

INFORME FINAL DE INVESTIGACIÓN

IMPLICACIONES PROCESALES DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO EN EL PROCESO ARBITRAL EN COLOMBIA – LEY 1563 DE 2012

CINDY CHARLOTTE REYES SINISTERRA
ANDRÉS EVELIO MORA CALVACHE
INVESTIGADORES

ASESORA: LILIANA DAMARIS PABÓN GIRALDO
COASESORA: DÉBORA GUERRA MORENO

UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN
UNIVERSIDAD LIBRE DE CÚCUTA
COHORTE 2
MAESTRÍA DE DERECHO PROCESAL EXTENSIÓN CÚCUTA
2017

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
1. TÍTULO.....	7
2. PLANTEAMIENTO DEL TEMA	8
3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	10
3.1 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	12
4. MARCO TEÓRICO.....	13
4.1 CAPÍTULO I. EL PROCESO ARBITRAL EN COLOMBIA: ASPECTOS PROCESALES Y PRINCIPIO DE INTEGRACIÓN CON EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO	17
4.1.1 El proceso arbitral en Colombia	17
4.1.2 La naturaleza del proceso arbitral en Colombia	23
4.1.3 Clasificación del arbitraje.....	27
4.1.4 El pacto arbitral en Colombia	32
4.1.4.1 La cláusula compromisoria	33
4.1.4.2 El compromiso.....	34
4.1.5 El arbitraje conforme a lo regulado en Tratados Internacionales firmados por Colombia	35
4.1.6 El arbitraje en la práctica internacional.....	41
4.1.7 Reglas jurisprudenciales sobre garantías procesales mínimas en materia de arbitraje nacional e internacional.....	43
4.1.8 Aspectos Procesales en relación con el proceso arbitral en Colombia	44
4.1.9 Principio de Integración: Margen general de aplicación	49

4.1.10 Análisis Legal y constitucional del principio de integración en Colombia con relación a las implicaciones del Código General del Proceso en el Proceso Arbitral en Colombia.....	54
4.1.11 Análisis Jurisprudencial del principio integración en Colombia	56
4.1.12 El principio de integración en Colombia desde la aplicación de la experiencia del derecho comparado en relación con las implicaciones del Código General del Proceso en el Proceso Arbitral en Colombia	62
4.2. CAPÍTULO II. <u>A</u> PLICACIÓN DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO AL PROCESO ARBITRAL EN COLOMBIA: INTEGRACIÓN E INTERPRETACIÓN .	66
4.2.1 Características y problemáticas en la aplicabilidad de las normas del estatuto arbitral y el código general del proceso	66
4.2.2. Aspectos Procesales: Visión legal y jurisprudencial de las implicaciones del Código General del Proceso en el Proceso Arbitral en Colombia	71
4.2.3. Análisis Jurisprudencial	94
4.2.4 Análisis Doctrinal de la aplicación del Código General del Proceso en el Proceso Arbitral en Colombia.....	101
4.3. CAPÍTULO III. <u>I</u> MPLICACIONES PROCESALES DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO EN EL PROCESO ARBITRAL EN COLOMBIA.....	108
4.3.1 Implicaciones del Código General del Proceso en el Proceso Arbitral en Colombia respecto a los requisitos de procedibilidad.....	108
4.3.1.1 La obligatoriedad de la conciliación extrajudicial en el proceso arbitral en Colombia en aplicación del Código General del Proceso.....	108
4.3.2 Implicaciones del Código General del Proceso en el Proceso Arbitral en Colombia respecto al derecho de acción y contradicción.....	112
4.3.2.1 Los requisitos de la demanda arbitral en Colombia en aplicación del Código General del Proceso	112
4.3.2.2 La inclusión de correos electrónicos.....	112
4.3.2.3 La inclusión del juramento estimatorio	113
4.3.2.4 El poder de confesar de los apoderados	115
4.3.2.5 El deber de aportar medios de prueba en vigencia del Código General del Proceso.	116

4.3.3 Las medidas cautelares innominadas y anticipatorias en el proceso arbitral en Colombia en aplicación del Código General del Proceso.....	117
4.3.3.1 Antecedentes de las medidas cautelares anticipatorias en el arbitraje internacional.....	121
4.3.3.1.1 Asociación de arbitraje francesa	122
4.3.3.1.2 Refere prearbitral de la Cámara de Comercio Internacional de Paris ..	122
4.3.3.1.3 Optional rules for emergency measures of protection de la Asociación Americana de Arbitraje A.A.A	123
4.3.3.1.4 Emergency relief of rules de la organización mundial de la propiedad intelectual O.M.P.I	124
4.3.3.1.5 Asociación Italiana para el Arbitraje	125
4.3.3.1.6 Centro empresarial de conciliación y arbitraje, CEDCA	125
4.3.3.2 Antecedentes de las medidas cautelares innominadas en el proceso arbitral internacional	126
4.3.3.2.1 Las medidas cautelares innominadas en España	126
4.3.3.2.2 Las medidas cautelares innominadas en Inglaterra y Suecia.....	126
4.3.3.2.3 Reglamento De Arbitraje De La C.C.I (Cámara de Comercio Internacional).....	127
4.3.3.2.4 Reglamento De Arbitraje De la Asociación Americana de Arbitraje	127
4.3.3.2.5 Reglamento Del Tribunal Arbitral De la O.M.P.I (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual).....	128
4.3.3.2.6 Reglamento de arbitraje de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres	128
4.3.3.3 Las medidas cautelares anticipatorias en el proceso arbitral en Colombia	129
4.3.3.3 Aspectos Críticos con relación al tema de las medidas cautelares:	131
4.3.3.4.1 Solicitud.....	131
4.3.3.4.2 Decreto	134
4.3.3.4.3 Práctica.	137
4.3.3.5 Propuesta con relación a las medidas cautelares en el proceso arbitral en Colombia	138
4.3.3.5.1 Solicitud.....	138
4.3.3.5.2 Decreto	139
4.3.3.5.3 Práctica	140

4.3.4 Implicaciones del Código General del Proceso en el Proceso Arbitral en Colombia respecto al esquema pre-arbitral: Integración del Tribunal, Instalación y Audiencia de Conciliación	141
4.3.5 Implicaciones del Código General del Proceso en el Proceso Arbitral en Colombia respecto del desarrollo de la primera audiencia de trámite.....	141
4.3.5.1 El llamamiento en garantía en el proceso arbitral en Colombia: ¿Arbitraje obligatorio o voluntario?	143
4.3.5.1.1 La adhesión obligatoria del llamado en garantía en el proceso arbitral en Colombia	157
4.3.6 Implicaciones del Código General del Proceso en el Proceso Arbitral en Colombia respecto del desarrollo de las audiencias probatorias.....	165
4.3.6.1 La necesidad de la prueba en el Código General del Proceso.....	169
4.3.6.2 Los Medios de Prueba en el Código General del Proceso	169
4.3.6.3 La presunción de autenticidad en el proceso arbitral	172
4.3.6.4 La Carga de la Prueba en el Proceso Arbitral	177
4.3.6.5 El Testimonio sin citación de contraparte	180
4.3.6.6 La inspección judicial como medio de prueba en el proceso arbitral.....	182
4.3.6.7 La Prueba Pericial como medio de prueba en el proceso arbitral	185
4.3.7 Implicaciones del Código General del Proceso en el Proceso Arbitral en Colombia respecto del desarrollo de la audiencia para presentar alegatos y proferir laudo arbitral	189
5. OBJETIVOS	191
5.1 Objetivo General	191
5.2 Objetivos Específicos	191
6. PROPÓSITO	192
8. METODOLOGÍA.....	194
8.1 Tipo de Estudio	194

8.2 Población.....	194
8.3 Diseño Muestral	195
8.4 Diseño de Plan de Datos.....	195
8.4.1 Gestión Del Dato	195
8.4.2 Obtención Del Dato	196
8.4.3 Recolección del dato	196
8.4.4 Control De Sesgos	196
8.5 Plan De Análisis	197
8.6 Procesamiento Del Dato.....	200
9. RESULTADOS	201
10. DISCUSIÓN DE RESULTADOS	207
11. CONCLUSIONES.....	217
12. RECOMENDACIONES	221
13. ÉTICA.....	224
14. BIBLIOGRAFÍA	225
15. ANEXOS	240

1. TÍTULO

IMPLICACIONES PROCESALES DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO EN EL PROCESO ARBITRAL EN COLOMBIA – LEY 1563 DE 2012

2. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

En Colombia, en aplicación del artículo 116 de la Constitución Política, se puede decir que administran justicia por regla general los jueces. Sin embargo, los particulares también podrán hacerlo de forma excepcional y transitoria, cuando actúen como conciliadores, árbitros o jurados. Razón por la cual nace en el país un mecanismo alternativo al proceso denominado arbitraje.

El proceso arbitral en Colombia presenta un panorama que se desarrolla en la actualidad por medio de la Ley 1563 de 2012 o “Ley Hinestrosa”, la cual a su vez debe tener una interpretación sistemática con otras leyes que hacen parte del ordenamiento jurídico colombiano, tales como el Código General del Proceso, o Ley 1564 de 2012, en diferentes aspectos.

En razón de lo anterior, es importante estudiar las incidencias que tiene la entrada en vigencia del código anteriormente mencionado, en el proceso arbitral en Colombia, para de esta forma plantear propuestas que en caso de encontrar vacíos normativos que generen consecuencias prácticas, puedan llenarse por medio de esta investigación.

No sin antes mencionar que la entrada en vigencia del Estatuto Arbitral en Colombia, es un gran avance en materia procesal, pues es un paso hacia lo que se concibe como principio del código es la tutela jurisdiccional efectiva, pero por medio de este proyecto se pretende plantear propuestas que no son críticas sino complementarias de dicha legislación existente.

El proceso arbitral en Colombia, básicamente es uno de esos mecanismos excepcionales por medio del cual las partes (personas naturales o jurídicas), hacen uso de algo denominado el pacto arbitral en cualquiera de sus dos

modalidades, es decir clausula o compromiso. Según el artículo 1 de la Ley 1563 de 2012:

El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a los árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice. El arbitraje se rige por los principios y reglas de imparcialidad, idoneidad, celeridad, igualdad, oralidad, publicidad y contradicción

El laudo arbitral es la sentencia que profiere el tribunal de arbitraje. El laudo puede ser en derecho, en equidad o técnico.

En los tribunales en que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, si las controversias han surgido por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, el laudo deberá proferirse en derecho¹.

Entendiendo lo anterior, es evidente que se está frente a un proceso en donde confluyen las diferentes instituciones que hacen parte del derecho procesal, lo que genera una influencia directa del código general del proceso frente al proceso arbitral en el país, ya que básicamente todos aquellos aspectos que procesalmente no estén regulados de cierta forma en el estatuto arbitral, serán suplidos por la regulación que de otro lado haga la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso)

¹ Congreso. Ley 1563 de 2012. Por medio de la cual se expide el Estatuto Arbitral Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. Art. 1

3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En Colombia, existen diferentes instituciones de orden procesal, y procedimental tales como la jurisdicción y la competencia, que además constituyen presupuestos procesales, tal y como es conocido por la comunidad académica que estudia lo concerniente al tema, tales como Piero Calamandrei, Goldsmith, Vescovi, Couture, entre otros. Por regla general en el país, administra justicia la rama judicial. Sin embargo, en aplicación de lo establecido en el artículo 116 de la Constitución Política de 1991, se encuentra que excepcionalmente y de forma transitoria también podrán administrar justicia los particulares cuando actúen como conciliadores, jurados o árbitros. Es por esto, que en vigencia de la Ley 23 de 1991, se regula lo concerniente a los mecanismos alternativos al proceso, tales como el arbitraje.

Lo anterior implica que el arbitraje se constituye en un mecanismo alternativo al proceso tal y como lo establece la ley 1285 de 2009 y lo reitera la Ley 1563 de 2012, en interpretación sistemática con la Constitución, en la medida en que se ha convertido en uno de los mecanismos que implican la actuación excepcional de los particulares de los casos en que sean habilitados por las partes, a través de un pacto arbitral.

Sin embargo, y aunque el arbitraje con el tiempo se fue convirtiendo en el país en un mecanismo que se caracterizaba por ser la elección de las grandes empresas (establecer la fuente) y multinacionales con presencia en Colombia por su celeridad y el alto nivel de experticia de quienes actuaban como árbitros, no todo eran aspectos positivos pues históricamente en el país este mecanismo estaba regulado por un gran número de decretos que terminaban volviendo su desarrollo en algo caótico (fuente), por lo que se pensó en la expedición de una nueva ley que unificara lo concerniente a la regulación del arbitraje nacional e internacional y que respondiera a las tendencias que en esta materia han sido consecuencias

mismas de fenómenos como la globalización y el comercio entre diferentes países del mundo. Como ejemplo se puede pensar en los contratos de compra y venta de mercaderías internacionales en donde por regla general se puede ver como las empresas que realizan este tipo de operaciones de forma expresa estipulan que en caso de conflictos generados a partir del contrato deberán ser árbitros los que decidan la suerte del mismo.

Por todo lo anterior, en Colombia fue expedida la ley 1563 de 2012, la cual se encuentra en vigencia actualmente, y que se denomina Estatuto Arbitral Colombiano. Es decir, que actualmente en el país se ha presentado un gran avance en materia arbitral por cuanto lo que se tenía antes de la Ley 1563 de 2012 eran un gran número de decretos y leyes aplicables que hacían del arbitraje un mecanismo algo tedioso frente a la falta de una normativa clara y expresa que regulara lo concerniente al mismo. De otro lado la expedición de la ley 1564 de 2012 o Código General del Proceso, se implementan algunas figuras novedosas que deben tenerse en cuenta dentro del proceso arbitral y que en la práctica representan algunos aspectos críticos dentro del mismo tales como: el arbitraje ad-hoc, la falta de competencia que no configura causal de rechazo pero si una excepción previa, la vigencia del Código General del Proceso frente a un mecanismo que no se encuentra dentro de la Jurisdicción Ordinaria (arbitraje), la práctica de pruebas anticipadas, la solicitud, decreto y práctica de las medidas cautelares anticipadas, la utilización de medios electrónicos, la solicitud, decreto y práctica de las medidas cautelares innominadas, la intervención de terceros, interposición de recursos y el reconocimiento de laudos, lo que implica que se haga un estudio teórico de la vigencia de estas dos leyes que configuran una parte importante de lo que será el arbitraje colombiano en los próximos años.

Si bien ambas leyes son de avanzada y se vislumbran como un avance para el país, es evidente que son dos ordenamientos jurídicos que terminan confluyendo y por tanto el Código General del Proceso tiene implicaciones en el proceso arbitral

en Colombia que generan interrogantes por responder, tales como los que se mencionaron anteriormente, un diagnóstico en el país que demuestra que respecto del proceso arbitral hay muchas cosas que no se han dicho y que no se encuentran reguladas por la ley aunque tengan implicaciones teóricas y prácticas, por cuanto la indebida interpretación de las normas anteriormente mencionadas puede acabar afectando de forma determinante el rumbo del arbitraje y aún más, lo relacionado con la protección y tutela efectiva de los derechos de las partes que someten sus conflictos al mismo.

El pronóstico que se puede presentar en la actualidad frente a los aspectos planteados anteriormente en aplicación del Código General del Proceso en consonancia con el proceso arbitral en Colombia, es que si bien el Estatuto Arbitral en Colombia está en vigencia desde el año 2012, hay diferentes figuras como las mencionadas anteriormente que deben ser entendidas desde una órbita de interpretación que incluye aspectos de orden procedimental que dependen de la aplicación de la Ley 1564 de 2012, la cual en principio comenzó en vigencia gradual en diferentes partes del país, para finalmente entrar en total vigencia en el país el 1 de Enero de 2016, lo que implica que se encuentren desde el inicio vacíos normativos que pueden generar problemas prácticos en el futuro, que se pretenden abordar a partir de esta investigación, haciendo un análisis integral de las normas que regulan el tema, para de esta forma presentar respuestas a la comunidad académica, los administradores de justicia, litigantes y la sociedad en general.

3.1 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Cuáles son las implicaciones procesales del código general del proceso en el proceso arbitral en Colombia – ley 1563 de 2012?

4. MARCO TEÓRICO

INTRODUCCIÓN

En primer lugar hay que decir que de la búsqueda que se hizo en internet, bases de datos, bibliotecas y doctrina en Colombia no se encontró información específica sobre la incidencia de la vigencia del Código General del Proceso en el proceso arbitral en el país (Ley 1563 de 2012). Pues si bien, se encuentra información acerca de estudios sobre el Estatuto Arbitral, no se han hecho específicamente sobre el tema objeto de esta investigación.

Si bien es cierto que se han desarrollado estudios de análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012, lideradas por el Comité Colombiano de Arbitraje, el Ministerio de Justicia y del Derecho y editoriales como Legis², no responden dichos estudios novedosos sino a un análisis específico de la legislación en mención pero no específicamente en congruencia e interpretación sistemática de las consecuencias de la entrada en vigencia del Código General del Proceso.

De otro lado, en la actualidad se vienen haciendo estudios sobre el Código General del Proceso, en donde se estudian aspectos específicos de la Ley 1564 de 2012, liderados por ejemplo por la Universidad de Los Andes³, tales como, los principios generales del código, su raíz, el régimen de jurisdicción y competencia, la usurpación de las funciones jurisdiccionales a cargo de las autoridades administrativas, las partes, terceros y apoderados, las nulidades procesales, las reglas generales de procedimiento, pruebas pre constituidas, anticipadas o extraprocesales, la carga de la prueba, el sistema probatorio, las modificaciones del código en materia probatoria, las providencias judiciales, la acumulación de

² Autores, Varios. Estatuto Arbitral Colombiano. Análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012. Editorial Legis, Bogotá, 2013.

³ Cruz Tejada, Horacio. El proceso civil a partir del Código General del Proceso. Editorial Universidad de los Andes, Bogotá, 2014.

procesos y demandas, las formas de terminación anormal del proceso, los medios de impugnación, los procesos declarativos, el proceso ejecutivo, las modificaciones en materia de familia, el proceso de sucesión y el régimen de insolvencia de la persona natural no comerciante, pero nada se dice de las implicaciones que tiene la entrada en vigencia del Código General del Proceso en el proceso arbitral en Colombia.

En Colombia, se han expedido leyes que implican la transformación del ordenamiento jurídico desde muchas perspectivas, y que se reflejan, en las diferentes transformaciones que ha tenido el Derecho Procesal, con tendencia a la implementación de un proceso oral y por audiencias, que implica la transformación integral de la administración de justicia, en sus diferentes disciplinas.

Sin embargo, la justicia colombiana no solo se puede enfocar en las derogaciones que una ley pueda generar en el ordenamiento jurídico, sino en las implicaciones procesales y procedimentales que la interpretación sistemática de las mismas, puede generar desde diferentes perspectivas que reúnen aspectos teóricos y prácticos, tales como los que se pueden vislumbrar cuando se estudian de forma conjunta leyes tales como el Estatuto Arbitral Colombiano o Ley 1563 de 2012 y el Código General del Proceso o Ley 1564 de 2012.

Lo anterior ha generado diferentes consecuencias que no se limitan simplemente al procedimiento, sino que han unificado diferentes legislaciones que regulan temas tales como, el arbitraje, que pudiera entenderse como un mecanismo alternativo al proceso que es regulado por la Ley 1563 de 2012, que se puede conocer a actualmente, como el Estatuto Arbitral Colombiano, reconocido por muchos en el país, como “Ley Hinestroza”.

De otro lado se encontraba la entrada en vigencia del Código General del Proceso, que tiene en expectativa el país, por cuanto en primera instancia se

pensó iba a entrar en vigencia de forma gradual, luego la misma fue suspendida y finalmente entró en vigencia el 1 de enero de 2016, lo cual generó incidencias procesales en el Estatuto Arbitral Colombiano, que en interpretación sistemática con la Ley 1563 de 2012 contraponen diferentes aspectos que se vislumbran como aspectos críticos del proceso arbitral, por lo que es importante a nivel nacional, un estudio que ofrezca respuestas tanto a los que deciden llevar sus litigios a este tipo de mecanismo, como a jueces, árbitros, según sea el caso.

Además, en el mundo, la tendencia hacia a una justicia pronta, rápida y efectiva, hace que cada día, las grandes empresas, no piensen en que la solución de sus controversias se hará a través de la justicia ordinaria, lenta, y congestionada sino que el arbitraje ha sido, ese mecanismo alternativo a que evita litigios que impliquen largos periodos de tiempo, y que para dichas empresas se ve reflejado en consecuencias negativas, por lo que esta investigación es de gran importancia para el sector productivo del país.

Sin embargo en algunos lugares del país el arbitraje parece ser olvidado como una herramienta para solucionar controversias, ya que para algunos la presencia de las grandes empresas que tienen poder de mercado en el país, están en ciudades como Bogotá, Medellín, entre otras, lo que pretende estudiarse y así mismo superarse, mostrando como esta investigación puede ser un precedente para que este mito desaparezca, y creando confianza en la región para que el arbitraje sea una realidad a la que todos puedan acceder, sin importar en la zona del país en que se encuentren ubicados.

Para las universidades que lideran esta maestría esta investigación configura un precedente novedoso para afrontar temas que desde la academia contribuyen a la interpretación normativa de normas de actualidad y de igual se tiene como pertinente frente a lo que pueda considerarse la transformación de la administración de justicia, en cabeza de los particulares en Colombia.

Acorde a lo anterior, esta investigación desarrolla tres capítulos, por medio de los cuales se abordan temas de gran importancia, así: en el primer capítulo se abordó el proceso arbitral en Colombia: Aspectos procesales y principio de integración en el Código General del Proceso, en el segundo capítulo la aplicación del Código General del Proceso al Proceso Arbitral en Colombia: integración e interpretación, en el tercer capítulo se abordaron las implicaciones procesales del Código General del Proceso en el Proceso Arbitral en Colombia, cuya finalidad es desarrollar cada uno de los objetivos específicos formulados y dar respuesta a la pregunta de investigación planteada.

4.1 CAPÍTULO I

EL PROCESO ARBITRAL EN COLOMBIA: ASPECTOS PROCESALES Y PRINCIPIO DE INTEGRACIÓN CON EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO

Por medio de este capítulo se da repuesta al objetivo Nro. 1 de la investigación, en donde se busca Describir el proceso arbitral en Colombia: aspectos procesales y principio de integración con el Código General del Proceso; es así, como por medio del mismo se busca desarrollar temas relacionados con el origen, la naturaleza, clasificación y las diferentes modalidades en que puede expresarse el pacto arbitral para luego hacer referencia al principio de integración que con el Código General del Proceso puede interpretarse existe respecto del Estatuto Arbitral Colombiano.

4.1.1 El proceso arbitral en Colombia

En Colombia, en la actualidad se puede hablar del proceso desde diferentes perspectivas, dos visiones por ejemplo podrían referirse al proceso según el órgano que va a conocer como de tipo judicial o arbitral. Lo anterior, teniendo en cuenta que se ha posibilitado a los particulares en el país para poder administrar justicia de forma excepcional y transitoria cuando actúen, por ejemplo, como árbitros a partir del año 1991 con la Constitución Política de Colombia.

Antes de esta fecha no se tenía explícitamente en la Constitución Colombiana de 1886 ninguna norma que posibilitara la administración de justicia en cabeza de un particular, pero se tenían frente a esta posibilidad posiciones precedentes de la Corte Suprema de Justicia⁴. La Corte, para ese entonces como máximo tribunal de la justicia ordinaria y en un papel más preponderante que el actual en el entendido

⁴ Arrubla Paucar, Jaime Alberto. Contratos Mercantiles. Contratos Contemporáneos. Editorial Legis, Bogotá, pp. 236.

de que para ese momento no existía la Corte Constitucional se refirió al arbitraje partiendo de que la administración de justicia no era un monopolio netamente del Estado.⁵

Según la Corte Constitucional en sentencia C-947 de 2014: “El arbitraje hace parte de los métodos heterocompositivos y alternativos de solución de conflictos, en ese sentido, se trata de una institución por medio de la cual un tercero soluciona un diferendo que opone a dos o más partes, en virtud del ejercicio de una misión jurisdiccional que le ha sido confiada por éstas”⁶.

Es así como la Constitución de 1991 no solo trae consigo mecanismos y figuras constitucionales de gran relevancia en la actualidad para Colombia sino que también eleva a este rango el arbitraje como mecanismo alternativo al proceso, permitiendo con esta opción, encontrar derivaciones de lo que se considera el monopolio de la administración de justicia pero en cabeza de los particulares con unas limitaciones que deben ser importantes al referirse al mismo⁷.

⁵ Según la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena, sentencia 29 de mayo de 1969 con MP: Luis Sarmiento Buitrago: “La potestad de resolver diferencias de carácter patrimonial no es función exclusiva del Estado, como supremo creador del derecho o supremo dispensador de justicia. El ideal de una sociedad organizada es que no haya conflictos entre sus miembros, esto es, que todos ellos se conduzcan pacíficamente dentro de la órbita de sus propios derechos. Pero, ante la gran dificultad de obtener la realización de esta aspiración surge como subsidiaria la posibilidad de que los mismos particulares que discuten un derecho arreglen sus diferencias directamente o por medio de compromisarios, siempre que obren dentro del orden público, es decir, que solo dispongan sobre aquellas cosas que atañen exclusivamente a su interés particular y sobre las cuales pueden ejercer la facultad de disponer libremente, como consecuencia apenas del derecho de propiedad y de la libertad contractual que les garantiza la Constitución Política”.

⁶ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 947. MP. Gloria Stella Ortiz Delgado. Bogotá, 2014.

⁷ La Corte Constitucional en sentencia C-294 de 1995 con MP. Jorge Arango Mejía explica lo siguiente: Si se analiza el inciso cuarto del artículo 116, se llega a la conclusión de que la administración de justicia por árbitros, solo tiene estas limitaciones: La primera, que los particulares solamente pueden ser investidos de la función de administrar justicia, en calidad de conciliadores o en la de árbitros, transitoriamente. Esta transitoriedad es evidente no solo por el texto mismo de la norma, sino que al ser las partes en conflicto potencial o actual las que habilitan los árbitros, al resolverse el conflicto desaparece la razón de ser de la función arbitral. La segunda, ya insinuada que son las partes quienes habilitan los árbitros para fallar, en derecho o e conciencia. Y una última, que los árbitros administran justicia en los términos que determine la ley. Esto permite al legislador, por ejemplo, establecer las reglas a las cuales debe someterse el proceso arbitral. Pero no existen otras limitaciones”.

Además de lo anterior hay que decir que en Colombia, el arbitraje se concreta no solo en la Constitución sino en la misma Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270 de 1996), la Ley 80 de 1998 que contiene el Estatuto Contractual de las Entidades Públicas, la Ley 446 de 1998, Ley 23 de 1991, Decreto 2279 de 1989, Decreto 1818 de 1998 y actualmente en la Ley 1563 de 2012.⁸

Para comprender lo que se va a entender por arbitraje es necesario, saber cómo se llega al mismo en desarrollo del principio de habilitación y como la voluntad de las partes son dentro del marco del orden público y las buenas costumbres el límite de escogencia de una solución que puede considerarse alternativa al proceso.

Según Paul Friedland:

Una diferencia evidente entre el arbitraje y el litigio es que los primeros son resueltos por árbitros designados por las partes o por una institución arbitral, en tanto que los casos judiciales comerciales son resueltos por jueces. Los árbitros pueden tener mayor especialidad en la materia del conflicto que los jueces ya que los primeros algunas veces son designados porque poseen una experiencia particular. Una distinción significativa entre el arbitraje y el litigio judicial es que las legislaciones de todos los países más aptos para ser seleccionados como sedes de arbitrajes no permiten que los laudos arbitrales dictados en sus jurisdicciones sean impugnados con base en errores de hecho o de derecho⁹.

