

**La Posibilidad de la Segunda Instancia Intra-Arbitral en el Arbitraje en Derecho
Colombiano**

Mauricio Gomez Franco

Código: U00067966

Universidad: Universidad Autónoma de Bucaramanga

Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

Bucaramanga

2017

**La Posibilidad de la Segunda Instancia Intra-Arbitral en el Arbitraje en Derecho
Colombiano**

Mauricio Gómez Franco

Código: U00067966

Director: Alba Luz Becerra Sarmiento

Universidad: Universidad Autónoma de Bucaramanga

Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

Bucaramanga

2017

INTRODUCCIÓN

La presente investigación es fruto del interés desarrollado en las aulas de clase y en la práctica jurídica por los mecanismos alternativos de solución de conflicto, esencialmente por el arbitraje.

Este interés, me llevo a realizar varios intentos de proyectos de investigación referentes a problemáticas jurídicas del instituto arbitral, no obstante, ninguna me convenció para aventurarme en el desarrollo de una investigación jurídica, hasta que con la guía de la Doctora Alba Luz Becerra Sarmiento encontré un problema investigativo sobre la figura arbitral que no había sido desarrollado en el ámbito colombiano, el cual es: En el derecho nacional Colombiano ¿Tienen las partes la facultad legal de estipular la doble instancia intra-arbitral?.

El interés a indagar, me llevo a compartir la problemática jurídica mencionada con varias personas conocedoras del tema, como resultado de esas fructíferas conversaciones obtuve de forma unánime la siguiente respuesta “*es imposible la segunda instancia dentro del arbitraje*”. Debido a las respuestas recibidas, empecé a investigar sobre la posibilidad de la segunda instancia arbitral en otros países y encontré que algunos países la establecían y/o permitían en el derecho nacional (Francia, España, Argentina, Estados Unidos (A.A.A)), dándome a entender que la segunda instancia no es tan ajena al derecho arbitral. Por tal motivo, inicié la labor exploratoria para saber si la nueva ley arbitral (Ley 1563 del 2012) en conexidad con la normatividad colombiana lo permitía o establecía.

A pesar de las innovaciones que contrajo la ley 1563 del 2012, no se establece de forma explícita el recurso extraordinario de la doble instancia en materia arbitral, proveyendo la idea de que el arbitraje nacional e internacional según el estatuto Colombiano es de única instancia; sin embargo, el arbitraje, adicionalmente de considerar los principios y reglas de imparcialidad, idoneidad celeridad, igualdad, oralidad, publicidad y contradicción, contempla dos principio que posibilitan

la segunda instancia arbitral, es decir, la autonomía de la voluntad de las partes y la libertad procesal.

Con el fin de dar respuesta al problema jurídico planteado, la presente investigación se desarrolla dentro de 5 capítulos, a través del método de investigación científico jurídico-descriptivo teniendo en cuenta la ley, la doctrina y la jurisprudencia. Acorde con el método científico escogido, en la presente investigación se analizó en los capítulos 2, 3 y 4 el instituto jurídico arbitral y los institutos intervinientes al momento de establecer el procedimiento a seguir, y el capítulo 1 se fundamentó en la evolución legislativa en materia arbitral de Colombia para comprender el estudio del instituto jurídico arbitral colombiano y su correlación con el problema jurídico. Por otra parte, el capítulo 5 se desarrolló bajo el estudio normativo de la ley arbitral española, este estudio es guiado por su doctrina, en aras de entender el instituto jurídico de la segunda instancia arbitral. Como resultado de los 5 capítulos de la investigación, se concluyó la respuesta al problema jurídico en el capítulo “Conclusión”.

En este orden de ideas, el primer capítulo, se basa en el desarrollo histórico-jurídico del instituto, para evidenciar la evolución legislativa del arbitraje nacional en el ordenamiento jurídico colombiano, con el fin de aportar argumentos que contribuyan a justificar el problema jurídico de la investigación.

El segundo capítulo, desarrolla el principio de la autonomía de voluntad en concordancia con el principio de la libertad de las partes para reglar el procedimiento desde la doctrina, la jurisprudencia y la ley, con el propósito de establecer su correlación, y límites al momento de establecer el procedimiento a seguir.

El tercer capítulo, versa sobre el instituto procesal de la doble instancia, los recursos establecidos en contra del laudo arbitral y adicionalmente se exponen teorías doctrinales y

jurisprudenciales acerca de la irrecorribilidad de laudo, con el fin de dilucidar la compatibilidad de ellos y la factibilidad de la segunda instancia en el arbitraje Colombiano.

El cuarto capítulo, busca identificar las clases de pacto arbitral con el fin de dilucidar si es posible pactar dentro de ellas el reglamento del procedimiento a seguir en el proceso arbitral.

El quinto capítulo, expone la segunda instancia arbitral española desde la doctrina y la normativa, y adicionalmente establece la similitud que existe con Colombia, toda vez, que el derecho Español no establece expresamente este instituto jurídico dentro de su normativa arbitral.

La conexidad y compatibilidad entre los institutos jurídicos expuesto desde el capítulo 1 al capítulo 5 servirán para desarrollar y establecer dentro del capítulo “Conclusiones” sí es factible la segunda instancia arbitral en derecho nacional colombiano.

Contenido

CAPÍTULO I	8
1. Antecedentes históricos del arbitraje en Colombia.....	8
1.1 Antecedentes del arbitraje antes de 1991.....	8
1.2 Antecedentes del arbitraje después de 1990	11
1.3. El Arbitraje Nacional Colombiano dentro de la “Ley Hinestroza”	16
CAPÍTULO II	19
2. La autonomía de la voluntad y la libertad procesal de las partes en el funcionamiento del arbitraje	19
2.1.1 El principio de la autonomía de la voluntad	19
2.1.2. Fundamento normativo del principio de la autonomía de la voluntad de las partes frente al arbitraje.....	20
2.1.3 Límites de la autonomía de la voluntad.....	21
2.2.1 La autonomía de la voluntad y libertad procesal de las partes según la forma de funcionamiento del arbitraje.....	23
2.3.1 Límites al momento de establecer reglas de procedimiento	27
CAPÍTULO III	37
3. Los recursos en el arbitraje Colombiano y el recurso de apelación	37
3.1. El recurso de apelación.....	37
3.2. Principio de la doble instancia	38
3.3. Excepciones de la doble instancia.	41

3.4 Diferencia entre el recurso de nulidad del laudo arbitral y el de apelación.....	44
3.5. Diferencia entre el recurso de revisión y el de apelación.....	46
3.6 Posición doctrinal sobre la segunda instancia arbitral	47
CAPÍTULO IV.....	52
4. Pacto arbitral.....	52
4.1. Concepto.....	52
4.2. Modalidades del pacto arbitral.....	53
4.3. Clausula Compromisoria	53
4.4. COMPROMISO	55
4.5. Objeto del pacto arbitral.....	56
CAPÍTULO V.....	57
5. SEGUNDA INSTANCIA ARBITRAL EN ESPAÑA.....	57
5.1 España.....	57
5.2 INSTITUCIONES ARBITRALES ESPAÑOLAS	57
5.3 Recurso de Nulidad en la Segunda Instancia Arbitral Española	62
5.4 Doctrina española sobre la segunda instancia arbitral en España	63
5.5. Características de la segunda instancia arbitral	66
Conclusiones	68
Bibliografía.....	73

CAPÍTULO I

1. Antecedentes históricos del arbitraje en Colombia

1.1 Antecedentes del arbitraje antes de 1991

Históricamente, Colombia en materia arbitral se ha caracterizado por ser uno de los países pioneros; esta institución se ha venido regulando desde el año 1890 con la Ley 105, en sus artículos 307 a 322. Dentro de esta ley se describe el arbitraje, como la posibilidad que tienen las personas capaces de transigir para solucionar sus conflictos con la ayuda de terceros llamados árbitros, para que ellos solucionen las controversias en que la ley permite la transacción (Ley 105 de 1890, art. 307); en ese entonces, para acudir al arbitraje, era necesario cumplir algunas formalidades, como que los interesados otorgaran escritura pública, o un documento privado que no solo debía ser firmado por testigos, sino que también debía ser sellado, según lo plasmado en el artículo 308 en la ley 105 de 1890. A pesar de las exigentes formalidades para materializar esta institución, existía celeridad respecto de la solución de la Litis, ya que según la citada Ley, podía ser solucionada el mismo día en el que la Comisión de Arbitramento oyera a las partes y sus defensores, o a más tardar dentro de los 12 días siguientes, a menos que en el expediente recayeran más de doscientas (200) hojas (Ley 105 de 1890, art 314).

Posteriormente, se expidió la Ley 103 de 1923, la cual reguló la Organización Judicial y el Procedimiento Civil, y además contuvo en sus artículos 1134 a 1150 disposiciones sobre el arbitraje, las cuales guardaron una extrema similitud con lo dispuesto en los artículos 307 a 322 de la Ley 105 de 1890, a tal punto que algunos artículos fueron transcritos, con ligeras modificaciones

gramaticales, de una ley a la otra. Uno de los cambios más relevantes se encontró en el artículo 1144 de la Ley 103 de 1923, el cual estipulaba que la sentencia dictada por la Comisión Arbitral era de obligatorio cumplimiento para las partes, por lo tanto, **no era apelable** y sólo susceptible del recurso de anulación, como se puede observar a continuación:

*“Los arbitradores proferirán la sentencia a continuación de la diligencia de aceptación y la firmarán con dos testigos vecinos del lugar y de buen crédito. Esta sentencia obliga a las partes y a sus sucesores, a contar desde que se firmó la escritura o documento de compromiso, como un contrato consignado por escritura pública; **no es apelable y sólo puede anularse**: 1o., por la nulidad del compromiso considerado como contrato; 2o., por no haberse dictado en consonancia con lo establecido en el compromiso, y 3o. por ser oscura o contradictoria, pero sólo en lo oscuro o contradictorio. Esta última nulidad puede alegarse como excepción. Los arbitradores pueden corregir, aclarar o adicionar las sentencias en la misma forma y en los mismos términos que los Jueces de derecho.”* (Resaltado fuera del texto), (Ley 103, 1923, art. 1144).

Luego, se promulgó la Ley 105 de 1931, la cual reguló las nuevas disposiciones sobre organización judicial, procedimiento civil, y la institución arbitral dentro de sus artículos 1214 a 1229. Esta ley no consagró en su articulado el recurso de anulación frente a la sentencia dictada por el tribunal de arbitramento y tampoco hizo referencia sobre la imposibilidad de impugnar la sentencia dictada por el tribunal, que ya había sido establecida en leyes anteriores.

Al presentarse en la Ley 105 de 1931 un descuido normativo significativo respecto del tema arbitral, se promulgó la Ley 2 de 1938 para complementar lo omitido y adicionalmente darle validez a la cláusula compromisoria (Ley 2, 1938 art 1), como también para facultar a las Cámaras

de Comercio con la posibilidad de designar a los árbitros para constituir el tribunal de arbitramento (Ley 2, 1938 art 4), y visto que se había omitido parte de la normativa que ya había sido consagrada en leyes anteriores, reiteró en sus normas que la sentencia puede ser dictada en derecho o en conciencia (Ley 2, 1938 art 6), y nuevamente incluye que las sentencias arbitrales son inapelables (Ley 2, 1938 art 7).

Después, se expidió el decreto 1400 de 1970, por medio del cual se consagró el Código del Procedimiento Civil y normas referentes al instituto arbitrales. La primera parte concerniente al instituto arbitral, está plasmada en la Sección Quinta del Capítulo XXXIII, en los artículos 663 a 677, dicha normativa ratificó la posibilidad de acceder al arbitraje mediante cláusula compromisoria o compromiso, adicionalmente agrega, como requisito de fondo, que las controversias sometidas a arbitraje deben ser susceptibles de transacción (Decreto 1400, 1970, art. 663). También se puede observar que las sentencias dictadas por los tribunales de arbitramento se denominaron Laudo y que la justicia ordinaria, mediante el tribunal superior del distrito judicial, quedó facultada para decidir sobre el recurso de anulación del laudo arbitral. La segunda parte se encuentra dentro del Libro Quinto del Título XXXVI, desde el artículo 693 al 695, estas disposiciones modernizaron esta institución en el ámbito internacional, al determinar los efectos de los laudos arbitrales proferidos en el extranjero y el procedimiento para hacerlos efectivos en Colombia.

Posterior al decreto 1400 de 1970, se expide el decreto 2019 de 1970, en el cual se reiteró en la procedencia del recurso de anulación (Decreto 2019 de 1970, art. 672), y se estableció un término de 6 meses para el proceso de arbitraje, en caso que las partes omitan pactarlo (Decreto 2019 de 1970, art. 669), además contiene disposiciones normativas sobre otros mecanismos alternativos de solución del conflicto.

Luego se expidió el Decreto 222 de 1983, por el cual se expidieron normas sobre contratos de la nación y sus entidades descentralizadas y se dictaron otras disposiciones, algunas de ellas fueron de carácter arbitral, sobresaliendo entre ellas el establecimiento del arbitramento técnico (Decreto 222 de 1983, art.77), en virtud del cual los árbitros deben ser profesionales en la materia que recae la controversia; también reiteró la posibilidad de acudir al arbitraje por medio de la cláusula compromisoria.

Como es posible observar en la precedente reseña histórica, el arbitraje se encontró dispersamente regulado en distintas leyes y decretos, y como esta situación era similar respecto de los otros métodos alternativos de solución de conflictos, fue necesario realizar una unificación de las normas aplicables al arbitraje nacional e internacional, la amigable composición y la conciliación, a través del Decreto 2279 de 1989, el cual rigió hasta el 12 de octubre del 2012.

