

## ***Protección efectiva de derechos a la luz de la normatividad colombiana de arbitraje\****

José Hernán MURIEL–CICERI

Profesor Investigador  
Director del Departamento de Derecho Civil  
Universidad Sergio Arboleda, Bogotá.

*Sumario:* I. Introducción. II. Teleología del art. 229 de la Constitución Política. III. Ausencia de privatización de la justicia ante el arbitraje. IV. Garantía de Protección Efectiva de Derechos. 1. Garantía de protección jurídica efectiva ante los tribunales arbitrales: A) Concepto; B) Normatividad. 2. Garantía de protección judicial efectiva: A) Concepto; B) Normatividad; C) La acción de tutela. V. Conclusiones

### **I. Introducción**

En el caso colombiano, el arbitraje comercial internacional<sup>1</sup>, está regulado en principio, por los arts. 1 al 3<sup>2</sup>, de la Ley 315 de 1996<sup>3</sup>. Compuesto normativo que remite de acuerdo con su art. 2, a las convenciones aplicables internacionales suscritas y ratificadas por Colombia, sobre arbitraje internacional<sup>4</sup>.

---

\* Comunicación desarrollada el día 12 de marzo de 2010, dentro del “IV Seminario Internacional de Derecho Internacional Privado”, *Litigación civil internacional: nuevas perspectivas europeas y de terceros Estados*, celebrado en Madrid los días 11 y 12 de marzo de 2010, organizado por el Departamento de Derecho Internacional Público y de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, en colaboración con el Colegio Notarial de Madrid.

<sup>1</sup> Sobre arbitraje comercial en América Latina, en una macro-comparación, ante todo, J.C. Fernández Rozas, *Tratado del arbitraje comercial en América latina*, Madrid, Iustel, 2008.

<sup>2</sup> Cf. Ley 315 de 1996, por la cual se regula el arbitraje comercial internacional y se dictan otras disposiciones: Art. 1. Criterios para la determinación del arbitraje comercial internacional. Art. 2. Normatividad aplicable al arbitraje comercial internacional. Art. 3. Concepto de laudo arbitral extranjero.

<sup>3</sup> El art. 4 de la Ley 315 modificó el inciso V del art. 70 de la Ley 80 de 1993, “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”, referente a la cláusula compromisorio como una modalidad de solución de las controversias contractuales de derecho administrativo.

<sup>4</sup> Ley 16 de 1981, (enero 22), “por medio de la cual se aprueba la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros”, suscrita en Montevideo, Uruguay, el 8 de mayo de 1979; Ley 44 de 1986, (septiembre 19), por medio de la cual se aprueba la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, firmado en Ciudad de Panamá, el 30 de enero de 1975. Promulgada por el Decreto 1034 de 1987; Ley 39 de 1990, (noviembre 20), por medio de la cual se aprueba la “Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras”, adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Arbitramento Comercial el 10 de junio de 1958; Ley 267 de 1996, (enero 29), por medio de la cual se aprueba el “Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados”, hecho en Washington el 18 de marzo de 1965. Cf. Sentencia de Exequibilidad de la Corte Constitucional de Colombia, C-442 de 1996. (Fuente: Lexbase, 17.04.2010). “Tratado sobre Derecho Internacional Privado celebrado entre Colombia y Ecuador en Quito el 18 de junio de 1903. El cual fue confirmado por el Presidente el 4 de agosto de 1904, posteriormente aprobado por la ley 13 de 1905 y finalmente canjeadas las ratificaciones en Quito el 31 de julio de 1907. En el art. 4 de dicho tratado se

El arbitraje internacional es claramente diferenciable del arbitraje interno<sup>5</sup>, sin embargo la Ley 315 no contiene regulaciones especiales sobre el procedimiento arbitral<sup>6</sup>. En virtud de ello, la pregunta sobre la normatividad aplicable es cedida, acorde con su art. 2, a la libre estipulación de las partes<sup>7</sup>. Quienes para regular el procedimiento arbitral, pueden determinar la norma sustancial aplicable con base en la que los árbitros habrán de resolver el litigio, o regirse por un reglamento de arbitraje<sup>8</sup>. Elección que puede realizarse sobre la normatividad del arbitraje nacional colombiano, razón por la cual, se aprecian algunos aspectos de este último, en conexión con la reflexión de la existencia o no, de una protección efectiva de derechos de las partes.

El arbitraje nacional se rige primordialmente por el Decreto 1818 de 1998, mediante el cual se expidió el denominado “Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos”. No obstante el Gobierno Nacional con la expedición de este Decreto, haber procurado un compendio de la

---

estipula que la ejecución de los contratos se sujeta a la ley del lugar de su realización”. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-249/04. “a) Tratado de derecho procesal internacional, suscrito en el primer Congreso de Montevideo sobre derecho internacional privado de 1889. Este tratado está vigente entre Argentina, Bolivia, Colombia (Ley 68 de 1920), Paraguay, Perú, y Uruguay. Los artículos 5 y 6, regulan el exequatur de sentencias y laudos arbitrales proferidos en el exterior, tanto en materia civil como comercial, siempre que se llenen los requisitos del art. 5 b) Convenio entre España y Colombia para la ejecución de sentencias civiles, de 30 de mayo de 1908. El reconocimiento y eventual ejecución de las sentencias extranjeras solamente se supeditan a dos requisitos: positivo el uno (firmeza, art 1.1º), y negativo el otro (orden público, equivalente a las leyes vigentes en el Estado en que se solicita su ejecución, num 2 del art 1)”. M.G., Monroy Cabra, El arbitraje internacional en Colombia, en línea: <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/congresopanama/b-07.php>, 17.04.2010.

<sup>5</sup> Ante todo, J.C. Fernández Rozas, en J.C. Fernández Rozas, R. Arenas García y P.A. de Miguel Asensio, *Derecho de los negocios internacionales*, 1ª ed., Madrid, Iustel, 2007, p. 631. En el caso colombiano, el art. 1 de la Ley 315 de 1996, establece criterios para la determinación de un arbitraje internacional, ante los que sin embargo en concordancia con lo expuesto por Fernández Rozas, debe tenerse presente que el carácter interno o internacional no depende del lugar en el que este se lleva a cabo, fundamentación que debe impulsar la modificación del numeral 3 del art. 1 de la Ley 315, que si considera tal criterio. Adicionalmente, no es adecuado el planteamiento de la Corte Constitucional de Colombia que declara por medio de la Sentencia C-347 de 1997, la constitucionalidad condicionada del numeral enunciado, al exigir para la interpretación de este precepto (basada en la nacionalidad de las partes) que una de ellas deba ser extranjera. Cf. J.C. Fernández Rozas, *ibid.*, p. 631. Como bien explica Fernández Rozas, independientemente del lugar en el que se establezca la sede del Tribunal Arbitral, debe determinarse materialmente la existencia de una controversia comercial internacional, como por ejemplo es consagrado en el art. 3.1º.c) de la Ley Española 60 de 2003 de Arbitraje, y reflejado en el numeral 5 del art. 1 de la Ley 315 de 1996 de Colombia.

<sup>6</sup> La Ley 315 de 1996 se refiere de forma general al arbitraje comercial internacional. No obstante los §§ 1025 – 1066 del ZPO de Alemania comprenden el arbitraje nacional e internacional. En línea: <http://www.dis-arb.de/>, 23.04.2010. Del mismo modo, respecto a Alemania y Suecia, indicando que la Ley Inglesa de Arbitraje se refiere a ambas modalidades, pero consagra un acápite para el procedimiento arbitral nacional; así como que la Ley de Arbitraje de Rusia se refiere al arbitraje comercial internacional, en concordancia con el art. 1 LMU, C. Söderlund, “Vergleichender Überblick zur Schiedsgerichtsbarkeit in Deutschland, England, Russland und Schweden”, *SchiedsVZ*, 2004, pp. 130 ss (131). Respecto al caso Suizo, H.U. Walder-Richli y B. Grob-Andermacher, “Entwicklungen im Zivilprozessrecht und Schiedsgerichtsbarkeit/ Le point sur la procédure civile et l'arbitrage”, *SJZ*, 99, 2003, pp. 35 ss (37).

<sup>7</sup> Cf. J. Samtleben, “Das Kolumbianische Gesetz über die internationale Schiedsgerichtsbarkeit”, *RIW*, 1997, pp. 657 ss (658).

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 658.

normatividad existente sobre esta materia<sup>9</sup>, incluyó solo de forma parcial la Ley 315 de 1996, excluyó otras instituciones existentes en Colombia dentro los mecanismos alternativos de solución de conflictos<sup>10</sup> y compiló el texto de normas que no se encontraban vigentes<sup>11</sup>. Ahora bien, el arbitraje frente a los contratos de derecho administrativo, está previsto en el art. 70 Ley 80 de 1993<sup>12</sup>,<sup>13</sup> así como en sus arts. 71, 72 y 74, incorporados en el Decreto 1818 de 1998<sup>14</sup>, cuyo contenido sin embargo, escapa a la presente exposición.