Lo anterior, evidenciando las principales diferencias que deben tenerse en cuenta cuando de un proceso arbitral se habla, en donde si bien las partes tendrán un mayor protagonismo en la escogencia de quienes serán los que resolverán el litigio en sede arbitral, estarán arriesgándose dentro de un margen de una justicia arbitral en donde no hay varios filtros para verificar si quienes decidieron, lo hicieron dentro del margen de legalidad que evite que se esté dentro de la

⁸ Arrubla Paucar, Jaime Alberto. Contratos Mercantiles. Contratos Contemporáneos. Editorial Legis, Bogotá, pp. 239 - 240

⁹ Friedland, Paul. Cláusulas de Arbitraje para Contratos Internacionales. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, p. 18 - 19

configuración de un error de derecho, en el evento de lo que respecta a una causal de procedencia recurso de casación.

A diferencia de lo que relata este autor en Colombia se podría hablar de algunas causales de revisión y de anulación de los laudos arbitrales que están directamente relacionadas con situaciones de hecho o error de este tipo, tal y como se conoce para el caso de la jurisdicción ordinaria. Pero si cabe resaltar el límite a la recurribilidad como una de las más interesantes características del arbitraje que debería ser entendida dentro del margen de control de convencionalidad en que el mundo actualmente se está moviendo. Según la Corte Constitucional en sentencia 572A de 2014:

El principio de habilitación de los árbitros, para destacar que los árbitros no tienen competencia por sí mismos, sino por la habilitación de la partes, que se da en razón de su voluntad o consentimiento, expresada de manera válida y sin apremio alguno; y el principio kompetenz kompetenz, para advertir que, en principio, es el propio tribunal de arbitramento el encargado de definir su propia competencia.

El juez competente para conocer del recurso extraordinario de anulación no se puede pronunciar sobre el fondo de la controversia, ni calificar o modificar los criterios, motivaciones, valoraciones probatorias e interpretaciones expuestas por el tribunal de arbitramento¹⁰.

Pero aparte de lo anterior, ¿Se podría pensar en arbitraje para toda clase de procesos relacionados por ejemplo con especialidades tales como el derecho penal? Para responder a esta pregunta es muy importante conocer otra de las grandes características del arbitraje y es precisamente que solo se puede elegir este mecanismo cuando la ley expresamente lo permita o como otros lo han denominado para asuntos que tengan un carácter transigible.

¹⁰ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 9572A. MP. Mauricio González Cuervo. Bogotá, 2014

Es decir, para estos efectos se entiende que el arbitraje se estructura por la autonomía que se denomina dispositiva o negocial, pero que esta misma no es absoluta por lo que deben ser tenidas en cuenta normas que son imperativas:

Los árbitros sólo pueden pronunciarse sobre asuntos transigibles, valga decir, de asuntos que se enmarcan dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad de las partes que los habilitan y que pueden ser objeto de libre disposición, negociación o renuncia conforme a la ley. Estos asuntos son aquellos que suelen referirse a obligaciones de contenido económico. Los asuntos que no son transigibles deben resolverse por las autoridades públicas que cumplen funciones judiciales y, en especial, por los jueces de la República. El preciso objeto del arbitraje es un claro límite material a la competencia de los árbitros.

El principio de la autonomía de la voluntad es el fundamento y el límite del arbitraje. Por tanto, 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 trabajadores¹¹.

En cuanto a las características del arbitraje, la jurisprudencia constitucional en sentencias tales como la C- 957 y la C-947 de 2014 ha expresado son las siguientes:

i) Voluntariedad: porque existe un acuerdo previo libre y voluntario de las partes en conflicto de someter sus disputas a un tribunal de arbitramento. En ese sentido, al ser un instrumento jurídico que desplaza a la jurisdicción ordinaria en el conocimiento de ciertos asuntos, "... tiene que partir de la base de que es la voluntad de las partes en conflicto, potencial o actual, la que habilita a los árbitros

¹¹ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 9572A. MP. Mauricio González Cuervo. Bogotá, 2014.

para actuar¹²". En ese orden de ideas, "... es deber de las partes, con el propósito de dotar de eficacia a sus determinaciones, establecer con precisión los efectos que se siguen de acudir a la justicia arbitral y conocer las consecuencias jurídicas y económicas subsiguientes a su decisión; sólo así se puede hablar de un verdadero acuerdo"¹³

ii) Temporalidad: el ejercicio de la función judicial atribuida a los particulares en calidad de árbitros es transitoria y se limita a la cuestión propuesta por las partes en conflicto. Para este Tribunal "... no es concebible que el ejercicio de la jurisdicción, como función estatal, se desplace de manera permanente y general a los árbitros y conciliadores¹⁴.

iii) Excepcionalidad: el ejercicio de jurisdicción por los particulares tiene límites materiales, como quiera que no todo asunto puede ser resuelto en un laudo arbitral, pues existen bienes jurídicos cuya disposición no está sujeta a una resolución arbitral particular, así se haya estipulado voluntariamente por las partes en conflicto. En ese orden, con fundamento en el principio de la seguridad jurídica, ciertas materias, como aquellas relacionadas con la garantía de los derechos fundamentales, no podrán ser objeto de arbitraje, toda vez que están reservadas a los jueces¹⁵; y

iv) Es una figura de naturaleza procesal: la solución de las controversias jurídicas sometidas a los particulares investidos de jurisdicción debe realizarse en concordancia con la Constitución y la ley. En ese sentido, el arbitraje tiene la naturaleza de un proceso, en el que se respeten las garantías fundamentales de defensa y contradicción de las partes enfrentadas, a través de etapas y

¹² Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 947. MP. Gloria Stella Ortiz Delgado. Bogotá, 2014.

¹³ *Ibídem.*

¹⁴ *Ibídem.*

¹⁵ *Ibídem.*

oportunidades para el debate argumental, la valoración de las pruebas aportadas y la revisión de los pronunciamientos hechos por las partes.¹⁶

Dentro de lo que se han definido como las características del proceso arbitral en Colombia, la Corte Constitucional ha enumerado las siguientes:

(i) Es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, por medio del cual, las partes invisten a los particulares de la función de administrar justicia; **(ii) Se rige por el principio de voluntariedad o libre habilitación**. El artículo 116 de la Constitución Política define el arbitramento con base en el acuerdo de las partes, que proporciona su punto de partida y la habilitación para que los árbitros puedan impartir justicia en relación con un conflicto concreto; **(iii) Es un mecanismo de carácter temporal**, porque su existencia se da solamente para la resolución del caso específico sometido a consideración de los árbitros. En palabras de la Corte, “no es concebible que el ejercicio de la jurisdicción, como función estatal, se desplace de manera permanente y general a los árbitros y conciliadores”; **(iv) Es excepcional**, pues “existen bienes jurídicos cuya disposición no puede dejarse al arbitrio de un particular, así haya sido voluntariamente designado por las partes enfrentadas; **(v) Es una institución de orden procesal**, lo cual significa que el arbitramento “garantiza los derechos de las partes enfrentadas disponiendo de una serie de etapas y oportunidades para la discusión de los argumentos, la valoración de las pruebas aportadas y, aún, la propia revisión de los pronunciamientos hechos por los árbitros”¹⁷.

4.1.2 La naturaleza del proceso arbitral en Colombia

En este aparte que tiene relación con la naturaleza, se pretende mostrar como las diferentes teorías que respecto del arbitraje existen serán de vital incidencia frente

¹⁶ *Ibídem*.

¹⁷ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 330 A. MP. Humberto Sierra Porto. Bogotá, 2012

a las actuaciones de los árbitros, la ampliación de la función del tribunal de arbitramento frente al reto de proferir un laudo que termine siendo ejecutable o los excesos frente a lo que se concibe es el pacto arbitral como negocio jurídico autónomo que refleja de forma clara la voluntad de las partes, es decir, lo que debe hacerse dentro del proceso.

Según el profesor, Jaime Arrubla Paucar, las teorías en las que se pretende justificar la naturaleza del arbitraje son tres: contractual, jurisdiccional y mixta:

La teoría Contractualista, de clara estirpe privatista, concibe al árbitro, fundamentado en el pacto arbitral, como el escenario en el cual se desarrolla un gran contrato, que se fundamenta en la libre voluntad de las partes para regular sus propios intereses con su capacidad de renunciar a sus derechos, siempre que no se comprometan sino sus propios intereses y en aspectos netamente transigibles, donde no se encuentre en juego el orden público; pudiendo por tanto definir y componer directamente sus controversias o delegando su definición a uno o varios terceros. La fuerza obligatoria de la decisión del árbitro radica en el consentimiento previo que las partes hacen para aceptar tal definición por terceros.

La teoría jurisdiccional, la representa un gran sector de la doctrina que opta por atribuirle función jurisdiccional a los árbitros, como jueces transitorios, dada la naturaleza de la actividad que realizan, al definir el derecho que debe regir en un asunto concreto de manera similar a la que realizan los jueces. El pacto arbitral es un mero introductor a la institución y lo que realmente es relevante es la actuación de los árbitros, con claro abolengo jurisdiccional. No importa cómo los designen ni el modo en que adquieren poder, lo realmente importante es lo que hacen y no es otra cosa que lo mismo que hacen los jueces, pero para un caso concreto

La teoría mixta considera convencional el arbitraje, en la medida que parte de un pacto arbitral entre las partes, configurándose como un negocio jurídico de derecho privado y el vínculo entre partes y árbitros porque crea una relación de servicio que se acepta frente al llamado para dirimir el conflicto pero también es jurisdiccional, por la especial eficacia que el derecho otorga a los efectos del arbitraje, efectos que emergen del derecho privado contractual y se trastocan con los procesales, al otorgarles la ley misma tutela jurídica que a las decisiones judiciales¹⁸.

¹⁸ Arrubla Paucar, Jaime Alberto. Contratos Mercantiles. Contratos Contemporáneos. Editorial Legis, Bogotá, pp. 245 – 248.

Respecto a la naturaleza del arbitraje la Corte Constitucional explica lo siguiente haciendo alusión a estudios doctrinarios de Jaime Guasp, Montoya Alberti y Hernando Morales Molina:

Sobre la naturaleza jurídica de la institución del arbitraje pueden distinguirse dos (2) posturas extremas y una ecléctica. La primera extrema denominada voluntarista – contractualista: lo define como un instrumento a través del cual se resuelve una controversia, en la que tienen intereses dos o más personas y la someten al conocimiento de árbitros, que encuentran el origen de su potestad en un acuerdo privado y no en las autoridades del Estado. Para Jaime Guasp, no se puede confundir los conceptos de proceso y procedimiento, si bien el arbitraje se trata de un contrato de tracto procedimental, no por ello debe limitarse su ejecución al mundo del proceso.

Para Montoya Albertí la naturaleza privada del arbitraje se debe: a. Que proviene de un acuerdo de voluntades privado; b. el vínculo entre las partes y los árbitros es privado y contractual; c. el árbitro no tiene poder de coacción; d. la obligatoriedad del laudo es la misma que la de los contratos; y e. La aprobación posterior del laudo, en aquellos Estados en los que se encuentra prevista, es un acto administrativo.

La segunda postura extrema es la que le otorga al arbitraje naturaleza de proceso, debido a que no tiene su origen en la relación o contrato existente entre las partes y el árbitro, su análisis parte de la función que estos últimos desarrollan. La forma en que los árbitros resuelven la controversia reviste las características de la función desarrollada por un juez, su decisión hace tránsito a cosa juzgada y tiene efectos de ejecutoriedad.

A su turno, la teoría mixta se sitúa en el intermedio de los voluntaristas y los procesalistas, pues se fundamenta en el reconocimiento de que la ley es la que le otorga valor de ejecutividad al laudo arbitral y determina el procedimiento que debe utilizarse en juicio. De otro lado, es el acuerdo de voluntades privado de las partes en conflicto la que habilita la solución arbitral. Con cita de Silva Melero, el profesor Hernando Morales Molina identificó tres (3) momentos del arbitraje que describen la teoría ecléctica o mixta: i) aquel en que las partes perfeccionan el contrato privado de compromiso; ii) la generación del vínculo entre litigantes y el árbitro que se asemeja al contrato de mandato; y iii) el ejercicio por parte de los árbitros de la actividad pública de juzgar.¹⁹

¹⁹ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 947. MP. Gloria Stella Ortiz Delgado. Bogotá, 2014.

Según la Corte Constitucional:

A partir de lo dicho en los casos a los que se acaba de aludir, se puede decir, que a modo de síntesis, que es contrario al principio de habilitación de las partes: i) imponer a los particulares, en determinados contextos, la obligación de acudir al arbitraje; ii) exigir a empresas estatales someter las diferencias que puedan surgir de sus contratos a procesos arbitrales; iii) obligar a las partes en ciertos contratos a incluir una cláusula compromisoria y iv) atribuir funciones arbitrales a entidades o individuos que no han sido expresamente habilitados por las partes en ejercicio de su voluntad libre y autónoma²⁰.

Lo que demuestra la anterior afirmación es una posición contractualista que olvida de cierta manera que la habilitación sin bien depende de las partes, también depende del Estado que constitucionalmente en el artículo 116 de la Constitución Política abre la puerta para que los particulares administren justicia de forma excepcional y transitoria.

Ahora bien, más que tomar partida frente a alguna de las anteriores teorías se hará una exposición de motivos alrededor de los diferentes problemas que se identificarán como implicaciones procesales del Código General del Proceso en proceso arbitral en Colombia, tomando un balance entre la teoría contractual y jurisdiccional por cuanto se podría decir que se aplicará más la mixta. Lo anterior, por cuanto tomar partida absoluta de la contractual dejaría de lado incluso la aplicación de muchas normas del Código General del Proceso, viendo en el arbitraje una institución en donde las normas procesales dejan de ser de estricto cumplimiento y tampoco visionando al extremo la teoría jurisdiccional, porque terminaría llevando al arbitraje a convertirse a un proceso judicial más sin sus particularidades que son valiosas al momento de vislumbrar el futuro de la administración de justicia.

²⁰ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 9572A. MP. Mauricio González Cuervo. Bogotá, 2014.

4.1.3 Clasificación del arbitraje

El arbitraje en Colombia puede ser de tres formas: en derecho, en conciencia (o en equidad) y técnico, cada uno con sus diferentes particularidades. Frente al **arbitraje en derecho** no es mucho lo que hay por decir, pues esta modalidad es la más común de todas y en donde se pudiera decir los árbitros simplemente se limitan a aplicar la normativa que existe. Aunque para algunos es bastante interesante poder por ejemplo aplicar normas que ya han sido derogadas, en el caso de que así lo hayan pactado las partes, planteando con esto una vicisitud que pudiera ocurrir en este tipo de arbitraje que no deja por ser jurisdiccional su convencionalidad como característica.

De otro lado y con varias particularidades está el **arbitraje en conciencia** (o en equidad), el cual según el profesor, Jaime Arrubla Paucar²¹, presenta las siguientes particularidades evidenciadas en estudio del profesor Gilberto Peña Castrillón, que no comparte del todo frente al planteamiento que hace en cuanto a la valoración, lo cual considera riesgoso, poniendo de presente un fallo que llegó al Tribunal Superior para su anulación y éste consideró que no existía laudo por falta de motivación²²:

Las pruebas: Es necesario partir de ellas, fundamentados en el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil que señala lo siguiente: Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Mandato que debemos aplicar sin excepción alguna a los fallos en equidad, los que igualmente deben fundamentarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso.

Se deben respetar las reglas del debido proceso: El proceso es un instrumento de tutela de los derechos fundamentales. El derecho al debido proceso es de rango constitucional y, por ende, no puede derivarse responsabilidad alguna como resultado de una actuación procesal, sin luego

²¹ Arrubla Paucar, Jaime Alberto. Contratos Mercantiles. Contratos Contemporáneos. Editorial Legis, Bogotá, pp. 287.

²² Laudo Arbitral en proceso Echeverri Henao Ltda. Versus Centro de Arbitraje Cámara de Comercio de Medellín.

de haber dado cumplimiento de las ritualidades procesales. Este imperativo es para todo tipo de fallos, incluyendo los fallos en equidad.

La apreciación de las pruebas: En lo tocante a la apreciación de las pruebas, encuentra PEÑA CASTRILLON, un punto de diferencia entre fallar en derecho y fallar en conciencia. Dice el autor citado que, cuando se falla en conciencia “no están obligados los árbitros a explicar su decisión o fundamentarla expresamente y en forma razonada, en las pruebas que tuvieron a disposición. En esto consiste la expresión verdad sabida y buena fe guardada²³.”

Por tanto, la equidad es un concepto importante frente a la función de los particulares como árbitros. Lo anterior, por cuanto si bien el arbitraje puede ser en derecho, también podrá realizarse en equidad. Respecto de esta figura, la Corte Constitucional ha explicado lo siguiente:

Históricamente, la preocupación por integrar consideraciones de equidad al derecho ha sido continua. En efecto, desde el derecho romano, mediante la labor de los pretores, hasta nuestros días, legisladores y jueces se han preocupado continuamente por adecuar la generalidad de las normas jurídicas a las particularidades de la realidad, introduciendo en ellas matices y excepciones para integrar ciertas consideraciones de equidad. De este modo han surgido diversas instituciones jurídicas. A manera de ejemplo, se puede citar que frente al principio de “pacta sunt servanda” surgió la cláusula “rebus sic stantibus...”, que posteriormente fue adaptada nuevamente a comienzos de siglo por la jurisprudencia administrativa francesa, mediante la decisión del conocido Caso de la Compañía de Gas de Burdeos. Esta decisión dio origen a la llamada “teoría de la imprevisión.”

En primer lugar, la equidad le permite al operador jurídico evaluar la razonabilidad de las categorías generales de hechos formuladas por el legislador, a partir de las situaciones particulares y concretas de cada caso. En este sentido, la equidad se introduce como un elemento que hace posible cuestionar e ir más allá de la igualdad de hecho que el legislador presupone. La equidad permite al operador jurídico reconocer un conjunto más amplio de circunstancias en un caso determinado. Dentro de dichas circunstancias, el operador escoge no sólo aquellos hechos establecidos explícitamente en la ley como premisas, sino que, además, puede incorporar algunos que, en ciertos casos “límites”, resulten pertinentes y ponderables, y permitan racionalizar la igualdad que la ley presupone.

²³ Peña Castrillón, Gilberto. El arbitraje mercantil en conciencia y la amigable composición. Las transformaciones del derecho mercantil moderno, Díké, Medellín, 1988, p. 391.

En segundo lugar, la equidad actúa como un elemento de ponderación, que hace posible que el operador jurídico atribuya y distribuya las cargas impuestas por la norma general, proporcionalmente, de acuerdo con aquellos elementos relevantes, que la ley no considera explícitamente. La consecuencia necesaria de que esta ley no llegue a considerar la complejidad de la realidad social, es que tampoco puede graduar conforme a ésta los efectos jurídicos que atribuye a quienes se encuentren dentro de una determinada premisa fáctica contemplada por la ley. Por ello, la equidad –al hacer parte de ese momento de aplicación de la ley al caso concreto permite una graduación atemperada en la distribución de cargas y beneficios a las partes. En este sentido, el operador, al decidir, tiene en cuenta no las prescripciones legales, sino los efectos concretos de su decisión entre las partes²⁴.

Por último y refiriéndose al **arbitraje técnico** solo quedaría decir de forma directa que se trata de uno en que las partes necesitan de ciertos expertos en alguna ciencia o técnica para resolver el litigio, que en realidad se podría decir que no existe sino que lo que están esperando las partes en sí es prácticamente lo que en derecho se reduciría a un dictamen.

Sin embargo, hay que decir que esta clase de arbitraje es diferente al que se conoce es en derecho o en equidad. Según la Corte Constitucional en sentencia C-330 de 2012 “el arbitraje técnico es una modalidad de arbitraje en el que los árbitros definen o resuelven un determinado conflicto con base en ciertos conocimientos específicos de una determinada ciencia, arte u oficio”²⁵.

Para la Corte la diferencia entre el arbitraje en derecho y el arbitraje técnico radica en lo siguiente:

Mientras el arbitraje en derecho busca dirimir divergencias de índole jurídica derivadas de la estipulación y ejecución de un contrato, su incumplimiento, o la definición de responsabilidad derivada, en cambio el arbitraje técnico tiende a dirimir cuestiones objetivas y de hecho referentes al cumplimiento y ejecución física de la obra, esto es, lo atinente a las operaciones necesarias

²⁴ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia – SU- 837. MP. Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá, 2002.

²⁵ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 330 A. MP. Humberto Sierra Porto. Bogotá, 2012.

para la realización de las obligaciones resultantes de lo estipulado contractualmente. Tampoco se puede equiparar el arbitramento técnico al arbitramento en equidad, por cuanto los fallos en equidad buscan atribuir y distribuir de manera proporcional las cargas impuestas por una norma general o las obligaciones emanadas de un acuerdo contractual²⁶.

El arbitraje institucional es aquél en donde las partes eligen en el pacto arbitral en cualquiera de sus modalidades la aplicación del reglamento de un centro de arbitraje específico. Según lo anterior la Corte Constitucional ha explicado que:

Los reglamentos de los centros de arbitraje a los que se sometan los arbitramentos institucionales deberán respetar las garantías al debido proceso previstas por la Constitución y la ley que regulan este tema. Es decir, en tanto se permite que existan tribunales de arbitramento sometidos a reglamentos expedidos por los centros de arbitraje, debe entenderse que dicha regulación propia puede ser distinta del procedimiento previsto por las disposiciones legales (no tendría sentido que se autorizara la creación de reglamentos de arbitramento, y a la vez se les obligara a repetir lo ya establecido por una regulación legal); pero que el ejercicio de esa autonomía está delimitada por el respeto al debido proceso, ya sea este garantizado por disposiciones constitucionales o disposiciones legales²⁷.

El **arbitraje ad-hoc**, en donde tendrá protagonismo la voluntad de las partes, pero siempre teniendo en cuenta las garantías mínimas que se referencian en estudios de la Corte en las siguientes palabras:

El Estatuto diferencia los arbitrajes ad-hoc y los institucionales. Los primeros se refieren a aquellos que son “conducidos directamente” por los árbitros y los segundos a los trámites que son “administrados” por un centro de arbitraje, siendo estos la regla general y la regla imperativa cuando se trate de controversias relativas a “contratos celebrados por una entidad pública²⁸”.

²⁶ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 330 A. MP. Humberto Sierra Porto. Bogotá, 2012.

²⁷ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 330 A. MP. Humberto Sierra Porto. Bogotá, 2012.

²⁸ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-813. MP. Jorge Iván Palacio Palacio. Bogotá, 2014.

Según el profesor, Jaime Arrubla Paucar, deben tenerse en cuenta estos aspectos desarrollados en la Ley 1563 de 2012, para determinar si el **arbitraje es internacional**:

1. Las partes en un acuerdo de arbitraje tengan, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus domicilios en Estados diferentes,
2. El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, está situado fuera del Estado en el cual las partes tienen sus domicilios,
3. La controversia sometida a decisión arbitral afecte los intereses del comercio internacional.

Se constriñe considerablemente la comprensión de lo que es el arbitraje internacional a la luz de lo que había dicho la ley 315 de 1996, pues en otras palabras ya no es suficiente que las partes acuerden el lugar del arbitraje en otros estados o que se remitan a las reglas de un centro de arbitraje internacional, para que este adquiera tal naturaleza, con las consecuencias procesales que ello implica. Se tiene que presentar alguna de las tres hipótesis que trae la Ley 1563 de 2012, para que pueda haber arbitraje internacional²⁹.

Por último, es importante hablar de lo que se ha concebido en Colombia como **arbitraje social**, el cual el profesor, Jaime Arrubla Paucar, considera algo inconstitucional, en donde las partes pueden llevar controversias hasta por cuarenta salarios mínimos, las partes no requieren apoderado, se llevan por un solo árbitro y el centro cumple funciones secretariales.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que el elemento extranjero es de vital importancia para eventos en lo que se quiera es pactar arbitraje internacional y por ende el derecho comercial internacional y no el derecho internacional privado; ya que como la Corte Constitucional lo ha explicado:

²⁹ Arrubla Paucar, Jaime Alberto. Contratos Mercantiles. Contratos Contemporáneos. Editorial Legis, Bogotá, p. 293.

si el contrato se celebra "con persona nacional", no hay en él, ni en la controversia que de él surja, un elemento extranjero. Por lo mismo, no se ve cómo puedan las partes someter sus diferencias a un tribunal arbitral internacional. So pretexto de reconocer la autonomía de la voluntad, no puede permitirse el que las partes, en un contrato estatal, hagan a un lado la legislación nacional y se sometan a una extranjera, sin que exista en la controversia un solo elemento extranjero³⁰.

Según Jaime Arrubla Paucar, "se pueden adelantar por procedimientos especiales autorizados por el Ministerio de Justicia, delegación que no parece muy ortodoxa. Guardadas las proporciones, es como si se le autorizara para expedir un código de procedimiento civil. Su constitucionalidad es bien discutible. Se encuentra ubicado el artículo 117 del Estatuto y él propone sería un mecanismo ideal para la problemática del consumo"³¹ Y también se encuentra otra división en la que se concibe al arbitraje de un lado voluntario, cuando sean las partes las que por medio de su autonomía habiliten el mismo y el obligatorio cuando sea la ley quien sin tener en cuenta la voluntad de las partes habilite el mecanismo, figura bastante controversial que se estudiará en el capítulo 3, cuando se desarrollen las implicaciones de lo anterior con respecto al llamamiento en garantía en el proceso arbitral en Colombia.

4.1.4 El pacto arbitral en Colombia

Según la Corte Constitucional "El pacto arbitral, según la definición del artículo 3 de la Ley 1563 de 2012 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. Este pacto puede consistir en compromiso o cláusula compromisoria"³².

³⁰ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 347 A. MP. Jorge Arango Mejía. Bogotá, 1997.

³¹ Arrubla Paucar, Jaime Alberto. Contratos Mercantiles. Contratos Contemporáneos. Editorial Legis, Bogotá, p. 295.

³² Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 572 A. MP. Mauricio González Cuervo. Bogotá, 2014.

Por lo que claramente puede evidenciarse de esta definición que el pacto arbitral es concebido en Colombia, como un negocio jurídico diferente al mismo contrato donde pudiese estar contenido en el caso de la cláusula compromisoria a diferencia del documento que pudieran crear las partes para ingresar a este proceso en la modalidad del compromiso.

Para entender mejor, a lo que se refiere el pacto arbitral en sus dos modalidades es necesario explicar cada una de ellas.

4.1.4.1 La cláusula compromisoria

Según el artículo 4 de la Ley 1563 de 2012: “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”³³ Es decir, que el estatuto arbitral más que definir la cláusula compromisoria, lo que hace es explicar cómo se puede estipular y cuáles son los requisitos que deberán tenerse en cuenta cuando la misma, se realice cuando conste en documento separado al negocio jurídico inicial frente al que va a tener efectos frente a los conflictos que puedan surgir del mismo.