1.2 Antecedentes del arbitraje después de 1990

Antes de la promulgación de la Constitución Política de Colombia de 1991, se expidió la Ley 23 de 1991, por medio de la cual se crearon mecanismos para descongestionar los despachos judiciales, y se dictaron otras disposiciones; en su Capítulo Octavo, esta ley plasma disposiciones de carácter arbitral. Al respecto, esta ley fue la primera en modificar el estatuto autónomo arbitral, contenido en el decreto 2279 de 1989, y en clasificar el arbitraje según su forma de funcionamiento, como independiente e institucional (Ley 23 de 1991, art. 90); adicionalmente estipuló la posibilidad de crear Centros de Arbitraje a las asociaciones, fundaciones, agremiaciones, corporaciones y Cámaras de Comercio (Ley 23, 1991, art. 91), si cumplían los requisitos contenidos en la ley.

Dentro del mismo año que se expidió la ley 23 de 1991, se promulgó la Carta Magna, la cual elevó el arbitraje y otros mecanismos alternativos de resolución de conflictos a norma de carácter constitucional, al consagrar en su artículo 116, lo siguiente:

“Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley” (Const., 1991, art. 116).

En concordancia con el artículo mencionado, Esguerra (2013) resalta que la Carta Política de 1991 le dio al arbitraje el simbólico pero muy elocuente espaldarazo de elevar su reconocimiento a rango constitucional. Además, como quiera que lo hizo precisamente en el artículo que de modo taxativo establece quienes administran justicia en Colombia, dejó claro de una vez por todas que los particulares que cumplen la tarea de ser árbitros ejercen con toda propiedad, y con todas las letras, **una función jurisdiccional** – si bien apenas transitoriamente-. Se trata, así pues, de una forma de administrar justicia en el sentido pleno de la expresión. (Esguerra Portocarrero, 2013, pág. PRÓLOGO XXXi).

Siendo el arbitraje una institución de carácter constitucional, se expide el decreto 2651 de 1991, el cual es incluyente frente al mandato constitucional, al disponer dentro de su normativa, que el árbitro es administrador de justicia de carácter transitorio; también complementó el procedimiento arbitral que reposaba en Ley 23 de 1991. Este decreto especial de carácter transitorio se origina en la necesidad de descongestionar los despachos judiciales, sin embargo, la mayoría de disposiciones de carácter arbitral dentro de esta ley, fueron adoptadas como legislación permanente por el

artículo 162 de la Ley 446 de 1998, que también introdujo algunas modificaciones al procedimiento civil.

Luego, con la expedición de la Ley 80 de 1993, se permitió que las entidades estatales pudieran acudir al arbitraje en derecho, como alternativa para la solución de conflictos derivados de la celebración de contratos estatales y de su ejecución, desarrollo, determinación o liquidación (Ley 80,1993, art 70). A pesar que la Constitución de 1991 no establece expresamente el instituto arbitral técnico, la Ley 80 de 1993 lo vuelve a traer a colación en su Art 74 y adicionalmente posibilita a las entidades estatales para acudir a un tribunal arbitral internacional cuando la otra parte no sea nacional (Inciso 4° del Art 70, ley 80 de 1993).

Seguidamente se expide la Ley 222 de 1995, que faculta a la Superintendencia de Sociedades para organizar un centro de arbitraje con el fin de dar solución a las controversias que surjan entre los socios y la sociedad con ocasión del contrato social o el desarrollo de éste (Ley 222, 1995, art.30).

En el año 1996 se expidió la ley 270, Ley Estatutaria de la administración de justicia, la cual introdujo en su artículo 13, perteneciente al título II del capítulo II “DEL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL POR LAS AUTORIDADES”, la facultad expresa que tienen las partes no estatales de reglar el procedimiento a seguir dentro del arbitraje (Ley 270, 1996, art. 13, Núm. 3 modificada por Ley 1285, 2009, art.6). Este instituto procesal en Colombia tuvo origen en el artículo 13 de la ley 270 de 1996, al señalar que, “Tratándose de arbitraje, las leyes especiales de cada materia establecerán las reglas del proceso, ***sin perjuicio de que los particulares puedan acordarlas***”

En lo que respecta a la Ley 270 de 1996, La Corte Constitucional realizó una revisión sobre la exequibilidad de ley mencionada a través de la sentencia C 037 de 1996, sobre la cual se declaró

la exequibilidad total de la ley, y frente al numeral 3 del artículo 13 de la ley 270 de 1996, la Corte manifestó: “(Corte Constitucional, Sala Plena, C 037, 1996) (MP Vladimir Naranjo), 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.” (Corte Constitucional, sala plena, C713, 2008) [MP CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ].

Posteriormente, se expidió el decreto 1818 de 1998, con el cual se compilaron las normas aplicables al arbitraje y los otros mecanismos alternativos de solución de conflicto, unificando por segunda vez toda la normatividad vigente sobre estas figuras. Este decreto estableció el trámite pre-arbitral, del cual, la Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad de las normas que le otorgaban funciones jurisdiccionales a los directores de los Centros de arbitraje, declaró en la sentencia C-1038 de 2002, lo siguiente:

(Corte Constitucional, sala plena, C1038, 2002) [Eduardo Montealegre Lynett] citado por (López Blanco, 2013, pág. 25), menciona que “La Corte Constitucional rompió el esquema que orientó el estatuto anterior, al declarar la inexecutable de las normas que otorgaban funciones jurisdiccionales a los directores de los Centros de Arbitraje, en quienes se delegaba toda la etapa de la *litis contestatio*, es decir la admisión y notificación de la demanda, traslados para solicitar pruebas adicionales, admisión y trámite de la demanda de reconvencción si la hubo, a la que se denominó etapa pre-arbitral, circunstancia que generó numerosos y explicables problemas interpretativos, ante la necesidad de llenar por vía pretoriana los vacíos surgidos, con las consiguientes discusiones acerca de cuál debería ser la vía adecuada, se

declaró la inexecutable y se aclaró que, por ser consecuencia directa del fallo, la etapa pre-arbitral pasaba a ser conocida por los árbitros.

Más tarde, se expidió la ley 315 de 2009, por la cual se reguló el arbitraje internacional.

Por otra parte, con la expedición de la Ley 1285 de 2009, se dio prioridad expresa, dentro del procedimiento arbitral, a las reglas que hayan estipulado las partes del litigio con anterioridad al mismo, La Corte Constitucional también realizó un estudio sobre la constitucionalidad de esta ley a través de la sentencia C 713 de 2008, y concluyó la executable no solo en lo que respecta a la figura arbitral, sino también respecto al *fixar autónomamente las reglas de procedimiento*, consagrada en el artículo 6 de la Ley 1285 de 2009, al afirmar:

“para armonizar la naturaleza voluntaria del arbitraje con sus implicaciones como institución de orden procesal, cuando las partes – particulares – deciden fijar autónomamente las reglas de procedimiento (arbitraje institucional o independiente), es necesario condicionar la executable de la norma en el entendido de que las partes también deben respetar lo dispuesto por las leyes especiales que regulen los procedimientos arbitrales” (Corte Constitucional, sala plena, C713, 2008) [MP CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ].

Además aclaró que “el legislador no puede adoptar una regulación procesal que haga inoperante el principio de voluntariedad (en especial para los arbitraje independiente e institucional), pero si tiene el deber de exigir la observancia de las garantías mínimas del debido proceso” (Corte Constitucional, sala plena, C713, 2008) [MP CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ].

Finalmente, se expidió la ley 1563 del 2012, conocida como el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional o “Ley Hinestrosa”, desarrollada gracias al Decreto 3992 del 27 de octubre del

2010, por el cual se creó la Comisión de Expertos Redactores del Proyecto de Ley sobre Arbitraje Nacional e Internacional.

1.3. El Arbitraje Nacional Colombiano dentro de la “Ley Hinestrosa”

1.3.1. Concepto

A fin de definir el arbitraje, el artículo 1 de la Ley 1563 del 2012 manifiesta:

El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice” (Ley 1563, 2012, art.1).

Esta definición es completamente moderna en el ámbito nacional, ya que como lo señala la Exposición de Motivos de la Ley Hinestrosa (Gaceta del Congreso 542, Pág. 19) “amplió los asuntos que se pueden adelantar mediante arbitraje (...) debido a que “ no será necesariamente que la materia sobre la que verse sea transigible, sino que el legislador podría indicar otros asuntos”. Adicionalmente, se clasificaron las modalidades del arbitraje, las cuales son en derecho, equidad y técnico. Es del caso resaltar, que en los tribunales de arbitramento en los que intervenga una entidad estatal o quien desempeñe funciones administrativas (si la controversia surge en ocasión a sus funciones), el laudo arbitral deberá siempre ser dictado en Derecho.

1.3.2 Novedades

El Doctor López Blanco señala cuatro novedades importantes para el arbitraje en la Ley Hinestrosa, a saber:

1. “Se define legalmente el término de duración máxima de un proceso arbitral, así como un límite en relación con las suspensiones a las cuales se pueden acudir dentro de estos. Lo anterior,

con el fin de cumplir con uno de los objetivos y razones de ser de la institución arbitral como es la celeridad y agilidad en el desarrollo de sus procedimientos” (López Blanco, 2013, pág. 35)

2. Se limita el número de procesos arbitrales que pueden ser atendido simultáneamente por árbitros y secretarios, en aquellos asuntos en los que sea parte el Estado o alguna entidad pública (López Blanco, 2013, pág. 36)

3. Se establece las causales del recurso de anulación para los laudos arbitrales proferidos por tribunales de arbitramento nacional e internacional. (López Blanco, 2013, pág. 44)

4. Para los laudos proferidos por tribunales nacionales se establece la procedencia del recurso de revisión. (López Blanco, 2013, pág. 44)

1.3.3. Procedimiento Arbitral

Esta ley establece que las partes quedan facultadas para reglamentar el procedimiento a seguir siempre que se respete la supremacía constitucional y los principios contenidos en ella (Ley 1563, 2012, art. 58), esencialmente el debido proceso, el derecho de defensa y la igualdad de las partes; igualmente, los centros de arbitraje pueden reglar el procedimiento arbitral (Ley 1563, 2012, art. 58, Núm. 7). En el caso de que ni las partes ni el centro de arbitraje hayan establecido el procedimiento arbitral, se aplicara el procedimiento establecido para cada caso en la presente ley.

A pesar de que la facultad de reglar el procedimiento arbitral en Colombia tiene origen en el año 1996, siguen existiendo opositores que afirman que no se puede pactar en contrario de las normas procesales o como lo señala (Mayorca Escobar, 2013, pág. 9) “para algunos la posibilidad que tienen las partes de establecer sus reglas de procedimiento (...) produce escozor”; no obstante, la Corte Constitucional en las sentencias ya mencionadas (C 037 de 1996 y C 713 de 2008), declaró la exequibilidad de la normativa que contenía lo referente a este instituto arbitral, es decir, la Ley

270 de 1996 y la Ley 1285 de 2009. Aunque la actual Ley Arbitral no tuvo una revisión constitucional, se puede asumir por los reiterados pronunciamientos de la Corte Constitucional, que este instituto arbitral (reglar el procedimiento arbitral) se encuentra dentro del marco Constitucional.

CAPÍTULO II

2. La autonomía de la voluntad y la libertad procesal de las partes en el funcionamiento del arbitraje

2.1.1 El principio de la autonomía de la voluntad

Para iniciar es necesario precisar el concepto del principio de la autonomía de la voluntad en un sentido general. Me apoyo en la definición jurisprudencial otorgada por la Corte Constitucional, la cual señala que:

Es el reconocimiento más o menos amplio de la eficacia jurídica de ciertos actos o manifestaciones de voluntad de los particulares. En otras palabras: consiste en la delegación que el legislador hace en los particulares de la atribución o poder que tiene de regular las relaciones sociales, delegación que estos ejercen mediante el otorgamiento de actos o negocios jurídicos. (Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión, T-338, 1993) [MP Alejandro Martínez Caballero]

En este sentido, “la justicia arbitral se ha edificado en el principio de voluntariedad, lo que se traduce en que son las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, las llamadas a activar este mecanismo alternativo de solución de conflicto” Según Preciado Arbeláez (2013, pág. 75).

En concordancia de lo anterior, la Corte Constitucional (C242, 1997) [MP Hernando Herrera Vergara], citada por Preciado (2013) especifica que:

La voluntad de las partes se manifiesta en diferentes aspectos del sistema arbitral: por medio de su acuerdo, deciden libremente que no acudirán a la justicia del Estado para resolver sus diferendos, establecen cuáles controversias someterán al arbitraje,

determinan las características del tribunal, designan los árbitros e incluso **fijan el procedimiento arbitral** a seguir, dentro del marco general trazado por la ley.

La posición de la Corte Constitucional respecto a la fijación del procedimiento arbitral concuerda con Fernando Mantilla (1997), al señalar que las partes en función de la autonomía de la voluntad están posibilitados a desistir del procedimiento procesal preestablecido por la ley, es decir, las partes están facultadas para regular el procedimiento a seguir.

2.1.2. Fundamento normativo del principio de la autonomía de la voluntad de las partes frente al arbitraje

La autonomía de la voluntad inicialmente tuvo un desarrollo jurisprudencial en temas arbitrales, no obstante, con la promulgación de la Constitución Política de Colombia de 1991 no solo se elevó a rango constitucional al arbitraje, sino también al principio de la autonomía de la voluntad propio del arbitramento, mediante el artículo 116 de la Carta Política. En este sentido Fernando Mantilla (1997), al citar a la Corte Constitucional (C592, 1992) [MP Fabio Morón Díaz] afirma que:

Citando el inciso del artículo 116 arriba mencionado, reconoció el carácter contractual – la Corte lo denomina << principio de la voluntariedad >> - del arbitramento a título de principio constitucional, en los siguientes términos: Se mantiene invariable el principio constitucional consagrado en el inciso 4° del artículo 116, según el cual, hace parte del debido proceso de los procesos de conciliación y arbitramento, el principio de la voluntariedad de las partes en su funcionamiento y en la decisión final tratándose del primero de los mismos, en los términos que determine la ley.