Adicionalmente, el proyecto de Ley 014 de 2008<sup>15</sup>, por medio del cual se dictaban normas sobre arbitraje nacional e internacional y se realizaban sendos avances en materia de unificación del derecho, al adoptar en parte la LMU sobre arbitraje comercial internacional, fue retirado el 16 de junio de 2009 por el Gobierno Nacional<sup>16</sup>. Del contenido de este proyecto se distingue en el ámbito del Derecho privado, la vigencia del principio de la autonomía de la voluntad, la simplificación del trámite arbitral al suprimir la denominada etapa pre-arbitral, la reorganización del proceso arbitral distinguiendo en un solo compuesto normativo cada una de las fases procesales, así como tratándose de bienes sujetos a registro, eliminaba la obligación de protocolización notarial previa a su inscripción del expediente contentivo de las actuaciones del tribunal arbitral<sup>17</sup><sup>18</sup>. En la actualidad, existe el apremio que en una fecha no lejana pueda presentarse nuevamente un proyecto similar, más cercano al contenido pleno de la LMU<sup>19</sup>, a consideración del Congreso de la República de Colombia.

---

<sup>9</sup> Como en el caso del mecanismo del arbitraje, R. Bejarano Guzmán, "El Procedimiento arbitral Colombiano", *El contrato de arbitraje*, Bogotá, Legis, Universidad del Rosario, 2005, p. 620, quien se refiere a las normas recopiladas en este Decreto, entre otras, la Ley 23 de 1991, el Decreto 2651 de 1991, las Leyes 80 de 1993, 270 de 1996, 315 de 1996 y 446 de 1998.

<sup>10</sup> Como por ejemplo los jueces de paz, o la defensoría del cliente, en este sentido, J. Benetti Salgar, *El arbitraje en el Derecho Colombiano*, Bogotá, Temis, 2001, p. 47.

<sup>11</sup> Ej. El contenido del art. 103 de la ley 23 de 1991, antes de su modificación por el art. 19 del Decreto extraordinario 2279 de 1989, en este sentido, Consejo de Estado de Colombia, Sección Primera, Sentencia del 8.04.1999, Nro. Rad. 5191.

<sup>12</sup> Que contiene el así llamado "Estatuto de la Contratación Pública".

<sup>13</sup> Modificado en su inciso final por el art. 4 Ley 315 de 1996.

<sup>14</sup> Decreto que no incluyó el inciso final del art. 4 Ley 316 de 1996.

<sup>15</sup> En línea: <ftp://ftp.camara.gov.co/proley/Legislatura%202008%20-%202009/>, 25.04.2010.

<sup>16</sup> Proyecto de ley 014 de 2008, en adelante PL-014/08; con anterioridad en el 2002 el Gobierno Nacional ya había presentado a consideración del Congreso el Proyecto de Ley 85 de 2002 por el cual se esperaba la expedición de una Ley General de Arbitraje. Cf. N. Blackaby y S. Noury, "International arbitration in Latin America", *Latin Lawyer Review*, p. 3, en línea: <http://www.freshfields.com/publications/pdfs/2006/LLReviewArbitration.pdf>, 25.04.2010; sobre el contenido del antiguo Proyecto de Ley 85 de 2002, G.J. Ravassa Moreno, *Derecho mercantil internacional. Principios y normas*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2004, p. 594 ss. Se aducen razones políticas al impedimento para la expedición de tal proyecto de ley, Cf. P.E. Mason y M. Gomm-Santos, "New Keys to Arbitration in Latin-America", *Journal of International Arbitration*, 31, 2008, pp. 45 ss, en línea: <http://www.buchananingersoll.com/media/pnc/5/media.2075.pdf>, 25.04.2010.

<sup>17</sup> Así aún el art. 159 Decreto 1818 de 1998.

<sup>18</sup> Cf. Exposición de Motivos, PL-014/08.

<sup>19</sup> Sobre la Ley Modelo, J.C. Fernández Rozas, *Ius mercatorum. Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales*, Madrid, Consejo General del Notariado, 2003, p. 256 ss.

Frente a ello, si se observa cercanamente el informe 2007–2008 presentado por parte de la Rama Judicial al Congreso de la República, se encuentra que mientras el 89% de los procesos que ingresan a la Rama Judicial, corresponden a la Jurisdicción Ordinaria, solo un 9,2%, a la de lo Contencioso Administrativo, un 1,6%, a la Disciplinaria y un 0,1% a la Corte Constitucional<sup>20</sup>. Asimismo se resalta al iniciar tal periodo, que frente a un total de 4.494 funcionarios en los juzgados civiles municipales y de circuito<sup>21</sup>, existía una demanda del servicio de justicia ante la jurisdicción civil estatal, de un total de 1.197.710 procesos sin trámite, en relación a 370.310 procesos con trámite<sup>22</sup>.

## II. Teleología del art. 229 de la Constitución Política

Lo anterior permite advertir una congestión en el inventario de procesos surtidos en el ámbito del derecho privado ante la jurisdicción estatal colombiana, que dificulta el cumplimiento del mandato del art. 229 de la Constitución Política, referente a que toda persona tiene derecho a acceder a la administración de justicia, norma que posee un contenido más amplio que el de su simple tenor literal. Esta congestión, afecta el aseguramiento de una protección auténtica y real de las garantías y derechos<sup>23</sup> subjetivos de los particulares. Sin embargo, este aseguramiento no es únicamente realizable a través del derecho del particular a acceder a los tribunales estatales, que a su vez se deriva del principio del Estado de Derecho previsto en el art. 11 de la Constitución, y del derecho de toda persona a no ser sustraído de su juez legal<sup>24</sup>. Evento que si bien en Colombia no tiene una consagración expresa como la presente en la frase 2 del inciso I del art. 1101 de la Ley Fundamental Alemana<sup>25</sup>, si está contenido en el art. 29 referente al debido proceso.

Como componente del principio del Estado de Derecho se distingue la realización de la seguridad jurídica, de la justicia en el ser humano y en la comunidad<sup>26</sup>, que exige, el reconocimiento de la garantía fundamental de libertad de acción y de autonomía del particular, contenida en el art. 116 de la Constitución colombiana, de la cual emana el derecho de libertad negocial<sup>27</sup>, así como la potestad de pactar bajo su propia responsabilidad, de forma libre<sup>28</sup> y consciente<sup>29</sup>, el someter a arbitraje una controversia existente o futu-

<sup>20</sup> [http://www.ramajudicial.gov.co/csj\\_portal/assets/INFORME%20CONGRESO %202007%20-2008.pdf](http://www.ramajudicial.gov.co/csj_portal/assets/INFORME%20CONGRESO%202007%20-2008.pdf), p. 42., 7.03.2010.

<sup>21</sup> *Ibid.*

<sup>22</sup> Cf., J.C. Fernández Rozas, *Tratado del arbitraje comercial...*, op. cit. p. 63 ss.

<sup>23</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-227 de 2009.

<sup>24</sup> Sobre el contenido de la garantía de protección judicial efectiva en Alemania, ante todo D. Lorenz, *Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie*, Múnich, Münchener Universitätschriften, Reihe der Juristische Fakultät, 1972, pp. 11 ss.

<sup>25</sup> "Artikel 101 (1) Ausnahmegerichte sind unzulässig. Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden. (2) Gerichte für besondere Sachgebiete können nur durch Gesetz errichtet werden.", en línea: [http://www.bundestag.de/dokumente/rechtsgrundlagen/grundgesetz/gg\\_09.html](http://www.bundestag.de/dokumente/rechtsgrundlagen/grundgesetz/gg_09.html), 17.04.2010.

<sup>26</sup> Cf. H. Maurer, *Staatsrecht I*, 3ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2003, p. 213.

<sup>27</sup> Cf. A. Stadler y B. Ruethers, *Allgemeiner Teil des BGB*, 14ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2006, p. 26; J.C. Fernández Rozas, *Tratado del arbitraje comercial...*, op. cit. p. 300.

<sup>28</sup> A. Stadler y B. Ruethers, *Allgemeiner Teil ...*, op. cit., p. 26.

ra<sup>30</sup>. En este sentido, el derecho de libertad de acción y de autonomía del particular se presenta como especificación del concepto que fundamenta al Estado democrático, o mejor, se considera al Estado de derecho como trasfondo a través del cual debe analizarse este derecho de libertad<sup>31</sup>. Su radiación se extiende hasta el inciso IV del art. 116 de la Norma Fundamental, que establece, la opción de investir transitoriamente a particulares de la función de administrar justicia, v. gr., como árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o equidad en los términos que la ley determine.

### III. Ausencia de privatización de la justicia ante el arbitraje

El contenido del art. 1116 no establece una forma de privatización de una función estatal. Ni formal, por cuanto el Estado no está creando ni tomando parte en una organización de derecho privado con el fin de continuar garantizándola a través de esta<sup>32</sup>; ni funcional, toda vez que no se modifica la estructura de responsabilidad con relación a una tarea estatal, mientras es escindida una parte (*„Teilbeitrag“*) de la responsabilidad de cumplimiento estatal, que es confiada a los particulares;<sup>33</sup> ni material, por cuanto no cede su ejecución para que la ejerza en adelante el ámbito económico privado con base en el principio de la libre competencia;<sup>34</sup> ni se trata tampoco de una renuncia del Estado al cumplimiento de una tarea estatal que confía a los particulares para su garantía autónoma, con la asignación adicional de facultades soberanas, (así llamada *„Beleihung“*);<sup>35</sup> mucho menos configura en virtud de lo anterior, una posición de garante del Estado en la que conserve alguna obligación de control y asunción sobre la ejecución de una función pública alguna vez cedida<sup>36</sup>.