Según el profesor, Néstor Humberto Martínez Neira: “La cláusula compromisoria es el acuerdo de voluntades en virtud del cual las partes se obligan a solucionar los eventuales conflictos nacidos de un contrato por medio del proceso arbitral, asumiendo para el efecto todas las obligaciones personales para hacer efectivo

³³ Colombia. Congreso de la República. Ley 1563 de 2012. 12 de julio de 2012. Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá, D. C., No. 48489.

este pacto”³⁴, diferente a la visión que se presenta por otro académico, el cual parece que asimila el concepto al de compromiso, por cuanto según el profesor chileno, Rafael Eyzaguirre: “en la cláusula compromisoria, las partes solo acuerdan resolver las dificultades presentes o futuras, nacidas de un acto jurídico determinado mediante juicio arbitral”³⁵

Según la Corte Constitucional en sentencia C-330 de 2012:

tanto la cláusula compromisoria como el compromiso son instituciones jurídicas derivadas del acuerdo explícito, y que resultan del análisis de circunstancias jurídicas y económicas concretas que hacen recomendable recurrir a un tribunal arbitral, la Corte afirmó que no se puede crear mediante una ley un arbitramento obligatorio para resolver disputas contractuales, ya que ello crearía una instancia forzosa que desconocería la libertad de las partes para solucionar sus conflictos y restringiría el acceso a la administración de justicia³⁶.

4.1.4.2 El compromiso

Según el artículo 6 de la Ley 1563 de 2012: “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 aquél”³⁷ Es decir, que al igual que sucede con la cláusula compromisoria, el legislador más que definir lo que es esta modalidad del pacto arbitral lo que trata es de explicar cómo debe constar el mismo y lo que debe contener en sí mismo.

³⁴ Martínez Neira, Néstor Humberto. El pacto arbitral en: Estatuto Arbitral Colombiano. Análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012. Editorial Legis, Bogotá, p. 43

³⁵ Eyzaguirre Echeverría, Rafael. El arbitraje comercial en la legislación chilena y su regulación internacional. Editora Jurídica de Chile, Santiago, p. 28.

³⁶ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 330 A. MP. Humberto Sierra Porto. Bogotá, 2012.

³⁷ Colombia. Congreso de la República. Ley 1563 de 2012. 12 de julio de 2012. Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá, D. C., No. 48489.

Según el profesor Lisandro Peña Nossa:

El compromiso es un acto complejo, mediante el cual una o más personas (partes) convienen encomendar y encomiendan a otras (árbitros), quienes aceptan y asumen el encargo, decidir determinadas controversias que pueden surgir entre las primeras, lo cual implica que estas renuncian a intervención de la autoridad judicial y que la diferencia sustancial entre esta figura y la cláusula compromisoria, es que la última se refiere a controversias futuras, al paso que el compromiso se refiere a controversias presentes, que, por tanto, deben estar precisamente individualizadas y especificadas en el convenio³⁸.

La Corte Constitucional citando al profesor Hernando Morales Molina explica que el autor

...distinguía el compromiso como aquel contrato por el que dos o más personas someten la decisión de una cuestión jurídica a particulares llamados árbitros. A su vez, el arbitraje se refiere a la jurisdicción que, con el compromiso, es conferida a los árbitros y por último juicio arbitral como el procedimiento que se sigue ante los árbitros a fin de llegar a la decisión de la controversia, a través del laudo arbitral³⁹.

4.1.5 El arbitraje conforme a lo regulado en Tratados Internacionales firmados por Colombia

En este aparte del proyecto se quieren evidenciar la serie de tratados bilaterales y multilaterales que ha celebrado el Estado Colombiano para evidenciar la importancia del objeto de estudio, su pertinencia y por supuesto su impacto en la sociedad en el ámbito nacional e internacional según datos que se extraen de la sentencia C- 947 de 2014⁴⁰:

³⁸ Peña Nossa, Lisandro. De los contratos mercantiles nacionales e internacionales. Editorial ECOE Ediciones, Bogotá, p. 192.

³⁹ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 947. MP. Gloria Stella Ortiz Delgado. Bogotá, 2014.

⁴⁰ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 947. MP. Gloria Stella Ortiz Delgado. Bogotá, 2014.

a. Convención de 1907 para la resolución pacífica de controversias internacionales, firmada en la Haya el 18 de octubre de 1907. Entró en vigencia en el país con la Ley 251 de 1995 y su estudio de constitucionalidad está contenido en la sentencia C-281 de 1996. En este tratado se estableció la Corte Permanente de Arbitraje, el procedimiento que debe seguirse en el juicio arbitral, que en todo caso deberá atender a los principios de derecho internacional, el respeto a la ley y la obligación de someterse al laudo de buena fe.

b. Tratado de Derecho Internacional Privado entre las repúblicas de Colombia y Ecuador de 1903. Este tratado entró en vigor con la Ley 13 de 1905 y estableció en su artículo 47, que el laudo arbitral se reconocerá siempre que "... aunque sean expedidos a favor de otras personas, se acredita que en el Estado donde se verificó el juicio o el arbitraje se observa la reciprocidad."

c. Convención de Arbitraje en el asunto del ferrocarril de Antioquia entre Colombia y Gran Bretaña de 1896. Este Tratado entró en vigencia por disposición de la Ley 13 de 1896 y su finalidad era la de solucionar las controversias surgidas a raíz de la construcción de un ferrocarril que comunicara la ciudad de Medellín con el río Magdalena. Entre los rasgos más importantes está el procedimiento que debe seguir el juicio arbitral, la garantía de imparcialidad de los árbitros y de los derechos de defensa y contradicción de las partes.

d. Convenio sobre Arbitraje suscrito entre Colombia y Gran Bretaña de 1908, entró en vigor con la Ley 2 de 1909. Tenía como objetivo concluir acuerdos sobre arbitraje en los casos en que se acuda a esta figura. Se estableció que no podrán someterse a arbitraje aquellos asuntos que comprometan intereses vitales, independencia o el honor de los Estados contratantes y que afecten los intereses de terceras potencias. Del mismo modo estableció la obligación de suscribir un compromiso especial en el que deberán: i) fijar claramente el objeto del litigio; ii) la

extensión de los poderes de los árbitros; y iii) la forma de constitución del Tribunal arbitral y su procedimiento.

e. Tratado de Arbitraje General celebrado entre la República Argentina y la República de Colombia de 1912. Entró en vigor con la Ley 64 de 1912, en este tratado se fijaron las pautas para el desarrollo de la figura del arbitraje entre los dos países en el siguiente sentido: i) No podrán someterse a arbitraje preceptos de la Constitución de uno u otro país contratante; y ii) las partes deberán firmar un compromiso especial que determine el objeto del litigio, el asiento del tribunal, el monto de la suma que cada una de las partes debe depositar anticipadamente, la forma que debe dársele al tribunal, los plazos para su constitución, el canje de alegatos y los documentos que las partes pretendan hacer valer. En caso de no existir compromiso, en dicho tratado se acordó que las partes en su momento se obligaron a seguir las reglas establecidas en la Convención para el arreglo pacífico de las cuestiones internacionales, firmada en la Haya el 29 de julio de 1899. Además de lo anterior, las partes también fijaron la forma en que debe pronunciarse el laudo y la revisión del mismo, entre otras.

f. Convención de Arbitraje suscrita entre la República de Colombia y la República de Chile de 1914. Esta convención entró en vigencia por Ley 14 de 1913 y tenía como finalidad solucionar amistosamente las dificultades que pudieran surgir entre las dos naciones. De esa suerte, no podían someterse a esta figura aquellas cuestiones que afectaran la soberanía, el honor, la seguridad nacional, las disposiciones constitucionales de uno u otro Estado, o los intereses de otra potencia. También estableció la obligación de suscribir un compromiso especial en el que se determine: i) el objeto del litigio; ii) la extensión de las facultades del árbitro o del tribunal; iii) el modo de constitución; iv) su asiento; v) el idioma que haya de usarse; vi) la cantidad de dinero que deben depositar las partes; y vii) formalidades y plazos del procedimiento.

g. Convención de Arbitraje sobre Límites celebrado entre Colombia y los Estados Unidos de Venezuela de 1916. Esta Convención entró en vigencia con Ley 64 de 1916 y tenía como objetivo resolver cualquier diferencia en relación con la demarcación de la frontera común de las dos naciones, fijada por el Laudo de la Corona de España el 16 de marzo de 1891. En este tratado, se fijó el objeto del litigio; los poderes de los árbitros y el plazo para fallar, entre otros aspectos.

h. Tratado de Arbitraje entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Colombia de 1928. El tratado entró en vigor con la Ley 27 de 1930, su finalidad era someter a arbitramento todas las diferencias que puedan suscitarse entre las partes y que no pudieran ser resueltas por vía diplomática. En este Acuerdo internacional se estableció entre otras cosas que: i) no podrán ser objeto de arbitraje aquellas cuestiones que comprometan la independencia o la soberanía de ambas naciones, o el ejercicio de ellas en asuntos internos; ii) hechos y actos autorizados por la Constitución de cada Estado; y iii) cuestiones que puedan comprometer a un tercer Estado. Al igual que en otras oportunidades, los Estados se comprometieron a firmar un compromiso en el que determinaría: i) el objeto del litigio; ii) la sede del tribunal; y iii) reglas y procedimientos para el funcionamiento del mismo. El artículo 5 del Tratado establece la colaboración que deben prestarse los Estados en materia de práctica de pruebas como son citación de testigos, peritos, inspecciones oculares entre otras. Además, la forma en que debe proferirse el laudo y la revisión del mismo. Las mismas fórmulas de compromisos especiales y aquellas relacionadas con el procedimiento del juicio y el reconocimiento de laudos proferidos en el exterior, se han utilizado en otros instrumentos internacionales suscritos por Colombia como son: i) el Tratado de Arbitraje entre la República de Colombia y el Reino de España de 1929; Tratado de no agresión, conciliación, arbitraje y arreglo judicial entre Colombia y Venezuela de 1939; Tratado Americano de Soluciones Pacíficas (Pacto de Bogotá); Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras de 1958; Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a

inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados que constituyó el Centro Internacional para el arreglo de diferencias relativas a inversiones (CIADI) de 1965; Convención Interamericana sobre arbitraje comercial internacional de 1975; Convención Interamericana sobre eficacia Extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros de 1979; Convenio constitutivo del organismo multilateral de garantía de inversiones de 1986; y el Convenio Constitutivo del fondo multilateral de Inversiones de 1992, entre otros.

i. Acuerdo de promoción y protección de inversiones con el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de 2009, se estableció una cláusula de arbitraje en el artículo 10 que contenía: i) notificación previa de someter la disputa al arbitraje con una antelación no menor a 6 meses; ii) acuerdo especial sobre qué clase de tribunal y procedimiento se aplicaría al juicio arbitral y sus límites y facultades; iii) imposibilidad de celebrar acuerdos especiales que impidan la conciliación, la mediación o el arreglo de la controversia por mutuo acuerdo; iv) forma de proferir el laudo y ejecución del mismo; y v) garantías del debido proceso, defensa y contradicción en el juicio arbitral. Este instrumento fue sometido a control de constitucionalidad de este Tribunal, oportunidad en la que se reiteró lo afirmado en la sentencia C-309 de 2007, al estudiar una cláusula de arbitraje similar. Allí concluyó que era exequible bajo las siguientes consideraciones: crea los mecanismos procesales necesarios para la solución de controversias relativas a la ejecución del convenio; (ii) preserva la soberanía estatal en tanto contempla la necesidad de agotar inicialmente la vía gubernativa; (iii) dada la naturaleza de las diferencias que pueden suscitarse con ocasión del tipo de inversiones objeto de esta clase de convenios, puede llegar a ser mucho más conveniente y pacífico que sea un organismo internacional especializado a un tribunal de arbitraje quien las solucione; (iv) la promoción de la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas prevista en el artículo 226 constitucional, no sería posible sin el recurso de acudir a los tribunales internacionales.

j. El artículo 14 del Acuerdo de Transporte Aéreo entre Colombia y Estados Unidos de América del 2011, contiene una cláusula de arbitraje con mínimos estándares en materia de debido proceso, defensa y contradicción, al establecer: i) plazos para presentar la demanda, contestación de la misma y expedición del laudo; ii) mecanismos de revisión del laudo; y iii) ejecución del laudo arbitral. La constitucionalidad de este acuerdo fue revisada por la Corte en sentencia C-132 de 2014, en la que se refirió a que: la utilización del arbitraje como mecanismo de solución de controversias en tratados comerciales, armoniza con la Carta Política, por cuanto son coincidentes con la obligación estatal de promover la internacionalización de las relaciones económicas, políticas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, asegurando el fortalecimiento de una verdadera integración y fortaleciendo la pacífica solución de los conflictos en las relaciones internacionales.

k. “Acuerdo de promoción comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América”, sus ‘cartas adjuntas’ y sus entendimientos de 22 de noviembre de 2006” se estableció una cláusula de arbitraje que contenía “i) consultas y negociación, ii) sometimiento de una reclamación a arbitraje, iii) consentimiento de cada una de las partes al arbitraje, iv) condiciones y limitaciones al consentimiento de las Partes, v) selección de los árbitros, vi) realización del arbitraje, vii) transparencia de las actuaciones arbitrales, viii) derecho aplicable, ix) interpretación de los anexos, x) informes de expertos, xi) acumulación de procedimientos, xii) laudos, y xiii) entrega de documentos.

l. “Acuerdo para la promoción y protección de inversiones entre la República de Colombia y la República Popular China” y su Ley aprobatoria 1462 de 2011, indicó que pactar cláusulas de arbitraje en instrumentos internacionales, para la solución de las controversias que puedan surgir del mismo, son mecanismos civilizados para resolver de manera pacífica y pronta los conflictos que se presentan entre las partes contratantes y un inversionista o viceversa.

4.1.6 El arbitraje en la práctica internacional

También se hace pertinente hacer un listado de los instrumentos internacionales que si bien no rigen para Colombia si ofrecen una visión referente de la forma en que debe surtirse el procedimiento arbitral según la Corte Constitucional⁴¹:

i) El Protocolo de Ginebra sobre cláusulas de arbitraje de 1923 y el Convenio de Ginebra relativo a la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras de 1927. Estas han dejado de regir en los países que han adherido a la Convención de Naciones Unidas de 1958;

ii) Convención de Derecho Internacional Privado, conocido como código de Bustamante de 1928; El cual no hace un estudio específico del arbitraje pero si hace un recuento general de todas las instituciones transversales que respecto del derecho privado deberán tenerse en cuenta por los árbitros.

iii) Tratado de Derecho Procesal Internacional de 1940, el cual fue suscrito por Uruguay, Brasil, Colombia, Bolivia, Argentina, Perú y Paraguay, el cual regula sobre el arbitraje: sus principios generales, aplicación de las legislaciones, cumplimientos de exhortos, sentencias y fallos, concurso civil de acreedores y otras disposiciones generales.

iv) Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1961, que regula la facultad de las personas morales de derecho público de someterse a arbitraje, el derecho de los súbditos extranjeros a ser árbitros, la organización del arbitraje, la declinatoria de tribunal arbitral por incompetencia, competencia de los tribunales judiciales estatales, derecho aplicable, motivación de la sentencia

⁴¹ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 947. MP. Gloria Stella Ortiz Delgado. Bogotá, 2014.

arbitral. Declaración como nula de la sentencia arbitral y otras cuestiones generales finales.

v) Convención sobre la solución por vía de arbitraje de litigios de derecho civil de 1972, la cual pretende instituir una convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional entre los gobiernos de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos.

vi) Convención Interamericana sobre competencia en la esfera internacional para la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras de 1984: la cual también se realiza por los Gobiernos de los Estados Miembros de los Estados Americanos en la búsqueda de obtener la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras.

vii) Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional de 1985 (ley modelo UNCITRAL): Esta es una ley muy importante para el arbitraje por cuanto fue realizada por las naciones unidas como ley modelo en aplicación del arbitraje comercial internacional, acuerdos de arbitraje, composición del tribunal arbitral, competencia, medidas cautelares, órdenes preliminares, sustanciación de las actuaciones arbitrales, pronunciamiento del laudo y terminación de las actuaciones, impugnación del laudo, reconocimiento y ejecución de los laudos.

viii) Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos de 1994: La cual regula la conveniencia de armonizar las soluciones de las cuestiones relativas al comercio internacional teniendo en cuenta la interdependencia económica de los Estados, propiciando la integración regional y continental para estimular la contratación internacional removiendo diferencias entre los marcos jurídicos.

4.1.7 Reglas jurisprudenciales sobre garantías procesales mínimas en materia de arbitraje nacional e internacional

Del estudio de la Corte Constitucional⁴² se evidencia que de la práctica nacional e internacional en materia de tratados de arbitraje se extraen tres (3) temas fundamentales que las partes se han obligado a observar: i) etapa prearbitral, en la que se debe dejar claro el litigio sometido al arbitramento y las materias que están excluidas del mismo; ii) procedimiento del juicio arbitral, que en todo caso debe garantizar el derecho al debido proceso, defensa y contradicción, del que también hacen parte las regulaciones internacionales sobre: el régimen probatorio, los plazos, el idioma, la forma del laudo y su revisión; y iii) el régimen de ejecución de los laudos extranjeros por parte de los Estados contratantes. Para tales efectos, se tendrán en cuenta las siguientes reglas de garantías mínimas de los colombianos y del Estado mismo, que se acojan a tribunales de arbitramento internacional:

i) Etapa prearbitral: en la suscripción de la cláusula deberán respetarse los límites materiales que en ningún momento podrán obstaculizar de manera absoluta el acceso a la administración de justicia y tampoco podrán ser llevados asuntos que no sean transigibles, como son aquellos relacionados con la soberanía interna de los Estados parte, normas constitucionales, seguridad nacional, afectación a terceros países, entre otras.

ii) Procedimiento del juicio arbitral: en el establecimiento del procedimiento arbitral deberán garantizarse el derecho fundamental al debido proceso, defensa y contradicción. A tal efecto, las partes contratantes deberán conocer previamente las reglas procesales que serán usadas por el tribunal de arbitramento, no solo en materia de constitución del mismo, poderes y límites de los árbitros, sino también,

⁴² Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 947. MP. Gloria Stella Ortiz Delgado. Bogotá, 2014.

sobre la publicidad de los actos procesales y oportunidades para presentar alegaciones, el valor de elementos probatorios, los plazos del ejercicio de la función arbitral, idioma de las actuaciones, la forma en que será pronunciado el laudo y la posibilidad de su posterior revisión.

iii) Ejecutividad del laudo extranjero o nacional: en todo caso y con la finalidad de garantizar el acceso a la administración de justicia y la seguridad jurídica, las partes previamente deben conocer la forma o procedimientos para lograr la ejecución de laudos extranjeros en los Estados que suscribieron el acuerdo internacional.

4.1.8 Aspectos Procesales en relación con el proceso arbitral en Colombia

En Colombia, se encuentra evidentemente dividido el Derecho, en dos grandes ramas, estructurales: De un lado el Derecho Procesal y de otro el Sustancial. Además, se encuentran dentro del ordenamiento jurídico colombiano, mecanismos alternativos al proceso, que la misma Constitución Política, en su artículo 116 establece que pueden administrar justicia de forma excepcional y transitoria, como lo es el caso de los árbitros.

Según el esquema anterior, no solo puede existir en el país un proceso jurisdiccional como el que se va a llevar a cabo por medio del procedimiento establecido para cada materia en los diferentes códigos, sino que también existe un proceso arbitral, que por supuesto, no deja de ser jurisdiccional pero que tiene matices diferentes de índole procesal por no ser llevado a cabo ante jueces, depender en gran parte de la autonomía de la voluntad de las partes, tener un propio estatuto para su desarrollo e incluso regirse por procedimientos creados por centros de arbitraje y no directamente por leyes que han sido promulgadas y entrado en vigencia, por la labor legislativa que realiza el congreso.

Es por lo anterior, que es importante resaltar diferentes aspectos procesales que son particulares y que son de vital importancia para el desarrollo del proceso arbitral e incluso de la efectividad del derecho sustancial, en función de que el derecho procesal es un instrumento estructural que tiene como fin aplicarlo a un caso concreto, lo que en otras palabras quiere decir, que son igual de importantes, para lograr la justicia, o en estos tiempos un acercamiento a la misma.

Se podría decir que el esquema arbitral en Colombia, dentro de la regulación legal que se hace del mismo en el Estatuto Arbitral Nacional e Internacional presenta la siguiente estructura:

1. Iniciación del proceso arbitral: En esta etapa es donde se presenta la demanda de forma escrita y en donde se deben tener en cuenta los requisitos que hasta el momento exige el Código General del Proceso o Ley 1564 de 2012. Además de lo anterior, es en este momento en donde deberían discutirse figuras como el amparo de pobreza en una figura como el arbitraje.

2. Integración del tribunal arbitral: en esta fase del proceso arbitral la finalidad no será otra que elegir las personas que serán parte del tribunal arbitral de acuerdo a lo que las partes hayan dispuesto en el pacto arbitral y en donde tendrán protagonismo el deber de información y figuras tales como los impedimentos y las recusaciones en relación al control que de estas instituciones se crea en el país respecto del principio de imparcialidad.

3. Instalación del tribunal arbitral: Superada la fase anterior, se instalará en otra audiencia el respectivo tribunal, en donde dependiendo la cantidad de los árbitros se nombrará presidente y secretario. En este momento es cuando el centro entrega a los árbitros el expediente y donde es bastante importante revisar la existencia del pacto arbitral.

4. Traslado y contestación de la demanda: el cual presenta un término de traslado y contestación de la demanda arbitral con una duración de veinte días hábiles para surtirse y así mismo, cinco días hábiles para solicitar nuevas pruebas por parte del demandante, pero en donde procede la demanda de reconvención y no proceden las excepciones previas ni los incidentes según el artículo 21 del Ley 1563 de 2012.

5. Audiencia de conciliación: esta será una parte bastante importante de la estructura de desarrollo del procedimiento arbitral, en donde se propondrán fórmulas de arreglo para evitar el litigio y en donde podrán intervenir el Ministerio Público y la Agencia Nacional de la Defensa Jurídica del Estado. Si esta conciliación fracasa se procederá a la fijación de honorarios para los árbitros que hacen parte del Tribunal.

6. Primera Audiencia de Trámite: En esta el presupuesto estructural será que el tribunal decida sobre su propia competencia y en donde se decidirá sobre las pruebas solicitadas y las que requiera decretar de oficio.

7. Audiencias necesarias para práctica de pruebas: Para la práctica de pruebas se podrán realizar todas las audiencias que sean necesarias con o sin presencia directa de las partes en virtud de que se permite la utilidad de medios electrónicos que faciliten la comunicación simultánea.

8. Audiencias de Alegatos y Laudo Arbitral: Posterior a la práctica de pruebas se procederá a realizar la audiencia en donde las partes presentarán sus respectivos alegatos y el Tribunal proferirá laudo arbitral el cual podrá ser susceptible de revisión, anulación o en su defecto de solicitud de aclaración, adición o corrección según sea el caso.

Dentro de los aspectos procesales existentes en la fase estructural del proceso arbitral, se evidencian situaciones problemáticas, que se han identificado en esta investigación que son de gran importancia, pertinencia e impacto, tales como:

1. medidas cautelares innominadas y anticipatorias en el proceso arbitral en

Colombia: Este tema es de gran relevancia por cuanto tiene directa relación con la efectividad del derecho que se está discutiendo dentro del proceso, por cuanto de nada sirve que una de las partes acuda ante un tribunal arbitral con la pretensión de que se proteja una situación que será decidida en un imposible para el momento en que el proceso haya finalizado.

Sin embargo, el esquema del proceso arbitral en Colombia tiene en cuenta solo las medidas que si bien son cautelares se podrán solicitar dentro del proceso y no de forma anticipada, cuando una de las partes desee que se garantice su derecho antes de que la contraparte esté notificada en la etapa inicial del proceso a diferencia de lo que se ha pensado en otros países.

Para analizar una nueva propuesta para Colombia se toman experiencias internacionales tales como las que se han generado en la Cámara de Comercio Internacional con la creación de los árbitros de urgencia.

2. Las implicaciones probatorias del Código General del Proceso en el

proceso arbitral en Colombia: Cuando se habla de implicaciones probatorias para el caso del proceso arbitral, se pensaría que todo está resuelto en lo que propone o dispone el Código General del Proceso o Ley 1564 de 2012. Sin embargo, existen medios de prueba en donde se manejan diferentes esquemas y es de gran relevancia que en el país se toma consenso por una postura uniforme.

Un claro ejemplo de lo anterior, se da en el caso de la prueba pericial, en donde el Estatuto Arbitral establece una forma frente a cómo se debe solicitarla, decretarla y practicarla, pero de otro lado el Código General del Proceso establece otra.

Otras novedades del Código General del Proceso también son importantes a la hora de reflejar su aplicación en el proceso arbitral, tales como lo son las concernientes a la inspección judicial, la declaración de parte y el juramento estimatorio.

3. La competencia y la jurisdicción, las causales de rechazo de la demanda:

En el proceso ante los jueces, la falta de jurisdicción o de competencia genera el fenómeno que se conoce como rechazo de la demanda. Sin embargo, cuando esta falta de jurisdicción o de competencia sea por presencia de pacto arbitral no podrán los jueces rechazar la demanda, por cuanto se tendrá por renunciada como excepción, la presencia de este negocio jurídico, si no se alega como excepción en la contestación de la demanda, lo que si bien no tiene discusión práctica si ofrece un panorama algo confuso frente a lo que siempre se ha entendido como jurisdicción y competencia.

4. La implementación de tecnologías de información y comunicación: Para el caso del proceso arbitral solo se tendrán en cuenta figuras interesantes como la aplicación de la presunción de autenticidad de los mensajes de datos, que ya se venían aplicando por cuanto cuentan los centros de arbitraje del país con condiciones infraestructurales para poder generar una verdadera implementación de lo que se entiende son las tecnologías de información y comunicación.

5. La intervención de terceros: Para el caso de la intervención de terceros se tendrá en cuenta el específico estudio de una de estas, la cual se denomina el llamamiento en garantía, en donde se estudia un panorama crítico frente a la línea de aplicación de lo que se concibe como el principio de habilitación en lo que ha

venido estudiando la Corte Constitucional de Colombia, demostrando que esta figura en el país se concibió dentro de un margen de desconocimiento del mismo, dejando sin opción a quien es llamado en garantía en un proceso arbitral, por cuanto no importa según lo establecido en el Estatuto Arbitral Colombiano si está de acuerdo o no, dejando de lado que el pacto arbitral puede incluso ser verbal o constar en documento distinto al contrato frente al que genera efectos como ocurre en el caso del compromiso.

Aspectos frente a los cuales se ahondará en capítulo siguiente, pero que desde ya se puede indicar tienen gran incidencia en el proceso arbitral colombiano, por ser instituciones que expresamente requieren de la aplicación que tenga en cuenta la vigencia del Código General del Proceso y el respeto por la autonomía dispositiva y la habilitación como presupuesto del arbitraje. Lo anterior, en relación a la efectividad del derecho sustancial propia del mecanismo, para evitar sacrificar los derechos de las partes que eligen el arbitraje como mecanismo alternativo al proceso.

4.1.9 Principio de Integración: Margen general de aplicación

Como este es un estudio sobre las incidencias del Código General del Proceso en el Proceso arbitral en Colombia, es de gran importancia incluir para ello, el estudio del principio de integración en relación con la interpretación de la Ley Procesal, por cuanto será la misma, la carta de navegación para encontrar tesis o propuestas válidas frente a la interpretación sistemática o literal del Estatuto Arbitral y el Código General del Proceso en aplicación a situaciones reales en donde se generarán y se han producido problemáticas que conllevan la entrada en vigencia de esta normativa en integralidad.

Se puede entender que este principio de integración normativa es el que logra que una norma pueda ser en gran sentido, el sustento de otra, y tener implicaciones

directas, como en este caso, ocurre entre el Código General del proceso arbitral colombiano, legalmente regido por lo establecido en el Estatuto Arbitral Nacional e Internacional o Ley 1563 de 2012. Sin embargo, existen diferentes formas o por así decirlo clasificaciones que se han hecho respecto de las figuras que permiten aplicar este principio en materia procesal.