Adicionalmente de encontrarse configurado este principio en la Constitución, también se encuentra en el Artículo 1602 del Código Civil Colombiano, que establece: “*todo contrato*

legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”, ya que como (Silva Romero, 2008, pág. 77) manifiesta: “el pacto arbitral, al ser autónomo es, en consecuencia, un contrato”; La Corte Constitucional ratifica la teoría del tratadista Eduardo Silva Romero, al señalar que “El reconocimiento más claro de la autonomía de la voluntad, al menos en su manifestación como libertad contractual, aparece en el artículo 1602 del Código Civil”. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-186, 2011) [MP Humberto Antonio Sierra Porto]

Igualmente este principio se encuentra desarrollado dentro de la ley 1563 del 2012; como ejemplo, se puede observar que las partes quedan facultadas para reglamentar el procedimiento a seguir mediante el pacto arbitral, siempre que, se respete la supremacía constitucional y los principios contenidos en ella (Ley 1563, 2012, art. 58). Es de reiterar que esta facultad de “AUTORREGULACION PROCESAL” que tienen las partes basadas en el principio de autonomía de la voluntad, ya había sido establecida en la ley arbitral de Colombia, a través de la ley estatutaria de justicia, en el artículo 13 de la ley 270 de 1996 reformada por la ley 1285 de 2009.

2.1.3 Límites de la autonomía de la voluntad

En razón de que el principio de la autonomía de la voluntad no es absoluto, se debe tener en cuenta los límites de este principio, los cuales han sido determinados en la jurisprudencia colombiana.

Para dilucidar los límites que tiene este principio, se ejemplificará en el siguiente caso una trasgresión a la autonomía de la voluntad; en este caso, un empleador acordó a través del pacto colectivo una cláusula compromisoria en la cual acordó que el trabajador que incurriera en una falta penal en el desarrollo de sus funciones laborales, renunciaría a la justicia ordinaria para ser investigado por la justicia arbitral; de acuerdo al ejemplo mencionado, podemos establecer que: 1.

El pacto arbitral es nulo toda vez que carece de objeto ilícito, 2. Y trasgrede los límites de la autonomía de la voluntad, al disponer sobre conflictos relativos a derechos de los cuales la ley prohíbe disponer a sus titulares.

Respecto de los límites del principio de la autonomía, la Corte Constitucional señala:

Los límites de dicho principio, como es el caso de las materias que comprometen **el orden público**, son también límites materiales para la competencia de los árbitros. Entre las materias que comprometen **el orden público**, este tribunal ha destacado, a modo de ejemplo: (i) los temas relacionados con el estado civil de las personas; (ii) las obligaciones amparadas por leyes en cuya observancia estén interesados el orden y las buenas costumbres; (iii) las cuestiones relacionadas con los derechos de los incapaces; (iv) los conflictos relativos a derechos de los cuales la ley prohíbe disponer a sus titulares; y (v) el conjunto de derechos mínimos de los trabajadores. (negrilla fuera de texto original) (Corte Constitucional, Sala Plena, C-572^a,14) [MP Mauricio González Cuervo]

Adicionalmente del orden público como límite del principio desarrollado en este capítulo, también está supeditado a “no infringir prohibiciones legales o buenas costumbres”, afirma Pedro Bonivento Correa, 2000). Dicho autor, cita a María Victoria Bambach para definir las buenas costumbres como “las reglas morales reconocidas por la comunidad jurídica. Es un límite inmanente a la libertad contractual, que resulta de la injerencia de la moral objetiva en el derecho”.

Teniendo en cuenta los límites mencionados y que el pacto arbitral es un contrato autónomo, Bonivento Correa (2000, pág. 230) resalta:

Es claro como el legislador desde el momento mismo de la celebración del contrato (en este caso el pacto arbitral) quiere intervenir, advirtiendo que el no cumplimiento

de la ley en la celebración de contratos, en su esencia misma o contrariando el orden público y las buenas costumbres, no produciría efecto alguno, desde su formación misma.

2.2.1 La autonomía de la voluntad y libertad procesal de las partes según la forma de funcionamiento del arbitraje

De acuerdo a la “Ley Hinestrosa” la forma de funcionamiento del arbitraje, puede ser ad hoc o institucional. El arbitraje independiente no fue contemplado expresamente en la ley, como sí lo son el arbitraje ad hoc o institucional, toda vez que estos dos últimos están consagrados expresamente en el artículo 2 de la ley 1563 de 2012. En razón de lo anterior, la autonomía de las partes tiene una influencia determinante frente al procedimiento arbitral, como se podrá observar a continuación:

A. El Arbitraje Institucional

Según el **arbitraje institucional**, las partes voluntariamente acuden a un centro arbitral a través del pacto, lo que implica, el sometimiento a las reglas de procedimiento establecidas por el centro, o en su defecto, su procedimiento se regulara por las normas vigentes preestablecidas para cada proceso (institucional – legal). Según el tratadista Jorge Hernán Gil Echeverry (2004), “para calificar el arbitraje como institucional se debe esencialmente el sometimiento por las partes a las reglas de los centros respectivos, implicando la tramitación y administración del proceso en el mencionado centro, con el fin de aplicar sus reglas”. Por lo tanto, Gil Echeverry (2013) señala:

No obstante la claridad de la ley, muchos árbitros y abogados consideran que hay arbitraje institucional cuando los árbitros son designados por las partes. Nada más ajeno a la realidad local. Habrá arbitraje institucional siempre que las partes – en el

pacto arbitral dispongan la actualización de reglas de procedimiento de una institución. Este es el alcance señalado en el reglamento al disponerse que siempre que conforme al pacto arbitral el trámite haya de presentarse y darle curso en el centro de la Cámara de comercio de Bogotá, el arbitraje estará sujeto a sus reglas de procedimiento.

Esta precisión no es de poca monta. Como resulta claro a la luz de la ley, ese es el trámite arbitral que ha de dársele al caso. De no hacerlo, se podrá derivar en una irregularidad que bien tiene cabida dentro de las causales de anulación del laudo. Así pues, sin importar cuál es la redacción del pacto, lo relevante es la sujeción al reglamento de procedimiento – reglas, reglamentos, regulaciones, suele decirse – y no la designación de los árbitros lo determinante. (Gil Echeverry, 2013, págs. 54-55)

Frente a la posibilidad de convenir un arbitraje institucional o bajo las reglas y procedimientos dictados por una institución arbitral, señala Gil (2013):

La Corte Constitucional lo ha avalado, indirectamente, y en los siguientes términos: <<(…) y es que las partes pueden habilitar al centro también en forma indirecta, al aceptar el reglamento, pues, **dentro de ciertos límites, los particulares pueden acordar las reglas del proceso arbitral** (...)

Pues bien, las partes pueden delegar en un tercero la designación de los árbitros... y es que las partes pueden habilitar al centro también en forma indirecta, al aceptar el reglamento (...) (C-1038 de 2002).>>

“... tendiente a someter el contrato o convenio suscrito entre ellas, a la resolución de un tribunal de arbitramento y bajo un procedimiento y condiciones señalado en el contrato...”. (C-662 de 2004) (Gil Echeverry, 2013, págs. 85-86)

B. El arbitraje independiente

Según Gil (2013), “En el arbitraje ~~ad-hoc~~ independiente las partes determinan, **en virtud de su autonomía privada**, los árbitros, **el procedimiento arbitral**, el lugar de arbitraje, el idioma, la ley aplicable y lo relativo a honorarios y gasto de arbitraje”¹ (Gil Echeverry, 2013, pág. 50). A pesar de que el arbitraje independiente no está establecido expresamente en las clases de arbitraje consagradas en el artículo 2 de la ley 1563 de 2012, la ley hace referencia a este instituto mediante el artículo 58. Este instituto jurídico tiene su fundamento en el principio de la autonomía de la voluntad, toda vez que, las partes tienen la facultad de acordar las reglas de procedimiento a seguir. No obstante, **“donde las partes no acordaron un procedimiento especial que las regule, le corresponde al legislador fijar las normas”**. (Gil Echeverry, 2013, pág. 86)

El tratadista mencionado (Gil Echeverry, 2013, pág. 86), señala que este instituto “surge o se origina del pacto previo establecido ante las partes, tendiente a someter al contrato o convenio suscrito entre ellos, a la resolución de un tribunal de arbitramento, bajo un procedimiento y condiciones señalado en el contrato (...)(C-662 de julio 8 de 2004).>>” (Gil Echeverry, 2013, pág. 86)

¹ *En el texto original, no es tachada la palabra ad-hoc, sin embargo es tachada porque el tratadista está haciendo referencia al arbitraje independiente, como se puede observar en el artículo 58 de la ley 1563*

Es de resaltar que a pesar que las partes puede reglar el procedimiento, este “*debe fundarse en el respeto estricto de derechos fundamentales como el debido proceso y la igualdad entre todas las personas*” (C-330 de 2000).>> (Gil Echeverry, 2013, pág. 87)

Este instituto jurídico fue avalado Constitucionalmente a través de la sentencia C 713 de 2008, como se puede observar a continuación:

El tratadista Gil Echeverry (2013) señala que la Corte Constitucional en la sentencia ya mencionada, C-713 de 2008 (Corte Constitucional, sala plena, C713, 2008) [MP CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ], aceptó la constitucionalidad del arbitraje independiente a condición de que se respetaran, igualmente, las leyes “especiales” sobre la materia; pero no quedo claro que debía entenderse por leyes especiales. Por el contrario, a la luz del nuevo estatuto, se habrá de considerar que allí se consagra la ley general sobre arbitraje nacional e internacional y por lo tanto, se tendrá por especial, no una ley que modifique total o parcialmente dicho estatuto, sino la ley posterior que regule parcialmente el asunto, en forma especial y diferente al régimen general consignado en la ley 1563. (Gil Echeverry, 2013, pág. 65)

Para concluir, es de resaltar que “*esta libertad de formas o de procedimiento acogida expresamente por el legislador coloca a Colombia a tono con la generalizada regla de la informalidad del arbitraje moderno internacional, tal como lo prevén la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.*” (Gil Echeverry, 2013, págs. 65-66)

C. El arbitraje Ad-hoc

El arbitraje Ad-hoc, fue consagrado expresamente en el artículo 2 de la ley 1563 del 2012, al señalar: “*El arbitraje será ad hoc, si es conducido directamente por los árbitros*”, y adicionalmente fue regulado en los artículos 53, 54, 55, 56 y 57 de la ley 1563.

Señala Gil Echeverry (2013) : “ Hay otra modalidad de arbitraje independiente y que consiste, por ejemplo, en que los árbitros deban aplicar las reglas señaladas en la cláusula compromisoria y en subsidio, o para llenar los vacíos, se acudirá a lo consignado en el Reglamento de determinado centro de Arbitraje, sin que tal previsión convierta al arbitraje en institucional. Igualmente, podrán señalar previamente las reglas de procedimiento y, en lo no previsto, remitir a la ley 1563, sin que en estos eventos pueda hablarse de arbitraje legal puro ni de arbitraje independiente puro.”² (Gil Echeverry, 2013, pág. 71)

2.3.1 Límites al momento de establecer reglas de procedimiento

Como se ha manifestado anteriormente, las partes en concordancia con el principio de la autonomía de la voluntad pueden establecer un arbitraje independiente, institucional o Ad-hoc. Sin embargo, al ser un arbitraje independiente, pueden establecer unas reglas de procedimiento, o en su defecto, acogerse a las reglas de procedimiento ya establecidas por un centro de arbitraje, en un arbitraje institucional (o las ya establecidas por la ley). No obstante, al momento de establecer las reglas de procedimiento, tanto el centro de arbitraje como las partes están limitadas en su derecho, en este mismo sentido, Jorge Gil (2013) manifiesta: “Si bien la libertad contractual para establecer

² *El tratadista Gil Echeverry (2013)* señala como arbitraje independiente lo que mediante la ley arbitral es considerado como arbitraje Ad-hoc.

reglas de procedimiento, no es absoluto; si bien los contratantes del pacto arbitral pueden hacer abstracción de la ley, no pueden desconocerse los principios constitucionales fundamentales.”

“Frente al límite de las partes al fijar el procedimiento, el doctor Bernal G. Rafael, afirmó que: algún sector de la doctrina ha querido limitar, en exceso, el alcance normativo, al entender que la libertad para diseñar reglas de procedimiento se refiera exclusivamente a una función alternativa: escoger las reglas de procedimiento del decreto 2279 de 1989, las reglas de procedimiento previstas en el código de procedimiento civil por alguno de sus procedimientos (ejemplo, verbal sumario), las reglas procesales del Código Contencioso Administrativo o del Código Procesal del Trabajo. En verdad, el alcance normativo es amplio: las partes en forma autónoma, es decir, **sin sujeción a lo que ya está regulado o dicho por las leyes procesales colombianas, puede establecer sus propias reglas de juego, a condición de que no se burle el principio constitucional del debido proceso.**

Sí se revisan con detenimiento los antecedentes de la ley 446, fácilmente se llega a la conclusión de que al establecerse en forma clara la diferencia entre arbitraje independiente, institucional y legal, se buscó colocar a Colombia a tono con el régimen imperante en derecho comparado, como acertadamente lo manifestó el doctor Rafael Bernal G. con referencia al artículo 13 de la ley 270 de 1996.”. (Bernal G. Rafael, El arbitraje, la alternativa actual, colección MASC, Cámara de Comercio de Bogotá, P.34). (Gil Echeverry, 2013, pág. 85)(negrilla fuera de texto original)

A pesar de que el texto citado hace referencia a la ley 270 de 1997, se puede traer a colación, toda vez, la facultad de fijar las reglas de procedimiento se encuentra vigente en la actual ley

de arbitraje, tal como lo consagrado expresamente en la ley 1563 de 2012, en cuyo artículo 58° se dispuso lo siguiente:

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.