De acuerdo con Fernández Rozas, la labor de los árbitros no configura una sustitución del ámbito de actuación conferido a los órganos de la justicia estatal<sup>37</sup>. La función de ejecutar lo resuelto arbitralmente frente los derechos convencionalmente disponibles por las partes y ante la falta de su cumplimiento voluntario, es un poder de imperio del Estado no susceptible de ce-

<sup>29</sup> Ley Modelo Uncitral sobre Arbitraje Comercial Internacional, en línea: [http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf), 17.04.2010, p. 30.

<sup>30</sup> *Ibid.*

<sup>31</sup> Cf. B.-J. Kiesow, *Vereinbarkeit des Schiedsgerichtswesens mit dem Grundgesetz unter besonderer Beruecksichtigung von Art. 92 GG*, Duesseldorf, 1962, p. 63.

<sup>32</sup> Cf. H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 15<sup>a</sup> ed, Múnich, C.H. Beck, 2004, p. 618; M. Burgi, en: H.-U. Erichsen y D. Ehlers, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, p. 271 ss; J.H. Muriel-Ciceri, *Die Übertragung der Abfallentsorgung auf Dritte*, Konstanz, Hartung-Gorre Verlag, 2006, p. 148.

<sup>33</sup> Este concepto es así acuñado por M. Burgi, *Allgemeines ...*, op. cit., p. 280.

<sup>34</sup> Así H. Maurer, *Allgemeines ...*, op. cit., p. 619.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 615 ss.; M. Burgi, *Allgemeines ...*, op. cit., p. 277; J.H. Muriel-Ciceri, *Die Übertragung ...*, op. cit., p. 147.

<sup>36</sup> Cf. J.H. Muriel-Ciceri, op. cit., p. 137.

<sup>37</sup> Cf. J.C. Fernández Rozas, "Arbitraje y Jurisdicción: una interacción necesaria para la realización de la justicia", *Derecho Privado y Constitución*, 2005, pp. 57 ss, esp. pp. 63 y 65.

sión a terceros particulares<sup>3839</sup>. Situación que en el contexto internacional resalta la inexistencia de un orden jurídico estatal para realizar su labor<sup>40</sup>.

Es así como el árbitro al ejecutar su tarea, ni funcionalmente u organizacionalmente, forma parte de una estructura jurisdiccional, o mediata de responsabilidad estatal<sup>41</sup>. La teoría española que cabalmente concibe al arbitraje, como un equivalente jurisdiccional<sup>42</sup>, es asimismo armonizable con la teoría alemana, referente a que el arbitraje no vulnera el monopolio del poder judicial reservado a los jueces, en virtud de su legitimación en el convenio arbitral<sup>43</sup> (cf. art. 92, 19.IV, 101.I, 2 GG). El tribunal arbitral no ejercita una función estatal, ni pertenece a la estructura del poder judicial<sup>44</sup>, no obstante sus decisiones deben tener el mismo efecto que una sentencia en firme<sup>45</sup>. Se trata de una instancia de solución de conflictos *Konfliktlösungsinstanz* que equivalentemente existe al lado de la jurisdicción estatal<sup>46</sup>. Con la activación de este mecanismo, el Estado se retira del ejercicio de la función de administración de justicia sobre el asunto objeto de litigio, pero en virtud del acuerdo de voluntad de los particulares, quienes basados en el margen de movimiento que garantiza su derecho libertad de acción y de autonomía, de forma libre renuncian parcialmente a la protección judicial estatal<sup>47</sup>, y someten al mecanismo arbitral, una controversia existente o futura,<sup>48</sup> frente a asuntos transigibles<sup>4950</sup>.

<sup>38</sup> *Ibid.*, pp. 57, 58, 68, 81; J.C. Fernández Rozas, en: J.C. Fernández Rozas, R. Arenas García y P. de Miguel Asensio, *Derecho de los negocios ...*, op. cit., p. 630.

<sup>39</sup> Del mismo modo, la fuerza jurídica del laudo no se deriva de una cesión estatal, sino que encuentra su raigambre en la autonomía de la voluntad de las partes (p. 59), para un caso concreto y temporal (p. 88), sobre asuntos determinados de libre disposición (p. 59) J.C. Fernández Rozas, "Arbitraje y Jurisdicción...", loc. cit.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 60.

<sup>41</sup> Respecto a la cesión de funciones públicas a terceros, J.H. Muriel-Ciceri, *Die Übertragung ...*, op. cit., p. 144 ss.

<sup>42</sup> Cf. Ante todo J.C. Fernández Rozas, "Arbitraje y Jurisdicción...", con remisión al art. 24 de la Constitución Española, y a las Sentencias, STC 288/1993 y STC 176/1996 con más referencias, loc. cit., pp. 71 ss; adicionalmente, B. Cremades, "Constitutional Aspects of Arbitration in Spain", *Zivil- und Wirtschaftsrecht im Europäischen und Globalen Kontext, Festschrift für Norbert Horn*, 2006, p. 909-911.

<sup>43</sup> Cf. J. Beulker, *Die Eingriffsnormenproblematik in internationalen Schiedsverfahren Parallelen und Besonderheiten im Vergleich zur staatlichen Gerichtsbarkeit*, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, *Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht*, vol. 153, Tübinga, Mohr Siebeck, 2004, p. 147.

<sup>44</sup> Cf. J. Beulker, *Die Eingriffsnormenproblematik...*, op. cit., p. 147.

<sup>45</sup> Art.1055 ZPO.

<sup>46</sup> J. Beulker, quien sin embargo adicionalmente considera al arbitraje como una verdadera jurisdicción que tiene un carácter procesal jurisdiccional: *Die Eingriffsnormenproblematik...*, op. cit., p. 150.

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 147.

<sup>48</sup> Ley Modelo CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, p. 30.

<sup>49</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-294 de 1995; vid. asimismo J.C. Fernández Rozas, "Arbitraje y Jurisdicción...", loc. cit., p. 59. Asimismo, J.C. Fernández Rozas, en J.C. Fernández Rozas, R. Arenas García y P. de Miguel Asensio, *Derecho de los negocios ...*, op. cit., p. 630; en una comparación del Derecho alemán, inglés, sueco y ruso, C. Söderlund, "Vergleichender Überblick ...", loc. cit., 130 (131)

<sup>50</sup> Cf. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-378 de 2008.

En suma: ante la activación del mecanismo del arbitraje en Colombia, no se presenta un caso de privatización de la justicia<sup>51</sup>.

#### IV. Garantía de protección efectiva de derechos

Desde diferentes perspectivas, puede analizarse la garantía de protección efectiva o real de derechos subjetivos del particular, en torno a la materia arbitral. Una, es la referente a la garantía fundada en virtud del acuerdo arbitral, de protección jurídica ante los tribunales arbitrales (1). Otra, es la del derecho (fundamental) de toda persona, de recurrir a la vía judicial<sup>52</sup>, con el objeto de obtener ante los jueces y tribunales estatales, la protección jurídica frente a la vulneración de sus derechos subjetivos (2).

##### 1. Garantía de protección jurídica efectiva ante los tribunales arbitrales

###### A) Concepto

En el primer evento, el acuerdo arbitral se acuña con la pretensión de un procedimiento arbitral equitativo, en el cual cada una de las partes tenga la posibilidad de hacer valer sus derechos<sup>53</sup>, a través de un procedimiento flexible, confidencial y no extenso, que brinde fiabilidad al pronunciamiento de una correcta decisión, contenida en un laudo proferido en justo tiempo, con eficiencia y justicia de costos, que consolide inter partes una ficción savignyana de verdad<sup>54</sup>. Su inmanente poder de vinculación, motiva su cumplimiento voluntario y en caso de ser requerido, su obligatoriedad exige el consecuente reconocimiento o ejecución por el tribunal estatal correspondiente<sup>56</sup>.

---

<sup>51</sup> Sobre la inexistencia de la privatización de la justicia ante el arbitraje, J.C. Fernández Rozas, "Arbitraje y Jurisdicción...", *loc. cit.*, p. 55–92. Del mismo modo la Corte Constitucional Colombiana en Sentencia C-672 de 1999, ha establecido al examinar la constitucionalidad de normas tales como el art. 111 de la Ley 446 de 1998 ("Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia."), que la justicia arbitral es un instrumento opcional que no puede expandirse a tal extremo que implique el remplazo de la administración de justicia gratuita a cargo del Estado, ni "puede significar, en muchos casos, que se imponga a la parte débil en una relación jurídica, por la vía del arbitramento, la solución de un conflicto, que en ciertas ocasiones puede implicar la renuncia a sus derechos e intereses.". *Vid. adicionalmente* J.C. Fernández Rozas, *Tratado del arbitraje comercial...*, *op. cit.*, p. 67 ss., nos 23, 24; pp. 95 ss.

<sup>52</sup> Cf. H. Maurer, *Staatsrecht ...*, *op. cit.*, p. 226.

<sup>53</sup> Ley Modelo CNUDMI, art. 18.

<sup>54</sup> M. F.C. Savigny, *Sistema del derecho romano actual* (reimpresión), Comares, Granada, 2005 p. 1091.

<sup>55</sup> Cf. R.A. Schütze, *Effektivität des Rechtsschutzes vor den Schiedsgerichten*, "Effektivität des Rechtsschutzes vor staatlichen und privaten Gerichten", P. Gottwald (ed.), Bielefeld, Gieseking Verlag, 2006, pp. 175, 176, quien presenta como componentes de la efectividad de la protección jurídica ante los Tribunales Arbitrales, (1) *Faires Verfahren*, (2) *Richtigkeit der Entscheidung*, (3) *Prozessdauer*, (4) *Verfahrensgestaltung*, (5) *Kostengünstigkeit und Kostengerechtigkeit*, (6) *Nichtöffentlichkeit*, (7) *Durchsetzbarkeit des Titels*.