Por ejemplo, para autores como Juan Monroy Gálvez en la experiencia del contexto peruano:

resulta indispensable conceder al juez y a los protagonistas del proceso medios lógicos jurídicos para coadyuvar a la solución del conflicto de intereses. Hasta resulta plausible establecer una prelación entre estos. El principio en examen concede al juez la posibilidad de cubrir los vacíos o defectos en la norma procesal, es decir, las lagunas o contradicciones sobre la base de ciertos recursos metodológicos y a un orden establecido entre estos⁴³.

Lo que invita en todos los casos al árbitro o al juez a no proferir una decisión que en excusa de no encontrar respuesta literal en la norma procesal termine por evitar tomar en el fondo la decisión que esperan las partes, convirtiendo el procedimiento y al proceso mismo, ya sea de orden arbitral o judicial en una pérdida de tiempo que implica vulneración de sus derechos, especialmente el derecho de acción o la tutela jurisdiccional efectiva.

De otro lado, la profesora Beatriz Quintero explica:

Es posible que después de cumplir la tarea hermenéutica se concluya que la situación procesal objeto de la decisión, no está comprendida en alguna de las hipótesis del sistema procesal civil vigente. Lo que precisa resolver no está contemplado en abstracto como supuesto normativo de ninguna regla positiva, por lo que debe elegir entre diferentes opciones que no deben confundirse.

⁴³ Monroy Gálvez, Juan. Introducción al proceso civil. Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, p. 95

Es decir, no debe confundirse la analogía con el reenvío o llamamiento a regir por delegación que consiste en la remisión que un precepto hace, a otro u otros, del mismo, o de diverso ordenamiento jurídico, pues en estos casos la solución del problema está ya legalmente prevista aun cuando en otro lugar. La remisión evita inútiles repeticiones. Por ejemplo, los códigos de procedimiento penal, laboral, contencioso – administrativo, suelen remitir al código de procedimiento civil que, como se anotó, es el derecho procesal común⁴⁴.

En la cita anterior se evidenciar que la profesora Beatriz Quintero ahonda sobre una de las figuras que de gran importancia hacen parte de la integración como principio relacionado con la interpretación de la ley procesal: la remisión normativa. Por cuanto de esta manera se podrán resolver muchos de los interrogantes que se plantean en este estudio, en donde existen dos normas de gran relevancia: El Estatuto Arbitral Nacional e Internacional y el Código General del Proceso, pero la primera siempre haciendo referencia o remisión a la segunda en la mayoría de los casos.

Para Rogelio Enrique Peña:

En nuestra legislación existe una serie de normas que obligan al funcionario a seguir adelante en su labor jurisdiccional, aun ante la existencia de vacíos legales pues para ellos debe recurrir a los métodos de integración, entre los que podemos mencionar la analogía, la equidad y los principios generales del derecho. La analogía y la interpretación extensiva se diferencian en que la primera busca la solución del caso en otras normas, sea porque este no la tenga, sea porque la que tiene no presenta un sentido claro e indubitable a su respecto, la integración extensiva en cambio, halla la solución del caso en su norma propia, que no se ve en el cuerpo de ésta, pero sí en el espíritu. El efecto de la primera es crear una nueva norma jurídica; el efecto de la segunda es hacer extensiva una norma a casos no previstos por ésta⁴⁵.

Para el profesor, Marco Gerardo Monroy Cabra:

⁴⁴ Quintero, Beatriz. Teoría General del Derecho Procesal. Editorial Temis, Bogotá, 2008, p. 84.

⁴⁵ Peña, Rogelio Enrique. Teoría General del Proceso. Editorial ECOE Ediciones, Bogotá, 2011, p.

En virtud de que la ley debe ser aplicada, tiene que ser interpretada, lo cual significa que se debe buscar su sentido y alcance acudiendo tanto al elemento gramatical como al lógico, histórico y sistemático, buscando la intención de la ley, su finalidad y contenido social. En este aspecto hay que distinguir varios casos:

a) Si existe norma aplicable al caso controvertido y la ley es clara, debe aplicarse en su tenor literal y no puede interpretarse so pretexto de buscar su espíritu, según el artículo 27 del Código Civil.

b) Si no existe ley aplicable al caso controvertido, hay que integrarla acudiendo a la analogía, principios de derecho constitucional y principios de derecho procesal según el artículo 8 de la Ley 152 de 1887 y el artículo 4 del Código de Procedimiento Civil⁴⁶.

Según Hernán Fabio López Blanco:

Las dudas que se presenten y que no puedan solucionarse directamente con el Código de Procedimiento Civil deben ser resueltas mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal, de manera que se cumpla la garantía constitucional del debido proceso, se respete el derecho a la defensa y se mantenga la igualdad de las partes⁴⁷.

Para el profesor Eduardo García Máynez, debe entenderse desde el estudio de estas visiones:

Interpretación e integración según Gény

Parte Gény del principio de que la finalidad de la interpretación de la ley estriba en descubrir el pensamiento del legislador. En este punto coincide totalmente con la tesis de la escuela exegética. Más no acepta que la legislación sea la única fuente de derecho, ni que pueda prever todas las situaciones jurídicas posibles.⁴⁸

El método exegético

La labor de la exégesis no es siempre difícil. El texto legal puede ser claro, tan claro que no surja ninguna duda sobre el pensamiento de sus redactores. En tal hipótesis, debe aplicarse en sus términos. Cuando una

⁴⁶ Monroy Cabra, Marco Gerdado. Derecho Procesal Civil. Editorial Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 2001, p. 42

⁴⁷ López Blanco, Hernán Fabio. Procedimiento Civil. Editorial Dupré Editores, Bogotá, 2009, p. 84

⁴⁸ García Máynez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Editorial Atenea, Caracas, 2008, p. 383.

ley es clara, no es lícito eludir su letra, so pretexto de penetrar su espíritu. En esta coyuntura, la interpretación resulta puramente gramatical.⁴⁹

La escuela del derecho libre

La citada escuela representa una reacción, a veces muy violenta, contra la tesis de la plenitud hermética y la sumisión incondicional del juez a los textos legales.⁵⁰

Tesis de Gustavo Radbruch

La voluntad del legislador no es, pues, medio de interpretación, sino resultado y fin de la misma, expresión de la necesidad a priori de una interpretación sistemática y sin contradicciones de la totalidad del orden jurídico. Justamente por eso es posible afirmar como voluntad del legislador lo que nunca existió conscientemente en la voluntad de éste. El intérprete puede entender la ley mejor de lo que la entendieron sus creadores y la ley puede ser mucho más inteligente que su autor, es más, tiene que ser más inteligente que su autor.⁵¹

Tesis de Kelsen

Dicha teoría se encuentra estrechamente ligada a la del orden jerárquico normativo. El problema fundamental de la interpretación debe plantearse, según el jefe de la Escuela de Viena, en los siguientes términos ¿Cómo deducir de la norma general de la ley, en su aplicación a un caso concreto, la especial de la sentencia o el acto administrativo? Así como las leyes ordinarias se encuentran condicionadas por la Constitución y las reglamentarias por las ordinarias, entre éstas y las individualizadas existe una relación del mismo tipo. Toda norma de grado superior determina, en cierto modo, a la de rango inferior. Más la determinación de que hablamos no es, ni puede ser, completa. En la aplicación de una norma cualquiera interviene siempre, en mayor o menor grado, la iniciativa del órgano que la aplica, porque no es posible que aquella reglamente en todos los pormenores el acto de aplicación. El mandato, la orden más concreta, tienen que abandonar una multitud de determinaciones al ejecutor de los mismos. Si el órgano A dispone que el órgano B debe detener al súbdito C, el órgano B ha de decidir, según su libre apreciación, cuándo, dónde y cómo ha de realizar la orden de detención; y estas decisiones dependen de circunstancias externas que el órgano A no ha previsto en su mayor parte, ni podría prever.⁵²

⁴⁹ García Máñez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Editorial Atenea, Caracas, 2008, p. 378

⁵⁰ *Ibidem.*

⁵¹ *Ibidem.*

⁵² *Ibidem.*

Para este estudio se puede concluir que es de vital importancia entender el principio de integración en el caso de las incidencias del Código General del Proceso en el proceso arbitral de la siguiente manera:

- a) Cuando exista norma expresa en el proceso arbitral deberá ser esta la que aplique
- b) Cuando se haga remisión al Código de Procedimiento Civil se hará aplicación del Código General del Proceso u otras opciones de aplicación del principio de integración tales como la analogía y la interpretación extensiva.
- c) Cuando no se opte por cualquiera de las opciones anteriores se deberá remitir a la aplicación de los principios constitucionales y generales del derecho procesal garantizando el debido proceso, el derecho de defensa y la igualdad de las partes.

4.1.10 Análisis Legal y constitucional del principio de integración en Colombia con relación a las implicaciones del Código General del Proceso en el Proceso Arbitral en Colombia

En Colombia, el principio de integración se encuentra constitucionalmente fundamentado en el artículo 230 de la Constitución Política, el cual establece: **“Artículo 230. Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.** La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”.

Sin embargo, la jurisprudencia ha alcanzado en los últimos años un papel importante en el país, figuras tales como el precedente judicial y la doctrina probable, las cuales no son materia de este estudio principalmente. En todo caso, lo que hace particular el desarrollo de este principio frente a las implicaciones que pueda llegar a tener el Código General del Proceso en el Proceso Arbitral en Colombia, más que a lagunas de insuficiencia de la ley, responden a la interpretación en que se deben concebir figuras que son tan expeditas y céleres

como el arbitraje frente a las demoras del proceso como instrumento de la administración de justicia en el país.

Según la Corte Constitucional:

ha definido el arbitraje como aquel medio del cual una persona o varias a nombres del estado, en ejercicio de una competencia atribuida por éste y consultando solo el interés superior del orden jurídico y la justicia, definen el derecho aplicable a un evento concreto, luego de haber comprobado los hechos de inferir una consecuencia jurídica, cuyo rasgo esencial es el efecto del tránsito a cosa juzgada⁵³.

Lo anterior, porque en realidad al establecer una remisión directa, el Estatuto Arbitral no presenta en sí, vacíos legales o comúnmente denominadas lagunas sino que presenta un panorama claro de aplicación en teoría, pero que parece ser algo confusa en la práctica, razón por la cual encuentra sustento de impacto, pertinencia y proyección social esta investigación, ya que para nadie es un secreto que muchas veces el legislador crea herramientas jurídicas que ni los operadores ni la misma sociedad terminan comprendiendo en la práctica, generando posiciones heterogéneas que generan inseguridad, desconfianza y vulneración de los derechos de las personas.

La Constitución Política de Colombia de 1991, en su artículo 230, señala que los principios generales del Derecho son criterios auxiliares en caso de insuficiencia de la ley, es decir, en caso de oscuridad o vacíos normativos. Esta tendencia ha sido reforzada por la Corte Constitucional, en la defensa de la libertad y la justicia, que sin ningún temor hacia el fetichismo positivista entregó a los colombianos una jurisprudencia fresca y poderosa, basada en gran parte en los principios mencionados.

⁵³ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 947. MP. Gloria Stella Ortiz Delgado. Bogotá, 2014

4.1.11 Análisis Jurisprudencial del principio integración en Colombia

En primer lugar habrá que decir que por razones relacionadas con los recursos procedentes contra los laudos arbitrales, es decir, revisión y anulación, los cuales no obedecen a situaciones relacionadas con el fondo o con una nueva sede de instancia la jurisprudencia colombiana no tiene en extenso un desarrollo muy amplio de la posición que se tiene frente a algunas figuras que se plantearon en esta investigación pero si fueron de utilidad sentencias de constitucionalidad y sentencias en donde se estudiaron recursos en contra de laudos para encontrar un punto de partida frente algunas instituciones que tienen relación con el proceso arbitral en Colombia.

Como se viene estudiando, el fondo complejo de este proyecto tiene directa relación con el análisis de algunas de las implicaciones procesales que se identifican hasta el momento tendrán de forma directa e indirecta punto de partida en el Código General del Proceso respecto del proceso arbitral en Colombia, por lo que es importante entender que si bien existe en el arbitraje, el principio de habilitación de las partes, entendido como aquel por medio del cual las mismas son las que abren la posibilidad de que un litigio no sea discutido ante los jueces sino ante particulares denominados árbitros, también es importante la regulación legal que de este proceso hizo el legislador por medio de otra normativa tal y como lo es para este caso la Ley 1564 de 2012.

Según la Corte Constitucional en sentencia C-572 A de 2014: “el legislador puede elegir entre diversas alternativas de regulación del proceso arbitral, que van desde la extrema libertad de las partes para definir cuáles serán las reglas procesales aplicables, hasta la alternativa extrema de exigir requisitos y etapas, con la alternativa intermedia de prever normas supletorias de la voluntad de las partes”⁵⁴.

⁵⁴ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 572 A. MP. Mauricio González Cuervo. Bogotá, 2014.

Lo anterior, para entender la necesidad no solo de ver al proceso arbitral como un estadio en donde las partes elegirán a manera de menú los ingredientes que se aplicarán en un procedimiento que desde todos los ángulos deberá tener en cuenta lo que procesalmente establece el Código General del Proceso y más si dentro de esta regulación se tienen de presente la relación con el debido proceso o la tutela jurisdiccional de las partes en un plano de garantía de la igualdad que debería revestirse en cualquier proceso en el país.

Uno de los límites que por ejemplo se pueden resaltar de este mecanismo, es decir el arbitraje, es que no se pueden someter al mismo asunto:

Los árbitros sólo pueden pronunciarse sobre asuntos transigibles, valga decir, de asuntos que se enmarcan dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad de las partes que los habilitan y que pueden ser objeto de libre disposición, negociación o renuncia conforme a la ley. Estos asuntos son aquellos que suelen referirse a obligaciones de contenido económico. Los asuntos que no son transigibles deben resolverse por las autoridades públicas que cumplen funciones judiciales y, en especial, por los jueces de la República. El preciso objeto del arbitraje es un claro límite material a la competencia de los árbitros⁵⁵.

Sin embargo y aunque se deba tener en cuenta lo que el legislador exprese por medio de estas normas la cuestión se complica un poco más cuando se entiende que por ejemplo, la autonomía de la voluntad de las partes también se constituye como un principio estructural del mismo, en que se fundamenta pero que también es concebido como un límite estructural a la hora de someter un litigio a esta vía procesal flexible:

El principio de la autonomía de la voluntad es el fundamento y el límite del arbitraje. Por lo tanto, 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)

⁵⁵ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 572 A. MP. Mauricio González Cuervo. Bogotá, 2014

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 trabajadores⁵⁶.

Sin embargo, la pregunta inicial que surge a partir de lo que expresa de manera descriptiva del proceso arbitral la Corte Constitucional es si la función de administrar justicia de los árbitros responde a un origen que radica en el Estado o en las partes a lo cual este mismo tribunal ha expresado lo siguiente:

La fuente de la función judicial del árbitro no es un acto del Estado, sino un acuerdo de voluntades entre las partes. Así, pues, el principio de habilitación de las partes es un presupuesto imperativo para la justicia arbitral. Por ello, es crucial que dicha voluntad o consentimiento se manifieste de manera válida, esto es, libre de vicios, y sin apremio alguno, de tal suerte que, como acaba de reiterar este tribunal en la Sentencia C-170 de 2014⁵⁷.

Frente a lo anterior, se presenta en este proyecto una crítica inicial de lo que ha opinado este tribunal pues si bien es cierto que del negocio jurídico concebido como pacto arbitral deviene una función judicial, la misma encuentra cabida porque es la Constitución Política la que establece esa posibilidad y posteriormente una ley lo que puede concebirse como una manifestación del Estado: ¿Acaso sin que el Estado lo permitiera de esta manera las partes podrían en Colombia someter un litigio a arbitraje? Por esto, se plantea en este momento una posición que incluye una función judicial que parte del Estado pero que está supeditada a la habilitación que de las partes exige el mismo Estado para que la figura sea posible, por lo que se difiere de la corte en ese sentido y más cuando cita la sentencia C-170 de 2014, en donde puede leerse que existe una posición frente a lo que se concibe como habilitación obligatoria del arbitraje para el caso

⁵⁶ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 572 A. MP. Mauricio González Cuervo. Bogotá, 2014.

⁵⁷ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 572 A. MP. Mauricio González Cuervo. Bogotá, 2014.

del que intervenga como llamado en garantía dentro del arbitraje sin considerarlo parte en una interpretación cuestionable de lo que establece el artículo 116 de la Constitución Política, lo cual será explicado más adelante cuando se desarrollen cada una de las implicaciones del Código General del Proceso en el proceso arbitral en Colombia en el capítulo 3.

En el ordenamiento jurídico colombiano al igual que en el resto del mundo la ley dejó de ser vista desde un marco de aplicación exegética, por lo que aparecieron figuras de gran importancia en el país como el bloque de constitucionalidad y así mismo el principio de integración, que merece ser estudiado en este proyecto con la finalidad de entender las implicaciones del Código General del Proceso en el Proceso Arbitral en Colombia, por lo que se debe entender la figura jurisprudencialmente a partir de las siguientes explicaciones que hace la Corte Constitucional:

Dentro de diferentes contextos aparecen figuras que son inspiradas en el Código Italiano de 1942 en Colombia tal y como lo es la aparición de principios dentro del ordenamiento jurídico que hacen que ya no se tenga simplemente una cultura de interpretación taxativa de la ley ni de lo que específicamente se diga en un contrato o convención, dependiendo como se conciba el pacto arbitral.

Entendiendo lo anterior, como que cuando se habla de integración, se refiere también en gran manera a esa figura que permite que un negocio jurídico sea entendido en aplicación extensiva con otros elementos del ordenamiento jurídico que si bien no fueron mencionados expresamente pues hacen parte del mismo, tal y como en Colombia ocurre con el Estatuto Arbitral Nacional e Internacional, pues en todo lo que procesalmente no regule pues remite expresamente al Código General del Proceso.

En el ámbito sustancial, el arbitraje no solo deberá preocuparse por la integración de normas procesales sino por principios tales como el abuso del derecho, la buena fe y el enriquecimiento sin justa causa, porque si bien no se mencionan eso es lo que podría entenderse es resultado de la función integradora del derecho.

Para hacer énfasis en el desarrollo jurisprudencial que esto ha tenido en Colombia en los últimos años es necesario mencionar algunas sentencias de gran relevancia, en donde la Corte dice cosas tales como: “Se concluye entonces que la aplicación de las normas del bloque de constitucionalidad, aunque en algunos casos es indirecta, se verifica de manera permanente en la legislación, pues es la presencia tutelar de estos principios, valores y garantías lo que ilustra el desenvolvimiento de la juridicidad nacional”⁵⁸

E incluso se ha referido a algunos de los requisitos que consideran deben tenerse en cuenta para efecto de lo que constitucionalmente ella ha denominado la unidad normativa:

Para determinar la procedencia de la unidad normativa esta Sala pasará a recordar la doctrina de esta Corporación respecto de la integración de unidad normativa, la cual sólo procede en tres hipótesis y de manera excepcional: (i) en primer lugar, en el caso cuando se demanda una disposición que no tiene un contenido normativo claro y unívoco, razón por la cual resulta necesario integrar su contenido normativo con el de otra disposición que no fue acusada, a fin de completar el enunciado normativo demandado y evitar así una decisión inhibitoria; (ii) en segundo lugar, cuando el enunciado normativo demandado se encuentra reproducido en otras normas del ordenamiento que no fueron demandadas, a fin de evitar que el fallo de constitucionalidad resulte inane; y (iii) cuando la disposición demandada se encuentra íntima o intrínsecamente vinculada o relacionada con otra disposición, respecto de la cual se yerguen serias sospechas de constitucionalidad⁵⁹.

⁵⁸ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 067. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra. Bogotá, 2003.

⁵⁹ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 543. MP. Jaime Araujo Rentería. Bogotá, 2008

También relaciona la Corte la unidad o integración cuando se hace referencia a la eficacia del fallo, o los efectos de la misma, dentro de un marco que debe siempre responder a la tutela jurisdiccional efectiva por cuanto: “Para la Corte en este caso hay lugar a la integración normativa entre los dos preceptos, por cuanto la coincidencia material entre ellos hace necesario un pronunciamiento judicial unificado, para asegurar la eficacia del fallo”⁶⁰

En relación con la aplicación de una norma y su interpretación, debe recordarse, que de conformidad con el inciso 2 del artículo 230 de la Constitución, debe la Corte, en ausencia de ley positiva, integrar el ordenamiento mediante la aplicación de la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina. El principio de la analogía, o *argumentum a simili*, consagrado en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, supone unas condiciones ineludibles para su aplicación como son las siguientes: a) que no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido; b) que la especie legislada sea semejante a la especie carente de norma, y c) que exista la misma razón para aplicar a la última el precepto estatuido respecto de la primera⁶¹.

...la integración normativa procede únicamente “cuando ella es necesaria para evitar que un fallo sea inocuo, o cuando ella es absolutamente indispensable para pronunciarse de fondo sobre un contenido normativo que ha sido demandado en debida forma por un ciudadano. En este último caso, es procedente que la sentencia integre la proposición normativa y se extienda a aquellos otros aspectos normativos que sean de forzoso análisis para que la Corporación pueda decidir de fondo el problema planteado por los actores”⁶².

Pero lo más importante que frente a la integración e interpretación de normas tanto procesales como sustanciales ha expuesto la Corte Constitucional en Colombia, tiene relación con lo que se ha denominado las reglas jurisprudenciales sobre garantías procesales mínimas en materia de arbitraje internacional, lo cual sin lugar a dudas también debe ser tenido para el nacional, no siendo este último tan flexible como el primero, las cuales son: los principios de acceso a la

⁶⁰ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 224. MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Bogotá, 2013

⁶¹ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T- 734. MP. Alberto Rojas Ríos. Bogotá, 2013

⁶² Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-219. MP. Mauricio González Cuervo. Bogotá, 2015

administración de justicia en todas las etapas del proceso arbitral para lograr la efectividad del laudo extranjero⁶³.

4.1.12 El principio de integración en Colombia desde la aplicación de la experiencia del derecho comparado en relación con las implicaciones del Código General del Proceso en el Proceso Arbitral en Colombia

El principio de integración como base para entender la interpretación sistemática del Derecho en procura de la protección de los derechos de las personas, ha tenido desarrollo en diferentes países del mundo:

Existen diferentes formas y experiencias internacionales para aplicar el principio de integración en la práctica internacional. Por ejemplo, para el caso de **Italia**, la integración se hace por medio del sistema de fuentes de derecho al igual que en la experiencia que se vivió en **España**, lo que también acogen países en Suramérica tales como **Argentina**. En **México** se habla también de la aplicación de los principios generales del derecho. En el Caso de **Costa Rica**, la solución se hará por medio de la Constitución, los Tratados Internacionales ratificados y publicados, la costumbre y los principios generales del derecho dentro de un sistema de integración de fuentes. **Venezuela** al igual que **Colombia** se refiere a la aplicación de la analogía y los principios generales del derecho. En **Uruguay** se admite lo que se considera es la integración del derecho en aplicación de la analogía y los principios generales en segundo orden.

Según Grisel Galiano Marytan y Deyli González Milán:

En el nuevo Código Civil español, luego de ser reformado por la Ley de Bases de 17 de marzo de 1973 y el Decreto de 31 de mayo de 1974, el

⁶³ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 947. MP. Gloria Stella Ortiz Delgado. Bogotá, 2014

artículo primero recogió el sistema de las fuentes del Derecho y con ello las posibilidades de integración. FERNÁNDEZ BULTÉ, considera que no se alejó de la anterior redacción al establecer que "las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho", y en su apartado seis le brinda un carácter complementador. En su artículo 4, apartado primero, recoge la analogía, y en su apartado dos regula las prohibiciones para el uso de esta. La regulación de la integración en este cuerpo legal se hace a través de los métodos integradores.

El Código Civil italiano de 16 de marzo de 1942, en su Capítulo I, artículo primero, expresa que son fuentes de Derecho la ley, los reglamentos, las normas corporativas derivadas de la actividad legislativa del gobierno, y los usos generales que es lo mismo que decir costumbres. Aquí, al contrario del anterior, la integración se hace a través de las fuentes del Derecho.

En Argentina el Código Civil actual también expone una fórmula para solucionar los vacíos legislativos en su artículo 15, donde dispone que los jueces no puedan dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes, con lo que se asemeja al antiguo Código Civil español de 1889.

En el artículo 16 dispone que si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras ni por el espíritu de la ley, se atienda a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del Derecho teniendo en consideración las circunstancias del caso. En este precepto se revela un orden de prelación entre los diferentes métodos por utilizar.

La Constitución Política de Colombia de 1991, en su artículo 230, señala que los principios generales del Derecho son criterios auxiliares en caso de insuficiencia de la ley, es decir, en caso de oscuridad o vacíos normativos. Esta tendencia ha sido reforzada por la Corte Constitucional, en la defensa de la libertad y la justicia, que sin ningún temor hacia el fetichismo positivista entregó a los colombianos una jurisprudencia fresca y poderosa, basada en gran parte en los principios mencionados.

Por su parte, el Código Civil Federal de México, reformado en mayo de 2000, en su artículo 18, regula la obligación del juez de actuar aunque exista silencio o insuficiencia en la ley, y otorga la posibilidad de acudir a los principios generales del Derecho como método integrador en su artículo 19, aunque solo en defecto de ley aplicable.

El Código Civil de Costa Rica fue emitido por la Ley 30 del 19 de abril de 1885; su vigencia se inició a partir del 1 de enero de 1888, en virtud de la Ley 63 del 28 de septiembre de 1887; en el artículo primero recoge las fuentes escritas que ellos consideran aplicables, entre ellas la Constitución, los tratados internacionales debidamente aprobados, ratificados, publicados, y la ley. Por otro lado, la costumbre, los usos y los principios

generales de Derecho son empleados como fuentes no escritas del ordenamiento jurídico privado que les servirán para interpretar, delimitar e integrar las fuentes escritas del ordenamiento jurídico. Aquí también prevalece la integración mediante las fuentes.

Por su parte, el artículo 6 regula el principio de *non liquet*, y el 11 enfatiza en la equidad como fundamento en la aplicación de las normas. La analogía se recoge en el artículo 12 y su prohibición en el 13.

El uso y la costumbre solo regirán en defecto de ley aplicable, según informa el artículo 3. No dejan de reconocer los principios generales del Derecho, estos se regulan en el artículo 4 donde se expresa que se aplicarán en defecto de norma escrita, uso o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico.

En Venezuela, el artículo 4 del Código Civil recoge también una fórmula de integración basándose específicamente en la analogía y en los principios generales del Derecho.

En el Código Civil de Uruguay actualmente vigente se regula la obligación de los jueces de fallar en materia civil en su artículo 15, y en el siguiente se admite la integración del Derecho a través de la analogía en primer orden y luego a través de los principios generales.

De esta forma, observamos que de una manera u otra en todos los ordenamientos jurídicos, o por lo menos en la mayoría de ellos, se encuentra una fórmula de integración, ya sea acudiendo a los mecanismos del ordenamiento jurídico en su interior, o recurriendo a procedimientos que están fuera de este.

Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico en general no contamos con una fórmula precisa que apoye o auxilie a los jueces a la hora de dirimir los conflictos legales en los casos en que no haya una norma capaz de darle solución, así evitaríamos las arbitrariedades que pueden cometer los operadores del Derecho y, específicamente, los jueces, que son en definitiva los que dicen la última palabra a la hora de solucionar el conflicto porque no cuentan con los medios necesarios para poder fundamentar su decisión.