En este mismo sentido resalta Gil (2013) <<Que las normas consignadas en la ley 1563 de 2012 son meramente supletivas y operan cuando se guarde silencio sobre el asunto, lo reitera el artículo 58 al expresar que “en el evento en que las partes no establecieran reglas o el centro seleccionado para adelantar el trámite no tuviere reglamento de procedimiento debidamente aprobado, se aplican las reglas establecidas para cada caso presente en la ley. De igual manera se reconfirma con lo expresado en el artículo 37 de la misma ley en los siguientes términos:

“Parágrafo 2°. En ningún caso las partes o los reglamentos de los centros de arbitraje podrán prohibir la intervención de otras partes o de terceros”

No tiene mayor sentido que en el artículo 58 se otorgue mayor libertad a las partes para establecer su propio reglamento y que el legislador se detenga a especificar en

qué eventos no se puede hacer uso de tal libertad, si debe entenderse que todas formas las normas de la ley 1563 son de orden público y de obligatorio acatamiento.

No obstante lo anterior, el Doctor Carlos Mayorca Escobar afirma que:

Si bien de manera tajante algunos defienden todavía que no se puede pactar en contrario de las normas procesales por tratarse de normas imperativas de orden público, vale la pena tener en cuenta que la respuesta a dicha posición se encuentra en el mismo estatuto procesal, al otorgarle el carácter de orden público a las normas de procedimiento y al mismo tiempo reconocer la posibilidad de pactar en contrario, siempre y cuando las leyes lo autoricen, lo cual sin necesidad de un mayor análisis aparecer en el artículo 6° del código de procedimiento civil y actualmente en el artículo 13 del código general del proceso, el cual expresa:

Art. 13 - Las normas procesales son de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y en ningún caso podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, **salvo autorización expresa de la ley.**

Las estipulaciones de las partes que establezcan el agotamiento de requisitos de procedibilidad para acceder a cualquier operador de justicia no son de obligatoria observancia. El acceso a la justicia sin haberse agotado dichos requisitos convencionales, no constituirá incumplimiento del negocio jurídico en donde ellas se hubiesen establecido, ni impedirá al operador de justicia tramitar la correspondiente demanda.

Las estipulaciones de las partes que contradigan lo dispuesto en este artículo se tendrán por no escritas.

(...) es por esto importante recordar que el arbitraje es una institución jurídica que tiene su fundamento en la autonomía de la voluntad, toda vez que son las partes, a través de la facultad que les reconocen la Constitución y la ley, las que habilitan a sustraer del conocimiento de la Jurisdicción permanente del estado la solución de sus conflictos, y son ellas mismas, en ejercicio de su voluntad, quienes tendrán la opción de escoger el procedimiento que mejor les parezca y más se acomode a sus necesidades, ya sea aquel que directamente se den o aquel que tenga establecido un centro de arbitraje, e incluso si a bien tienen pueden escoger el procedimiento plasmado en la ley (Mayorca Escobar, 2013, págs. 8-9)

Para concluir, es necesario esclarecer, como lo afirma Mayorca (2013), que esta facultad procesal otorgada al arbitraje se origina en el fundamento jurídico de este instituto, es decir, la autonomía de la voluntad, por la cual, las partes están autorizadas a través de la constitución y la ley no solo para acudir a un mecanismo alternativo para solucionar sus controversias, sino también para escoger el procedimiento que mejor consideren y se acomode a sus necesidades, pudiendo establecer el procedimiento o acudir a un centro de arbitraje que tenga uno establecido, e incluso pueden escoger el procedimiento que ha sido establecido en la ley, siempre y cuando se respete la normatividad constitucional y legal, es decir, los lineamientos que se pretendan fijar no sean contrarios a la supremacía constitucional, el orden público y la buena costumbre, como tampoco contrarios los principios que integran el debido proceso, el derecho de defensa y la igualdad de las partes, ya que de serlo, el contrato arbitral sería nulo, o en su defecto, lo fijado se tenga por no escrito.

2.3.1.1 Libertad Procesal

El principio de la autonomía de la voluntad, el cual es la base del arbitraje, es también el que permite que las partes puedan autónomamente establecer las reglas de procedimiento a seguir dentro del arbitraje, por tal motivo, Gil (2013) señala: “la libertad procesal implica que las partes, autónomamente, puedan disponer sobre:

1. La forma de integración y nombramiento de árbitros, y el procedimiento para resolver impedimentos y recusaciones.
2. 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, pruebas, el nombre y dirección de las partes.
3. 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.
4. La posibilidad de que el laudo no sea motivado
5. 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 practica internacional mediante la cual se le asignan las funciones de recepción y prácticas de pruebas a uno solo de los árbitros, o aquella otra mediante la cual el presidente del tribunal es el único facultado para resolver las peticiones y los recursos que se formulen durante el proceso, actuando como cuerpo colegiado, únicamente para proferir el laudo.
6. La no publicación del laudo, sin autorización de ambas partes

7. 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 (véase artículo 36 del Reglamento de Conciliación y Arbitraje del Colegio Público de Abogados de Buenos Aires)
8. 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 y Código General del Proceso, como lo tiene establecido el reglamento de la American Association Arbitration, AAA.
9. Establecer plena libertad en cuanto a las medidas cautelares que pueden tomarse y la forma de practicarlas. Incluso se puede estipular que las partes renuncian a la petición de medidas cautelares
10. 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.
11. **La procedencia o improcedencia de recursos contra el laudo arbitral o la ampliación o restricción de los mismos o de sus causales.”** (Gil Echeverry, 2013, págs. 65-66)(Negrilla fuera de texto original)

Es de resaltar que el tratadista al señalar lo que implica la libertad procesal de las partes en el arbitraje no hace referencia a la ley Colombiana, sino a leyes internacionales y/o nacionales de otros países, no obstante, sirve para ejemplificar que las partes pueden pactar la procedencia o improcedencia de recursos contra el laudo en concordancia con la libertad procesal, como la segunda instancia arbitral. Por ejemplo, en España, algunas instituciones arbitrales (Corte

Arbitral Española y Tribunal Arbitral de Valencia), establecieron en su reglamento el procedimiento a seguir sí las partes desean impugnar el laudo arbitral, a pesar que la ley arbitral española no establece la segunda instancia arbitral. Sobre la libertad procesal el Tratadista Gil (2013) afirma:

Dentro del ámbito nacional de otros países, **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 recuso reexamine y modifique las cuestiones sustantivas o de fondo. (Validas tales renunciaciones en Suecia, Bélgica, Suiza, Túnez, Panamá respecto al arbitraje internacional y últimamente en Francia, según el decreto 2011-48 del 2011. La corte suprema de argentina también ha considerado valida la renuncia a recursos, inserta en un pacto arbitral (Corte Suprema de Justicia, sentencia de agosto 24 de 2006, caso Cacchione). (Gil Echeverry, 2013, págs. 66-67)

Lo anterior es contrario al arbitraje colombiano. En el cual ha habido posiciones contradictorias, como por ejemplo en la Sentencia del Consejo de Estado (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de agosto 22 de 2002, exp.22,193) citada por Gil Echeverry (2013), en la cual, las partes

pactaron dentro de la cláusula compromisoria, que se someterán al recurso de anulación. Sobre esto, la corporación señaló:

La estipulación pactada era innecesaria, como quiera que **<las normas procesales son de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento>**(art. 6 c. de p.c) y si lo que querían destacar era que no se renunciaba al recurso, una estipulación en ese sentido habría de tomar por no escrita, en los términos de la disposición citada. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de agosto 22 de 2002, exp.22,193) (Gil Echeverry, 2013, pág. 68)

Sin embargo, en un caso citado por Gil (2013), en que las partes renunciaron de forma anticipada sobre cualquier recurso contra el laudo, decidió el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, en Sentencia de marzo 10 de 2012, lo siguiente:

Negar el trámite de un recurso de anulación contra un laudo proferido en Bogotá, pero referente a un contrato internacional tramitado bajo las reglas del centro internacional para la Resolución de Disputas – ICDR, donde se contempla que el laudo será definitivo y obligatorio para las partes. Al considerar:

<<” total acato a las clausulas 14:6 y 16 del contrato celebrado entre las partes, que debe observarse también, como quiera que la Convención de New York de 1958, en su artículo II, se encuentra tal dirección.

A más de ello, el laudo arbitral que fue adoptado por el CIRD, exige un total respeto por las autoridades de Colombia, a voces del artículo 10 ibídem.

Del mismo modo, la Convención de Panamá del año 1975, ante el acuerdo de las partes en convertir en inimpugnabile de la decisión final del lado arbitral, por

sujeción al reglamento del CIRD en lo formal, como en este evento fue pactado según lo arriba identificado, obliga a su respeto por parte de este Tribunal Superior. Luego ante estas normas adjetivas de estricto orden público (art. 6, Código Procedimiento Civil) y en acato al debido proceso (art.29, C.N.), es del caso entrar a considerar una razón más para declarar inadmisibile el recurso aquí presentado, máxime cuando el art. 38 numeral 2° de la obra procesal civil, dispone “rechazar cualquier solicitud que sea notoriamente improcedente”.>> (Gil Echeverry, 2013, pág. 67)

Para concluir, es de resaltar que a la fecha ninguna entidad judicial colombiana ha fallado de forma negativa o positiva a favor de un pacto arbitral en el que se establezca la segunda instancia arbitral.

CAPÍTULO III

3. Los recursos en el arbitraje Colombiano y el recurso de apelación

3.1. El recurso de apelación

A fin de definir el recurso de apelación, el tratadista Edgar Guillermo (2015) cita a la doctora María Cecilia Mesa Calle, para señalar:

El recurso de apelación está ubicado dentro de la categoría de recurso ordinario y se concibe como un recurso vertical, pues tiene por objeto que el superior funcional, conocido comúnmente con la denominación latina *ad quem*, estudie la cuestión decidida por el juez de primera instancia, o a quo, bien para modificarla, revocarla o reformarla. La fuente del recurso de apelación es constitucional de acuerdo con la doble instancia prevista para el proceso jurisdiccional en el artículo 31 de la Carta, que reza: “toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley”. (Escobar Vélez, 2015, pág. 61)

(...)

Es decir, “el derecho a tener una segunda instancia es de rango constitucional, de manera que el legislador, al regular el tema, debe atender dicho precepto; sin embargo, este derecho no es de carácter absoluto, como podría pensarse. La misma constitución faculta al legislador para establecer de manera excepcional los casos en que se restringe la posibilidad de apelar las decisiones judiciales, lo cual no contraviene el derecho a impugnar, consagrado en los tratados internacionales sobre derechos humanos. (Escobar Vélez, 2015, pág. 62)

Acorde a lo mencionado, es inequívoco concluir que el legislador es el único que está facultado constitucionalmente para restringir el recurso de la apelación de una sentencia judicial o inclusive

de un laudo arbitral, puesto que, la Corte Constitucional en la sentencia C-738 del 2008 señaló que un laudo arbitral “*se equipara³ a una sentencia judicial*”, considerando que:

“pone fin al proceso y desata de manera definitiva la cuestión examinada. Adicionalmente, los árbitros son investidos de manera transitoria de la función pública de administrar justicia, la cual, ha sido calificada legalmente como un servicio público, motivo por el cual, no cabe duda que en sus actuaciones y en las decisiones que adopten los tribunales arbitrales están vinculados por los derechos fundamentales, por lo que resulta procedente la acción de tutela cuando estos sean vulnerados o amenazados con ocasión de un proceso arbitral.”

3.2. Principio de la doble instancia

Es de resaltar, como también lo manifiesta la doctora Amparo A. Oviedo, que:

El sistema de las dos instancias, como mínimo, nació de la necesidad de garantizar la mayor imparcialidad por parte de los jueces.

Es sabido que en las decisiones judiciales es inevitable el error; la influencia de las pasiones, los criterios políticos, sociales y demás de la personalidad del juez. La doble instancia asegura la posibilidad de corregir el error o la indebida aplicación de la ley. (Escobar Vélez, 2015, pág. 62)

Lo anterior evidencia como lo expresa Hernán Fabio López Blanco, existe una regla técnica sobre las dos instancias, la cual propugna “que las actuaciones que se surtan ante los funcionarios encargados de administrar justicia sean susceptibles de tramitarse ante funcionarios de diferente

³ La Real Academia Española define equiparar, como: “Considerar a alguien o algo igual o equivalente a otra persona o cosa.”

categoría y jerárquicamente superiores, a fin de asegurar al máximo la eliminación del error judicial” (Lopez Blanco, 2009, págs. 132 - 133), asimismo manifiesta que:

En virtud de esta regla, las decisiones que toma un juez de inferior categoría –en que se presume, teóricamente, menor veteranía y versación en la ciencia jurídica– pueden ser revisadas por la vía de ciertos recursos (primordialmente el de apelación), por otro funcionario jerárquicamente superior, que se supone con mayor experiencia y mejores conocimientos del derecho, y quien será el encargado, en todo caso, de decidir sobre las providencias proferidas por el inferior. (Lopez Blanco, 2009, págs. 132 - 133)

Esta regla se halla expresamente acogida por el Código General del Proceso, que en su artículo 9 que dispone “los procesos tendrán dos instancias a menos que la ley establezca solo una”. En este mismo orden de ideas, el artículo 322 del código general del proceso dispone:

El recurso de apelación se propondrá de acuerdo con las siguientes reglas:

1. El recurso de apelación contra cualquier providencia que se emita en el curso de una audiencia o diligencia, deberá interponerse en forma verbal inmediatamente después de pronunciada. El juez resolverá sobre la procedencia de todas las apelaciones al finalizar la audiencia inicial o la de instrucción y juzgamiento, según corresponda, así no hayan sido sustentados los recursos.

