarés & Jorge Albornoz, *Argentina*, en Adriana Zapata de Arbeláez, Silvia Barona Vilar & Carlos Esplugues Mota, dirs., *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica: Regulación, presente y tendencias del futuro*, 85-147, Universidad Externado de Colombia, Bogotá (2010).

Carlos Gómez Rodas & Francisco Gómez Fonseca, *Costa Rica*, en Adriana Zapata de Arbeláez, Silvia Barona Vilar & Carlos Esplugues Mota, dirs., *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica: Regulación, presente y tendencias del futuro*, 309-333, Universidad Externado de Colombia, Bogotá (2010).

Eduardo Jequier Lehuedé, *Chile*, en Adriana Zapata de Arbeláez, Silvia Barona Vilar & Carlos Esplugues Mota, dirs., *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica: Regulación, presente y tendencias del futuro*, 211-253, Universidad Externado de Colombia, Bogotá (2010).

Elina Ereminskaya, *Arbitraje doméstico e internacional en Chile: en búsqueda de la armonía*, en Juan Enrique Vargas Viancos & Francisco Javier Gorjón Gómez, coords., *Arbitraje y mediación en las Américas: teoría y práctica*, 98, Centro de Estudios de Justicia de las Américas – Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, Santiago de Chile (2006).

Eugenio Hernández-Bretón, Ivette Esis, *Venezuela*, en Adriana Zapata de Arbeláez, Silvia Barona Vilar & Carlos Esplugues Mota, dirs., *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica: Regulación, presente y tendencias del futuro*, 719-747, Universidad Externado de Colombia, Bogotá (2010).

Juan Manuel Marchán & Javier Andrade Cadena, *El arbitraje comercial internacional*

en Ecuador: marco legal y jurisprudencial, en Cristian Conejero Roos et ál., coords., *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica*, 319-348, Legis Editores S.A., Bogotá (2009).

Ramón Alvins Santi & Pedro Saghy Cadenas, *El acuerdo de arbitraje en el derecho venezolano: Estudio crítico sobre su eficacia en la jurisprudencia reciente de los tribunales venezolanos*, en Carlos Alberto Soto Coaguila, dir., *Tratado de derecho arbitral. El convenio arbitral*, tomo II, 811-833, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas – Grupo Editorial Ibáñez – Instituto Peruano de Arbitraje, Bogotá (2011).

Raúl Anibal Etcheverry, *El acuerdo arbitral y el sistema argentino*, en Carlos Alberto Soto Coaguila, dir., *Tratado de derecho arbitral. El convenio arbitral*, tomo I, 105-130, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas – Grupo Editorial Ibáñez – Instituto Peruano de Arbitraje, Bogotá (2011).

Welber Barral Oliveira & Adriana Silva Maillart, *Brasil*, en Adriana Zapata de Arbeláez, Silvia Barona Vilar & Carlos Esplugues Mota, dirs., *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica: Regulación, presente y tendencias del futuro*, 183-209, Universidad Externado de Colombia, Bogotá (2010).

Artículos de revista

Christian Leathley, *International Dispute Resolution In Latin America: An Institutional Overview*, Kluwer Law International (2007).

Gonzalo Biggs, *Arbitraje comercial internacional: una tarea pendiente*, *Revista del abogado*, No. 30, Colegio de Abogados de Chile (2004).

Normativa nacional

Ley 1563 de 2012. Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. 12 de julio de 2012 . D.O. No. 48.489.

Normativa internacional

Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación. 29 de noviembre del 2006 (Ecuador).

Código Orgánico de Tribunales. Ley N 7421 de 15 de junio de 1943 (Chile).

Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Ley No. 17.454 de 1981 (Argentina).

Decreto 161 de 2000. Ley de Conciliación y Arbitraje (Honduras).

Decreto 67 de 1995. Aplicación del Arbitraje Nacional e Internacional (Guatemala)

Decreto 914 de 2002. Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje. (El Salvador).

Decreto 2011-48 de 13 de enero de 2011. Relativo a la reforma del arbitraje (Francia).

Decreto-Ley 5 de 1999. De Arbitraje y Otros Procedimientos Alternativos de Solución de Controversias Comerciales (Panamá).

Ley 15.982. Código General del Proceso (Uruguay).

Ley 1770 de 10 de marzo de 1997. Ley de Arbitraje y Conciliación (Bolivia).

Ley 1879 de 2002. Ley de Arbitraje y Mediación (Paraguay).

Ley 19.971 de 29 de septiembre de 2004. Sobre Arbitraje Comercial Internacional (Chile).

Ley 26572. Ley General de Arbitraje (Perú).

Ley 36430 de 1998. Ley de Arbitraje Comercial (Venezuela).

Ley 540 de 25 de mayo de 2005. Ley de Mediación y Arbitraje (Nicaragua).

Ley 7727 de 1997. Sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz (Costa Rica).

Ley 8937 de 25 de mayo de 2011. Sobre Arbitraje Comercial Internacional (Costa Rica).

Ley 9307 de 1996 de 23 de septiembre de 1996. Ley Brasileña de Arbitraje (Brasil).

Jurisprudencia nacional

Corte Constitucional. Sentencia C-1038 de 2002 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett).

Exposiciones de motivos

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Nota explicativa de la secretaría de la CNUDMI acerca de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, en su versión enmendada en 2006. Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006.

Historia de la Ley 19.971. Sobre Arbitraje Comercial Internacional. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. 29 de septiembre de 2004. Disponible en: <http://www.bcn.cl>.

Publicaciones electrónicas

[http://www.ciac-iacac.org/paginas.asp?pub_id=4&cat_id=2&cat_tit=Acerca de la CIAC](http://www.ciac-iacac.org/paginas.asp?pub_id=4&cat_id=2&cat_tit=Acerca%20de%20la%20CIAC).

http://www.aladi.org/nsfaladi/arquitect.nsf/VSTITIOWEB/quienes_somos.