Es cierto que los ordenamientos jurídicos contienen siempre en su propio seno elementos de decisión suficientes para dar solución a las lagunas, el Derecho realiza siempre por su propia virtualidad el principio de la plenitud o completitud según el criterio de algunos, pues termina resolviendo de una forma u otra las situaciones en que no existe una norma que sea específicamente aplicable al supuesto planteado, esa plenitud es potencial y consiste en disponer de los mecanismos adecuados para dar solución a cualquier posible supuesto, de ahí la imperiosa necesidad de recoger en el

cuerpo normativo los mecanismos de integración del Derecho para la solución de las lagunas jurídicas.⁶⁴

Como puede observarse lo que se pretendió en este capítulo fue “Describir el proceso arbitral en Colombia: aspectos procesales y principio de integración con el Código General del Proceso”, objetivo que además de cumplirse, permitió revisar las características de este proceso en sus diferentes etapas desde una visión legal, doctrinal y jurisprudencial, así como un estudio de cómo debe concebirse el principio de integración en sus diferentes modalidades para resolver las diferentes problemáticas que hasta el momento fueron identificadas, aspecto que resulta fundamental entender para dar aplicabilidad del mismo en el proceso arbitral en Colombia.

Ofreciendo de esta manera al lector no solo un panorama general de la estructura del proceso arbitral en Colombia y sus características sino las incidencias que tiene el Código General del Proceso en el anterior, proponiendo soluciones adecuadas a la protección de lo que se considera es la tutela jurisdiccional efectiva de las partes que eligen este mecanismo.

Después de la lectura de este capítulo deben quedar por lo menos en el lector claros los siguientes aspectos: Qué es el arbitraje, cuáles son sus características, cuál es la estructura del proceso arbitral y las garantías mínimas que deben respetarse en el mismo, clasificación del arbitraje en Colombia y posteriormente entender la importancia del principio de integración normativa en respuesta a las figuras que presentan interpretaciones merecedoras de un estudio de propuestas académicas y prácticas que se pretenden proponer de forma inicial en el presente estudio.

⁶⁴ Galiano Marytan, Grisel. La integración del derecho ante las lagunas de la ley. Necesidad ineludible en pos de lograr una adecuada aplicación del derecho. Revista Díkaion, Universidad de La Sábana, Bogotá, 2012.

4.2. CAPÍTULO II

APLICACIÓN DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO AL PROCESO ARBITRAL EN COLOMBIA: INTEGRACIÓN E INTERPRETACIÓN

Por medio de este capítulo se busca dar desarrollo al objetivo específico Nro. 2 de la investigación, por medio del cual se pretende Identificar la aplicación de las normas del Código General del Proceso al proceso arbitral en Colombia:

4.2.1 Características y problemáticas en la aplicabilidad de las normas del estatuto arbitral y el código general del proceso

En primer lugar, hay que decir que doctrinalmente, las implicaciones del Código General del Proceso en el proceso arbitral en Colombia deben estudiarse desde diferentes perspectivas: a) de un lado las normas en que el mismo Estatuto Arbitral establece que debe remitirse al Código de Procedimiento Civil, ahora Código General del Proceso, ha tenido tres fechas en que diferentes normas entraron en vigencia, unas a partir del 12 de julio de 2012, otras el 1 de octubre de 2012 y las demás el primero (1) de enero de dos mil dieciséis (2016), b) la aplicación de normas que tácitamente derogan algunas normas del Estatuto Arbitral, aunque no se establezca de esta manera en la normativa específica y c) Las normas que se tienen como inaplicables del Código General del Proceso respecto del proceso arbitral en Colombia.

Ahora bien, es necesario revisar con detenimiento lo concerniente al carácter público del derecho procesal frente al principio estructural que hace parte del derecho privado, denominado autonomía de la voluntad, por cuanto según el mismo Estatuto Arbitral en su artículo 58, las partes podrán decidir por medio del pacto arbitral la aplicación de normas e incluso el procedimiento en caso de

someter el litigio a este mecanismo alternativo al proceso. Según el artículo 58 de la Ley 1563 de 2012:

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 ley⁶⁵.

Frente a este aspecto, al igual que en vigencia del Código de Procedimiento Civil, la posición personal defendida en este proyecto de investigación será la de hacer primar la autonomía de la voluntad de las partes, pero dentro del marco de protección del debido proceso que en algunos casos será el marco de orientación en este tipo de actuaciones.

Para el caso del proceso arbitral, entendido desde una esfera radical de la autonomía de la voluntad, no tendrían incidencia en las normas del código, que decidan las mismas partes que deben excluirse, pero por regla general si tendrá repercusión en todos los casos en que la aplicación sea del Estatuto Arbitral y de reglamentos de centros de arbitraje que se remitan al modificado, Código de Procedimiento Civil.

Otro de los aspectos de gran relevancia para revisar el estudio que se hace en este proyecto es lo concerniente a la entrada en vigencia gradual que presentó el Código General del Proceso, aunque para este momento se encuentra aplicando en su totalidad.

En primer lugar, hay que decir que la primera modificación que respecto de la oralidad precedió al Código General del Proceso modificando el Código de

⁶⁵ Congreso. Ley 1563 de 2012. “Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones”, Bogotá, 12 julio de 2012.

Procedimiento Civil en Colombia fue la Ley 1395 de 2010 la cual contiene esta clase de normas tal y como lo explica el profesor Marcos Quiroz⁶⁶ en un blog en la web:

i) Aspectos diversos del procedimiento civil referidos, entre otros, a reglas de competencia, inadmisión o rechazo de las demandas, pruebas o recursos, entre otros; y (ii) La introducción de la oralidad en los procesos, donde se disminuyan el número de memoriales y providencias escritas y aumenten las audiencias. La entrada vigencia de la Ley 1395 se definió así:

Los cambios en el procedimiento que no tuvieran que ver con la oralidad empezarán a regir desde la expedición de esa ley, 12 de julio de 2010.

Las modificaciones procedimentales atinentes a la oralidad entrarán a regir no en una fecha cierta y determinada por el legislador, sino *“a partir del 1 de enero de 2011 en forma gradual a medida que se disponga de los recursos físicos necesarios, según lo determine”* el CS de la J hasta el 1 de enero de 2014 (un plazo máximo de 3 años). Es decir, el Congreso de la República delegó su función legislativa de establecer la vigencia de normas relacionadas con la oralidad, al moribundo CS de la J.

Como llegó el 1 de enero del año 2014 y el Consejo Superior de la Judicatura solo había puesto a regir la oralidad de la Ley 1395 en algunas ciudades del país, se expidió la Ley 1716 de 2014, prolongando el plazo de tal función legislativa del CS de la J hasta el 31 de diciembre de 2015

Posteriormente aparece el Código General del Proceso, el cual presentó frente a la entrada en vigencia de su contenido normativo, el siguiente panorama:

Un primer grupo de normas (relacionado con funciones jurisdiccionales de entidades administrativas, juramento estimatorio, Agencia Nacional de Defensa Jurídica Estatal, trámites notariales, implementación del CGP, y disposiciones sobre vigencias y derogatorias) **entró a regir desde 12 de julio de 2012**, fecha de expedición de la ley, y se viene aplicando a los procesos en curso y a los nuevos.

Un segundo grupo de normas (relacionado con cambios en la competencia judicial, cuantías, cambio de radicación de los procesos, interrupción de la prescripción e inoperancia de la caducidad, desistimiento tácito, acumulación de fallos de casación, cancelación, reposición y

⁶⁶ Quiroz, Marcos. El ABC de la entrada en vigencia del Código General del Proceso. Bogotá, 2015.

reivindicación de títulos valores, insolvencia de persona natural no comerciante y medidas cautelares en procesos declarativos) **empezó a regir desde el 1 de octubre de 2012**, y también se aplica a los procesos viejos y nuevos.

Un tercer grupo de normas, el restante, más numeroso y que regula la parte especial de los procesos, la oralidad y también asuntos sustanciales, **entraría a regir no en una fecha determinada por el legislador sino en la que estableciera el CS de la Judicatura** “*en forma gradual, en la medida en que se hayan ejecutado los programas de formación de funcionarios y empleados y se disponga de la infraestructura física y tecnológica, del número de despachos judiciales requeridos al día, y de los demás elementos necesarios para el funcionamiento del proceso oral y por audiencias*”, a más tardar el 1 de enero de 2017. Estas disposiciones son las que regirán desde el 1 de enero de 2016, por disposición del CS de la J.⁶⁷

Sin embargo, el panorama no era tan claro en Colombia para ese momento, pues se generaron dos posturas frente a la entrada en vigencia de varias normas del Código General del Proceso, en respuesta a lo que se podría decir es la discusión entre si realmente cuando se habla de arbitraje, se está frente a otra jurisdicción que no tiene que obedecer al Consejo Superior de la Judicatura por no estar dentro de su ámbito de acción.

Como lo explica el profesor, Jaime Humberto Tobar Ordoñez:

Algunos doctrinantes como el profesor Hernán Fabio López Blanco, Henry Sanabria y Carlos Mayorca, consideran que las normas cuya vigencia se encontraba prevista para el 1 de enero de 2014 no lo están tampoco para los trámites arbitrales, pues su aplicación está condicionada a que el Consejo Superior de la Judicatura así lo determine. Otros doctrinantes tales como el profesor Ramiro Bejarano, Roberto Aguilar y Felipe Acevedo consideran que las normas del Código General del Proceso cuya vigencia se encontraba prevista para el 1 de enero de 2014, en los trámites ya lo están, toda vez que no se encontraban condicionadas o supeditadas a que el Consejo Superior de la Judicatura las pusiera en vigencia de forma gradual, por tanto la órbita de competencia de dicha entidad se limita únicamente a los distritos judiciales del país con base en los siguientes argumentos:

⁶⁷ Quiroz, Marcos. El ABC de la entrada en vigencia del Código General del Proceso. Bogotá, 2015.

1. El numeral 6 del artículo 627 del Código General del Proceso precisa de manera clara la fecha de entrada en vigencia de las demás normas del Código y condiciona la entrada en vigencia de manera gradual a la determinación del Consejo Superior de la Judicatura y hasta un plazo máximo de tres años, solamente para efectos de que en el lapso de suspensión se lleven a cabo los programas de formación de los funcionarios de la rama y las adecuaciones tecnológicas de los despachos judiciales.

2. Los tribunales de arbitramento no requieren de programas de formación de funcionarios y empleados y además los centros de arbitraje que administran los trámites cuentan con la estructura física y tecnológica para acoger las normas del sistema oral, pues de lo contrario, no tendrían la autorización de funcionamiento expedida por el Ministerio de Justicia y del Derecho.

3. El Consejo Superior de la Judicatura no determina, ni va a determinar la fecha en que el Código General del Proceso entrará a regir en los centros de arbitraje; sólo tiene competencia para determinar en forma gradual la vigencia del Código en los distritos judiciales.

4. Los árbitros y los entes administrativos que de manera excepcional ejercen funciones jurisdiccionales como las Superintendencias, de conformidad con el artículo 116 de la Constitución Nacional, tienen competencia a nivel nacional y no están organizados por distritos judiciales.

5. Tanto los tribunales de arbitramento, como las Superintendencias en ejercicio de sus facultades jurisdiccionales ya habían aplicado normas en vigencia gradual como la 1395 de 2010, sin tener en cuenta las determinaciones del Consejo Superior de la Judicatura en casos similares.

6. La Corte Constitucional, había aplicado normas del Código General del Proceso, sin tener en cuenta la vigencia gradual para distritos judiciales cuya definición corresponde al Consejo Superior de la Judicatura. Por otro lado, el Consejo de Estado, dejó sentado con total claridad que en la jurisdicción de lo contencioso administrativo ya estaba vigente el Código General del Proceso, sin que la misma dependiese de decisión alguna del Consejo Superior de la Judicatura.

Por lo que después el Consejo Superior de la Judicatura emitió un concepto de fecha 18 de febrero de 2014 indicando que se encontraba estudiando la posibilidad de expedir un acuerdo que clarificara la

aplicabilidad o no del articulado de esta normativa en lo que compete a los Tribunales de Arbitramento”⁶⁸

4.2.2. Aspectos Procesales: Visión legal y jurisprudencial de las implicaciones del Código General del Proceso en el Proceso Arbitral en Colombia

Del estudio de ambas normas se puede decir que los aspectos procesales que se han identificado en remisión directa e indirecta en donde tendría aplicación el Código General del Proceso son los siguientes:

- a) **El pacto arbitral con cláusulas escalonadas en aplicación del Código General del Proceso:** El pacto arbitral se divide en dos modalidades que dependen del momento frente a la ocurrencia del conflicto en que decidan realizarlo las partes. Por lo cual se puede decir que estas son la cláusula compromisoria y el compromiso. Sin embargo, era común encontrarse con que las partes en el pacto arbitral además de habilitar a los particulares para administrar justicia incluyeran requisitos de procedibilidad, tales como la conciliación o la amigable composición antes de que el tribunal arbitral pudiera sentirse con competencia para resolver el asunto. Es decir, las partes creaban de alguna forma requisitos de para poder acudir al proceso.

Para entender mejor lo que se pretende explicar es necesario ver como en la experiencia internacional se mencionan algunas de estas cláusulas escalonadas como aquellas que siendo de negociación previa pueden ser incluidas de forma opcional al momento de redactar la cláusula: “El uso de métodos alternativos de resolución de controversias, tales como la negociación o la mediación se han hecho más frecuentes en el último tiempo. Así es como ha aumentado el uso de cláusulas que requieren que la disputa sea sometida a un procedimiento de

⁶⁸ Tobar Ordoñez, Jaime Humberto. La aplicación del Código General del Proceso en el Arbitraje. Editorial Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá, 2014, p. 490

negociación o mediación antes de ir a arbitraje”⁶⁹, lo anterior explica la posibilidad de elegir diferentes mecanismos alternativos que deban ser agotados por las partes sin necesidad de acudir al proceso arbitral ni a la jurisdicción ordinaria para llegar a un acuerdo que de cierta manera acerque las mismas en un plano de conciliación previa o de negociación opcional como se ha denominado en otros escenarios internacionales.

Para eventos de dar cabida a esta negociación previa que se establece como requisito en la cláusula arbitral, los protagonistas serán solo las partes, pero deben tener en cuenta otros aspectos: “La negociación involucra solo a las partes, aunque es recomendable que se dé entre ejecutivos de alto nivel, es decir con poder de decisión, y no involucrados en la ejecución del contrato, de modo de tener un grado mayor de objetividad. La mediación, en tanto, conlleva la participación de un tercero que actúa como un intermediario para facilitar el que las partes logren resolver sus diferencias”⁷⁰

Pero, ¿Qué debe tenerse en cuenta al momento de redactar este tipo de cláusulas escalonadas según la experiencia del arbitraje internacional?. Es necesario tener en cuenta que no sea esta estipulación un aspecto que termine afectando la celeridad del proceso arbitral, además de que debe tener una redacción muy clara frente a la obligatoriedad de acudir al arbitraje después del agotamiento de esta fase de negociación o de lo contrario podría quedar un margen de probabilidad que haga que los árbitros entiendan que no son competentes para conocer del litigio.

Al redactar una cláusula arbitral que incluya la negociación o la mediación hay que tener en cuenta dos aspectos que son muy relevantes. El primero es establecer siempre un plazo para llevar a cabo la mediación o negociación. Este plazo debe quedar muy

⁶⁹ Cordero Arce, Gonzalo. Cláusulas arbitrales en contratos internacionales. Aspectos prácticos. Revista Chilena de Derecho, Santiago de Chile, 2007, p. 8 – 9

⁷⁰ *Ibíd.*

claro a partir de cuándo se inicia. Se debe evitar que el plazo se cuente desde que las negociaciones han fracasado o desde cualquier hecho que pueda ser objeto de disputa el momento de su acaecimiento.

El otro aspecto que debe ser considerado es que debe quedar muy clara la obligatoriedad del arbitraje tras la primera etapa de negociación o mediación. No se debe redactar la cláusula diciendo que tras la primera etapa las partes pueden recurrir al arbitraje, pues ello puede dar pie a que se discuta la exclusividad del arbitraje. Efectivamente, una parte podría acudir ante los tribunales ordinarios de justicia una vez que haya expirado el plazo de negociación o la mediación sin llegar a un acuerdo si es que no se establece en un lenguaje imperativo la procedencia del arbitraje⁷¹.

En otras ocasiones se ha estudiado la conveniencia de pactar este tipo de cláusulas que inviten a las partes contendientes o solicitantes en un futuro proceso arbitral, para que agoten esta fase de negociación, lo que en realidad es beneficioso para las mismas teniendo en cuenta la finalidad del proceso sin distinción de la jurisdicción o competencia que determine el juez o el árbitro que le dará resolución al mismo.

Es decir, que más que tener la convicción que una fase de negociación previa solo será un formalismo se podría pensar en una especie de descubrimiento tal y como se hace en la experiencia del derecho de los Estados Unidos para que las partes estudien las posibilidades de llegar a un acuerdo, sin deteriorar en muchas ocasiones la relación comercial que existe entre las mismas.

Se ha discutido la conveniencia de incluir estos métodos alternativos, especialmente en el caso de la negociación, pues esta puede hacerse siempre por las partes. Sin embargo, dado que el costo de establecer un plazo de 30 ó 60 días de negociación o mediación es menor para las partes, y puede obtenerse un gran beneficio para las mismas, cual es el evitar el deterioro de la relación contractual que podría producirse como

⁷¹ *Ibíd.*

consecuencia de un litigio arbitral, se aconseja incluirlas. Los beneficios serán mayores en aquellos contratos que sean a largo plazo o en relaciones contractuales que se den en mercados de pocos actores, en que es desaconsejable, desde un punto de vista económico, el enemistarse con algún partícipe del mercado.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que no es en absoluto aconsejable incluir una cláusula de negociación sin acompañarla de un mecanismo vinculante de resolución de controversias⁷².

Hasta este momento en la experiencia internacional queda clara la inclusión que aunque opcional se hace de algunas negociaciones o invitaciones a la conciliación y a la mediación que no se consideran obligatorias pero que pueden servir de mucho frente a la solución previa de un litigio y que no se deben mirar como la creación simplemente de un requisito de procedibilidad.

En Colombia, el mecanismo de negociación previa o de cualquier conciliación que se considere como la creación contractual de un requisito de procedibilidad no se tendrá como válido, ni tenido en cuenta para que las partes soliciten el arbitraje en virtud de lo que establece el artículo 13 del Código General del Proceso, en las siguientes palabras:

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.”⁷³

⁷² *Ibíd.*

⁷³ Ley 1564 de 2012. Congreso. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Colombia.

El Código General del Proceso, contiene en sí mismo todas las normas que conciernen a un derecho como el procesal que se caracteriza es de estricto cumplimiento y establece que no tendrá validez ningún requisito de procedibilidad creado por las partes. ¿Qué debe tener prevalencia en el arbitraje? ¿La autonomía de la voluntad de las partes o lo contenido en el Código General del Proceso, en el entendido que se trata de normas de estricto cumplimiento? ¿Cuáles serían las posiciones desde las teorías contractualista y la jurisdiccional? Esto se pretende responder haciendo estudio a profundidad en el capítulo 3 del proyecto.

b) La demanda y su contestación en vigencia del Código General del Proceso respecto del proceso arbitral en Colombia:

Una de las instituciones más importantes del proceso, por ser el mecanismo o el acto procesal por medio del cual se ejerce el derecho de acción es la demanda. Actualmente, este acto procesal ha sido regulado pensando en que el derecho debe responder a diferentes necesidades que impone el contexto de globalización, en donde aspectos tales como los tecnológicos y demás tienen gran protagonismo en el proceso sin distinción de si se trata de uno arbitral o de uno en donde quien administre justicia sea un juez en particular.

Por lo anterior, el Código General del Proceso trajo consigo mismo diferentes modificaciones e inclusiones que deben ser tenidas en cuenta porque de cierta manera fueron inspiradas de un sistema de partes o adversarial, que le da o le entrega mayor protagonismo a las partes al momento de supeditar su litigio a la decisión de un tercero.

Dentro de los aspectos a tener en cuenta al momento de presentar una demanda en vigencia del Código General del Proceso, como ocurre en la actualidad, deberá tenerse en cuenta lo siguiente:

1. La necesidad de presentar todos los documentos que pretendan hacerse valer en audiencia con fines probatorios, incluyendo pruebas trasladadas y aquellos que solía solicitarse al juez que los consiguiera por medio de sus poderes jurisdiccionales: en el Código General del Proceso, invita a los abogados y a las partes a realizar una fase previa de investigación y búsqueda del sustento probatorio que será responsabilidad de las partes y no del juez, quien para el sistema anterior, es decir en aplicación del Código de Procedimiento Civil, terminaba siendo quien debía obtener la pruebas que sustentaban los hechos discutidos dentro del proceso, cuando las partes evidenciaban su falta de voluntad de hacerlo por sí mismos o por medio de sus apoderados.

Solo en las situaciones excepcionales en donde el juez encuentre que habiendo realizado derecho de petición alguna de las partes no pudo obtener la información requerida, intervendrá con la finalidad de no dejar de lado ningún medio de prueba que le pueda ser útil al momento de decidir sobre la discusión litigiosa planteada.

2. La inclusión de tecnología de la información y la comunicación para la presentación de las demandas y contestación de la demanda: Para el Código General del Proceso fue importante incluir ciertas estipulaciones que no deben quedarse en letra muerta y que si bien parecen de cierta manera estipulaciones accesorias de la norma son regulaciones directamente relacionadas con la implementación de tecnología en el proceso.

Una de las más claras exigencias es la que tiene relación con la aportación de la demanda y la contestación de la misma en medios magnéticos, lo que evidentemente es una gran ventaja que permitirá evitar grandes gastos de papel y de contaminación al medio ambiente y de igual forma desorden en los juzgados que siempre se han caracterizado por sus grande anaqueles llenos de procesos en donde ni los secretarios ni el juez sienten un ambiente de trabajo agradable

visualmente hablando, sin tener en cuenta lo que para archivo representa esta situación.

Sin embargo, esta norma debe ser entendida con esta finalidad y que no suceda lo que en otras experiencias ha ocurrido por ejemplo en administrativo en donde se debe acompañar con un cd la demanda o la contestación de la demanda, pero además deben ser entregadas en los juzgados las mismas copias en papel de la demanda o la contestación escritas, porque no tendría ningún sentido de aplicación optar por agregar las dos vías como requisito.

3. La inclusión del juramento estimatorio como medio de prueba y sus implicaciones en la contestación de la demanda: En este aparte es necesario hacer alusión a un medio de prueba que aparece en el Código de General del Proceso y que además hace parte de los requisitos de la demanda siempre que la pretensión tenga relación con lo descrito el artículo 206 de la siguiente manera:

Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación⁷⁴.

Es decir que la oportunidad probatoria para poder estimar el pago de una indemnización, compensación o el pago de frutos y mejoras estará delimitado en este acto procesal que además tiene directa relación con la contestación de la demanda pues al no pronunciarse al respecto, el demandado estaría aceptando el monto estimado tal y como lo establece el artículo 97 del Código General del Proceso:

⁷⁴ Ley 1564 de 2012. Congreso. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Colombia

La falta de contestación de la demanda o de pronunciamiento expreso sobre los hechos y pretensiones de ella, o las afirmaciones o negaciones contrarias a la realidad, harán presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda, salvo que la ley le atribuya otro efecto. La falta del juramento estimatorio impedirá que sea considerada la respectiva reclamación del demandado, salvo que concrete la estimación juramentada dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del requerimiento que para tal efecto le haga el juez⁷⁵.

Como se verificó frente al medio de prueba anterior que aparece además como requisito de la demanda cabe resaltar que también configura causal de inadmisión de la demanda en el Código General del Proceso, casos en los cuales los litigantes a quien el juez inadmita la demanda deberán agradecer al juzgador por corregir uno de los requisitos que cobra más importancia cuando en el proceso se están discutiendo pretensiones relacionadas con indemnizaciones, compensaciones, frutos y mejoras respectivamente.

En el caso de la contestación de la demanda también tenerse en cuenta que la existencia de cláusula compromisoria o compromiso, es decir el pacto el arbitral en cualquiera de sus modalidades no será tomada en cuenta como falta de jurisdicción o competencia que genere rechazo como comúnmente se conoce sino que será el demandado quien debe alegarla dentro de la contestación, salvo que desee que el litigio ya no sea discutido ante un tribunal de arbitraje sino ante la jurisdicción ordinaria tal y como se establece en el párrafo primero del artículo 90 del Código General del Proceso: “La existencia de pacto arbitral no da lugar a inadmisión o rechazo de la demanda, pero provocará la terminación del proceso cuando se declare probada la excepción previa respectiva”⁷⁶

Pero... ¿Será la anterior regulación tomada en cuenta para el arbitraje? ¿Los efectos procesales que tienen por ejemplo el no aportar estos documentos, o el no

⁷⁵ Ley 1564 de 2012. Congreso. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Colombia.

⁷⁶ Ley 1564 de 2012. Congreso. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Colombia.

realizar el juramento estimatorio son de obligatorio cumplimiento? ¿Estas normas fueron también pensadas para tener aplicación extensiva en el proceso arbitral en Colombia? Al igual que en la presentación de la demanda, en la contestación de la misma, el demandado deberá tener en cuenta diferentes figuras que tendrán directa incidencia en su derecho a la defensa y contradicción. Es decir, que si en este acto procesal no se refieren a hechos alegados por el demandante, se contradice el juramento estimatorio o se aportan los documentos y pruebas extraprocesales que quiera hacer valer esta parte dentro del proceso, también tendrá unas consecuencias específicas, que incluso podría decirse provienen del sistema adversarial.

c) El amparo de pobreza en vigencia del Código General del Proceso: El amparo de pobreza, es sin lugar a dudas un mecanismo que le permite a las partes que no son privilegiadas patrimonialmente, tener en nivel de igualdad supuestamente, una representación y defensa dentro del proceso según el Código General del Proceso, siendo además una obligación respecto de quien se designe el realizarlo conforme al mismo.

Según el artículo 151 del Código General del Proceso:

se concederá el amparo de pobreza a la persona que no se halle en capacidad de atender los gastos del proceso sin menoscabo de lo necesario para su propia subsistencia y la de las personas a quienes por ley debe alimentos, salvo cuando pretenda hacer valer un derecho litigioso a título oneroso. Es decir que esta figura se podría considerar como una que tiene directa relación con la protección real y efectiva de los derechos de las personas ligada directamente al acceso a la administración de justicia⁷⁷.

De otro lado, se encuentra el arbitraje, como un mecanismo alternativo de solución al conflicto pero que se ha caracterizado por sus costos, por ser elección de

⁷⁷ Ley 1564 de 2012. Congreso. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Colombia.

personas con gran poder adquisitivo, entre otros, ya que por ejemplo en Colombia hasta el momento no existe el arbitraje de consumo. Lo anterior, implica que tanto árbitros como secretarios de tribunal reciban por estos litigios sometidos al mismo, una buena cantidad de honorarios. Pero... ¿Podría solicitar una parte que quiera someter su conflicto a arbitraje y demuestre no tener el dinero para acceder a este mecanismo, el denominado amparo de pobreza? ¿Al tener aplicación el Código General del Proceso en el proceso arbitral en Colombia por remisión directa del Estatuto Arbitral se podría llegar a pensar que incluso las consecuencias de negativa de un árbitro frente a esta designación daría lugar a la sanción a que se refiere el Código? ¿Se podría excepcionar al arbitraje de esta figura concebida en el Código y con cuáles argumentos?