La apelación contra la providencia que se dicte fuera de audiencia deberá interponerse ante el juez que la dictó, en el acto de su notificación personal o por escrito dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación por estado.

2. *La apelación contra autos podrá interponerse directamente o en subsidio de la reposición. Cuando se acceda a la reposición interpuesta por una de las partes, la otra podrá apelar del nuevo auto si fuere susceptible de este recurso.*

Proferida una providencia complementaria o que niegue la adición solicitada, dentro del término de ejecutoria de esta también se podrá apelar de la principal. La apelación contra una providencia comprende la de aquella que resolvió sobre la complementación.

Si antes de resolverse sobre la adición o aclaración de una providencia se hubiere interpuesto apelación contra esta, en el auto que decida aquella se resolverá sobre la concesión de dicha apelación.

3. *En el caso de la apelación de autos, el apelante deberá sustentar el recurso ante el juez que dictó la providencia, dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, o a la del auto que niega la reposición. Sin embargo, cuando la decisión apelada haya sido pronunciada en una audiencia o diligencia, el recurso podrá sustentarse al momento de su interposición. Resuelta la reposición y concedida la apelación, el apelante, si lo considera necesario, podrá agregar nuevos argumentos a su impugnación, dentro del plazo señalado en este numeral. Cuando se apele una sentencia, el apelante, al momento de interponer el recurso en la audiencia, si hubiere sido proferida en ella, o dentro de los tres (3) días siguientes a su finalización o a la notificación de la que hubiere sido dictada por fuera de audiencia, deberá precisar, de manera breve, los reparos concretos que le hace a la decisión, sobre los cuales versará la sustentación que hará ante el superior.*

Para la sustentación del recurso será suficiente que el recurrente exprese las razones de su inconformidad con la providencia apelada.

Si el apelante de un auto no sustenta el recurso en debida forma y de manera oportuna, el juez de primera instancia lo declarará desierto. La misma decisión adoptará cuando no se precisen los reparos a la sentencia apelada, en la forma prevista en este numeral. El juez de segunda instancia declarará desierto el recurso de apelación contra una sentencia que no hubiere sido sustentado.

Parágrafo.

La parte que no apeló podrá adherir al recurso interpuesto por otra de las partes, en lo que la providencia apelada le fuere desfavorable. El escrito de adhesión podrá presentarse ante el juez que lo profirió mientras el expediente se encuentre en su despacho, o ante el superior hasta el vencimiento del término de ejecutoria del auto que admite apelación de la sentencia. El escrito de adhesión deberá sujetarse a lo previsto en el numeral 3 de este artículo.

La adhesión quedará sin efecto si se produce el desistimiento del apelante principal. (Subrayado fuera de texto original)

3.3. Excepciones de la doble instancia.

De conformidad a lo consagrado en el Artículo 31 de la Constitución Política de Colombia y el artículo 9 del Código General del Proceso, por regla general los procesos tendrán dos instancias salvo que la ley establezca solo una. Según lo dicho, y como lo afirma la tratadista ya citada Amparo A. Oviedo:

Hay casos en que esta garantía no puede acordarse; en tal caso se deja una instancia pero bajo el dominio de un juez que pueda estar menos sujeto al error, como ocurre cuando la Corte conoce

en una sola instancia. La colegialidad del tribunal garantiza la imparcialidad del juicio. También se acostumbra a excluir de la doble instancia casos de poca o mínima importancia, porque no se justifica la extensión del proceso o la segunda instancia...”. Agrega: “el proceso podría ser ventilado en una sola instancia, pero la experiencia demuestra que existe la posibilidad de error y con ello la inequidad, condición de la justicia. (...)”

Se observa claramente, que el Código General del Proceso, como lo menciona la ley, estipula expresamente en sus artículos 17, 19 y 21 los procesos en los cuales procede la única instancia según la competencia jurisdiccional, es de resaltar, que el procedimiento arbitral no está contemplado en ninguno de los artículos mencionados.

d) Finalidad y efectos del recurso de apelación

De acuerdo al código general del proceso, en su artículo 320 afirma: “El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.”

Armando Augusto Quintero González cita Miguel Enrique Rojas (2007) para señalar que la finalidad de la apelación es la revisión por parte de un superior jerárquico de una determinada providencia, para que este o la modifique o la revoque, así “la revocación procede no solo cuando el juez aplica indebidamente la ley o deja de aplicarla, sino también cuando se dejan de cumplir las formalidades procesales” (Devis, 2012, p. 503), en el mismo sentido el maestro Hernando Devis (2012) entiende este recurso (especie) como un remedio dentro del género de las impugnaciones, en el sentido de que el superior enmienda los errores del inferior. Es decir que este medio de impugnación es “un recurso vertical por naturaleza, de donde se sigue que no puede ser desatado por la misma autoridad que profirió la

decisión impugnada, ni por otra de idéntica categoría” (Rojas, 2007, p. 287).
(Quintero González, 2016)

Como consecuencia de su finalidad, se derivan ciertos efectos de la concesión de la apelación, los cuales según Jaime Azula Camacho (2010), son:

- 1.) El efecto suspensivo: implica que la competencia del inferior o a quo se suspenda para conocer del proceso desde cuando queda ejecutoriada o en firme la providencia que concede la apelación hasta que el expediente le es devuelto y ordena obedecer lo resuelto o decidido por el superior. En el término comprendido entre esas dos oportunidades o actuaciones, el juez de primera instancia pierde la competencia, pero la conserva en algunos procesos limitados por cierto, únicamente para practicar determinadas cautelas.
- 2.) En efecto devolutivo: el funcionario de primera instancia no pierde la competencia, pues continúa dándole trámite al proceso y cumple lo decidido en la providencia recurrida. La apelación en esta modalidad se surte sobre copias que se compulsan con ese fin.
- 3.) El efecto diferido: Se caracteriza porque el juez de primera instancia conserva competencia para continuar el trámite normal del proceso y cumple lo decidido en la providencia recurrida. La apelación en esta modalidad se surte sobre copias que se compulsan con ese fin.

La regla es el suspensivo respecto a las sentencias y el devolutivo para los autos.
(Azula Camacho, 2010)

3.4 Diferencia entre el recurso de nulidad del laudo arbitral y el de apelación

Según el doctor Hernando Herrera Mercado:

En términos bastantes simples, puede manifestarse que el recurso de anulación tiene por objeto la revisión de la validez del laudo, **pero sin entrar al fondo de la controversia**. Ello supone, que tal recurso no entraña una segunda instancia, sino una garantía jurisdiccional de que el inicio, el desarrollo y la finalización del procedimiento arbitral, se hubiera tramitado adecuadamente.

(...)

En tal sentido, el recurso de anulación en modo alguno está llamado a sustituir el laudo arbitral por un pronunciamiento distinto, sino que constituye un medio de impugnación, por demás extraordinario, que persigue atacar su validez. Por tanto, es una *cognitio iuris* posterior al procedimiento arbitral, a pesar de que constituye una *cognitio* limitada a solicitar que se le deje sin efectos por la viabilidad de causales restringidas y previamente señaladas por el legislador.

En todo caso es de advertir que no es pacífica la discusión del apelativo que el remedio procesal o instrumento de impugnación contra el laudo, debe tener. Gran parte de la doctrina científica sostiene, y no sin razón, que los mal llamados “recursos contra el laudo arbitral” **no son propiamente recursos, sino que nos hallamos ante el real ejercicio de una acción autónoma, cuyo objeto es solicitar la nulidad del laudo.** (Herrera Mercado, 2014, págs. 3-4) (Negrilla y subrayado fuera de texto original)

También afirma que: En efecto, si el laudo arbitral tiene efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada, y las resoluciones que este contenga solo pueden

atacarse por el apremio de un examen que no compromete el fondo del asunto, sumado el hecho de que los jueces que conocen de la anulación no son los superiores jerárquicos de los tribunales arbitrales, es de lógica aseverar, que se está ante la presencia de una acción y no de un recurso.

Hernando (2014) Cita a Lorca Navarrete y Silguero Estragnan para explicar que: “el arbitraje por propia esencia, no admite grados funcionales ni jerarquías jurisdiccionales porque la unidad es consustancial a su naturaleza, de ahí que el recurso de anulación no se conceptúe como una instancia ad quem ordinaria y propia de una apelación civil”.

A pesar de lo anterior, como lo menciona el autor ya citado, nuestra legislación opta por denominar a este medio de impugnación, “recurso”, tal y como se contempla en el artículo 40 de la ley 1563 de 2012. No obstante, ya está visto que para que pudiera invocarse correctamente este concepto, haría falta, entre otras que árbitros y jueces integraran una misma unidad funcional, se estableciera entre ellos una jerarquía, y se otorgara más campo de acción a la hora de revisar la decisión cuestionada, lo que no se presenta aquí. No es pues, la anulación, sino simplemente un juicio externo de formalidad, que no se extiende al reexamen del fundamento de lo resuelto.

Según lo dicho por el autor, es evidente las diferencias que hay entre el recurso ordinario de apelación y la acción de nulidad arbitral, indudablemente porque el primero es un recurso y el segundo una acción que no se alcanza tipificar en el concepto de recurso; adicionalmente el primero, debe resolverse en la misma jurisdicción, a diferencia de la acción de nulidad, la cual es resuelta por la jurisdicción ordinaria, es decir una jurisdicción diferente. Es de resaltar que, el

recurso de ordinario (apelación) busca que un superior jerárquico estudie la cuestión ya decidida por el juez, es decir entra al fondo de la controversia discutida en primera instancia, con el fin de modificarla, revocarla o reformarla.

3.5. Diferencia entre el recurso de revisión y el de apelación

El doctor Hernando Herrera Mercado (2014) afirma que: la finalidad del recurso de revisión es otorgar un medio de defensa cuando, luego de proferida un decisión judicial que ha hecho tránsito a cosa juzgada, aparecen circunstancias que no fueron conocidas en el curso del proceso, o pruebas que no fueron incorporadas al mismo, o se evidencia graves irregularidades procesales, por lo que resulta imperativo concluir que la decisión recurrida fue adoptada sobre bases probatorias o procesales afectadas de una grave irregularidad. Adicionalmente, se obtiene un fin superlativo, concerniente a la búsqueda de la verdad material, para lo cual se habilita levantar los efectos de cosa juzgada de la sentencia. (Herrera Mercado, 2014, pág. 235)

En lo que hace al recurso extraordinario de revisión, que puede ser dirigido contra el laudo o la sentencia que resuelve la anulación, se persigue que se invalide el fallo en razón de que la cosa juzgada que emana de ellos ha sido obtenida fraudulenta o injustamente, o por haber concurrido otros vicios concurrentes a su adopción que pone en duda su ejecutoriedad. Sin embargo, como se anotó precedentemente, este medio de impugnación también se encuadra en causales precisas y bien definidas.

En resumen, de las restricciones impuestas a los recursos contra el laudo, se infiere su fuerza vinculante, cosa distinta a su intangibilidad, en orden a que si bien como se ha visto, contra él no cabe una segunda instancia, si proceden, aunque con un

marco limitado, vías judiciales para controlarlo. (Herrera Mercado, 2014, pág. Xviii)

Para concluir, es necesario manifestar que este recurso se diferencia del recurso de apelación, toda vez que como lo expresa Hernando (2014), en este recurso “no se erige una segunda instancia, en virtud de que no se puede pretender convertir la vía de revisión en un asunto que comprometa el fondo de todos los supuestos absueltos en el tramite arbitral” (Herrera Mercado, 2014, pág. 238), también se diferencia este recurso, en que el competente a revisarlo es la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, es decir otra jurisdicción, en cambio, en el recurso de apelación, quien revisa es un superior jerárquico de la misma jurisdicción.

3.6 Posición doctrinal sobre la segunda instancia arbitral

3.6.1 Hernando Herrera Mercado:

El tratadista Hernando Herrera Mercado (2014) señala que La doctrina científica más autonomista, arguye que la inclusión de vías jurisdiccionales para enmendar los eventuales errores cometidos por los árbitros, materializan la “judicialización” de la figura y además hacen prolongar innecesariamente la resolución de la disputa. Sin embargo, del otro lado de la orilla, están precisamente quienes miran en tales recursos la prerrogativa de ejercer un derecho tan primordial como el de impugnación, que a su vez también se origina en la autonomía del sujeto procesal (Herrera Mercado, 2014, pág. XV)

De acuerdo a lo anterior, el autor citado afirma “en todo caso, no puede tampoco concederse como principio general, que así y con todo existan recursos contra el laudo, ellos disfruten de una posibilidad ilimitada para atacar el fallo arbitral”.

Convergeremos entonces, en que en virtud de los inevitables nexos de unión entre el sistema alternativo de solución de controversias – arbitral – y el sistema corriente de la definición de litigios – jurisdiccional-, y que se concretan no solo en la impugnación sino también en la ejecución del laudo, definitivamente **lo propicio es el establecimiento de medios de impugnación – no de apelación -**, que no se extiendan a la revisión del fondo del laudo y que resulten razonables y ponderados. De manera tal, que una vez emitida la solución arbitral, a las partes o a cualquiera de ellas, no se le despoje de su derecho de acceso a los tribunales, a través de un recurso limitado per conducente.