<sup>56</sup> *Ibid.*

## B) Normatividad

En consonancia con parte del esquema planteado por Schütze<sup>57</sup>, puede indicarse frente a la normatividad colombiana lo siguiente:

a) *Configuración de un procedimiento equitativo*. Si bien, ni el Decreto 1818 de 1998 ni la Ley 315 de 1996, contemplan expresamente el mandato de trato equitativo de las partes en el procedimiento arbitral, como si lo establece por ejemplo el art. 18 LUM<sup>58</sup>, este es tomado en consideración por la normatividad vigente, en cada una de las fases del procedimiento. Ello se observa al permitirse en igualdad de condiciones, el ejercicio pleno de los derechos de las partes, en especial, el debido proceso.

En este sentido establece entre otros aspectos:

i) La posibilidad de alegar dentro de la primera audiencia de trámite, en la que se resuelve la competencia del tribunal, su no constitución en forma legal<sup>59</sup>, lo que a su vez es compatible con la primera frase del numeral 1 en unión con el art. 16.2° LMUnumeral 2 del art. 16 LMU.

ii) La facultad del Tribunal de Arbitramento de decretar en pleno y practicar las pruebas solicitadas por las partes, incluso las presentadas por estas de común acuerdo hasta antes de proferirse el laudo<sup>60</sup>, así como las que oficiosamente considere pertinentes, caso en el cual, el Tribunal tiene las mismas facultades y obligaciones que se señalan al juez en el Código de Procedimiento Civil<sup>61</sup> (CPC), siendo admisible únicamente el recurso de reposición contra las providencias que las nieguen, en tanto las providencias que decreten pruebas no admiten recurso alguno<sup>62,63</sup>.

iii) Un procedimiento especial para solucionar los impedimentos o recusaciones existentes o sobrevinientes de los árbitros<sup>64</sup>, de acuerdo con las causales previstas en el CPC para los jueces<sup>65</sup>, y previendo, la suspensión

<sup>57</sup> Cf. R.A. Schütze, *Effektivität des Rechtsschutzes...*, op. cit., p. 171 ss.

<sup>58</sup> Vid. Ley Modelo CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, en línea: [http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf), 17.04.2010; Del mismo modo, el inciso I del § 1042 del "Zivilprozeßordnung" de Alemania. En similar sentido, el art. 170 del PL-014/08.

<sup>59</sup> Cf. N° 2 del art. 147 (primera audiencia de trámite), en unión con el art. 163 Nro. 2 (causales de anulación del laudo) del Decreto 1818 de 1998; en este sentido también R. Bejarano Guzmán, *El Procedimiento...*, op. cit., p. 622.

<sup>60</sup> Cf. Art. 155, Decreto 1818 de 1998.

<sup>61</sup> Cf. Art. 174 ss., CPC

<sup>62</sup> Art. 151, Decreto 1818 de 1998.

<sup>63</sup> Art. 151-157, Decreto 1818 de 1998.

<sup>64</sup> Art. 130, 133, 134, Decreto 1818 de 1998.

<sup>65</sup> "Art. 150. *Causales de Recusación* (Art. 1, modificado por el art. 1, numeral 88 del Decreto 2282 de 1989). El nuevo texto es el siguiente: Son causales de recusación las siguientes: 1. Tener el juez, su cónyuge o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, interés directo o indirecto en el proceso. 2. Haber conocido del proceso en instancia anterior, el juez, su cónyuge o alguno de sus parientes indicados en el numeral precedente. 3. Ser el juez, cónyuge o pariente de alguna de las partes o de su representante o apoderado, dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. 4. Ser el juez, su cónyuge o alguno de sus parientes indicados, guardador de cualquiera de las partes. 5. Ser alguna de las partes, su repre-



del procedimiento desde la declaratoria del impedimento, de la aceptación de la recusación o desde el inicio de su trámite, incluso hasta su resolución, sin que ello afecte la validez de los actos realizados anteriormente<sup>6667</sup>.

iv) La facultad de los árbitros para la realización de las audiencias requeridas para la resolución arbitral<sup>68</sup> y el decreto de medidas cautelares<sup>6970</sup>, con el objeto de alcanzar un grado adecuado de convicción sobre los asuntos en litigio, así como procurar la garantía del equilibrio entre las partes, y evitar que las determinaciones adoptadas sean nugatorias<sup>7172</sup>.

v) El respeto al derecho de audiencias y defensa, al escuchar el Tribunal a continuación de la fase de instrucción, las alegaciones de las partes, luego de lo cual convoca a audiencia de fallo, en la que se lee a éstas las consideraciones relevantes del laudo y su resolución, entregando copia auténtica del mismo<sup>73</sup>.

---

sentante o apoderado, dependiente o mandatario del juez o administrador de sus negocios. 6. Existir pleito pendiente entre el juez, su cónyuge o alguno de sus parientes indicados en el numeral 3., y cualquiera de las partes, su representante o apoderado. 7. Haber formulado alguna de las partes, su representante o apoderado, denuncia penal contra el juez, su cónyuge, o pariente en primer grado de consanguinidad, antes de iniciarse el proceso, o después, siempre que la denuncia se refiera a hechos ajenos al proceso o a la ejecución de la sentencia, y que el denunciado se halle vinculado a la investigación penal. 8. Haber formulado el juez, su cónyuge o pariente en primer grado de consanguinidad, denuncia penal contra una de las partes o su representante o apoderado, o estar aquéllos legitimados para intervenir como parte civil en el respectivo proceso penal. 9. Existir enemistad grave por hechos ajenos al proceso, o a la ejecución de la sentencia, o amistad íntima entre el juez y alguna de las partes, su representante o apoderado. 10. Ser el juez, su cónyuge o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o primero civil, acreedor o deudor de alguna de las partes, su representante o apoderado, salvo cuando se trate de persona de derecho público, establecimiento de crédito o sociedad anónima. 11. Ser el juez, su cónyuge o alguno de sus parientes indicados en el numeral anterior, socio de alguna de las partes o su representante o apoderado en sociedad de personas. 12. Haber dado el juez consejo o concepto fuera de actuación judicial sobre las cuestiones materia del proceso, o haber intervenido en éste como apoderado, agente del Ministerio Público, perito o testigo. 13. Ser el juez, su cónyuge o alguno de sus parientes indicados en el numeral 1, heredado o legatario de alguna de las partes, antes de la iniciación del proceso. 14. Tener el juez, su cónyuge o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad o primero civil, pleito pendiente en que se controvierta la misma cuestión jurídica que él debe fallar”.

<sup>66</sup> Art. 137, Decreto 1818 de 1991, en este sentido también R. Bejarano Guzmán, *El Procedimiento...*, *op. cit.*, p. 622.

<sup>67</sup> A este tenor, consagra que el término para la resolución del trámite de la recusación, de la sustitución del árbitro impedido o recusado o la provisión del inhabilitado, deberá descontarse del estipulado para proferir el laudo. Art. 137, Decreto 1818 de 1991.

<sup>68</sup> Art. 151, Decreto 1818 de 1998.

<sup>69</sup> Art. 152, Decreto 1818 de 1998.

<sup>70</sup> Estas últimas son únicamente limitadas por la naturaleza de la controversia y el tipo de medida, bien sea de inscripción ante el registro inmobiliario, o del secuestro de bienes muebles.

<sup>71</sup> Cf. Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-431 de 1995, con remisión al concepto del entonces Procurador General de la Nación mediante oficio No. 632 de mayo 22 de 1995, quien sin embargo hace referencia a una “naturaleza jurisdiccional” de estas medidas, que hacen parte del “revestimiento de funciones judiciales a los árbitros”.

<sup>72</sup> En el caso de bienes sujetos a registro, la inscripción en el registro mercantil no los excluye del comercio, pero las disposiciones realizadas estarán sujetas a los efectos del laudo arbitral. (Cf. Lit. A Art. 152, Decreto 1818 de 1998) Tratándose de bienes muebles el interesado deberá cancelar una caución que garantice los perjuicios que puedan llegar a ocasionarse con el secuestro de estos. (Cf. Lit. B. Art. 152, Decreto 1818 de 1998)

<sup>73</sup> Art. 154, Decreto 1818 de 1998.

vi) Asimismo, luego de la expedición del laudo y hasta dentro de los 5 días siguientes, es viable de forma excepcional, de oficio o a solicitud presentada por una de las partes, la activación de un dispositivo subsanador de errores formales<sup>74</sup>, en los casos y condiciones establecidas en el CPC (art. 309–311 CPC), mediante el cual, 1) se aclaren los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutoria del laudo o influyan en ella<sup>75</sup>; 2) se corrijan los errores de aritméticos, tipográficos o similares<sup>76</sup>; 3) o se complemente éste, cuando el laudo omita la resolución de cualquiera de los extremos de la litis, o de cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento<sup>77</sup>.