Lo más curioso de la investigación es que al momento de buscar la posición de otros ordenamientos e incluso del arbitraje internacional frente a la opción de un amparo de pobreza que se identifique como herramienta para este mecanismo, no se encontraron fuentes en donde se hable de la figura como obligatoria ni posible en el arbitraje por lo que se debe hacer la siguiente aclaración como posición de la investigación más no como fuente citada.

El arbitraje, como mecanismo alternativo al proceso, es precisamente una opción que tienen las partes a que se administre justicia de otra manera, pero el Estado tiene como obligación tener toda una estructura dentro de sí mismo para responder a las necesidades de la población que sin lugar a dudas se encuentra ubicada dentro de lo que se pueden decir son las clasificaciones que de manera orgánica hace la Constitución Política.

Por lo anterior, no puede obligarse a una justicia que termina de cierta manera siendo una opción más no obligación, ser gratuita para las partes a menos que se esté frente alguna situación excepcional que implique la figura, piénsese por

ejemplo una gran empresa que pactó una cláusula compromisoria en un contrato pero que al momento de presentarse el litigio estaba en estado de insolvencia.

Sin embargo, cabe plantearse la siguiente pregunta: ¿Si la empresa es insolvente conviene llevar a arbitraje el litigio si se trata de una situación que generará una consecuencia en dinero que no podrá pagar y aparte la empresa solicitante cubrir todos los gastos del arbitraje? La decisión de las empresas solicitantes en este aspecto debe ser un poco más estratégica y no pensando en si el arbitraje debe tener un amparo de pobreza obligatorio. El panorama sería otro si en el caso hipotético que se plantea la empresa que deba solicitar el arbitraje sea la insolvente quien con una sentencia que sea rápida y ajustada a la celeridad del mecanismo podría salvar todo su contexto comercial, según sea el caso.

d) Medidas Cautelares en el proceso arbitral en Colombia: Una visión extensiva al Código General del Proceso:

En la investigación realizada para este proyecto de investigación se hace un estudio que presenta resultados parciales que fueron seleccionados para ser publicados en revista indexada tipo A por Colciencias, la cual resalta las vicisitudes que pueden presentarse en el arbitraje a partir de la siguiente visión introductoria que se desarrollará con más profundidad en el tercer capítulo de esta investigación en donde se relaciona normativa que si bien es aplicable en vigencia del Código General del Proceso deberá tenerse en cuenta en el proceso arbitral colombiano.

El arbitraje en lenguaje común evoca la facultad de arbitrar, presumiendo de garantizar el cumplimiento de unas reglas preestablecidas para la resolución de diferencias entre dos o más personas. En pocas palabras, se puede decir: El arbitraje es un instrumento a través del cual un tercero, denominado árbitro, revestido con determinados poderes, resuelve un conflicto de intereses, que recae

sobre materias de libre disposición mediante un auto de definitivo, denominado laudo, que adquiere vinculatoriedad e inmutabilidad en un ordenamiento jurídico.

De otro lado, como mecanismos para garantizar la efectividad de un derecho que sea objeto de litigio, aparecen las medidas cautelares. En Colombia, a partir de la entrada en vigencia del Código General del Proceso el 1 de enero de 2016, pueden ser de varios tipos: nominadas e innominadas, ya sean anticipatorias o dentro del proceso.

Para desarrollar uno de los aspectos que se estudian en el proyecto de investigación, se quiere hacer un análisis teórico-práctico acerca de las vicisitudes que se presentan respecto de la solicitud, decreto y practica de las medidas cautelares innominadas y anticipatorias en el proceso arbitral en Colombia. Es decir, se hace un análisis integral de Ley 1563 de 20123 o Estatuto Arbitral en Colombia, y la Ley 1564 de 2012.

En su mayoría, las legislaciones arbitrales del mundo, sea cual fuese la tradición jurídica a la que pertenecen, reconocen que los laudos arbitrales adquieren la firmeza que permite su ejecutabilidad y prohíbe iniciar un nuevo proceso o arbitraje entre las mismas partes y sobre el mismo objeto conocido en el arbitraje ya concluido.

Mientras a la comunidad académica puede parecerle claro el avance que representan las regulaciones mencionadas anteriormente, hay mucho por decir respecto de la facultad que como árbitros pueden tener los particulares para decretar medidas cautelares innominadas y además anticipatorias en lo que se pueda entender como un proceso arbitral, por cuanto se puede observar que el arbitraje es un mecanismo alternativo para resolver litigios sin necesidad de acudir a la jurisdicción ordinaria, es decir, por medio de este, un particular administra justicia de forma transitoria, pues las partes que lo habilitaron para esto se

someterán de igual forma a su decisión, por lo que constituye un mecanismo heterocompositivo, pues “el arbitraje posee tal calidad, aun cuando el árbitro que juzga es designado por las partes, no implica que sean estas y no aquel el que decide la forma como debe resolverse el conflicto, el árbitro y el juez, es aquel tercero imparcial, llamado a resolver, y es el quien normalmente lo hace.

Al igual que en cualquier proceso, en el arbitral, las medidas cautelares también representan en gran medida, lo que se puede entender es un instrumento para garantizar la efectividad de la sentencia. Sin embargo, nada establece el estatuto sobre la posibilidad ni teórica ni práctica de poder solicitar, decretar y practicar medidas cautelares de forma previa y además que las mismas puedan ser innominadas, tal y como lo establece en su defecto, el artículo 590, literal c, del Código General del Proceso, el cual establece:

En los procesos declarativos se aplicarán las siguientes reglas para la solicitud, decreto, práctica, modificación, sustitución o revocatoria de las medidas cautelares:

1. Desde la presentación de la demanda, a petición del demandante, el juez podrá decretar las siguientes medidas cautelares:

a) La inscripción de la demanda sobre bienes sujetos a registro y el secuestro de los demás cuando la demanda verse sobre dominio u otro derecho real principal, directamente o como consecuencia de una pretensión distinta o en subsidio de otra, o sobre una universalidad de bienes.

Si la sentencia de primera instancia es favorable al demandante, a petición de este el juez ordenará el secuestro de los bienes objeto del proceso.

b) La inscripción de la demanda sobre bienes sujetos a registro que sean de propiedad del demandado, cuando en el proceso se persiga el pago de perjuicios provenientes de responsabilidad civil contractual o extracontractual.

Si la sentencia de primera instancia es favorable al demandante, a petición de este el juez ordenará el embargo y secuestro de los bienes afectados con la inscripción de la demanda, y de los que se denuncien como de propiedad del demandado, en cantidad suficiente para el cumplimiento de aquella.

El demandado podrá impedir la práctica de las medidas cautelares a que se refiere este literal o solicitar que se levanten, si presta caución por el valor de las pretensiones para garantizar el cumplimiento de la eventual sentencia favorable al demandante o la indemnización de los perjuicios por la

imposibilidad de cumplirla. También podrá solicitar que se sustituyan por otras cauteles que ofrezcan suficiente seguridad.

d) Cualquiera otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión.

Para decretar la medida cautelar el juez apreciará la legitimación o interés para actuar de las partes y la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho.

Así mismo, el juez tendrá en cuenta la apariencia de buen derecho, como también la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida y, si lo estimare procedente, podrá decretar una menos gravosa o diferente de la solicitada. El juez establecerá su alcance, determinará su duración y podrá disponer de oficio o a petición de parte la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada.

Cuando se trate de medidas cautelares relacionadas con pretensiones pecuniarias, el demandado podrá impedir su práctica o solicitar su levantamiento o modificación mediante la prestación de una caución para garantizar el cumplimiento de la eventual sentencia favorable al demandante o la indemnización de los perjuicios por la imposibilidad de cumplirla. No podrá prestarse caución cuando las medidas cautelares no estén relacionadas con pretensiones económicas o procuren anticipar materialmente el fallo.

2. Para que sea decretada cualquiera de las anteriores medidas cautelares, el demandante deberá prestar caución equivalente al veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones estimadas en la demanda, para responder por las costas y perjuicios derivados de su práctica. Sin embargo, el juez, de oficio o a petición de parte, podrá aumentar o disminuir el monto de la caución cuando lo considere razonable, o fijar uno superior al momento de decretar la medida. No será necesario prestar caución para la práctica de embargos y secuestros después de la sentencia favorable de primera instancia⁷⁸.

Además de lo anterior, no todo está en decir que tiene la posibilidad el Código General de tener aplicación y solucionar la problemática anteriormente planteada, sino que esto implicaría la creación de lo que en la Cámara de Comercio

⁷⁸ Colombia. Congreso de la República. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Ley 1564 de 2012. Artículo 590

Internacional se denominan árbitros de urgencia. Como lo establece la misma Constitución Política, en el artículo 116, los árbitros son particulares que administran justicia de forma excepcional y transitoria, es decir que solo se reduce al momento en que se declara competente el tribunal y hasta que se profiera el laudo que pondrá finalidad al proceso, a diferencia de los jueces. Por lo anterior, surgen los siguientes interrogantes: ¿Puede un árbitro decretar una medida cautelar previa e innominada sin que la contraparte tenga conocimiento de lo anterior con la finalidad de garantizar la efectividad del laudo arbitral en Colombia? ¿Qué efectos tendría la medida cautelar si fuera decretada por un juez y posteriormente sea levantada por el tribunal arbitral en Colombia? ¿Es necesaria la figura de los árbitros de urgencia en Colombia?.

e) Aplicación de normas del Código General del Proceso al Proceso Arbitral en Colombia, relacionadas con aspectos probatorios:

Dentro de las etapas del proceso, hay que decir, que la más neurálgica de todas tiene relación con la práctica de pruebas por cuanto desde y a partir de las mismas, se podrán demostrar ya sea los hechos que afirma la parte demandante tanto como los que alega la parte demandada. Es por esto que es de vital importancia estudiar la aplicación extensiva que las normas del Código General del Proceso tienen en el proceso arbitral con relación a la necesidad de la prueba; medios de prueba tales como el juramento estimatorio, la prueba documental (presunción de autenticidad), la prueba pericial, la prueba testimonial, la inspección judicial, la valoración de los mensajes de datos, la apreciación de los indicios y presunciones; la carga de la prueba e incluso la solicitud, decreto y práctica de pruebas extraprocesales ante los árbitros en Colombia como propuesta novedosa que no ha sido estudiada ni propuesta en el país e incluso en otros lugares del mundo según la investigación realizada en fuentes legales, reglamentos, doctrina y jurisprudencia de otros países.

Existen diferentes asuntos relacionados con el proceso que deben ser estudiados refiriéndose desde muchas perspectivas al pasado y al presente, por ejemplo su finalidad, su inicio, incluso su terminación y los efectos que genera el mismo, traducidos en lo que se puede decir es la cosa juzgada, pero si hay un aspecto neurálgico para todas las generaciones de procesalistas en el mundo es el relacionado con el cómo, cuándo, para qué y por qué de aquellos instrumentos que tienen la utilidad de ser dentro del proceso, lo que permite revivir el pasado que no dejará nunca de ser pasado pero que judicialmente debe ser recreado en el presente a los ojos del juez: las pruebas.

De otro lado, en Colombia el administrar justicia constitucionalmente no solo es tarea de los jueces y si bien se piensan normas para hacer del panorama actual del país uno diferente al que se ha vivido durante muchos años con la demora característica de la congestión y el fracaso de muchas reglas y principios que reviven y se vivifican en un sistema oral y por audiencias es de gran necesidad estudiar en extensión en que otro ordenamiento deben ser tenidas en cuenta novedades probatorias tales como es el caso del proceso arbitral en Colombia.

El Código General del Proceso y el Estatuto Arbitral en Colombia son dos normas hermanas que nacen en Colombia al mismo tiempo prácticamente, pero debido a que la primera de estas tuvo en su momento una entrada en vigencia gradual, muchas de sus figuras estaban supeditadas a la espera natural de un país que no contaba con infraestructura exigida y reclamada para que la justicia volviera a ser motivo de esperanza e inspiración de las próximas generaciones.

En la actualidad, la Ley 1564 de 2012 se encuentra en vigencia, lo cual genera en el proceso arbitral implicaciones beneficiosas pensadas en un sistema que en realidad garantice la publicidad, la celeridad, la igualdad de las partes, el acceso a la justicia, la doble instancia, la concentración, entre otras reglas y principios que son concebidas dentro de un verdadero debido proceso que le da una fuerza real

y necesaria a la figura de un juez que realmente se conciba como director del proceso y que enciende la llama constitucional de lo que es un Estado Social de Derecho.

Al respecto el artículo 31 de La ley 1563 de 2012:

ARTÍCULO 31. AUDIENCIAS Y PRUEBAS. El tribunal en pleno realizará las audiencias que considere necesarias, con o sin participación de las partes. Las audiencias podrán realizarse por cualquier sistema que permita la comunicación de los participantes entre sí.

El tribunal y las partes tendrán, respecto de las pruebas, las mismas facultades y deberes previstos en el Código de Procedimiento Civil y las normas que lo modifiquen o complementen. Las providencias que decreten pruebas no admitir recurso alguno; las que las nieguen son susceptibles de reposición. Cuando la prueba haya de practicarse en el exterior, se aplicarán los tratados vigentes sobre la materia y, en subsidio, las normas del Código de Procedimiento Civil, en lo pertinente. En este caso, cuando en el proceso se hayan practicado todas las pruebas y sólo faltare la prueba en el exterior, los árbitros podrán suspender de oficio el proceso arbitral, mientras se practicare la misma.

En la audiencia de posesión del perito, el tribunal fijará prudencialmente la sumas que deberán consignar a buena cuenta de los honorarios de aquel, tanto la parte que solicitó la prueba, como la que formuló preguntas adicionales dentro del término que al efecto le señale el tribunal, so pena de que se entienda desistida la prueba respecto de la parte que no hizo la consignación. El tribunal fijará en su oportunidad los honorarios del perito e indicará qué parte o partes deberán cancelarlos y en qué proporción, y dispondrá el reembolso a que hubiere lugar.

El perito rendirá la experticia en el término que prudencialmente le señale el tribunal. Presentado el dictamen, de él se correrá traslado a las partes por un término de hasta diez (10) días, dentro del cual aquellas podrán solicitar aclaraciones o complementaciones, que si el tribunal estimare procedentes, habrá de atender el perito en informe que será puesto en conocimiento de las partes por el mismo término.

En ningún caso habrá lugar a trámite especial de objeción del dictamen por error grave. Dentro del término de su traslado, o del de sus aclaraciones o complementaciones, las partes podrán presentar experticias para controvertirlo. Adicionalmente, el tribunal, si lo considera necesario, convocará a una audiencia a la que deberán concurrir obligatoriamente el perito y los demás expertos, que podrán ser interrogados por el tribunal y por las partes.

Los honorarios definitivos del perito se fijarán luego de concluida esta audiencia si a ella se hubiere convocado; en caso contrario, una vez surtido el traslado del dictamen pericial, sus aclaraciones o complementaciones.⁷⁹

Es decir, que según lo anterior es claro que en materia arbitral, en el entendido que la misma norma remite al Código de Procedimiento Civil, y el anterior, ha sido reemplazo por el vigente Código General del Proceso, se hace muy importante estudiar las implicaciones probatorias de un ordenamiento jurídico frente al otro para que sea interpretado sistemáticamente y de acuerdo a la misma evolución del Derecho Procesal y de los sistemas que se implementan para lograr la protección de los derechos de las personas.

f) La intervención de terceros en el proceso arbitral en Colombia: En principio hay que decir que el llamamiento en garantía se concebía como una figura que solo invadía la esfera de aplicación de lo que se podría considerar como un tercero, que no era más que un garante que era precisamente involucrado para garantizar sentencia desfavorable ya sea en respaldo de cualquiera de las partes, según fuera el caso.

De otro lado, se encuentra lo que se entiende son las partes del proceso, lo que prácticamente se ha venido ligando a la intervención que hace un sujeto de derecho en el proceso, sin distinguir en esta ocasión con el arbitral. Lo anterior venía presentando ciertas críticas por cuanto de un lado se tenía al llamado como parte por su vinculación con los efectos de la sentencia o en este caso del laudo arbitral o como de cierta manera lo explica el profesor Ulises Canosa Suarez el año 2014, desde otra perspectiva se concebía al llamado no como parte, por cuanto quien tenía esta calidad precisamente era quien actuaría en el proceso ya fuera como demandante o demandado y que cosa diferente a esto era que los

⁷⁹ Colombia. Congreso de la República. Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. Ley 1563 de 2012. Artículo 31

efectos positivos o negativos le traerían consecuencias por ser el garante de alguno de los extremos procesales, cuando afirma:

Tradicionalmente se calificó como tercero a quien no es parte en sentido estricto, es decir, quien no es demandante, ni demandado. Sin embargo, hay terceros que al intervenir en el proceso (voluntario o forzosamente) se vuelven parte, por introducir una pretensión, reclamar un derecho o ser las personas frente a las cuales se reclama un derecho.⁸⁰

Por ejemplo, el profesor, Jairo Parra Quijano, en su obra los terceros, defiende la posición frente al concepto de esta figura de la siguiente manera:

El llamamiento en garantía es uno de los casos de intervención forzosa de terceros, que se presenta cuando entre la parte y el tercero, existe una relación legal de garantía que lo obliga a indemnizarle al cliente el perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que genera el llamamiento.

Ahora, sea que el llamamiento en garantía lo proponga una u otra parte, lo significativo es que éste comporta el planteamiento de la llamada pretensión revérsica o la proposición anticipada de la pretensión de regreso, o el denominado derecho de regresión o de reversión, como lo ha dicho la Corte, que tiene como causa la relación sustancial de garantía que obliga al tercero frente a la parte llamante, a indemnizarle el perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia. Es decir que la pretensión que contra el tercero se formula es una pretensión de condena eventual, es decir, que ella solo cobra vigencia ante el hecho cierto del vencimiento de la parte original y que, con ocasión de esa contingencia de la sentencia, se vea compelido a resarcir un perjuicio a efectuar un pago⁸¹.

A partir de lo anterior se traza una significativa referencia por cuanto teniendo en cuenta que no es posible hablar de pretensión sin hablar de proceso, se podría interpretar como que existe una pretensión discutida entre el demandante y el demandado, pero además entre el llamado en garantía y a quien está

⁸⁰ Canosa Suárez, Ulises. Partes, Terceros y Apoderados. El proceso civil a partir del Código General del Proceso, 2014, p. 112.

⁸¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 24 de octubre de 2000, Expediente 5387.

garantizando para el caso, en el entendido a que la figura puede ser utilizada por ambas partes.

Lo anterior, hace pensar que, si bien en un momento lo que quiso decir el profesor, Jairo Parra Quijano era que el llamado en garantía no era parte de cierta manera termina explicando que de un lado no es parte en el proceso donde ha sido llamado pero que podría terminarlo siendo por cuanto existe otra pretensión que no está siendo discutida entre sí mismo y quien lo ha llamado al proceso. ¿Entonces el concepto de parte ha evolucionado a través del tiempo? ¿Qué implicaciones tienen estas aseveraciones frente a la figura del llamamiento en garantía en el proceso arbitral en Colombia? ¿Es realmente claro el Estatuto Arbitral Colombiano o Ley 1563 de 2012 al tratar este tema sin terminar cayendo en una posición que vulnere el debido proceso del llamado en garantía? Esta investigación se encargó de demostrar como dicha confusión conceptual heredada en el tiempo sigue generando problemas en el país y presentará una propuesta frente a la interpretación de la misma con respecto al problema planteado, teniendo en cuenta que el Código General del Proceso lo ubica como otra parte y no como un tercero interviniente, de allí que tenga las mismas facultades de los que en el proceso son considerados parte.

Actualmente, los diferentes sistemas de administración de justicia de América Latina se encuentran afectados por diferentes factores que han llevado a tener en cuenta aspectos como el plazo razonable y el acceso a la justicia directamente ligados al debido proceso y a la efectividad de los derechos reconocidos por el derecho sustancial. En respuesta a lo anterior, existe desde la misma Constitución Política de Colombia la habilitación a los particulares para que en casos excepcionales y transitorios puedan administrar justicia en la calidad de árbitros, creando un mecanismo alternativo al proceso o como se conocen en gran parte del mundo mecanismo alternativo de solución al conflicto.

De otro lado el arbitraje está regulado en Colombia por el Estatuto Arbitral Colombiano con un enfoque dividido entre lo nacional y lo internacional (Ley 1563 de 2012) y el anterior se remite el Código General del Proceso (1564 de 2012) para evento de regular todo lo concerniente al desarrollo de diferentes instituciones y figuras procesales tales como la intervención excluyente. Sin embargo es importante decir que como bien se sabe la habilitación de un tribunal de arbitramento depende de lo que se conoce como pacto arbitral, el cual deben realizar las partes ya sea antes de que surja el conflicto o después.

La respuesta que ofrece el proceso arbitral evidencia que se instituye en Colombia para el llamado en garantía una intervención obligatoria en todos los casos cuando sea requerido a un proceso arbitral, tal y como lo establece el artículo 37 del Estatuto Arbitral:

La intervención en el proceso arbitral del llamado en garantía, del denunciado en el pleito, del interviniente excluyente y demás partes, se someterá a lo previsto en las normas que regulan la materia en el Código de Procedimiento Civil. Los árbitros fijarán la cantidad adicional a su cargo por concepto de honorarios y gastos del tribunal, mediante providencia susceptible de recurso de reposición. La suma correspondiente deberá ser consignada dentro de los diez (10) días siguientes.

Tratándose de interviniente excluyente que no haya suscrito el pacto arbitral, su demanda implica la adhesión al pacto suscrito entre las partes iniciales. En caso de que el interviniente excluyente que haya suscrito pacto arbitral o que haya adherido a él, no consigne oportunamente, el proceso continuará y se decidirá sin su intervención, salvo que la consignación la efectúe alguna otra parte interesada, aplicando en lo pertinente el artículo 27.

Cuando el llamado en garantía o denunciado en el pleito, que ha suscrito el pacto arbitral o ha adherido a él, no consigna oportunamente, el proceso continuará y se decidirá sin su intervención, salvo que la consignación la efectúe alguna otra parte interesada, aplicando en lo pertinente el artículo 27.

En los casos de llamamiento en garantía y de denuncia del pleito, la existencia del pacto arbitral también podrá probarse conforme a lo previsto en el parágrafo del artículo 3°.

Si se trata de coadyuvante o llamado de oficio, su intervención se someterá a lo previsto en las normas que regulan la materia en el Código de Procedimiento Civil para esta clase de terceros. En este caso, el tribunal le dará aplicación al inciso primero de esta norma y el no pago hará improcedente su intervención.

Parágrafo 1°. Cuando se llame en garantía a una persona que ha garantizado el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato que contiene pacto arbitral, aquella quedará vinculada a los efectos del mismo⁸².

Sin embargo, debe ser tenida en cuenta la interpretación que de parte hace el Código General del Proceso, cuando permite que el llamado en garantía no sea simplemente un espectador que debe esperar a ver el resultado que ofrece el debate entre las partes sin tener lugar a ejercer derechos que están relacionados a una relación jurídica sustancial y procesal que le pertenece, tal y como lo demuestra la nueva clasificación de parte en la Ley 1564 de 2012, cuando enumera que todos los siguientes dentro del Capítulo que regula partes y litisconsortes:

Litisconsortes y otras Partes

Artículo 60. *Litisconsortes facultativos.*

Salvo disposición en contrario, los litisconsortes facultativos serán considerados en sus relaciones con la contraparte, como litigantes separados. Los actos de cada uno de ellos no redundarán en provecho ni en perjuicio de los otros, sin que por ello se afecte la unidad del proceso.

Artículo 61. *Litisconsorcio necesario e integración del contradictorio.*

Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciera así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de esta a quienes falten para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado.

⁸² Colombia. Congreso de la República. Por medio de la cual se expide el Estatuto Arbitral Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. Ley 1563 de 2012. Artículo 37

En caso de no haberse ordenado el traslado al admitirse la demanda, el juez dispondrá la citación de las mencionadas personas, de oficio o a petición de parte, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia, y concederá a los citados el mismo término para que comparezcan. El proceso se suspenderá durante dicho término.

Si alguno de los convocados solicita pruebas en el escrito de intervención, el juez resolverá sobre ellas y si las decreta fijará audiencia para practicarlas.

Los recursos y en general las actuaciones de cada litisconsorte favorecerán a los demás. Sin embargo, los actos que impliquen disposición del derecho en litigio solo tendrán eficacia si emanan de todos.

Cuando alguno de los litisconsortes necesarios del demandante no figure en la demanda, podrá pedirse su vinculación acompañando la prueba de dicho litisconsorcio.

Artículo 62. *Litisconsortes cuasinecesarios.*

Podrán intervenir en un proceso como litisconsortes de una parte y con las mismas facultades de esta, quienes sean titulares de una determinada relación sustancial a la cual se extiendan los efectos jurídicos de la sentencia, y que por ello estaban legitimados para demandar o ser demandados en el proceso.

Podrán solicitar pruebas si intervienen antes de ser decretadas las pedidas por las partes; si concurren después, tomarán el proceso en el estado en que se encuentre en el momento de su intervención.

Artículo 63. *Intervención excluyente.*

Quien en proceso declarativo pretenda, en todo o en parte, la cosa o el derecho controvertido, podrá intervenir formulando demanda frente a demandante y demandado, hasta la audiencia inicial, para que en el mismo proceso se le reconozca.

La intervención se tramitará conjuntamente con el proceso principal y con ella se formará cuaderno separado.

En la sentencia se resolverá en primer término sobre la pretensión del interviniente.

Artículo 64. *Llamamiento en garantía.*

Quien afirme tener derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva, o quien de acuerdo con la ley sustancial tenga derecho al saneamiento por evicción, podrá pedir, en la demanda o dentro del término para contestarla, que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación”⁸³

⁸³ Colombia. Congreso de la República. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Ley 1564 de 2012. Artículo 65

4.2.3. Análisis Jurisprudencial

El análisis jurisprudencial de las diferentes figuras que se desarrollaron en esta investigación se hace a partir del estudio de sentencias de constitucionalidad, tutelas y sentencias unificadas en donde la Corte Constitucional hace un recuento de cada una de las características del arbitraje, sus modalidades y otros aspectos generales del mismo. Sin embargo, debe aclararse que la gran mayoría de incidencias identificadas entre ambas normativas no son fáciles de identificar en el desarrollo jurisprudencial que se ha hecho en las Altas Cortes por cuanto la entrada en vigencia total de La Ley 1564 de 2012 hasta ahora cumple un año.

Por ejemplo, en sentencia C – 330 de 2012, se estudian los conceptos alrededor de los cuales se pueden entender las diferencias entre un arbitraje técnico y uno en derecho como normalmente se conocen. En la sentencia C-572 A de 2014, se profundiza acerca de diferentes características del arbitraje y la importancia de la capacidad como causal de nulidad que puede afectar lo que tiene directa relación con el pacto arbitral como negocio jurídico, mientras que en la sentencia C-947 de 2014, se estudian las características del arbitraje de manera general a partir de la problemática planteada respecto del Estatuto Arbitral respectivo.

En sentencia T-058 de 2009, la Corte Constitucional, consideró que debían respetarse las etapas anteriores para poder acudir e integrar el tribunal de arbitramento, lo que es contrario a lo que actualmente estipula el Código General del proceso en relación a las cláusulas escalonadas. Mientras el Consejo de Estado en sentencia de 10 de junio de 2009 consideró que esas condiciones no constituyen un requisito previo para poder acceder a la administración de justicia.