Por consiguiente, conviene dejar constancia en este punto que, sin excepciones trascendentales, **las determinaciones arbitrales resultan inapelables, y serán susceptibles de recursos extraordinarios cuando claramente alteren la sustanciación regular del juicio o cuando recaigan sobre asuntos que escapan a la órbita de los árbitros.**

Ciertamente, los medios de control de los laudos arbitrales no poseen paralelismo con los motivos impugnatorios de las decisiones que profieren los jueces, y por su predefinido ámbito de acción, tienden a originar una acción bien distinta de la que encausa el proceso arbitral. Dentro de este contexto, el desenvolvimiento del régimen de recursos contra los fallos arbitrales se soporta en la admisibilidad de la revisión jurisdiccional de los laudos arbitrales, pero bajo un claro espectro que no muta a la instancia judicial en una vía ordinaria de revisión.

La actuación arbitral –a pesar de su carácter de solución extrajudicial está llamada a respetar ciertas reglas y, lógicamente, su desacatamiento da lugar a la procedencia

de ciertos supuestos impugnatorios, que en principio no comprometen la forma como se aplicó la norma sustantiva. En efecto, como la justicia arbitral esta premunida de unos rasgos distintivos, suena más que acertada la previsión de que por vía de su revisión no se desfigura su esencia, que no es otra que convocar a sujetos imparciales y expertos para delegarles la ágil resolución de una discrepancia jurídica.

Tales consideración, se han concretado en la uniformidad del régimen de recursos contra los laudos arbitrales, con simples variaciones, en algunos casos imperceptibles, procurando al máximo su firmeza e inapelabilidad, pues predominan las regulaciones que rechazan las revisiones de las decisiones arbitrales a la usanza de las segundas instancias.

Así, podemos decir que los medios de impugnación contra el laudo no se erigen en recursos de reforma, por estar atados a causales que disciernen concretamente sobre la arbitrabilidad o el juicio regular, lo que obliga a un encuadramiento expreso del eventual agravio con el fin de constatar si ha existido tal extralimitación o vicio.

El juez que conoce de los recursos contra el laudo no puede enmendar la definición arbitral ni declararse competente para conocer de cualquier oposición, ya que únicamente pueden fundarse en motivos legalmente previstos, en otras palabras, tasados. Igualmente dentro de esta perspectiva, de forma expresa se presupone que los remedios procesales en lo que hace al arbitraje, se ciñen a la búsqueda de la anulación total o parcial del laudo.(Herrera Mercado, 2014, págs. Xv-Xvii)

De modo que, a la jurisdicción únicamente le está asignado comprobar la regularidad del proceso arbitral, sin poder sustituir al árbitro en la decisión del

conflicto. De forma tal, que como tantas veces se ha dicho, su función no alcanza al fondo del asunto sino a constatar los presupuestos del arbitraje y el desarrollo del procedimiento. (Herrera Mercado, 2014, pág. Xviii)

3.6.2 Jorge Hernan Gil Echeverry

El Doctor Jorge Hernán Gil Echeverry (2013) afirma que el arbitraje, en su integridad, es un proceso de única instancia, razón por la cual la apelación aparece negada de una manera explícita al disponerse que contra el laudo procede solamente el recurso extraordinario de anulación. Lo anterior se ve respaldado por el artículo 41 de la ley 1563, donde, también de manera excepcional, se consagra la procedencia del recurso de revisión contra el laudo.

Ahora bien, por razones de fondo, tampoco es procedente la apelación, pues este recurso de índole vertical fue consagrado con el fin de que el superior jerárquico reestudie la cuestión debatida y de fondo, buscando revocar, reformar o modificar la sentencia del inferior (artículo 350 del CPC), lo cual está vedado frente al laudo arbitral, sin perder de vista que el tribunal superior del distrito judicial tampoco ocupa el papel de superior jerárquico del tribunal arbitral.

Para finalizar, es necesario destacar, que no hay jurisprudencia reciente que hagan referencia a que no se admite la interposición de la segunda instancia arbitral si las partes lo desean, sin embargo, la Corte Constitucional ha señalado que el recurso de anulación y revisión no se puede convertir en un recurso de apelación, toda vez que la ley arbitral colombiana establece los requisitos para que proceden estos “recursos” (acciones). Según lo dicho, la ley arbitral establece expresamente que contra el laudo arbitral solo procede el recurso de anulación y el de revisión, y excepcionalmente la tutela frente a la violación de derechos constitucionales en el transcurso del

proceso arbitral. Así mismo es necesario resaltar que actualmente no existe norma expresa que establezca o prohíba la segunda instancia arbitral, pese a que la inapelabilidad del laudo había sido establecida en el año 1938 (artículo 7 de la Ley 2) y 1923 (artículo 1144 de Ley 103); las leyes mencionada no se encuentran en vigencia.

CAPÍTULO IV

4. Pacto arbitral

4.1. Concepto

De acuerdo a Martínez Neira (2013), el pacto arbitral es un acto jurídico bilateral o plurilateral, como quiera que constituye la expresión de voluntad de los contratantes destinada a producir un efecto jurídico: otorga una jurisdicción especial a los árbitros para que diriman en derecho o en conciencia las controversias presentes o futuras que pueden vincularlos. (Martínez Neira, 2013, pág. 37)

En este sentido, el Tribunal Superior de Bogotá (tribunal superior de Bogotá, Sala Civil, sentencia de 10 de noviembre de 1970, M.P German de Gamboa Villate. Proceso: La nación vs Compañía Colombiana de Electricidad) señaló que:

Tanto el compromiso como la cláusula compromisoria constituyen al fin y al cabo estipulaciones contractuales, y por lo mismo, actos jurídicos, en la intención de las partes y que efectivamente los producen de acuerdo con las normas jurídicas, tipificando por tanto el negocio jurídico bilateral productor de obligación, mas sencillamente conocido con el nombre de contrato (Martínez Neira, 2013, pág. 37)

De conformidad a lo señalado, Martínez Neira (2013) afirma que, el nuevo estatuto arbitral “*no guardó reparos acerca de la naturaleza contractual del pacto arbitral*” al señalar en su artículo 3:

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

(...)”⁴(Art. 3 ley 1563) (Resaltado fuera de texto).

⁴ Nota al pie aclaratoria, el autor cita textualmente el primera párrafo del artículo 3 de ley 1563 del 2012,

En virtud a lo mencionado, el tratadista señala que, el arbitraje tiene su fuente primordial en un contrato que, como tal, está regido por las normas fundamentales del derecho privado, que gobiernan la formación de los actos jurídicos, sus efectos, interpretación y modo de anularse, extinguirse o rescindirse. (Martínez Neira, 2013, pág. 37)

4.2. Modalidades del pacto arbitral

El pacto arbitral admite dos modalidades, es decir, la cláusula compromisoria y el compromiso.

4.3. Clausula Compromisoria

Para iniciar, es de señalar que la ley 1563 del 2012, consagra en su artículo 4, la figura de la Cláusula Compromisoria, al señalar:

CLÁUSULA COMPROMISORIA. 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.

De conformidad con el artículo, la cláusula compromisoria puede ser parte de un contrato, es decir, es incluida a través de una cláusula contractual llamada “Cláusula Compromisoria”, es de resaltar, que en este particular caso, la cláusula arbitral a pesar de que este plasmada dentro del contrato cuenta con autonomía, esto significa, que es independiente del contrato. Por tal motivo, la cláusula arbitral no sería viciada de nulidad solo porque el contrato en el que esté plasmada lo sea. Adicionalmente, en virtud de su autonomía, también puede ser establecida en otro documento diferente del contrato o instrumento que haya originado la Litis. Es necesario dilucidar, como lo

señala el autor Martínez Neira (2013), que la cláusula compromisoria “debe celebrarse con anterioridad al surgimiento de una diferencia de origen contractual.

El autor también señala que, la cláusula compromisoria puede referirse adicionalmente a varias aspectos relacionados con el proceso, tales como sus reglas, el número y la forma de nombramiento de los árbitros, la naturaleza del laudo, el lugar de funcionamiento del tribunal y el termino del proceso. Estas cláusulas de acuerdo de arbitraje no son realmente sustancia del mismo su omisión no genera la inexistencia del pacto de arbitraje. (Martínez Neira, 2013, pág. 46)

De conformidad con lo mencionado y en consonancia con el artículo 58 de la ley 1563 del 2012, las partes adicionalmente a referirse a los elementos esenciales para que la cláusula arbitral no sea ineficaz, tienen la facultad potestativa de establecer las reglas de procedimiento a seguir. En razón de esta facultad puede establecerse como lo señala Martínez Neira (2013) *un arbitraje informal o formal*, el autor afirma que en “el arbitraje informal, las reglas del proceso son convenientes libremente por los contratantes. Con base en estas previsiones normativa puede desarrollarse convenientemente el arbitraje administrado o institucional, que suele construirse a partir de los reglamentos de procedimiento que dictan los centros de arbitraje”.

Respecto a lo mencionado, el autor expresa que “en Colombia este asunto se ha visto sometido a un gran debate, porque un sector procesalista ha expresado con ahínco que la legislación solo de cabida al arbitraje ritual, que debe realizarse según las reglas especiales determinadas por leyes de orden público y que, por lo tanto, en nuestro país sería ilícito pactar reglas del proceso arbitral, como resulta ser la tendencia contemporánea en el derecho comparado. Inclusive, el Consejo de Estado ha censurado, desde el punto de vista de su vinculatoriedad, aquellos pactos

arbitrales que remiten a reglas de procedimiento diferentes de las estatuidas por el ordenamiento positivo nacional, tales como las reglas de arbitraje de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París, fallo que resulta extensivo, entonces, para toda clase de reglamento expedidos por centros de arbitraje (V. gr., reglamento de Uncitral, REGLAMENTO DE LA COMISION INTERAMERICA DE ARBITRAJE) (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, sentencias del 4 de noviembre de 1982)

A pesar de lo mencionado por el Consejo de Estado, la Corte Constitucional en Sentencia T-058 del 2 de febrero de 2009, señaló que sí las partes de común acuerdo establecían un procedimiento, debía ser respetado en virtud de la autonomía de la voluntad de ambas, es de resaltar que para el caso de revisión plasmado en la sentencia las partes establecieron unos requisitos procedimentales para acceder a la figura arbitral.

Por tal motivo, como lo señaló la Corte Constitucional, y el autor Martínez Neira, (2013, pág. 52) “no cabe duda, entonces, que las partes pueden convenir las reglas del proceso, en forma ad hoc o incorporando a su pacto arbitral un reglamento de un centro de arbitraje, teniendo como únicas limitantes los principios del debido proceso y las leyes procesales en materia de arbitraje, lo que muy especialmente las autoriza para desarrollar las materias que en la ley constituyen disposiciones supletivas o sobre las que el estatuto arbitral guarda silencio”.

4.4. COMPROMISO

El compromiso, es la otra modalidad del pacto arbitral, la cual se encuentra consagrada en el artículo 6 de la ley 1563 de 2012, que señala:

COMPROMISO. 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.

Como se puede observar del artículo mencionado, el compromiso a diferencia de la cláusula compromisoria, no está contenida dentro de un contrato o un documento que se relacione o vincule con uno, y mucho menos debe pactarse con anterioridad a que haya surgido la Litis.

Las partes en el compromiso tienen la misma facultad potestativa que en la cláusula compromisoria para establecer las reglas de procedimiento, a través de cláusulas facultativas.

4.5. Objeto del pacto arbitral

El objeto del pacto arbitral, es someter a las partes a una justicia diferente a la ordinaria, es decir a la justicia arbitral, en razón de esto, las partes a través del pacto arbitral renuncian expresamente a acudir a la justicia ordinaria. Como finalidad secundaria del pacto arbitral se podría decir que en ella las partes también tienen la facultad de reglar el procedimiento del proceso arbitral o los requisitos para acceder a él.

De conformidad con las modalidades del pacto arbitral, Martínez Neira (2013, pág. 41) expresa que “en la cláusula compromisoria las pretensiones estarán referidas a una relación jurídica contractual y abstracta que debe determinarse en el pacto arbitral, al paso que en el compromiso lo será la cuestión, litigio o diferencia que se precise en el contrato de arbitraje como tema decidendum”.

CAPÍTULO V

5. SEGUNDA INSTANCIA ARBITRAL EN ESPAÑA

5.1 España

A pesar que la ley Arbitral Española contemplada en la ley 60 de 2003, no consagra la segunda instancia arbitral, algunas instituciones arbitrales la establecieron dentro de sus reglamentos, como:

1. La Corte Española de Arbitraje y 2. El Tribunal de Arbitramento de Valencia.

De conformidad con lo mencionado, Ramón C. Pelayo (2014) afirma:

Se dice que la LA 60/2003 no prevé, en ninguno de sus preceptos, la existencia de esta «revisión ad intra» del laudo arbitral, pero lo cierto es que tampoco lo prohíbe; la ley prácticamente no establece ninguna disposición sobre trámites y pasos procesales salvo el respeto a principios básicos de contradicción, bilateralidad e igualdad. Además, como antes vimos, nuestra ley está inspirada en la «Ley Modelo» cuya nota explicativa prevé expresamente esta posibilidad.