Adicionalmente se considera que en una nueva regulación del arbitraje en Colombia, puede incluirse expresamente entre otros aspectos, el contenido del art. 28 LMU, como por ejemplo, la frase 1 del inciso I de este precepto, tal y como se refleja en la frase 1, del inciso I, del § 1051 del ZPO de Alemania, o en la frase 1, del inciso I del § 603 del ZPO de Austria, que permiten considerar a la “*lex mercatoria*”<sup>78</sup> como derecho aplicable, en sana protección del derecho de elección del derecho aplicable al fondo del asunto, como expresión de la autonomía de la voluntad de las partes<sup>79</sup><sup>80</sup>. Del mismo modo, esta regulación debería contemplar la facultad prevista en el inciso III del art. 28 de la Ley Modelo, fundada en la autorización expresa de las partes, de profirir por parte del Tribunal Arbitral una decisión *ex aequo et bono* o como amigable componedor<sup>81</sup>.

b) *Fiabilidad de la decisión*. El art. 1125 del Decreto 1818 de 1998 prevé que los reglamentos de los centros de arbitraje establecerán, entre otros aspectos, la forma de realización de las listas de árbitros con vigencia no superior a dos años, los requisitos que deben reunir, y las causales de exclusión. En este sentido la normatividad actual, cede la estipulación de los requisitos de idoneidad de los árbitros a los Reglamentos de los Centros de Arbitraje<sup>82</sup>.

<sup>74</sup> Término acuñado por J.C. Fernández Rozas, *Tratado del Arbitraje comercial...*, op. cit., p. 810, 812.

<sup>75</sup> Art. 309 CPC

<sup>76</sup> Art. 310 CPC

<sup>77</sup> Art. 311 CPC

<sup>78</sup> Cf. J.C. Fernández Rozas, “Un Derecho especial de carácter estatutario, procedente de las costumbres, elaborado por comerciantes agremiados y aplicado por los tribunales especiales”, *Ius mercatorum...*, op. cit., p. 31.; adicionalmente S. Leible, “El significado de los principios Unidroit para la seguridad jurídica en el comercio internacional”, *Derecho de los negocios*, septiembre 1999, pp. 11–20; asimismo *id.*, “Comercio Exterior y Seguridad Jurídica”, *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, n° 31, 1998, pp. 397–428.

<sup>79</sup> M. Kollik, “Die Lex Mercatoria ...”, *loc. cit.*, pp. 209 ss (214).

<sup>80</sup> Aspecto no considerado por el PL–014/08.

<sup>81</sup> Posibilidad no prevista en la ley arbitral inglesa y sueca, así C. Söderlund, “*Vergleichender Überblick ...*”, *loc. cit.*, 130 (136); Cf. Ley Sueca de Arbitraje, en línea: <http://sccinstitute.com/?id=23750>, 23.04.2010.

<sup>82</sup> De forma diferente el n° 1 del art. 191 del PL–014/08, establecía que los requisitos que deben contener los reglamentos de los Centros de Arbitraje serían determinados por el Ministerio del Interior y de Justicia. Reglamentos que previamente a la entrada en funcionamiento del Centro de Arbitraje correspondiente, debían ser aprobados mediante acto administrativo del Ministerio.

Es así como por regla general los Centros de Arbitraje de las Cámaras de Comercio en Colombia, estipulan los criterios y el procedimiento de conformación de las listas de árbitros así como una serie de requisitos que deben reunir los candidatos a pertenecer en la correspondiente lista oficial, los cuales se distinguen según la mayor o menor cuantía de los procesos y se asimilan a los existentes para ser Magistrado de Corte en el caso de procesos de mayor cuantía y a los de Magistrado de Tribunal en los de menor cuantía<sup>83</sup>. A pesar de que los requisitos de cualificación existentes, tienen adecuadamente como objeto, determinar la fiabilidad de los pertenecientes a la lista de árbitros, y armonizan el criterio de competencia con sus componentes de conocimiento y experiencia<sup>84</sup>, se puede adicionalmente prever en una nueva regulación, el conocimiento técnico de un idioma extranjero como uno de tales requisitos, para los casos de aplicación del arbitraje comercial internacional, si este fuere necesario, conocimiento que si bien puede ser suplido en principio por un traductor, presenta en tales eventos una limitación a la efectividad del procedimiento<sup>85</sup>.

Los reglamentos de los Centros de Arbitraje contemplan adicionalmente un régimen sancionatorio<sup>86</sup> que con observancia del derecho al debido proceso, permite censurar las faltas cometidas por los árbitros ante el incumplimiento de sus deberes legales, según la valoración de la gravedad de la falta cometida, contemplando, desde la amonestación hasta la exclusión del infractor<sup>87</sup>.

c) *Duración del proceso.* Siempre que convencionalmente no se hubiere establecido el término para la duración del proceso, deberá desarrollarse en

---

<sup>83</sup> Es así como por ejemplo el Reglamento del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Bucaramanga establece en su art. 45 los siguientes requisitos: (Categoría A.) Procesos de mayor cuantía. "1. Ser abogado titulado con tarjeta profesional; 2. Tener título de especialista obtenido en una universidad nacional o internacional en la rama del derecho en la cual aspira ser Árbitro, o experiencia en la misma como mínimo de diez (10) años; 3. Tener experiencia laboral mínima de diez (10) años referida al ejercicio de la profesión de abogado o al desempeño como docente en alguna disciplina jurídica; 4. No estar inhabilitado para ejercer sus derechos políticos o civiles; 5. No haber sido sancionado penal o disciplinariamente; 6. Haber recibido curso o especialización en Arbitraje; 7. Haber participado como Árbitro o apoderado, en mínimo dos (2) tribunales de arbitramento." (Categoría B.) Procesos de menor cuantía, "1. Ser abogado titulado con tarjeta profesional. 2. Tener título de especialista obtenido en una universidad nacional o internacional en la rama del derecho en la cual aspira ser Árbitro. 3. Tener experiencia laboral mínima de cinco (5) años referida al ejercicio de la profesión de abogado o al desempeño como docente en alguna disciplina jurídica. 4. No estar inhabilitado para ejercer sus derechos políticos o civiles. 5. No haber sido sancionado penal o disciplinariamente. 6. Haber recibido curso o especialización en Arbitraje.", en línea: [http://www.camaradirecta.com/index.php?id=2&ide=91&id\\_seccion=8](http://www.camaradirecta.com/index.php?id=2&ide=91&id_seccion=8), 22.04.2010.

<sup>84</sup> J.H. Muriel-Ciceri, *Die Übertragung...*, op. cit., p. 135.

<sup>85</sup> Cf. R.A. Schütze, *Effektivität des Rechtsschutzes...*, op. cit., p. 179; asimismo R.A. Schütze, "Probleme der Übersetzung im Zivilprozessrecht", *Ausgewählte Probleme des deutschen und internationalen Schiedsverfahrensrechts*, Colonia-Berlin-München, Carl Heymanns Verlag, 2006, pp. 137 ss (142).

<sup>86</sup> Reglamento del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición ..., loc. cit.: arts. 82-88.

<sup>87</sup> Cf. Art. 44, Estatutos del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, en línea: <http://www.camamed.org.co/cac/ Temas/Downloads/Downloads.asp>; asimismo, "Reglamento del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición...", loc. cit.: art. 87.

un término legal hasta de seis meses, contados a partir de la realización de la primera audiencia de trámite. Término que excepcionalmente admite prórrogas que no excedan en su conjunto de otros seis meses, adicionando los días que en virtud de la ley, el proceso se hubiere interrumpido o suspendido<sup>88</sup>. Ahora bien, al considerar el promedio de duración de los procesos que cursan ante la jurisdicción ordinaria en Colombia<sup>89</sup>, se encuentra que el término de seis meses previsto por el art. 1103 de la Ley 23 de 1991 modificatorio del artículo del Decreto extraordinario 2279 de 1989, es razonable, y se encuentra en armonía con contenidos tales como el del art. 24 Regl. CCI<sup>90</sup>.

d) *Costos del proceso*. La justicia de costos del proceso arbitral colombiano es garantizada por la vigencia del Decreto 4089 del 25 de octubre de 2007, por medio del cual se establecieron “las tarifas para los centros de conciliación y/o arbitraje, conciliadores y árbitros, y se dictan otras disposiciones para regular el adecuado funcionamiento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje”<sup>91</sup>. Regulación que unifica el valor de los gastos iniciales del proceso así como la tarifa máxima que pueden cobrar los centros de arbitraje de las personas jurídicas sin ánimo de lucro, árbitros y el secretario del Tribunal de Arbitramento<sup>92</sup>, medidas en salarios mínimos legales mensuales, de acuerdo con la cuantía del proceso. Los reglamentos nacionales de arbitraje<sup>93</sup> deben estar en armonía con esta regulación. No obstante aún permanece vigente el art. 159 del Decreto 1818 de 1998 que obliga a incluir en el laudo la disposición referente a “que previa su inscripción en lo que respecta a bienes sujetos a registro, se protocolice el expediente por el presidente en una notaría del círculo que corresponda al lugar en donde funcionó el Tribunal”<sup>94</sup>, y adicionalmente interseca con el principio de confidencialidad del proceso arbitral<sup>95</sup>. Precepto que por tal razón debe suprimirse en

---

<sup>88</sup> Art. 103 Ley 23 de 1991, modificatorio del art. 19 Decreto 2279 de 1989. El art. 126 Decreto 1818 de 1998 fue declarado nulo mediante Sentencia del 8.04.1999 de la Sección Primera del Consejo de Estado de Colombia, n° Rad. 5191. Indicando que “al prescribir el art. 166 de la ley 446 de 1998 que el Gobierno Nacional queda facultado para compilar las normas vigentes contenidas, entre otras, en la ley 23 de 1991, sin cambiar su redacción, ni contenido, es evidente que el Gobierno Nacional debió reproducir el texto del art. 103 Ley 23 de 1991, que modificó el art. 19 del decreto extraordinario 2279 de 1989, y no reproducir el texto original de este último art. Icitado, pues, al hacerlo, contrarió lo dispuesto en los arts. 166 de la ley 446 de 1998 y 103 de la ley 23 de 1991”.