En sentencia C-170 de 2014, la situación será de gran interés para todas las aseguradoras del país, pues la Corte Constitucional haciendo alusión a lo que se considera parte en el Código General del Proceso, reduce el concepto solo a

demandante y demandado por lo que contradiciendo toda la línea que había desarrollado por años en el país decide declarar exequible un aparte del Estatuto Arbitral Colombiano en donde se regula que el arbitraje para el caso del llamado en garantía a este tipo de proceso será obligatorio. Para lo anterior citan los artículos 61 al 66 del Código General del Proceso.

En sentencia de 15 de mayo de 2014, el Consejo de Estado evidenció que para el caso de la jurisdicción contenciosa administrativa se encontraba en vigencia.

Otro tema de gran relevancia que se logra extraer de las sentencias seleccionadas para el desarrollo de la investigación es la T- 783 de 2013, donde aparece en Colombia lo que se podría denominar el control de convencionalidad de los laudos arbitrales como una modalidad de control de laudos que no puede ser concebida solo para las sentencias que profiere un juez y la importancia de estos parámetros frente a arbitrajes como el de inversión CIADI, que si bien no se desarrollará en este proyecto será un margen de ejemplificación de lo que desarrolla esta sentencia.

De otro lado, la sentencia SU-837 de 2002, desarrolla de manera integral el arbitraje en equidad y los presupuestos mínimos que deberá tener en cuenta un árbitro frente a la valoración de la prueba cuando se trate de esta modalidad de arbitraje sin dejar de lado las diferencias entre este tipo de arbitraje y los demás que existen en Colombia.

El manejo de las pruebas desde sus diferentes etapas, es decir, solicitud, decreto y práctica debe tener en cuenta lo estipulado en el Código General del Proceso, por remisión normativa, que como se explicó en el primer capítulo hace parte de lo que se considera es la integración como principio. Sin embargo, existen algunas situaciones que no son tan fáciles de responder en relación a este aspecto, tales como:

a) **La exigencia del juramento estimatorio en la demanda arbitral:** Según el artículo 12 de la Ley 1563 de 2012 o Estatuto Arbitral: “La demanda debe cumplir los mismos requisitos exigidos por el Código de Procedimiento Civil (ahora Código General del Proceso)”⁸⁴, por lo que según esta remisión expresa de una normativa a la otra debe entenderse como un requisito probatorio y adicional de la demanda para iniciar un proceso arbitral en Colombia.

b) **La solicitud, decreto y práctica del dictamen pericial en el proceso arbitral en Colombia en vigencia del Código General del Proceso:** Según el artículo 31 del Estatuto Arbitral: “El tribunal y las partes tendrán, respecto de las pruebas, las mismas facultades y deberes previstos en el Código de Procedimiento Civil y las normas que lo modifiquen o complementen (Código General del Proceso)”⁸⁵, por lo que es expresa también para esta regulación que deberá hacerse en la forma en que lo establece el Código General del Proceso.

Sin embargo, para el caso de la prueba pericial se presenta una contraposición en ambas normativas porque mientras el Estatuto Arbitral Establece:

En la audiencia de posesión del perito, el tribunal fijará prudencialmente las sumas que deberán consignar a buena cuenta de los honorarios de aquel, tanto la parte que solicitó la prueba, como la que formuló preguntas adicionales dentro del término que al efecto le señale el tribunal, so pena de que se entienda desistida la prueba respecto de la parte que no hizo la consignación. El tribunal fijará en su oportunidad los honorarios del perito e indicará qué parte o partes deberán cancelarlos y en qué proporción, y dispondrá el reembolso a que hubiere lugar.

El perito rendirá la experticia en el término que prudencialmente le señale el tribunal. Presentado el dictamen, de él se correrá traslado a las partes por un término de hasta diez (10) días, dentro del cual aquellas podrán solicitar aclaraciones o complementaciones, que si el tribunal estimare

⁸⁴ Colombia. Congreso de la República. Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. Ley 1563 de 2012. Artículo 12

⁸⁵ Colombia. Congreso de la República. Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. Ley 1563 de 2012. Artículo 31

procedentes, habrá de atender el perito en informe que será puesto en conocimiento de las partes por el mismo término.

En ningún caso habrá lugar a trámite especial de objeción del dictamen por error grave. Dentro del término de su traslado, o del de sus aclaraciones o complementaciones, las partes podrán presentar experticias para controvertirlo. Adicionalmente, el tribunal, si lo considera necesario, convocará a una audiencia a la que deberán concurrir obligatoriamente el perito y los demás expertos, que podrán ser interrogados por el tribunal y por las partes.

Los honorarios definitivos del perito se fijarán luego de concluida esta audiencia si a ella se hubiere convocado; en caso contrario, una vez surtido el traslado del dictamen pericial, sus aclaraciones o complementaciones⁸⁶.

El Código General del Proceso en el artículo 226, 227 y 228⁸⁷, establece una forma contradictoria diferente para solicitar, decretar y practicar esta prueba frente a los requisitos que debe contener y la forma en que debe aportarse, además de hacerse su respectiva contradicción.

Existen diferentes asuntos relacionados con el proceso que deben ser estudiados refiriéndose desde muchas perspectivas al pasado y al presente, por ejemplo su finalidad, su inicio, incluso su terminación y los efectos que genera el mismo, traducidos en lo que se puede decir es la cosa juzgada, pero si hay un aspecto neurálgico para todas las generaciones de procesalistas en el mundo es el relacionado con el cómo, cuándo, para qué y por qué de aquellos instrumentos que tienen la utilidad de ser dentro del proceso, lo que permite revivir el pasado que no dejará nunca de ser pasado pero que judicialmente debe ser recreado en el presente a los ojos del juez: las pruebas.

De otro lado, en Colombia el administrar justicia constitucionalmente no solo es tarea de los jueces y si bien se piensan normas para hacer del panorama actual

⁸⁶ Colombia. Congreso de la República. Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. Ley 1563 de 2012. Artículo 31

⁸⁷ Colombia. Congreso de la República. Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. Ley 1563 de 2012. Artículos 226 - 228

del país uno diferente al que se ha vivido durante muchos años con la demora característica de la congestión y el fracaso de muchas reglas y principios que reviven y se vivifican en un sistema oral y por audiencias es de gran necesidad estudiar en extensión en qué otro ordenamiento deben ser tenidas en cuenta novedades probatorias tales como es el caso del proceso arbitral en Colombia.

El Código General del Proceso y el Estatuto Arbitral en Colombia son dos normas hermanas que nacen en Colombia al mismo tiempo prácticamente, pero debido a que la primera de estas tuvo en su momento una entrada en vigencia gradual, muchas de sus figuras estaban supeditadas a la espera natural de un país que no contaba con infraestructura exigida y reclamada para que la justicia volviera a ser motivo de esperanza e inspiración de las próximas generaciones.

En la actualidad, la Ley 1564 de 2012 se encuentra en vigencia, lo cual genera en el proceso arbitral implicaciones beneficiosas pensadas en un sistema que en realidad garantice la publicidad, la celeridad, la igualdad de las partes, el acceso a la justicia, la doble instancia, la concentración, entre otras reglas y principios que son concebidas dentro de un verdadero debido proceso que le da una fuerza real y necesaria a la figura del juez como director del proceso y que enciende la llama constitucional de lo que es un Estado Social de Derecho.

Según el artículo 31 de La ley 1563 de 2012:

ARTÍCULO 31. AUDIENCIAS Y PRUEBAS. El tribunal en pleno realizará las audiencias que considere necesarias, con o sin participación de las partes. Las audiencias podrán realizarse por cualquier sistema que permita la comunicación de los participantes entre sí.

El tribunal y las partes tendrán, respecto de las pruebas, las mismas facultades y deberes previstos en el Código de Procedimiento Civil y las normas que lo modifiquen o complementen. Las providencias que decreten pruebas no admitir recurso alguno; las que las nieguen son susceptibles de reposición. Cuando la prueba haya de practicarse en el exterior, se aplicarán los tratados vigentes sobre la materia y, en subsidio,

las normas del Código de Procedimiento Civil, en lo pertinente. **En este caso, cuando en el proceso se hayan practicado todas las pruebas y sólo faltare la prueba en el exterior, los árbitros podrán suspender de oficio el proceso arbitral, mientras se practicare la misma.**

Es decir, que según lo anterior es claro que en materia arbitral la misma norma remite al Código de Procedimiento Civil, y, éste ha sido reemplazado por el vigente Código General del Proceso, de allí que sea importante estudiar las implicaciones probatorias de un ordenamiento jurídico frente al otro para que sea interpretado sistemáticamente y de acuerdo a la misma evolución del Derecho Procesal y de los sistemas que se implementan para lograr la protección de los derechos de las personas.

Por último, la sentencia C-170 de 2014, en donde la Corte Constitucional declara exequible el artículo 26 y 37 del Estatuto Arbitral colombiano, con una posición contradictoria de lo que actualmente se concibe como parte dentro del proceso ante jueces o árbitros y en donde contradice todo su precedente jurisprudencial haciendo como admisible un arbitraje forzoso y obligatorio para el llamado en garantía que participe en el proceso arbitral en Colombia. En esta sentencia, la Corte explica que la visión de parte que concibe el Código General del Proceso debe ser entendida de forma limitada, en interpretación sistemática de lo que establece frente a la habilitación de las partes, la Constitución Colombiana. Se ampara la Corte en una visión de lo que significa parte en el Código General del Proceso, diferente a la que se ha consagrado en la actualidad en dicha normativa porque es consiente el legislador de la actualidad que debe extenderse este concepto a quien tenga efectos la sentencia.

Pero... ¿Por qué es importante la perspectiva desde donde se aborde en la actualidad el concepto de parte para efectos de verificar la forma en que debe concebirse el llamamiento de garantía en el proceso arbitral en Colombia en vigencia del Código General del Proceso?

Desde del planteamiento del problema se muestra la confusión desde donde se aborda el concepto de si el llamado en garantía es parte o simplemente puede considerarse como un tercero a partir de lo que ahora se explica es la evolución contenida en el Código General del Proceso acerca de quien tiene o no dicha calidad porque es bastante relevante en materia de arbitraje y más cuando el artículo 37 del Estatuto Arbitral maneja la figura desde la siguiente perspectiva:

Según el artículo 36 la Ley 1563 de 2012:

Cuando por la naturaleza de la relación jurídica debatida en el proceso, **el laudo haya de generar efectos de cosa juzgada para personas que no estipularon el pacto arbitral**, el tribunal ordenará la citación personal de todas ellas para que manifiesten si adhieren o no al pacto. La notificación personal de la providencia que así lo ordene, se llevará a cabo dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de su decreto.

Los citados manifestarán expresamente su decisión de adherir al pacto arbitral dentro de los cinco (5) días siguientes. De no hacerlo, el tribunal declarará extinguidos los efectos del compromiso o de la cláusula compromisoria para dicha controversia. Igual pronunciamiento se hará cuando no se logre notificar a los citados. En la misma providencia en la que se declaren extinguidos los efectos del pacto arbitral, los árbitros ordenarán el reintegro a las partes de la totalidad de los honorarios. En estos eventos, no se considerará interrumpida la prescripción y operará la caducidad, salvo que se promueva el respectivo proceso ante el juez dentro de los veinte días (20) hábiles siguientes a la ejecutoria de la providencia referida en este inciso.

Si todos los citados adhieren al pacto arbitral, el tribunal fijará la contribución que a ellos corresponda en los honorarios y gastos generales.

Cuando se trate de integración del contradictorio con quien haya suscrito el pacto arbitral, se ordenará su notificación personal, surtida la cual, el citado tendrá veinte (20) días para pronunciarse, según corresponda a su condición de parte activa o pasiva. Vencido este término, el proceso continuará su trámite.

Frente a lo anterior cabe hacer el siguiente análisis que se abordó a partir de esta investigación y el cual se centra precisamente en que el Estatuto Arbitral no dispuso en ningún aparte del mismo que se refiriera a los casos en que el llamado

en garantía fuera un tercero con posición de garante, pero de otro lado evidencia que cuando el laudo arbitral vaya a generar efectos de cosa juzgada para personas que no estipularon el pacto arbitral (ejemplo de esto: el llamado en garantía) se dará una oportunidad para que se adhieran al pacto y en caso de que expresen que no se adhieren al mismo el tribunal deberá declarar extinguidos los efectos del compromiso o de la cláusula compromisoria para dicha controversia.

4.2.4 Análisis Doctrinal de la aplicación del Código General del Proceso en el Proceso Arbitral en Colombia

Dentro de los estudios que se hacen frente a la visión de aplicación del Código General del Proceso en el proceso arbitral en Colombia, se tuvieron en cuenta fuentes o doctrina desarrollada en el extranjero, pero cabe destacar que si bien muchos de estos autores estudian de forma individual diferentes instituciones o figuras que deben ser tenidas en cuenta en el arbitraje no hacen un estudio específico de la incidencia de una norma frente a la otra tal y como se pretende hacer por primera vez en este proyecto:

En primer lugar, se hizo un estudio por lo que se concibe como la manifestación del orden público en el arbitraje desarrollado por Jean Batiste Racine y Sébastien Manciaux. Para después pasar a revisar el concepto de Laurence Ravillon sobre arbitrabilidad, los árbitros enfrentados a la violación del orden público según Anne Sylvie Courdier y Stphanie Grayot Dirx, el orden público trasnacional de Jean Michel Jaquet, otros doctrinantes que estudian este tema en comparación con el orden público europeo como Oliver Caprasse e incluso con lo que se ha denominado como orden público deportivo de Gerald Simon.

Según Jean Baptiste Racine:

Las relaciones entre el arbitraje y el orden público que generaron conflictos anteriormente se han apaciguado. Una gran confianza ha sido depositada a los árbitros y el orden público ya no está allí para obstaculizar el arbitraje. Esta es una evidente evolución del derecho arbitraje que se ha ido liberalizando considerablemente en las últimas décadas y la arbitrabilidad ha sido ampliamente admitida y el orden público se ha desplazado del pacto arbitral al laudo arbitral⁸⁸

De otro lado, Sébastien Manciaux explica:

En los albores del procedimiento arbitral, puede plantearse la cuestión de la arbitrabilidad del litigio en la medida en que la mayor parte de los órdenes jurídicos estatales prohíbe el uso del arbitraje en ciertos campos y/o respecto a ciertos litigios. No obstante, en materia de arbitraje comercial internacional se ha podido observar que la prohibición de someterse al arbitraje bajo el fundamento de la prohibición establecida en el artículo 2060 del Código Civil francés sobre las materias que conciernen al orden público ha sido vaciada parcialmente de su contenido, con base en la bella fórmula, el orden público se ha desplazado del pacto arbitral al laudo arbitral⁸⁹.

Laurence Ravillon, estudia la arbitrabilidad en los siguientes términos: “La noción, vista desde el ángulo del derecho francés, designa la posibilidad de someter la materia al arbitraje, o la posibilidad de la persona de someterse al arbitraje. La noción es una condición de validez del pacto arbitral y, partiendo de ésta, de la competencia de los árbitros”⁹⁰

Anne Sylvie Courdier y Stphanie Grayot Dirx plantean una problemática entre el arbitraje y la violación del orden público de la siguiente forma:

⁸⁸ Racine, Jean Baptiste. El orden público y el arbitraje: Las normas que estructuran el orden público en el arbitraje comercial internacional. Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2014, p. 3

⁸⁹ Manciaux, Sébastien. El orden público y el arbitraje: El orden público internacional y el arbitraje de inversión. Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2014, p. 38

⁹⁰ Ravillon, Laurance. El orden público y el arbitraje: ¿Qué queda del concepto de arbitrabilidad?. Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2014, p. 57

El enfrentamiento del árbitro a la violación del orden público es objeto de vivo debate, y esto, desde hace mucho tiempo concierne la facultad del árbitro para determinar la existencia de una violación o cómo se puede sancionarla. La vivacidad del debate no es sorprendente. Este tema se encuentra en el centro de la tensión entre la autonomía del arbitraje y la preservación del interés general, y entre lo contractual y lo jurisprudencial, que constituyen las dos caras de la moneda en el arbitraje. Lo que está en juego en esta situación es la concepción misma que podemos hacernos del árbitro⁹¹.

El orden público transnacional, tema de gran importancia para el arbitraje internacional es estudiado por Jean Michel Jaquet en estos términos:

La expresión orden público transnacional continúa actualmente intrigando a los que la encuentran. Una de las razones podría ser la asociación que esta efectúa entre el orden público, que evoca normas o principios a los que se reconoce una particular imperatividad y transnacional, que se refiere al contrario a un espacio abierta, que deja de lado la soberanía de los Estados. Sin embargo, el orden público transnacional podría deber la mayor parte de su fortuna al arbitraje. De un lado, el desarrollo cuantitativo del arbitraje en su condición de justicia de las actividades económicas transnacionales es innegable. De otra parte, la extensión del campo de la arbitrabilidad confiere a los tribunales arbitrales el papel de las verdaderas jurisdicciones que se dedican complementamente a esas actividades⁹².

El orden público europeo y el arbitraje son temas de gran importancia que se toman como precedente en la experiencia internacional del arbitraje, por lo que Oliver Caprasse enseña que:

Determinar si una norma es o no de orden público conlleva varias consecuencias relacionadas con su aprehensión por parte de una jurisdicción privada como el arbitraje. La cuestión que se plantea es ante todo la posibilidad de que el árbitro aplique tales normas. Es la problemática de la arbitrabilidad objetiva de litigios. Suponiendo que esta posibilidad sea reconocida, lo que entre en juego es la necesidad de considerar el respeto a esas normas. A nuestro entender, todos los sistemas jurídicos plantean, en efecto, de una manera o de otra que un

⁹¹ Courdier, Anne Sylvie y Dirx, Stphanie. El orden público y el arbitraje: Los árbitros enfrentados a la violación del orden público. Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2014, p. 57

⁹² Jaquet, Jean Michel. El orden público y el arbitraje: El orden público transnacional. Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2014, p. 103

laudo contrario al orden público no es susceptible de exequátur y que puede ser anulado⁹³.

Además del orden público, se analizó para las propuestas que serán presentadas en el tercer capítulo el efecto de las sanciones económicas del arbitraje internacional según Mathias Audit⁹⁴, la intensidad del control del orden público de Charles Jarroson⁹⁵.

Otros de los doctrinantes que genera un precedente importante sobre temas tales como cláusulas de modelo estándar, elegir entre arbitraje y proceso judicial, selección de centro de arbitraje, elección de sede de arbitraje, elección de cláusula arbitral efectiva, la utilidad de la negociación o mediación como etapa inicial previa al arbitraje, determinación pericial, contratos con Estados en relación con la experiencia en CIADI, son Paul Friedland y Rafael E. Llano Oddone⁹⁶.

Frente a las obligaciones del árbitro, independencia, imparcialidad y la responsabilidad dentro sus actuaciones el referente fue Thomas Clay, quien actualmente es profesor y decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Versalles, quien además dirige la maestría en “Arbitrage & Commerce International⁹⁷”.

Otro autor que desarrolla de manera interesante temas relacionados con la responsabilidad del árbitro dentro de un futuro arbitraje proyectado en Colombia para las causas penales, es Javier Darío Coronado Díaz, quien relaciona la justicia

⁹³ Caprasse, Oliver. El orden público y el arbitraje: Arbitraje y orden público europeo. Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2014, p. 117

⁹⁴ Audit, Mathias. El orden público y el arbitraje: El efecto de las sanciones económicas internacionales sobre el arbitraje internacional. Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2014, p. 149

⁹⁵ Jarroson, Charles. El orden público y el arbitraje: La intensidad del control del orden público. Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2014, p. 165

⁹⁶ Friedland, Paul. Llano Oddone, Rafael. Cláusulas de arbitraje para contratos internacionales. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, p. 7

⁹⁷ Clay, Thomas. El árbitro. Editorial Ibañez y Universidad Javeriana, Bogotá, 2012, p. 18

restaurativa, el arbitraje nacional y la posibilidad de implementación sobre el arbitraje sobre responsabilidad penal⁹⁸.

En Colombia, fueron tenidos en cuenta los estudios que sobre medidas cautelares ha realizado la profesora, Marcela Rodríguez Mejía, haciendo planteamientos que son base para este estudio pero que de cierta manera no desarrollaron de forma explícita la propuesta de creación de árbitros de urgencia pensados en la forma como se encuentran establecidos en reglamentos como los de la Cámara de Comercio Internacional con sede en París⁹⁹.

Otros autores también se han reunido para desarrollar diferentes posiciones frente a lo que tiene relación con el proceso arbitral en Colombia frente al Código General del Proceso tales como, Antonio Aljure Salame, Ramiro Bejarano Guzmán, Rafael Bernal Gutiérrez, Juan Pablo Cárdenas Mejía, Martín Carrizosa Calle, Ruth Stella Correa Palacio, Juan Carlos Esguerra Portocarrero, Nicolás Gamboa Morales, Hernando Herrera Mercado, Hernán Fabio López Blanco, Fernando Mantilla Serrano, Néstor Humberto Martínez Neira, Carlos Mayorca Escobar, María Cristina Morales de Barrios, Daniel Posse Velásquez, Alberto Preciado Arbeláez, Alba Lucía Rivera Pineda, Pablo Felipe Robledo Del Castillo, Tatiana Romero Acevedo, Henry Sanabria Santos, Carolina Silva Rodríguez, Eduardo Silva Romero, Jaime Humberto Tobar Ordóñez, Clara Lucía Uribe Bernate, Ricardo Vélez Ochoa, Adriana Zapata de Arbeláez, Eduardo Zuleta Jaramillo, Alberto Zuleta Londoño y Ulses Canosa Suarez¹⁰⁰.

Como puede evidenciarse el segundo objetivo de esta investigación era identificar la aplicación de las normas del Código General del Proceso al proceso arbitral en

⁹⁸ Coronado Díaz, Javier Darío. Hacia el arbitraje de causas penales en Colombia. Editorial Ibañez y Universidad Javeriana, Bogotá, 2014, p. 75

⁹⁹ Rodríguez Mejía, Marcela. Medidas cautelares en el proceso arbitral en Colombia. Editorial Externado de Colombia, Bogotá, 2013, p. 49

¹⁰⁰ Aljure Salame, Antonio y otros. Estatuto Arbitral Colombiano: Análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012. Editorial Legis, Bogotá, 2013

Colombia, lo que se cumplió a través de las páginas que preceden a través de las siguientes conclusiones:

1. Si bien la entrada en vigencia gradual del Código General del Proceso inicialmente ofreció varios momentos, contextos y posturas, lo cierto es que actualmente esta normativa se encuentra totalmente vigente por lo que entrar a discutir sobre el tema ya no tiene una consecuencia práctica directa. Sin embargo, esta investigación relaciona las normas que presentan ciertas problemáticas y las posturas que en Colombia se vivieron cuando el problema existía haciendo referencia a lo que establecía el Código General del Proceso y lo que se vivía en los tribunales arbitrales, que para algunos deben regirse por lo dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura y otros no.

2. Frente a figuras tales como las cláusulas escalonadas en el arbitraje nacional, la demanda y su contestación en el proceso arbitral, el amparo de pobreza, medidas cautelares en el proceso arbitral en Colombia, aplicación de normas del Código General del Proceso en aspectos probatorios del proceso arbitral en Colombia y la intervención de terceros en el proceso arbitral en Colombia como puntos críticos entre ambas normativas se identificaron las normas que aplican y la remisión normativa que en varios de estos casos ofrece una posición de aplicación de normas que en el Código General del Proceso han sido entendidas de forma diferente a lo que se podría concebir en una lectura taxativa del Estatuto Arbitral Nacional en estudio de lo que frente a algunos de estos aspectos han sido desarrollados en escasa doctrina que se ha escrito al respecto y la jurisprudencia que ha estudiado algunos de los conceptos aunque fuera de forma aislada al Código General del Proceso.

Como posición de la investigación, remitirse al Código General del Proceso será vital para entender algunas de las figuras anteriormente mencionadas y estudiar de fondo el concepto de jurisdicción arbitral. Un tema que tendrá relevancia

siempre que se pretenda opinar acerca de la vigencia de una norma a partir de lo que considere el Consejo Superior de la Judicatura en Colombia.

4.3. CAPÍTULO III

IMPLICACIONES PROCESALES DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO EN EL PROCESO ARBITRAL EN COLOMBIA

Por medio de este capítulo se cumple con el objetivo 3, es decir, Indicar las Implicaciones procesales del Código General del Proceso en el Proceso Arbitral en Colombia Ley 1563 de 2012, buscando cumplir además con el objetivo general de la investigación presentado, en torno a los aspectos críticos que al momento de desarrollo de esta investigación fueron identificados desde la perspectiva de la integración normativa entre las figuras que regula el Código General del Proceso en relación con el Estatuto Arbitral en Colombia.

4.3.1 Implicaciones del Código General del Proceso en el Proceso Arbitral en Colombia respecto a los requisitos de procedibilidad

4.3.1.1 La obligatoriedad de la conciliación extrajudicial en el proceso arbitral en Colombia en aplicación del Código General del Proceso

La fase anterior al inicio del proceso judicial en Colombia, se caracterizaba por inclusión legal de algunos de los mecanismos alternativos de solución del conflicto o alternativos al proceso que de cierta manera podían agotar las partes o debían agotarlos. En el caso de los procesos de conocimiento, es obligatorio agotar la conciliación, salvo en algunos casos relacionados con pretensiones especiales o cuando se hiciera solicitud de medidas cautelares no importando para este efecto, si se trata de la tipología de nominadas o innominadas, según sea el caso.

Sin embargo, el panorama de la conciliación como mecanismo alternativo al proceso no estaba generando los mejores resultados en Colombia, lo que podía evidenciarse por parte de litigantes en los respectivos centros de conciliación en donde si bien estaba presente la figura de ese tercero imparcial, no había

realmente un propósito de presentar a las partes que posiblemente serían contendientes en un proceso futuro, fórmulas de arreglo que permitieran lograr un contexto vital y propicio que los invitara a conciliar.

Por el contrario, la congestión judicial fue acrecentándose en el país, tanto así, que se terminaron implementando medidas de descongestión judicial, y dichos juzgados que fueron creados con esa finalidad, terminaron congestionados y por falta de recursos la medida finalizó después de varios años, lo que prácticamente implicó para la entrada en vigencia del Código General del Proceso, un sistema que estaba colapsado y que a partir de la aplicación total de dicha Ley, que se venía implementando gradualmente como ya se explicó en otro capítulo, se partiera de un sistema oral y por audiencias, con el sueño de que de cierta manera la administración de justicia pueda acercarse un poco más a los postulados de concentración, inmediación, celeridad, pero más, de debido proceso y por supuesto de tutela jurisdiccional realmente efectiva.

Por lo anterior, fue de gran relevancia saber e investigar ¿Si en el caso del proceso arbitral, siendo un mecanismo alternativo al proceso judicial debía agotarse la conciliación? ¿Qué sucede si en el pacto arbitral las partes establecen que deben agotarse este tipo de mecanismos antes de ir a presentar la demanda ante el Centro de Arbitraje respectivo?

Algunos que son partidarios de la escuela contractual, así como se desarrolló en otros capítulos, en donde el pacto arbitral debe obedecer principalmente a los postulados que se estructuran en la voluntad extrema de las partes, son de la posición que, si en el pacto arbitral se estableció que deben agotarse requisitos pre-judiciales, deberá hacerse de esa manera. Sin embargo, el caso de Colombia es diferente por cuanto el artículo 13 del Código General del Proceso establece lo siguiente:

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 escritas¹⁰¹.

Lo anterior, evidencia que la tesis que adoptó Colombia es la jurisdiccional, es decir, aquella en que la voluntad de las partes no puede ser la que determine la creación de este tipo de requisitos de procedibilidad, que se pueden verificar a diario en la redacción que se hace tanto de cláusulas compromisorias y compromisos (pacto arbitral), por cuanto como se puede leer en cita anterior, dichas estipulaciones se tendrán por no escritas, es decir, que se incluye en el Código General del Proceso, lo que se conoce como la figura de la ineficacia de pleno derecho, como institución que preserva el negocio jurídico, pero que deja sin efectos la estipulación respectiva.