5.2 INSTITUCIONES ARBITRALES ESPAÑOLAS

5.2.1 CORTE ESPAÑOLA DE ARBITRAJE ⁵

La Corte Española de Arbitraje (CEA) estableció la segunda instancia arbitral dentro de su reglamento, debido a una encuesta realizada para su establecimiento (así lo señalan en la página

⁵ Según la CEA (Arbitraje, s.f.), “La Corte Española de Arbitraje es el organismo encargado de administrar los arbitrajes de carácter interno e internacional que le sean sometidos, en cumplimiento del mandato legal conferido a la Cámara de Comercio de España, antiguo Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España.”

web del CEA). La segunda Instancia arbitral se encuentra consagrada en el artículo 39 del reglamento de la CEA, la cual en su razón de ser “ámbito”, señala:

En el recurso de apelación deberán alegarse **los motivos de anulación del laudo**. Cuando se alegue infracción de normas o de garantías procesales en la primera instancia, el apelante deberá acreditar que denunció oportunamente la infracción, si hubiere tenido oportunidad procesal para ello. En virtud del recurso de apelación también podrá perseguirse, **con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia**, que se revoque el laudo y que, en su lugar, se dicte otro favorable al recurrente, mediante nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo ante aquel tribunal y conforme a la prueba que, en los casos expresamente previstos en esta cláusula, se practique ante el tribunal de apelación. (Negrilla y Subrayada fuera de texto original)

Respecto a la segunda instancia, Jesús María Santos Vijande (2011), Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, manifiesta “se establece el recurso de apelación como una genuina segunda instancia, con plena posibilidad de revisar el juicio fáctico y jurídico, pero no se considera necesario repetir la prueba practicada en la instancia para su nueva valoración, pues se considera cumplida la garantía de la inmediación por la documentación de las actuaciones probatorias mediante sistemas de grabación y reproducción de la imagen y sonido”.

5.2.1.1 Competencia

Dentro del reglamento constituido por la Corte Española de Arbitraje, se señala en el numeral 1 del artículo 39 que “el laudo o laudos recaídos en primera instancia serán apelables en el

plazo de cinco días. Conocerá del recurso un tribunal compuesto por tres árbitros designados por la CEA según lo previsto en el art. 12 de su Reglamento.”

El artículo 12 del reglamento, hace referencia a que las partes de común acuerdo pueden establecer el número de árbitros y de quien desempeñe la función de presidente, a falta de acuerdo, la CEA acordará la designación de un único arbitro en razón a la naturaleza y complejidad del asunto.

5.2.1.2 LAUDO DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro del reglamento constituido por la Corte Española de Arbitraje, se señala en el numeral 3 del artículo 39 como se resolverá la segunda instancia arbitral, al manifestar:

Los árbitros resolverán el recurso de apelación en un único laudo o en tantos laudos parciales como estimen necesarios, que deberán dictarse dentro de los dos meses siguientes a la fecha de cierre de la instrucción del procedimiento.

Si la infracción procesal alegada se hubiera cometido al dictar el laudo en la primera instancia, los árbitros, tras revocar el laudo apelado, resolverán sobre la cuestión o cuestiones que fueran objeto del recurso. Cuando no sea de aplicación lo dispuesto en el apartado anterior y la infracción denunciada fuere de las que originan la nulidad radical de las actuaciones o de parte de ellas, los árbitros lo declararán así, reponiéndolas al estado en que se hallasen cuando la infracción se cometió.

No se declarará la nulidad de actuaciones si el defecto procesal pudiere ser subsanado en la segunda instancia, para lo que los árbitros otorgarán un plazo de diez días, salvo que el vicio se pusiere de manifiesto en la audiencia y fuere subsanable en el acto. Producida la subsanación y, en su caso, oídas las partes

y practicada la prueba admisible, los árbitros resolverán sobre la cuestión o cuestiones que fueran objeto del recurso. El laudo o laudos que resuelvan la apelación deberán pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso, y en su caso en los escritos de oposición e impugnación. El laudo o laudos no podrán perjudicar al apelante, salvo que el perjuicio provenga de estimar la impugnación de la resolución de que se trate, formulada por el inicialmente apelado.

Acorde con el artículo mencionado, la segunda instancia arbitral es decidida en un laudo total o varios laudos parciales por parte de los árbitros (tribunal ad quem) que asumieron el caso, por consiguiente, estos árbitros pueden revocar o confirmar laudo de primera instancia. En caso de que sea revocada la decisión, el tribunal arbitral ad quem resolverá sobre la cuestión o cuestiones que fueran objeto del recurso en un laudo definitivo, sin necesidad de ordenar al tribunal de primera instancia en obedecer lo resuelto o decidido; teniendo en cuenta que, al dictarse el laudo en primera instancia se extingue la investidura transitoria de poder otorgada a los árbitros.

5.2.2 TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE VALENCIA

El Tribunal de Arbitramento de Valencia (TAV) la estableció la segunda instancia arbitral dentro de su reglamento posterior a que el CEA lo hiciera. La segunda Instancia arbitral se encuentra consagrada en el artículo 33 del reglamento de la TAV, en el cual reza:

1. Sólo cuando las partes lo hubieran acordado expresamente, el Laudo arbitral será susceptible de un recurso de apelación, quedará lugar a un nuevo y completo examen del litigio.
2. La parte interesada en dicha apelación podrá formular su recurso en el plazo de diez días a contar desde su recepción de la notificación del laudo. Recibido ese

escrito, se dará traslado del mismo al demandado, para que lo conteste dentro de otro plazo igual de diez días.

3. Para la tramitación de la apelación, será necesario que el recurrente consigne las cantidades a las que hubiera sido condenado o las avale mediante una garantía a primer requerimiento aceptada por el TAV y, además, satisfaga los gastos de administración y honorarios de los árbitros que se devengaren por la segunda instancia, con arreglo a la escala recogida en el Anexo III.

4. Verificados dichos trámites, se dará curso a la apelación, designando para ello el TAV un solo árbitro o tres, en función de cuál hubiera sido el número de árbitros que hubieran dictado el laudo en la primera instancia.

5. El laudo de apelación se dictará en el plazo máximo de dos meses a contar desde que el árbitro designado hubiera aceptado un nombramiento.

6. Dictado el laudo, el TAV podrá dar a la consignación o aval prestado el curso que corresponda en función de la decisión adoptada al resolver la apelación.

(TRIBUNAL ARBITRAL DE VALENCIA)

En relación al artículo mencionado, se puede observar la importancia del principio de la autonomía de la voluntad respecto a la segunda instancia arbitral, puesto que, la segunda instancia arbitral contenida en el reglamento del TAV y CEA no es una regla general, sino una excepción, al que las partes pueden acudir si así lo desean, dando lugar a un completo y nuevo examen del litigio (Nº1, Art. 33, Reglamento TAV). También se puede observar que el reglamento señala que el TAV, va ser el instituto encargado en la designación de los árbitros que van a confirmar en el tribunal ad quem (Nº4, Art. 33, Reglamento TAV). Igualmente se puede observar que, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, son las partes quienes habilitan transitoriamente al

tribunal arbitral ad quem para decidir la segunda instancia, y que el TAV, es solo un medio para satisfacer la facultad que tienen las partes para establecerlo.

Para finalizar, es necesario destacar la celeridad con la que se dicta el laudo de la segunda instancia arbitral en el reglamento del TAV y CEA, es decir, en un plazo no mayor de dos meses. De acuerdo a lo anterior, el principio de celeridad, propio del arbitraje no es vulnerado.

5.3 Recurso de Nulidad en la Segunda Instancia Arbitral Española

Respecto al recurso de nulidad en la segunda instancia arbitral española, Jesús María Santos Vijande (2011), señala:

Se puede analizar la referencia del art. 40 LA a que la acción de anulación procede contra el laudo definitivo. Pudiera pensarse que el calificativo “definitivo” está siendo empleado en el sentido tradicionalmente atribuido por la ciencia procesal a las resoluciones así llamadas, esto es, las que ponen fin a la primera instancia (art. 207.1 LEC). Este entendimiento posibilitaría acudir a la acción de nulidad del laudo de primera instancia, aun estando pendiente su impugnación ante el tribunal arbitral ad quem. Nada más lejos de la realidad: ese precepto de la Ley de Arbitraje no está pensando en una doble instancia que la propia Ley, en lícita opción de política legislativa, no ha previsto: su tenor literal está indicando, simplemente, que habrá de esperarse al final del procedimiento para instar la acción de anulación.

En este mismo sentido afirma Pelayo (2014) “el laudo definitivo es el que se dicte finalizando íntegramente el procedimiento al que se han sometido, de tal forma que, si existe impugnación/apelación, el laudo impugnado/apelado no es el «definitivo» sino que lo será el que finalice la «segunda instancia arbitral»”.

5.4 Doctrina española sobre la segunda instancia arbitral en España

5.4.1 Jesús María Santos Vijande

Respecto a la segunda instancia arbitral en España, Jesús María Santos Vijande (2011), Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, señala: “Nada impide a quienes se someten a arbitraje estipular, con mayor o menor amplitud, que el laudo que se vaya a dictar en primera instancia sea impugnabile ante un tribunal ad quem, también constituido por árbitros⁶ (...)”

El autor apoya su afirmación en concordancia con el principio de autonomía, al señalar:

Me detendré únicamente en una de las muchas referencias de esa E. de M (exposición de motivos) a la autonomía de la voluntad: la contenida en el primer párrafo de su apartado VI concerniente al Título V de la LA, que regula las actuaciones arbitrales. Dice así:

“La Ley vuelve a partir **del principio de autonomía de la voluntad** y establece como únicos límites al mismo y a la actuación de los árbitros el derecho de defensa de las partes y el principio de igualdad, que se erigen en valores fundamentales del arbitraje como proceso que es. Garantizado el respeto a estas normas básicas, las reglas que sobre el procedimiento arbitral se establecen son dispositivas y resultan, por tanto, aplicables sólo si las partes nada han acordado directamente o por su aceptación de un arbitraje institucional o de un reglamento arbitral. De este modo, las opciones de política jurídica que subyacen a estos preceptos quedan subordinadas siempre a la voluntad de las partes”.

⁶ Jesús María Santos Vijande (2011) cita: En este sentido, a modo de ejemplo, al comentar el art. 25.1 LA y, en particular, el alcance y límites de la autonomía de la voluntad en la determinación del procedimiento arbitral, GÓMEZ JENE señala, citando el parecer concordante de SCHLOSSER y GEIMER, que “incluso se vislumbra la posibilidad de que las partes acuerden el recurso a una segunda instancia arbitral” (en Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003, Coord. Arias Lozano, Editorial Aranzadi, 2005, pág. 260).

(...)

Resulta perfectamente congruente con lo anterior que el art. 25.1 LA, tras preservar la observancia de las debidas igualdad, audiencia y contradicción –art. 24.1 LA-, señale que “**las partes podrán convenir libremente el procedimiento al que se hayan de ajustar los árbitros en sus actuaciones**”; y ello hasta el punto de que el art. 41.1.d) LA prevé la posible anulación del laudo cuando “...el procedimiento arbitral no se haya ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley...”.

Según lo dicho, la normativa española al igual que la colombiana en materia arbitral, faculta a las partes que acuden al arbitraje para reglar libremente el procedimiento, siempre que se respeten los límites de la autonomía de la voluntad, los cuales en España hacen referencia a los principios de la igualdad, audiencia y contradicción. En este orden de ideas, en España es procedente la segunda instancia arbitral toda vez que no vulnera los límites establecidos por la ley arbitral ni la ley Española.

Por otra parte, la ley arbitral colombiana también fijó unos límites para que las partes respetaran al momento de reglar el procedimiento, los cuales según el artículo 58 de la ley 1563 del 2012 son: el debido proceso, el derecho de defensa y la igualdad de las partes; por tal motivo, las partes que deseen reglar el procedimiento arbitral en Colombia, deben respetar los principios mencionados, y adicionalmente los establecidos por la jurisprudencia colombiana referente a los límites de la autonomía de la voluntad, es decir, respetar las normas de orden público “no infringir prohibiciones legales”, las buenas costumbres y la supremacía constitucional (Ley 1563, 2012, art. 58)

5.4.2 Ramón C. PELAYO JIMÉNEZ

Ramón C. Pelayo afirma que, la piedra basal del arbitraje es, sin lugar a dudas, la «voluntad de las partes». El arbitraje es un «medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados; lo que constitucionalmente le vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (art.1.1 CE)» (STC 176/1996, de 11 de noviembre, FJ 4.º). Toda la vida del arbitraje está marcada por el acuerdo de las partes. Así, son las partes las que deciden someterse a arbitraje a través del oportuno convenio; son las partes las que deciden las materias cuyas controversias quieren dilucidar a través de esta vía; son las partes las que deciden el número de árbitros que compondrán el Tribunal, sus características y procedimiento de nombramiento; son las partes las que deciden ampararse en un arbitraje institucional o libre; son las partes las que deciden el procedimiento, lugar e idioma del arbitraje, como deciden la naturaleza del mismo (derecho o equidad) y el Derecho aplicable, entre otros muchos extremos.

Pues bien, si las partes pueden decidir prácticamente todo a la hora de resolver sus controversias por esta vía, ¿por qué no pueden decidir que exista una «segunda instancia arbitral»? (Pelayo Jiménez, 2014)

5.4.3 MANUEL DEL LORENZO

Respecto a la segunda instancia arbitral en España, Manuel (Del Lorenzo, 2016), ex-director del Tribunal Arbitral de Valencia, señala:

El carácter definitivo del laudo y su irrecorribilidad son notas tan generalizadas en el arbitraje que prácticamente se han convertido en un axioma, en características

cuasi inmanentes del mismo, pero conviene no olvidar que la verdadera naturaleza del arbitraje, la esencia del mismo, radica en la autonomía de la voluntad de las partes, en la libre decisión de los interesados para excluir la jurisdicción y someter su controversia a la decisión heterónoma de un tercero, pudiendo además configurar el procedimiento de manera singular y con amplio albedrío. ¿Por qué no ser consecuentes con dicha soberanía volitiva y permitir incluso la posibilidad de recurrir el laudo dentro del propio procedimiento arbitral?

La posición del autor es certera, al afirmar que la esencia del arbitraje radica en la autonomía de la voluntad primando sobre la característica que varios expertos señalan, al afirmar que el laudo es irrecurrible. La irrecurribilidad del laudo a través de la segunda instancia arbitral fue un dogma, toda vez que no admitía cuestionamiento, sin embargo, varios países han permitido que se establezca el instituto de la segunda instancia en el arbitraje nacional e internacional.