<sup>89</sup> Cf. Informe 2007–2008 presentado por parte de la Rama Judicial al Congreso de la República, que indica que al iniciar el 2007, del inventario de procesos que puede impulsar el juez corresponde al 30% del total del inventario, generando congestión el 70% restante, en Línea: [http://www.ramajudicial.gov.co/cs\\_j\\_portal/assets/INFORME%20CONGRESO%202007%20-2008.pdf](http://www.ramajudicial.gov.co/cs_j_portal/assets/INFORME%20CONGRESO%202007%20-2008.pdf), p. 53, 7.03.2010.

<sup>90</sup> En línea: [http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/Arbitration/other/rules\\_arb\\_spanish.pdf](http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/Arbitration/other/rules_arb_spanish.pdf), 22.04.2010.

<sup>91</sup> Decreto que con el objeto de mejorar el acceso a la conciliación y el arbitraje y procurar la sostenibilidad de los centros de conciliación y/o arbitraje, derogó el Decreto 1000 del 30 de marzo de 2007.

<sup>92</sup> Cf. Decreto 4089 de 2007: arts. 11–19.

<sup>93</sup> Cf. Art. 93 Ley 23 de 1991 que incorporó el art. 125 Decreto 1818 de 1998, referente a el contenido de los Reglamentos de los Centros de Arbitraje. En especial, lit. c (tarifas de honorarios para árbitros y secretarios), lit. d. (tarifas para gastos administrativos).

<sup>94</sup> Acápito que correctamente eliminaba el PL–014/08.

<sup>95</sup> Cf. R.A. Schütze, *Effektivität des Rechtsschutzes* ..., p. 195.

una nueva ordenación del Derecho arbitral colombiano. En todo caso, la justicia de costos debe estar adicionalmente medida por la realización de los demás componentes de la garantía de protección jurídica efectiva ante los tribunales arbitrales.

e) *Ejecución del laudo*. El inmanente poder de vinculación del laudo arbitral, motiva su cumplimiento voluntario y de ser requerido, su obligatoriedad exige su consecuente ejecución forzosa<sup>96</sup>, en calidad de título ejecutivo<sup>97</sup>, que en el caso Colombiano se surte ante el juez ordinario correspondiente<sup>98</sup>, con limitadas excepciones de fondo<sup>99</sup>.

f) *En suma*: De acuerdo con lo anterior, la regulación del arbitraje en Colombia ofrece una garantía real de protección de derechos a las partes, mejorable a través de la presentación de un nuevo Proyecto de Ley ante el Congreso de la República, que puede rescatar el texto del antiguo Proyecto de Ley 014 de 2008 y referirse al arbitraje comercial nacional e internacional, o de la incorporación cuasi integral de la LMU en el Derecho interno<sup>100</sup>, como herramienta de armonización de la normatividad colombiana en esta materia, conservando la opción de estipular figuras de la regulación actual, tales como, la facultad de los árbitros de decretar en el sentido expresado, las medidas cautelares necesarias.

## 2. Garantía de protección judicial efectiva

### A) Concepto

En el segundo evento, la garantía de protección judicial efectiva, se deriva del deber del Estado de Derecho, de ocuparse del cuidado y responsabilidad de la realización del ordenamiento constitucional por él creado, que solo es accesible en la vía jurídica<sup>101</sup>. Aquí es confiado por el Estado de Derecho al

<sup>96</sup> *Ibid.*

<sup>97</sup> Cf. En el Derecho austriaco Gesetz vom 27. Mai 1896, über das Exekutions- und Sicherungsverfahren (Exekutionsordnung – EO), § 1 Z 16 EO; M. Kollik, “Die Lex Mercatoria ...”, *loc. cit.*, 209 (213).

<sup>98</sup> Art. 165, Decreto 1818 de 1998.

<sup>99</sup> El art. 509 del Código de Procedimiento Civil estipula que ante un título ejecutivo consistente en un laudo, “sólo podrán alegarse las excepciones de pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, siempre que se basen en hechos posteriores a la respectiva providencia; la de nulidad en los casos que contemplan los numerales 7 y 9 del art. 1140, y de la pérdida de la cosa debida. En este evento no podrán proponerse excepciones previas ni aún por la vía de reposición. En este evento no podrán proponerse excepciones previas ni aún por la vía de reposición.” Nro. 7, Art. 140 “Cuando es indebida la representación de las partes”. N° 9 Art. 140 “Cuando no se practica en legal forma la notificación... o el emplazamiento... o no se cita en debida forma al Ministerio Público en los casos de ley.”

<sup>100</sup> Sobre el efecto de la LMU para el sistema arbitral en Alemania, en extenso K.H. Schwab y G. Walter, *Schiedsgerichtsbarkeit*, Kommentar, 7.<sup>a</sup> ed., C.H. Beck, 2005; en Austria por ejemplo, P. Oberhammer, “Der Weg zum neuen österreichischen Schiedsverfahrensrecht”, *SchiedsVZ*, 2006, pp. 57 ss; en una comparación de Alemania, Inglaterra, Suecia y Rusia, Söderlund “Vergleichender Überblick ...”, *loc. cit.*, 130; adicionalmente desde la perspectiva del Ministerio Federal de Justicia de Alemania en el caso alemán, B. Zypries, “Zur Rolle der Schiedsgerichtsbarkeit in Deutschland”, *SchiedsVZ*, 2009, pp. 1 ss.

<sup>101</sup> Así, ante todo D. Lorenz, no obstante con principal referencia al art. 19 IV de la Ley Fundamental Alemana, que tiene un contenido especial, frente a vulneraciones del poder público. *Verwaltungsprozessrecht*, Enzyklopädie der Recht- und Staatswissenschaft, Springer, Berlín 2000, § 3 Rd. 1, p. 19;

Poder Judicial, el cuidado del ordenamiento jurídico objetivo y la consecución de los derechos subjetivos del particular<sup>102</sup>. La garantía contiene por lo tanto, la exigencia de que el particular pueda obtener la protección de su derecho vulnerado, con un pronunciamiento rápido, sencillo<sup>103</sup> y fiable de la decisión<sup>104</sup>.

#### B) Normatividad

Ahora bien, el convenio arbitral no elimina absolutamente la protección estatal<sup>105</sup>. La protección de los jueces y tribunales estatales permanece latente y se limita a los *numerus clausus* de intervención que la ley determina frente al arbitraje, cuya medida es el *ordre public*<sup>106107</sup>. En el caso colombiano, son establecidas estas causales dentro de dos modalidades de impugnación, (a) el recurso de anulación del laudo frente a las vulneraciones graves en el procedimiento arbitral y (b) el recurso de revisión de éste o de la sentencia que resolvió el recurso de anulación.<sup>108</sup>

a) *El recurso de anulación*: El recurso de anulación se interpone de conformidad con el inciso I del art. 161 Decreto 1818 de 1998, dentro de los 5

---

D. Lorenz, *Der Rechtsschutz...*, op. cit., p. 11. Teniendo presente en todo caso, que los criterios derivados del art. 19 IV LF, pueden considerarse como elemento esencial de medición, de la garantía general de protección judicial efectiva. W.D. Walker, *Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozeß und im arbeitsgerichtlichen Verfahren*, Tubinga, Mohr Siebeck, 1993, p. 38. Adicionalmente como Maurer ha expuesto, es una obligación del Estado el establecer “un sistema de protección jurídica suficiente” para la realización de una general tutela judicial efectiva, *Staatsrecht...*, op. cit., p. 227, con remisión a BVerfGE 85, 337,345. En este sentido, como el Tribunal Constitucional Alemán ha interpretado frente a este concepto en concreto en la sentencia – 2 BvR 307/01 –, “Das Rechtsstaatsprinzip verlangt einen wirkungsvollen Rechtsschutz in bürgerlich–rechtlichen Streitigkeiten (allgemeiner Justizgewährungsanspruch; vgl. BVerfGE 80, 103 <107>; 85, 337 <345>; 97, 169 <185>). Dieser umfasst das Recht auf Zugang zu den Gerichten und eine grundsätzlich umfassende tatsächliche und rechtliche Prüfung des Streitgegenstandes sowie eine verbindliche Entscheidung durch den Richter (BVerfGE 85, 337 <345>)” En línea: [http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20020328\\_2bvr030701.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20020328_2bvr030701.html), 26 de abril de 2010.

<sup>102</sup> Así D. Lorenz, *Verwaltungsprozessrecht...*, op. cit., p. 16; D. Lorenz, *Der Rechtsschutz...*, op. cit., p. 14.

<sup>103</sup> J. Ipsen, *Staatsrecht I*, Múnich, Luchterhand, 2005, Rd. 807, p. 208.

<sup>104</sup> De modo que no quede sin valor frente a hechos no reparables, H. Maurer, *Staatsrecht ...*, op. cit., p. 224.

<sup>105</sup> Cf. en el Derecho alemán, J. Beulker, *Die Eingriffsnormenproblematik...*, op. cit., p. 147.

<sup>106</sup> Cf. J.C. Fernández Rozas, en: J.C. Fernández Rozas, R. Arenas García y P. de Miguel Asensio, *Derecho de los negocios ...* op. cit., p. 630; asimismo, M. Kollik, quien explica que en el Derecho austriaco, de acuerdo con el § 611 II Z 8 ZPO referente a las causales de anulación del laudo, “cada infracción al apremiante ordenamiento austriaco, no representa una vulneración al *ordre public* jurídico material, sino únicamente cuando afecta una regla que expresa un especial valor fundamental”, *Die Lex Mercatoria ...*, loc. cit., pp. 209 ss (213).

<sup>107</sup> Cf. J. Beulker, *Die Eingriffsnormenproblematik...*, op. cit., pp. 147 ss (150).

<sup>108</sup> C. Söderlund resalta como de forma excepcional al Derecho arbitral en Alemania, Inglaterra y Rusia; la Ley de Arbitraje de Suecia prevé en el art. 51, la posibilidad de que las partes renuncien a los recursos legales, a través de un acuerdo expreso, en tanto ninguna de las partes esté domiciliada o tenga su lugar de negocios en Suecia; “Vergleichender Überblick ...”, loc. cit., pp. 130 ss (132). Cf. Ley Sueca de Arbitraje, en línea: <http://sccinstitute.com/?id=23750>, 23.04.2010. Evento no previsto en la normatividad colombiana de arbitraje, en beneficio de una garantía reforzada de protección judicial, ante graves vulneraciones procedimentales.

días siguientes a la notificación del laudo o de la providencia que lo corrija, aclare o complementa, ante el Presidente del Tribunal Arbitral. El trámite del recurso se surte ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial, que corresponda a la sede del Tribunal Arbitral<sup>109</sup>. Debe resaltarse que de las nueve causales establecidas en el art. 163 Decreto 1818 de 1998, están vigentes ocho, que van desde la nulidad absoluta del pacto arbitral por objeto o causa ilícita, hasta el no haberse proferido decisión sobre cuestiones sujetas al arbitramento.

La causal tercera, referente a no haberse realizado las notificaciones en la forma prevista en tal Decreto, salvo que de la actuación procesal se dedujera que el interesado conoció o debió conocer la providencia, fue declarada nula por el Consejo de Estado en 1999<sup>110</sup>. Adicionalmente, entre los efectos de la sentencia que resuelve el recurso de anulación, se realiza una mezcla entre los que corresponden de acuerdo con la naturaleza de cada causal, a la corrección o adición del laudo y aquellos que fundan la verdadera nulidad de éste<sup>111</sup>.

Consecuentemente, ante un nuevo Proyecto de Ley en esta materia, debe considerarse la subsunción de las causales previstas para la nulidad en *stricto sensu* de la decisión arbitral, dentro de las previstas en el numeral 2 del art. 34 LMU<sup>112</sup>. Ello permitiría que las causales atinentes a la corrección del laudo se examinen dentro del momento procedimental adecuado de subsanación y aclaración, tal como lo establece el art. 33 LMU, y no a través de un recurso de impugnación del laudo<sup>113</sup>.

b) *El recurso de revisión*: Aparte del recurso de anulación, existe conforme al inciso I del art. 1166 del Decreto 1818 de 1998, un recurso de revisión, que procede contra el laudo arbitral y la sentencia del Tribunal Superior proferida frente a éste, por los motivos y trámites señalados en el (art. 380 CPC).

Sin embargo, indica a continuación de forma expresa el inciso II del art. 1166 del Decreto 1818 de 1998, la imposibilidad de alegar la indebida representación o falta de notificación, por quien tuvo la oportunidad de interponer el recurso de anulación con base en ella. Si bien como se indicó, esta causal fue anulada por el Consejo de Estado del listado de causales de procedibilidad del recurso de anulación<sup>114</sup>, es en todo caso viable acudir a la causal de revisión establecida en el art. 380 CPC, prevista como autónoma y referente

<sup>109</sup> Art. 161, Decreto 1818 de 1998.

<sup>110</sup> Ello en razón de que el contenido de este numeral compilaba el numeral 3 del Decreto 2279 de 1989 que fue expresamente derogado por el art. 167 de la ley 446 de 1998, el Gobierno Nacional vulneró el art. 166 de la ley 446 de 1998, que sólo le permitía compilar las normas que se encontrasen vigentes. Cf. Consejo de Estado de Colombia, Sección Primera, Sentencia del 8.04.1999, N° Rad. 5191.

<sup>111</sup> Cf. El inciso II del Art. 165 del Decreto 1818 de 1998 "Cuando prospere cualquiera de las causales señaladas en los numerales 1, 2, 4, 5 y 6 del art. 38 del presente decreto, declarará la nulidad del laudo. En los demás casos se corregirá o adicionará."

<sup>112</sup> Como lo establecía el art. 186 del PL-014/08.

<sup>113</sup> Asimismo la incorporación en el derecho colombiano de la Ley Modelo CNUDMI, brindaría flexibilidad y utilidad para el ámbito de los negocios internacionales en el contexto colombiano. En este sentido respecto a las Leyes de Arbitraje en Alemania, Suecia, Inglaterra y Rusia, C. Söderlund, "Vergleichender Überblick...", *loc. cit.*, 130 (137); asimismo sobre el caso alemán desde la perspectiva del Ministerio Federal de Justicia, B. Zypries, "Zur Rolle der Schiedsgerichtsbarkeit...", *loc. cit.*, 1 (2).

<sup>114</sup> Consejo de Estado de Colombia, Sección Primera, Sentencia del 8.04.1999, Nro. Rad. 5191.

a la revisión por razón de indebida representación o falta de notificación o emplazamiento, al remitir ésta a los casos contemplados en los numerales 7 a 9 del art. 140 CPC, en tanto no se haya saneado la nulidad.

Ahora bien, la competencia para conocer del recurso de revisión contra el laudo arbitral está radicada en el Tribunal Superior del Distrito Judicial del lugar correspondiente a la sede del Tribunal de Arbitramento, y contra la sentencia del Tribunal Superior que decide el recurso de anulación, en la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.<sup>115</sup> El recurso se podrá interponer por regla general, dentro de los dos años siguientes a la ejecutoria del laudo o de la sentencia, o si se trata por ejemplo, de un caso de indebida notificación o representación,<sup>116</sup> debe contarse el término desde que el recurrente tiene conocimiento del laudo con un límite de cinco años, y presenta como efectos, en el caso de las causales 1 a 6 o 9 del art. 380 CPC, el invalidar la sentencia revisada y dictar la que en Derecho corresponde, si se encuentra fundada la prevista en el numeral 8 de nulidad de la sentencia de anulación, deberá declararse sin valor la sentencia y devolverse el proceso al tribunal o juzgado de origen para que la dicte de nuevo, y si se encuentra fundada la del numeral 7 referente a la indebida representación o falta de notificación, deberá declararse la nulidad de lo actuado en el proceso arbitral<sup>117</sup>.

Con todo, lo anterior no se opone en principio a la garantía de protección judicial efectiva, pero si desborda su naturaleza, así como la de la elección arbitral, lo que puede incluso llegar a vulnerar la protección de la seguridad jurídica, y la confianza de las partes en el laudo arbitral. El recurso de revisión en todo caso no puede considerarse, como el acceso a una segunda instancia, que en el presente contexto para la realización de la garantía de pro-

---

<sup>115</sup> Inciso II del Decreto 1818 de 1998.

<sup>116</sup> Un caso destacable de la materialización de la “garantía de derechos de las partes”, y su contenido es expuesto por J.C. Fernández Rozas, respecto al art. V.1º b) del Convenio de Nueva York, ante el caso de vulneración del derecho de defensa de una de las partes, J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho internacional privado*, 3ª ed., Madrid, Civitas, 1996, p. 596–597.

<sup>117</sup> Art. 380. CPC “Causales. Son causales de revisión: 1. Haberse encontrado después de pronunciada la sentencia documentos que habrían variado la decisión contenida en ella, y que el recurrente no pudo aportarlos al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria. 2. Haberse declarado falsos por la justicia penal documentos que fueren decisivos para el pronunciamiento de la sentencia recurrida. 3. Haberse basado la sentencia en declaraciones de personas que fueron condenadas por falso testimonio en razón de ellas. 4. Haberse dictado la sentencia con base en dictamen de peritos condenados penalmente por ilícitos cometidos en la producción de dicha prueba. 5. Haberse dictado sentencia penal que declare que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia recurrida. 6. Haber existido colusión u otra maniobra fraudulenta de las partes en el proceso en que se dictó la sentencia, aunque no haya sido objeto de investigación penal, siempre que haya causado perjuicios al recurrente. 7. Estar el recurrente en alguno de los casos de indebida representación o falta de notificación o emplazamiento contemplados en el art. 1[152], siempre que no haya saneado la nulidad. 8. Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y que no era susceptible de recurso. 9. Ser la sentencia contraria a otra anterior que constituya cosa juzgada entre las partes del proceso en que aquella fue dictada, siempre que el recurrente no hubiera podido alegar la excepción en el segundo proceso por habersele designado curador ad litem y haber ignorado la existencia de dicho proceso. Sin embargo no habrá lugar a revisión cuando en el segundo proceso se propuso la excepción de cosa juzgada y fue rechazada.”



tección judicial efectiva, ni es requerida, ni mucho menos exigida<sup>118</sup>. Debe por lo tanto resaltarse, que la finalidad de la garantía de protección judicial efectiva de derechos de las partes, ya se encuentra cumplida únicamente con la existencia del recurso de anulación<sup>119</sup>.