5.5. Características de la segunda instancia arbitral

Ramón (Pelayo Jiménez, 2014) “resalta dos características singulares de la «segunda instancia arbitral»:

1.º.—En primer lugar, esta posibilidad debe ser expresamente pactada por las partes, respetando, de esta manera, el principio de autonomía de voluntad en que se fundamenta el arbitraje. Este pacto puede contenerse en el propio convenio arbitral o surgir con posterioridad e incluso durante el procedimiento.

2.º.—Las regulaciones existentes en instituciones arbitrales no guardan uniformidad respecto de los motivos en los que fundamentar este «recurso», existiendo Cortes que admiten, no solo los «motivos de anulación del laudo» del art. 41 LA, sino también, en general, una revisión plena del laudo, tanto en su fundamentación fáctica como en su motivación jurídica (este es el caso del actual Reglamento de la Corte Española de

Arbitraje en sus arts. 39 y ss.) mientras que otras limitan la impugnación a motivos tasados tales como la «infracción manifiesta de las normas jurídicas sustantivas» o «valoración manifiestamente errónea» de las pruebas practicadas (este es el caso de la Corte Civil y Mercantil de Madrid —CIMA—, en los arts. 52 y ss. de su nuevo Reglamento). En todo caso, parece que existe un inexplicable temor a que el procedimiento arbitral contemple una «segunda instancia» cuando, en mi opinión, mejorará, sin lugar a dudas, la confianza en la institución y, muy posiblemente, incrementará la utilización de esta alternativa al orden jurisdiccional.”

De conformidad a lo mencionado por el autor, la segunda instancia arbitral es una excepción a la regla general, que debe ser pactada por las partes, sí desean acudir a ella en razón al principio de la autonomía de la voluntad, adicionalmente el autor señala que, la posibilidad de pactar la doble instancia incrementaría la confianza en esta institución.

Conclusiones

En el derecho nacional Colombiano ¿Tienen las partes la facultad legal de estipular la doble instancia intra-arbitral?

En aras de responder la pregunta jurídica realizada en la presente investigación, es necesario señalar que, son varias las aristas que conexamente dan una respuesta certera, como se puede observar a continuación:

El arbitraje como instituto jurídico está fundamentado en la autonomía de la voluntad de las partes, es por esto, que el arbitraje colombiano, con la promulgación de la Constitución Política de Colombia de 1991, además de elevar a rango constitucional este mecanismo, lo hizo también con su naturaleza (esencia), es decir, la autonomía de la voluntad. Como resultado, la autonomía de la voluntad de las partes ha tenido una protección por parte de la Corte Constitucional, al punto que se ha señalado que el *legislador no puede adoptar una regulación procesal que haga inoperante este principio*⁷.

Este principio juega un papel importante, no solo para activar esta figura, sino también para fijar su propio procedimiento, al punto que las disposición arbitrales contenidas en el estatuto arbitral tienen carácter supletivo, y como lo señala Gil (2013) “*operan cuando se guarde silencio sobre el asunto.*”⁸ En este sentido, las partes en virtud del principio de la autonomía y en concordancia con la normativa colombiana, están facultadas para reglamentar el procedimiento a

⁷ Sentencia de la Corte Constitucional, sala plena, C713, 2008 [MP CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ].

⁸ Gil Echeverry (2013) hace referencia al artículo 58 que establece: “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.”

seguir siempre que se respete las *leyes especiales*⁹, *supremacía constitucional*, *el orden público* y *la buena costumbre*¹⁰, como también los principios que integran el *debido proceso*, *el derecho de defensa* y *la igualdad de las partes*¹¹, es decir, cualquier procedimiento que se establezca debe seguir las observaciones mencionadas.

Todo esto confirma que las partes están avaladas para establecer el procedimiento, siempre y cuando sigan los lineamientos. Ahora, es necesario dilucidar si pactar la segunda instancia arbitral cumple los lineamientos mencionados.

Admitamos por el momento que las partes establecen en el mismo pacto arbitral un procedimiento a seguir similar al de la segunda instancia arbitral contenida el reglamento del Tribunal Arbitral de Valencia (TAV), es decir, establecen en el pacto un procedimiento para la segunda instancia arbitral, que respeta los principios que integran el debido proceso, el derecho de defensa y la igualdad de las partes del derecho colombiano, e inclusive respeta las leyes especiales. No obstante, surge el interrogante referente a: ¿la segunda instancia arbitral vulnera la supremacía constitucional y/o normas procesales de orden público?

En aras de resolver el interrogante relacionado con saber si se vulneran las normas procesales de orden público al pactar la segunda instancia arbitral, se debe reiterar que, pactar un procedimiento diferente al establecido en la normativa arbitral colombiana no atenta en contra de las normas procesales de orden público, debido a que, como lo señala Carlos Mayorca Escobar (2013), el mismo código general del proceso otorga esta posibilidad, al señalar en su artículo 13:

“Art. 13 - Las normas procesales son de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y en ningún caso podrán ser derogadas, modificadas o

⁹ Sentencia de la Corte Constitucional, Sala Plena, C713, 2008 [MP CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ].

¹⁰ Límites de la autonomía de la voluntad

¹¹ Ley 1563, 2012, art. 58

sustituidas por los funcionarios o particulares, **salvo autorización expresa de la ley.**

La posibilidad se encuentra en el texto final de la norma, que señala **salvo autorización expresa de la ley,** es decir, si la ley lo establece, se puede modificar derogar o sustituir las normas por parte de los particulares y funcionarios. Debido a lo anterior, se puede afirmar que la ley arbitral señala expresamente esta autorización al estipular: *“los particulares podrán acordar las reglas de procedimiento a seguir”*.

A fin de esclarecer si la ley 1563 del 2012 prohíbe la segunda instancia arbitral, es necesario reiterar que el instituto de la segunda instancia en el arbitraje había sido expresamente prohibida en los años 1938 (artículo 7 de la Ley 2) y 1923 (artículo 1144 de Ley 103) al señalar:

“no es apelable y sólo puede anularse...”¹²;

Y, “Las sentencias arbitrales se ejecutarían desde que queden notificadas y son inapelables. Su ejecución puede exigirse, lo mismo que la de las resoluciones judiciales.”¹³

En este orden de ideas, se puede afirmar que, no se podía pactar la segunda instancia arbitral en los años en que estaba vigente la ley 103 de 1923 y la ley 2 de 1938, y que en 1923 el único recurso establecido en contra del laudo arbitral era la anulación. Sin ir tan lejos, la ley 1563 del 2012 al igual que la ley 103 de 1923, en su artículo 107 dedicado al arbitraje internacional, señaló expresamente que el único recurso contra el laudo arbitral, es la anulación, al consagrar:

Artículo 107. La anulación como único recurso judicial contra un laudo arbitral:

Contra el laudo arbitral **solamente procederá el recurso** de anulación por las

¹² Ley 103 de 1923, art. 1144

¹³ Ley 2 de 1938, art. 7

causales taxativamente establecidas en esta sección. (Negrilla fuera de texto original)

Por otra parte, la ley arbitral colombiana, no consagró esta limitante al plasmar los recursos contra un laudo arbitral. En razón a lo mencionado, se puede afirmar que la ley 1563 del 2012 en el ámbito nacional no prohíbe la segunda instancia arbitral y que pactarla no van en contra de las normas procesales de orden público.

En aras de resolver el interrogante relacionado con saber si se vulnera la supremacía constitucional al pactar la segunda instancia arbitral, se puede afirmar que no se están vulnerando principios o normas constitucionales, debido a que ninguna de ellas prohíbe expresamente la segunda instancia arbitral.

Lo único que preceptúa la Constitución Política de Colombia referente a la segunda instancia, es en sentido general, al señalar en su artículo 31:

*“toda sentencia judicial **podrá** ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley”*

Si se tiene en cuenta que la Corte Constitucional equipara¹⁴ el laudo arbitral con la sentencia judicial, se podría decir que las partes pueden establecer la segunda instancia arbitral sin vulnerar la supremacía constitucional, toda vez que, ni la ley ni la constitución consagran una prohibición expresa sobre la segunda instancia.

Teniendo en cuenta lo desarrollado en esta investigación, concluyó que las partes tienen la facultad legal de estipular la doble instancia intra-arbitral en el arbitraje en derecho nacional colombiano, en las clases de arbitraje independiente y arbitraje ad-hoc. En este mismo sentido las

¹⁴ Sentencia de la Corte Constitucional, Sala Plena, C713, 2008 [MP CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ].

instituciones arbitrales podrían establecerlo al igual que España, es decir, dentro de sus reglamentos.

Es de aclarar que al momento de pactarse la segunda instancia intra-arbitral, no se excluye el recurso de anulación o de revisión, debido a que, Colombia a diferencia de España, señala que ambos recursos proceden en contra del laudo, por tal motivo, dentro del pacto arbitral al momento de establecerse la segunda instancia se debe señalar que los recursos de anulación y/o revisión procederán en contra del laudo definitivo, al igual que la LA española.

Para finalizar, es de resaltar que, la segunda instancia intra-arbitral es propia del arbitraje, es decir, no guarda grandes similitudes con la figura apelación contemplada en el Código General del Proceso. Es decir al igual que en España, el tribunal arbitral ad quem resolverá sobre la cuestión o cuestiones que fueran objeto del recurso en un laudo definitivo, sin necesidad de ordenar al tribunal de primera instancia en obedecer lo resuelto o decido; teniendo en cuenta que, al dictarse el laudo en primera instancia se extingue la investidura transitoria de poder otorgada a los árbitros.

Bibliografía

- T-338 (Corte Constitucional, Sala Séptima de Revision 1993).
- expediente T-1960031 (Corte Constitucional 2 de Febrero de 2009).
- Arbitraje, C. E. (s.f.). *Corte Española de Arbitraje*. Obtenido de Corte Española de Arbitraje:
http://corteespanolaarbitraje.es/?page_id=4962
- Azula Camacho, J. (2010). *Manual de Derecho Procesal*. Bogota: Editorial Temis S.A.
- Bonivento Correa, P. F. (2000). *PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA*. Recuperado el 15 de Septiembre de 2016, de <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis16.pdf>
- Del Lorenzo, M. (10 de 12 de 2016). *diario juridico*. Obtenido de <http://www.diariojuridico.com/la-segunda-instancia-arbitral-posible-apelacion-contras-el-laudo-dictado/>
- Echeverry, J. H. (2004). *Nuevo Régimen de arbitramento, MANUAL PRÁCTICO* (Tercera ed.). Bogota: Camara de Comercio de Bogota.
- Escobar Vélez, E. G. (2015). *Los Recursos en el Código General del Proceso*. Medellin: Libreria Juridica Sachez R. Ltda.
- Esguerra Portocarrero, J. C. (2013). La nueva ley de arbitraje nacional e internacional: ¿por qué y para qué? ¿De dónde y hacia dónde? En A. Aljure Salame, R. Bejarano Guzman, R. Bernal Gutierrez, J. Cardenas Mejia, M. Carrizosa Calle, R. S. Correa Palacio, . . . A. Zuleta Londoño, *Estatuto Arbitral Colombiano Analisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012* (págs. XXiX - 1). Bogota: Legis.
- Gil Echeverry, J. H. (2013). *Regimen Arbitral Colombiano*. Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibañez S.A.S.
- Herrera Mercado, H. (2014). *La impugnación de los laudos arbitrales*. Colombia: Legis.
- Lopez Blanco, H. F. (2009). *Procedimiento Civil. Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano* (Vol. I). Dupre Editores. Recuperado el 2016
- López Blanco, H. F. (2013). *Proceso Arbitral Nacional*. Bogota: Dupre editores.

Mayorca Escobar, C. (2013). Clases de arbitraje en la nueva Ley de Arbitraje. En A. Aljure Salame, R. Bejarano Guzman, R. Bernal Gutierrez, J. P. Cardenas Mejia, M. Carrizosa Calle, R. S. Correa Palacio, . . . L. Blan, *Estatuto Arbitral Colombiano Análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012* (págs. 2-18). bogota: Legis.

Pelayo Jiménez, R. C. (2014). La Revisión ad intra de los laudos arbitrales. *Diario La Ley*(8846/2014). Recuperado el 1 de 1 de 2017, de http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/aplicaciones/boletin/publico/boletin63/Articulos_63/Pelayo-Jimenez.pdf

Preciado Arbeláez, A. (2013). De la voluntariedad y los pactos arbitrales abusivos en el derecho Colombiano. En A. Aljure Salame, R. Bejarano Guzman, R. Bernal Gutierrez, J. P. Cardenas Mejia, M. Carrizosa Calle, R. S. Correa Palacio, . . . H. Herrera Mercado, *Estatuto Arbitral Colombiano, Analisis y Aplicación de la Ley 1563 de 2012* (pág. 75). Bogota: Legis Editores.

Quintero González, A. A. (13 de 11 de 2016). *Revista Usta*. Recuperado el 2016, de Revista Usta: <http://revistas.usta.edu.co/index.php/viei/article/viewFile/2547/2479>

Serrano, F. M. (1997). La libertad de las partes para determinar el procedimiento. *Revista de derecho*.

Silva Romero, E. (2008). La formación del contrato de arbitraje. En E. Silva Romero, & F. Mantilla Espinosa, *El Contrato de Arbitraje* (Primera Reimpresión ed.). Bogota, Colombia: Legis.

TRIBUNAL ARBITRAL DE VALENCIA. (s.f.). *REGLAMENTO DE ARBITRAJE DEL TRIBUNAL ARBITRAL DE VALENCIA*. Obtenido de TRIBUNAL ARBITRAL DE VALENCIA: <http://www.tav.icav.es/archivos/contenido/88.pdf>