En cada caso, las causales establecidas por la norma son taxativas y no admiten que a través de ellas el juez desborde arbitrariamente su competencia, a fin de pronunciarse sobre el fondo del asunto debatido en sede arbitral.

### C) La acción de tutela

Otro mecanismo como es la acción de tutela<sup>120</sup> contra laudos arbitrales, debe examinarse reflexivamente en consideración a la disposición constitucional vigente en Colombia de acceso a la justicia del art. 229 de la Carta Política y de procedibilidad de esta acción según el art. 186 de la misma, en unión con el Decreto Reglamentario 2591 de 1991<sup>121</sup>, así como de la facultad taxativa de revisión de la Corte Constitucional limitada por el numeral 9 del art. 241 de la Carta Política<sup>122</sup>.

De acuerdo con el inciso IV del art. 86 de la Constitución, la acción de tutela únicamente procede cuando ante vulneraciones de derechos fundamentales, el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial, salvo que demuestre que con ello evitará un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios, de acuerdo con el n° 1 del art. 16 del Decreto 2591 de 2001, será apreciada en el caso concreto, en cuanto a su eficacia y atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante. Adicionalmente, debe considerarse que aquí la facultad de revisión de la Corte Constitucional, se circunscribe exclusivamente a las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales<sup>123</sup>.

Es por esto, que decisiones como la sentencia de revisión de tutela T-058 del 2 de febrero de 2009<sup>124</sup>, a través de la cual la Corte Constitucional revocó

“... la decisión adoptada el cinco (5) de junio de 2008 por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, mediante la cual se declaró la improcedencia de la acción de tutela interpuesta por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. contra el Tribunal de Arbitramento Telefónica Móviles Colombia S.A. Vs. Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P.”, y declaró “la nulidad del laudo arbitral proferido el 7 de noviembre de 2007 por el Tribunal de Arbitramento Telefónica Móviles Colombia S.A. Vs. Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., dentro del trámite dado a la demanda arbitral instaurada por Telefónica Móviles Colombia S.A. contra la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P.”;

<sup>118</sup> H.-K. Seifert y D. Hoenig, *Grundgesetz*, 5ª ed., 1995, art. 19 (IV) Rd. 17 con remisión a BVerfGE 11, 233; 49, 340; 65, 90; 74, 377; 78, 18).

<sup>119</sup> Cf. por ejemplo el art. 229 C.P.

<sup>120</sup> Similar al concepto de recurso de amparo.

<sup>121</sup> Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el art. 186 Constitución Política.

<sup>122</sup> “Revisar en la forma que determine la ley las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales”. Art. 35, 36, Decreto 2551 de 1991.

<sup>123</sup> N° 9 del art. 241 Constitución Política.

<sup>124</sup> En línea: [http://www.cacccb.org.co/documentos/304\\_Sentencia\\_T-0058\\_de\\_2009\\_anula\\_fallo\\_etb\\_movistar.pdf](http://www.cacccb.org.co/documentos/304_Sentencia_T-0058_de_2009_anula_fallo_etb_movistar.pdf), 21.04.2010.

al considerar en especial como vulneración al debido proceso, el no haberse convocado en el caso particular de forma previa al procedimiento arbitral a un comité mixto de arreglo directo, así como la existencia de un perjuicio irremediable del accionante consistente en pagar el valor de la condena, y con base en ello, pronunciarse sobre el fondo del asunto resuelto en sede arbitral; atenta contra el principio de invariabilidad del laudo, y desconoció tanto que el accionante había interpuesto un recurso de anulación que estaba pendiente de decisión, como que el presunto perjuicio irremediable, no estaba debidamente probado.

Independientemente de no haberse referido la sentencia enunciada a un caso de arbitraje comercial, debe tenerse presente que el accionante de forma negligente no presentó en tiempo las objeciones a la falta de competencia del tribunal arbitral, frente a lo cual, la situación en litigio fue saneada en los estrictos términos del numeral 2 del art. 163 Decreto 1818 de 1998<sup>125</sup>, fundándose tal como el art. 4 LMU expresa, una renuncia tácita del accionante a su derecho a objetar, al continuar adelantando el proceso arbitral<sup>126</sup>.

En este caso, la Corte Constitucional debió haber considerado principios especiales de interpretación constitucional tales como, unidad de la constitución, concordancia práctica, exactitud funcional, efecto integrador y fuerza normativa de la Constitución<sup>127</sup>. No obstante, debe tenerse presente que en el caso colombiano las sentencias de revisión de tutela contienen una decisión con efecto inter partes<sup>128</sup>, que no afecta ni debe afectar el avance dado a la fecha por la Corte Constitucional<sup>129</sup> frente a la invariabilidad del contenido material de los laudos arbitrales, y su carácter *sine qua non* de *res iudicata*<sup>130</sup>.

## V. Conclusiones

i) El aseguramiento de una protección auténtica y real de las garantías y derechos subjetivos de los particulares, no es únicamente realizable a través del derecho del particular de acceder a los tribunales estatales.

ii) La vigencia del Estado de Derecho, exige el reconocimiento de la garantía fundamental de libertad de acción y autonomía del particular, de la cual emana el derecho de libertad negocial, y en su ejercicio, surge la potestad de

---

<sup>125</sup> Art. 163, Decreto 1818 de 1998, "Son causales de anulación del laudo las siguientes: ... 2. No haberse constituido el Tribunal de Arbitramento en forma legal, siempre que esta causal haya sido alegada de modo expreso en la primera audiencia de trámite".

<sup>126</sup> J.C. Fernández Rozas, *Tratado del arbitraje comercial...*, op. cit., p. 1132, 1133.

<sup>127</sup> Ante todo H. Maurer, "Einheit der Verfassung", "praktische Konkordanz", "funktionelle Richtigkeit", "integrierende Wirkung", "normative Kraft der Verfassung", "Staatsrecht ...", op. cit., pp. 25 ss.

<sup>128</sup> Cf. art. 36 Decreto 2591 de 1991.

<sup>129</sup> Cf. Corte Constitucional de Colombia, por ejemplo, Sentencia T-244 de 2007, "...esta Corporación ha considerado que el recurso de anulación es un medio de defensa judicial idóneo para subsanar las eventuales vulneraciones de derechos fundamentales que hayan tenido lugar con ocasión del laudo arbitral, razón por la cual la acción de tutela sólo puede impetrarse una vez haya sido fallado el primero por el órgano judicial competente...".

<sup>130</sup> B. Cremades, "Constitutional Aspects of Arbitration in Spain", loc. cit., p. 909-911

pactar bajo su propia responsabilidad, el someter a arbitraje una controversia existente o futura sobre asuntos transigibles.

iii) Con la activación del mecanismo arbitral, el Estado se retira de la función de administración de justicia sobre el asunto objeto del litigio, pero no elimina absolutamente la protección estatal.

iv) El árbitro al ejecutar su tarea, no forma parte funcionalmente u organizacionalmente de la estructura jurisdiccional o mediata de responsabilidad estatal, descartando un caso de privatización.

v) Desde diferentes perspectivas puede considerarse la garantía de protección efectiva o real de derechos subjetivos del particular. Una es la referente a la garantía fundada sobre el acuerdo arbitral, de protección jurídica ante los tribunales arbitrales, derivada del derecho de libertad de acción y autonomía del particular, que debe ser analizado a través de las obligaciones del Estado de derecho. Otra es, la del derecho de toda persona de recurrir a la vía judicial, sin que le sea sustraído su juez legal, derivado del deber del Estado de derecho de ocuparse del cuidado y responsabilidad de la realización del ordenamiento constitucional por él creado, con el objeto de obtener ante la justicia estatal, la protección jurídica efectiva de sus derechos subjetivos.

vi) En Colombia, es viable un *aggiornamento*<sup>131</sup> normativo a través de un nuevo proyecto de ley de arbitraje comercial, que tenga en cuenta en lo posible, la Ley Modelo Uncitral con las enmiendas de 2006.

vii) El acceso a los jueces y tribunales estatales y con ello, a la protección judicial efectiva, se materializa actualmente a través de la interposición de los recursos de anulación o de revisión. El primero frente al laudo arbitral y el segundo frente a este o la sentencia que resolvió la anulación, los cuales no deben considerarse como una doble instancia frente al laudo arbitral.

viii) Debe armonizarse el contenido de los efectos de las causales del recurso de anulación, con el contenido y la teleología de los arts. 33 y 34 de la Ley Modelo. Asimismo, el eficientismo que genera el recurso de revisión, exige su supresión.

ix) La estructura normativa vigente de la acción de tutela, no permite que a través de la revisión de la Corte Constitucional de una sentencia de tutela, se ataque la invariabilidad sustancial de un laudo arbitral.

x) Desde el convenio arbitral hasta la resolución del laudo, se protege la autonomía de la voluntad y la seguridad jurídica, como columnas del proceso arbitral.

xi) La garantía de protección efectiva de derechos, acuña la normatividad colombiana de arbitraje.

---

<sup>131</sup> Vid. J.C. Fernández Rozas, *Tratado del arbitraje comercial...*, op. cit., p. 82.