La otra hipótesis que se puede presentar en relación con esta implicación tiene lugar cuando si bien las partes no han estipulado el agotamiento del requisito de conciliación, la pretensión que se discutirá en el proceso arbitral será propia de un proceso de conocimiento, pero en estos casos la respuesta está dada desde la misma estructura del procedimiento arbitral que es diferente como pudo explicarse en capítulos anteriores a la estructura del proceso judicial.

Para explicar lo afirmado, se debe recordar que cuando se desarrolla el proceso arbitral, los particulares que administrarán justicia de forma excepcional y transitoria en la calidad de árbitros, no tienen competencia desde el mismo

¹⁰¹ Ley 1564 de 2012. Congreso. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Colombia

momento en que se presenta la demanda ante el Centro de Arbitraje, sino que se deben agotar las fases de integración, instalación y conciliación antes de la primer audiencia de trámite, que será en la que dicho Tribunal decida sobre la competencia que tienen para conocer del proceso que fue iniciado.

Es decir, que dentro de la estructura del procedimiento arbitral, la conciliación deberá agotarse siempre antes de esta audiencia de trámite, es decir en una fase anterior al que los árbitros se declaran competentes, lo que explica que la postura de esta investigación es la de no tener que agotar la conciliación como requisito para presentar de la demanda ante el Centro de Arbitraje, por cuanto esto haría que las partes tuvieran que agotar dos veces la conciliación antes que incluso los árbitros den inicio al proceso en la primera audiencia de trámite del mismo.

Frente al trabajo de campo realizado, esto es, la entrevista a algunos jueces y árbitros de las ciudades de Cúcuta, Bogotá, Cúcuta, Medellín y Cartagena, cuya finalidad era complementar la investigación, dejando claro que no es una investigación cuantitativa, se pudo evidenciar que los jueces entrevistados, al igual que los árbitros expresaron estas dos posiciones al respecto:

1. El Código General del Proceso es claro en lo regulado en el artículo 13 del mismo, frente a la creación de requisitos de procedibilidad en el pacto arbitral, lo cual no se tendrá por escrito, por cuanto este tipo de procedimientos solo pueden ser elaborados o establecidos por la ley y no por los particulares y más teniendo en cuenta que las normas procesales son de orden público, es decir, de estricto cumplimiento.
2. Uno de los jueces del circuito manifiesta que no existe contradicción entre la creación de estas normas y lo dispuesto en la Ley, pero es claro que no se comparte esa posición por lo regulado en el Código General del Proceso, al respecto.

4.3.2 Implicaciones del Código General del Proceso en el Proceso Arbitral en Colombia respecto al derecho de acción y contradicción

4.3.2.1 Los requisitos de la demanda arbitral en Colombia en aplicación del Código General del Proceso

En Colombia, el Estatuto Arbitral, remite a la aplicación del Código General del Proceso expresamente en el artículo 12 del mismo cuando establece:

El proceso arbitral comenzará con la presentación de la demanda, que deberá reunir todos los requisitos exigidos por el Código de Procedimiento Civil, acompañada del pacto arbitral y dirigida al centro de arbitraje acordado por las partes. En su defecto, a uno del lugar del domicilio de la demandada, y si esta fuere plural, en el de cualquiera de sus integrantes. El centro de arbitraje que no fuere competente, remitirá la demanda al que lo fuere. Los conflictos de competencia que se susciten entre centros de arbitraje serán resueltos por el Ministerio de Justicia y del Derecho¹⁰²

Lo anterior, tiene como implicación que las modificaciones que entraron en vigencia del actual Código General del Proceso, en su artículo 82, deban ser tenidas en cuenta respecto del antiguo artículo 75, que aplicaba en estos casos en vigencia del Código de Procedimiento Civil, anterior, al que se refería el Estatuto, de las que por medio de esta investigación se pueden evidenciar las siguientes:

4.3.2.2 La inclusión de correos electrónicos en coherencia con el deber de remisión de memoriales de las partes so pena de sanción: Como bien se sabe, se pretende a futuro poder contar con un verdadero Plan de Implementación de la Justicia Digital en Colombia, por lo que la normativa procesal está dando algunos pasos para aproximarse a lo anterior.

¹⁰² Congreso. Ley 1563 de 2012. “Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones”, Bogotá, 12 julio de 2012.

Dentro de esta visión, el Código General del Proceso establece en el artículo 82, que se debe incluir el correo electrónico de las partes, pero lo anterior debe leerse en congruencia a lo dispuesto en el artículo 78, numeral 14 del mismo, el cual estipula que el siguiente será un deber de las partes y sus apoderados:

Enviar a las demás partes del proceso después de notificadas, cuando hubieren suministrado una dirección de correo electrónico o un medio equivalente para la transmisión de datos, un ejemplar de los memoriales presentados en el proceso. Se exceptúa la petición de medidas cautelares. Este deber se cumplirá a más tardar el día siguiente a la presentación del memorial. El incumplimiento de este deber no afecta la validez de la actuación, pero la parte afectada podrá solicitar al juez la imposición de una multa hasta por un salario mínimo legal mensual vigente (1 smlmv) por cada infracción¹⁰³.

Lo que implica que en el proceso arbitral, este requisito de incluir el correo electrónico no se tome simplemente como algo de forma sino un deber que implica acceso a la información de las partes y que abra la posibilidad de sancionar a la parte que en el proceso arbitral no cumpla con el deber que ha creado para este caso el Código General del Proceso y que ayuda a que las partes tengan un mayor control desde cualquier lugar del mundo donde se encuentren de acceder a lo que su contraparte ha solicitado y no solo para efectos de notificaciones como algunos tienen pensado.

4.3.2.3 La inclusión del juramento estimatorio como requisito de la demanda en el Código General del Proceso: Será importante que se tenga en cuenta en el proceso arbitral al igual que lo que dispone para el judicial el Código General del Proceso deberá incluirse el juramento estimatorio, tal y como lo establece el artículo 206 en coherencia con el artículo 82 del mismo:

Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada

¹⁰³ Ley 1564 de 2012. Congreso. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Colombia

uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.

Formulada la objeción el juez concederá el término de cinco (5) días a la parte que hizo la estimación, para que aporte o solicite las pruebas pertinentes.

Aun cuando no se presente objeción de parte, si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospeche que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido.

Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) la que resulte probada, se condenará a quien la hizo a pagar a la otra parte una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia.

El juez no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda o cuando la parte contraria lo objete. Serán ineficaces de pleno derecho todas las expresiones que pretendan desvirtuar o dejar sin efecto la condición de suma máxima pretendida en relación con la suma indicada en el juramento.

El juramento estimatorio no aplicará a la cuantificación de los daños extrapatrimoniales. Tampoco procederá cuando quien reclame la indemnización, compensación los frutos o mejoras, sea un incapaz¹⁰⁴.

Haciendo la salvedad, que dicho medio de prueba no es requisito en todas las ocasiones sino dependiendo de lo que se pretenda en la demanda, tal y como lo establece el artículo en cita y que si bien el Código General del Proceso no lo establece, sería mucho más responsable que la estimación que se hace fuera fundamentada en un dictamen pericial cuando la misma sea sobre situaciones que escapen a la ciencia, técnica o arte del abogado y del juez, por las consecuencias que implican para las partes representadas excederse en la estimación o que se haga por debajo de lo que correspondía.

¹⁰⁴ Ley 1564 de 2012. Congreso. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Colombia

4.3.2.4 El poder de confesar de los apoderados: Otra de las estipulaciones que deben tenerse en cuenta desde la presentación de la demanda son aquellas que se refieren a la facultad que en el Código General del Proceso, tienen los apoderados para confesar, por cuanto en el proceso arbitral se deberá aplicar en igual manera, teniendo en cuenta otra ineficacia de pleno derecho que crea esta legislación en su artículo 77:

Salvo estipulación en contrario, el poder para litigar se entiende conferido para solicitar medidas cautelares extraprocesales, pruebas extraprocesales y demás actos preparatorios del proceso, adelantar todo el trámite de este, solicitar medidas cautelares, interponer recursos ordinarios, de casación y de anulación y realizar las actuaciones posteriores que sean consecuencia de la sentencia y se cumplan en el mismo expediente, y cobrar ejecutivamente las condenas impuestas en aquella.

El apoderado podrá formular todas las pretensiones que estime conveniente para beneficio del poderdante.

El poder para actuar en un proceso habilita al apoderado para recibir la notificación del auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo, prestar juramento estimatorio y confesar espontáneamente. **Cualquier restricción sobre tales facultades se tendrá por no escrita.** El poder también habilita al apoderado para reconvenir y representar al poderdante en todo lo relacionado con la reconvencción y la intervención de otras partes o de terceros.

El apoderado no podrá realizar actos reservados por la ley a la parte misma; tampoco recibir, allanarse, ni disponer del derecho en litigio, salvo que el poderdante lo haya autorizado de manera expresa.

Cuando se confiera poder a una persona jurídica para que designe o reemplace apoderados judiciales, aquella indicará las facultades que tendrá el apoderado sin exceder las otorgadas por el poderdante a la persona jurídica.

Es decir, que en el proceso arbitral deberá tenerse en cuenta esa facultad que el apoderado tendrá en todos los casos y que no puede estar restringida con ninguna cláusula que incluyan las partes en el poder ni requiere que se diga expresamente en el mismo.

4.3.2.5 El deber de aportar medios de prueba en vigencia del Código General del Proceso: El Código General del Proceso, le entrega como deber a las partes las de aportar la mayor parte de las pruebas que servirán para demostrar los hechos en que fundamentan sus pretensiones. Por cuanto no podrá ser de forma contraria en el proceso arbitral.

Es por esto, que quien acuda al proceso regulado en este Código deberá aportar los documentos que se encuentren en su poder o demostrar los que habiendo solicitado a través de derecho de petición no le entregaron. Además, deberá aportar si así lo necesita el dictamen pericial que si bien se aporta por escrito tendrá una contradicción en audiencia, sin dejar de lado la figura del perito de parte que incluye esta normativa.

Frente a la inspección judicial, deberá tenerse en cuenta que el juez la decretará solo excepcionalmente cuando no se puedan demostrar esos hechos discutidos para el caso en estudio, por medio de una video-grabación o un dictamen pericial y que prácticamente solo quedarían por evacuar en las audiencias lo correspondiente a los interrogatorios exhaustivos de las partes de donde el juez no solo tendrá en cuenta la confesión sino la declaración de las misma, los testimonios si los hubiere y la contradicción del perito si se discutirán hechos que requieren de cierta experticia por escapar a la ciencia, técnica o arte del juez.

En este aparte el trabajo de campo realizado puso en evidencia las siguientes posiciones por parte de jueces y árbitros entrevistados:

1. Frente a las disposiciones que frente a la demanda y la contestación de la demanda se implementaron con el Código General del Proceso, las mismas, aplican en integralidad al proceso arbitral para ambos actos procesales.

2. La razón por la cual la existencia de pacto arbitral ya sea en la modalidad de cláusula compromisoria o compromiso no haya sido concebida en el Código General del Proceso como causal de rechazo es por cuanto las partes pueden renunciar al pacto arbitral por ser ellos mismos quienes habilitan el mecanismo alternativo.

3. La justificación para que el juez sea competente en estos casos es por cuanto el administrador de justicia que se considera orgánico puede resolver este tipo de disputas que son consecuencia de controversias contractuales, en desarrollo del principio jurisprudencial informado por la Corte Constitucional en sentencia C-462 de 2004, proferida a propósito del art. 91 del CPC. El asunto quedó ahora regulado exclusivamente como excepción previa (arts. 95-4 y 100 CGP).

4. Si bien el amparo de pobreza es un mecanismo que implementa el Código General del Proceso y podría aplicarse en el arbitraje, las normas que regulan lo concerniente a las sanciones por ser de este tipo no podrían aplicarse de forma extensiva al proceso arbitral colombiano.

5. Otros jueces consideraron que la sanción contenida en el Código General del Proceso, si bien no podría mirarse como de aplicación extensiva si es de anotar que la sanción no puede ser menos severa que la regulada en esa normativa por tratarse de una norma de orden público.

4.3.3 Las medidas cautelares innominadas y anticipatorias en el proceso arbitral en Colombia en aplicación del Código General del Proceso

Con la adopción del Estatuto Nacional de Arbitraje Nacional e Internacional, Colombia dio un gran paso en materia de arbitraje, los aportes de la Ley 1563 de 2012 son novedosos frente a lo que existía antes en el país, en especial en materia de medidas cautelares de diferentes tipos, es decir, nominadas e innominadas. Sin embargo, es necesario hacer referencia a que la solicitud,

decreto y práctica de estas medidas se pueden dar en dos momentos: antes y después de ser notificado el demandado en un proceso arbitral.

Sin embargo, la Ley 1563 de 2012 presenta un vacío en cuanto a la adopción de las denominadas medidas cautelares anticipadas, por lo que se desarrolla esta investigación con base en el arbitraje internacional, para que en Colombia se regule esta figura y así garantizar que en el proceso arbitral se tutele de forma efectiva los derechos reconocidos por la Ley sustancial, tal y como se concibe en el Código General del Proceso y en la Constitución Política de Colombia.

Esta investigación se remite a figuras tales como los árbitros de urgencia, el proceso pre-arbitral, y la teoría del apoyo judicial a los árbitros como un catálogo abierto de posibilidades que se presentarán frente a expertos en el tema que adopten la mejor opción para que el arbitraje nacional se adecue a la implementación de las medidas cautelares anticipatorias (nominadas e innominadas) en el proceso arbitral en Colombia.

El arbitraje en lenguaje común evoca la facultad de arbitrar, presumiendo el garantizar el cumplimiento de unas reglas preestablecidas para la resolución de diferencias entre dos o más personas¹⁰⁵, en pocas palabras se puede decir que “El arbitraje es un instrumento a través del cual un tercero, denominado árbitro, revestido con determinados poderes, resuelve un conflicto de intereses, que recae sobre materias de libre disposición mediante un auto definitivo, denominado laudo, que adquiere vinculatoriedad e inmutabilidad en un ordenamiento jurídico”¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Fraga Pittaluga, Luis. *El Arbitraje en el Derecho Administrativo*, 29 - 30 (Editorial Torino, Caracas, 2000)

¹⁰⁶ La mayoría de legislaciones arbitrales del mundo, sea cual fuese la tradición jurídica a la que pertenecen, reconocen que los laudos arbitrales adquieren la firmeza que permite su ejecutabilidad y prohíbe iniciar un nuevo proceso o arbitraje entre las mismas partes y sobre el mismo objeto conocido en el arbitraje ya concluido. Vid. CREMADES, Bernardo M. e Ignacio MAGDALENA. “Procedimientos paralelos en el arbitraje internacional”. *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima, número 6, 2008, pp. 38-39.

Ahora bien, de otro lado aparecen como mecanismo para garantizar la efectividad de un derecho que sea objeto de un litigio las medidas cautelares que en Colombia, y a partir de la entrada en vigencia del Código General del Proceso, pueden ser de varios tipos: nominadas e innominadas, ya sean anticipatorias o dentro del proceso.

Para efectos de esta parte del proyecto, se quiere hacer un análisis teórico-práctico acerca de las vicisitudes que se presentan respecto de la solicitud, decreto y práctica de las medidas cautelares innominadas y anticipatorias en el proceso arbitral en Colombia. Lo anterior, por cuanto, teniendo en cuenta que las medidas cautelares en Colombia, al igual que en los demás lugares del mundo tienen el efecto de garantizar la efectividad de la sentencia, es de vital relevancia el estudio de las mismas en el proceso arbitral que tiene unas características propias y que tiene un desarrollo diferente como se ha evidenciado alrededor del desarrollo del proyecto, el cual se ve reflejado específicamente en el hecho de que si bien el decreto de medidas debería ser desde la presentación de la demanda ante el Centro de Arbitraje, este último carece de competencia para hacerlo, por lo que deberá ser hasta la primera de audiencia de trámite que el Tribunal de Arbitramento tenga la posibilidad en esquemas donde no existen los árbitros de emergencia o de urgencia, como es el caso de Colombia.

Mientras a la comunidad académica le pueda parecer claro el avance que presentan las regulaciones mencionadas anteriormente, lo cierto es que hay mucho por decir respecto de la facultad que como árbitros pueden tener los particulares para decretar medidas cautelares innominadas y además anticipatorias dentro de lo que se pueda entender es un proceso arbitral, por cuanto se puede observar que el arbitraje, es un mecanismo alternativo para resolver litigios sin necesidad de acudir a la jurisdicción ordinaria, es decir, a través de éste, un particular administra justicia de forma transitoria, las partes que lo habilitaron para esto, se someterán de igual forma a la decisión del mismo, por

lo que constituye un mecanismo heterocompositivo, “el arbitraje, posee tal calidad, aun cuando el árbitro que juzga es designado por las partes, no implica que sean estas y no aquel el que decide la forma como debe resolverse el conflicto, el árbitro y el juez, es aquel tercero imparcial, llamado a resolver, y es el quien finalmente lo hace.”¹⁰⁷

Las medidas cautelares son herramientas que protegen de manera provisional la integridad de un derecho, evitando la aparición de riesgos en los procedimientos jurídicos. Su principal objetivo es prevenir un peligro o un daño en los procesos jurisdiccionales y garantizar la eficacia de los mismos. Nacen en el derecho privado interno de los estados, trasladándose posteriormente al derecho internacional público, teniendo como objetivo la protección de los derechos en los distintos procedimientos. En Colombia, son las medidas cautelares que comportan una decisión jurisdiccional proferida ya sea por los jueces como por los particulares en los casos excepcionales previstos en la Constitución, para asegurar la efectividad de un derecho que posteriormente será objeto de litigio.

Según Marcela Rodríguez Mejía, “En la esfera internacional comparada hay países que no contemplan en sus normativas internas que los árbitros tengan competencia en materia cautelar, otorgando la exclusividad de la misma a los jueces. Pueden servir como ejemplo, sin ánimo de exhaustividad, el caso de Italia, China, Argentina, Honduras y Brasil.”¹⁰⁸

Según Rafael Bernal Gutiérrez en Colombia en aplicación de la Ley 1563 de 2012 “para adoptar medidas cautelares, tiene el Tribunal que seguir un marco de referencia que debe ponderar cuidadosamente. El solicitante deberá demostrar al

¹⁰⁷ REGLERO, Fernando. *El Arbitraje*, 29 (El convenio arbitral y las causas de nulidad del laudo en la Ley de 5 de diciembre de 1988). (Madrid: Montecorvo, 1991)

¹⁰⁸ RODRIGUEZ MEJÍA, MARCELA. *Medidas Cautelares en el Proceso Arbitral*. (Editorial Externado de Colombia, Bogotá ,2013).

Tribunal Arbitral, la conducencia, pertinencia, razonabilidad, y oportunidad de la medida cautelar”¹⁰⁹.

Tratándose de cautelares innovativas, éstas contienen un auténtico juicio de mérito. La resolución provisoria recae directamente sobre la relación sustancial controvertida, constituyendo una declaración interina sobre el fondo (por ejemplo, el derecho a los alimentos provisorios art. 375 Código civil). Al respecto, la CSJN sostuvo que dentro de las medidas cautelares, la innovativa es una decisión excepcional porque altera el Estado de derecho existen al tiempo de su dictado, habida cuenta que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto al fallo final de la causa, lo que justifica una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión; y por su intermedio se intenta aventar, más que el periculum in mora, el periculum in damni o in facti, esto es un “perjuicio irreparable”, que se produciría si no se otorga (total o parcialmente) alguna prestación al actor o peticionario. De ahí que en la cautelar satisfactiva o anticipatoria lo fundamental no es el periculum in mora sino periculum praense (actual) o in futuro (eventual); procurando aventar el “perjuicio irreparable”, denominado periculum in damni, o sea, el peligro que involucra el hecho. Desde una perspectiva del efecto es conjuratoria y asistencial¹¹⁰.

4.3.3.1 Antecedentes de las medidas cautelares anticipatorias en el arbitraje internacional

Resulta de gran importancia estudiar los antecedentes de legislaciones y reglamentos de instituciones de arbitraje que prevén esta figura en el proceso arbitral, pues de este estudio del derecho comparado es donde se puede analizar los aspectos críticos del arbitraje en Colombia, desde una perspectiva de un arbitraje de avanzada que permite tomar aquellos mecanismos que pueden servir para dotar el arbitraje colombiano de un proceso arbitral efectivo.

Algunas instituciones han puesto al servicio del arbitraje procesos para la adopción de estas medidas cautelares anticipadas a las que se viene haciendo

¹⁰⁹ RODRIGUEZ MEJÍA, MARCELA. (*Medidas Cautelares en el Proceso Arbitral*. Bogotá, Editorial Externado de Colombia, Bogotá, 2013).

¹¹⁰ SARTORI. “El debido concepto de lo cautelar”. p. 8. <http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/SARTORI> 25 mayo 2014.

referencia, y que se dan en muchos casos antes de que el tribunal se haya constituido, como en los casos que se presentarán posteriormente.

Para efectos de esta investigación se citarán los siguientes ejemplos:

4.3.3.1.1 Asociación de arbitraje francesa

En Francia para solicitar este tipo de medidas de carácter urgente existe el llamado juez refere, que es un órgano especial que actúa en casos de necesidad, estos jueces de emergencia no están facultados para resolver el fondo del asunto sino que actúan únicamente cuando el órgano encargado de conocer de la cuestión principal no esté en cuestiones de hacerlo¹¹¹, como regla general no cabe la adopción de estas medidas *a inaudita altera parte*, debido a que son procesos de extrema urgencia y las partes deben ser oídas, no obstante de forma excepcional y si concurren circunstancias especiales que lo exijan, se permitirá su adopción ex parte¹¹².

4.3.3.1.2 Refere prearbitral de la Cámara de Comercio Internacional de París

La C.C.I de París ha elaborado un reglamento denominado Rules For a Pre-arbitral Referee Procedure de la C.C.I, a través de este mecanismo se permite la adopción de una medida cautelar de forma rápida por un tercero imparcial denominado referee, cuando el tribunal arbitral todavía no se ha constituido. Para acceder a este mecanismo es necesario que las partes lo hayan expresado en el acuerdo arbitral o en otro documento por separado, generalmente el referee es nombrado por las partes de común acuerdo o por el presidente del tribunal arbitral¹¹³.

¹¹¹ Cour de cassation, 7 de junio de 1979, asunto *societe d' exploitation du cinema rex v. societe rex*

¹¹² Artículos 812 y 875 del nouveau code de procedure civil.

¹¹³ Artículo 4 Párr. 1y 2 del reglamento del referee prearbitral de la C.C.I.

El referee está legitimado para adoptar cualquier medida cautelar en caso de urgencia ya sea para prevenir un daño inmediato o una pérdida irreparable, ya sea para salvaguardar los derechos de alguna de las partes en el proceso, cuando el tribunal arbitral todavía no se ha formado, así mismo se le atribuye competencia para ordenar el pago de una de las partes y para acordar cualquier medida necesaria con el objeto de asegurar la futura realización de pruebas.

4.3.3.1.3 Optional rules for emergency measures of protection de la Asociacion Americana de Arbitraje A.A.A

La A.A.A ha creado un mecanismo similar al de la C.C.I llamado Optional Rules For Emergency Measures of Protection, proceso que pretende resolver las controversias dentro del marco arbitral, la A.A.A ha designado a un grupo de árbitros de emergencia con la finalidad de que puedan actuar de inmediato en casos de extrema necesidad, la aplicación de esta norma depende de que las partes lo hayan pactado expresamente ya sea en la cláusula arbitral o en acuerdo por separado y por otro lado que se trate ciertamente de una emergencia.

El funcionamiento del proceso es sencillo, la parte interesada en obtener una medida cautelar anticipada debe notificarlo por escrito tanto a la A.A.A como a la otra parte, especificando el tipo de medida que solicita, así como los motivos en los que basa su petición¹¹⁴.

Una vez recibido por la A.A.A, ésta nombra a un árbitro en el plazo de un día, si el árbitro es recusado deberá notificarse y se realizará un reemplazo en el término de un día contados a partir desde el momento en que el nombramiento fuera conocido por las partes, posteriormente el árbitro dará audiencia a las partes en el máximo de dos días a partir de su designación.

¹¹⁴ Artículo 0-1 de las Optional Rules For Emergency Measures of Protection de la A.A.A

4.3.3.1.4 Emergency relief of rules de la organización mundial de la propiedad intelectual O.M.P.I

En la organización mundial de la propiedad intelectual se crearon las normas denominadas Emergency Relief Rules, la razón que llevó a la creación de estos mecanismos se debe a que en ocasiones se producían retrasos en la constitución del tribunal arbitral, retrasos que se derivan por el tiempo necesario para su constitución o por las mismas partes con el fin de paralizar dicho procedimiento por la ventaja que le podía reportar¹¹⁵. Fue precisamente esta última circunstancia lo que condujo a la formulación de las normas de emergencia en materia cautelar anticipatoria.

Estas medidas se pueden ordenar tanto en presencia de ambas partes como *inaudita altera parte*, aunque esta última opción queda supeditada a circunstancias excepcionales, además los árbitros gozan de poderes muy amplios, en el sentido de estar legitimados para adoptar cualquier tipo de medida que consideren conveniente. En ambos casos, sea inaudita parte o con presencia de la otra parte, previa solicitud de una parte, el centro de arbitraje procederá a constituir el panel de árbitros en un plazo máximo de 24 horas¹¹⁶, no obstante si las partes nombraron quien actuaría de árbitro de emergencia será éste quien se designe¹¹⁷. A falta de previsión de las partes será el centro encargado de hacer el nombramiento¹¹⁸. En caso de recusación de algunos de sus miembros se procederá a su sustitución en un plazo no superior a 24 horas¹¹⁹

¹¹⁵ HORNING, R.: “*interim measures of protection; security for claims and costs, and commentary on the W.I.P.O Emergency Relief Rules*” 70 (Am. Rev. Int. Arb. Vol. 9, 1998).

¹¹⁶ Artículo VI. A) de las Emergency Relief Rules de la O.M.P.I.

¹¹⁷ Artículo VII. A) de las Emergency Relief Rules de la O.M.P.I.

¹¹⁸ Artículo VII. B) de las Emergency Relief Rules de la O.M.P.I.

¹¹⁹ Artículo VIII de las Emergency Relief of Rules de la O.M.P.I.

4.3.3.1.5 Asociación Italiana para el Arbitraje

Dicha asociación también prevé la figura de estas medidas cautelares anticipadas o pre-arbitrales, la competencia se atribuye en este caso al comité permanente¹²⁰, el art. 19 párrafo 3 dispone “si el tribunal arbitral todavía no se ha constituido las medidas cautelares pueden ser adoptadas por el comité permanente y podrán ser revocadas o modificadas en cualquier momento por el comité y después de la constitución del tribunal arbitral, por este mismo¹²¹”.

El funcionamiento y finalidad de estas normas son idénticos a los mencionados ya anteriormente.

4.3.3.1.6 Centro empresarial de conciliación y arbitraje, CEDCA

El reglamento del CEDCA permite la adopción de medidas cautelares anticipadas, este interesante mecanismo se alinea sin duda con el carácter urgente propio de las medidas cautelares pues permite la adopción inmediata de estas medidas, apenas la solicitud de arbitraje es presentada, con lo cual se acrecienta la posibilidad de proteger provisional y rápidamente el derecho en litigio sin esperar la realización de todos los procedimientos para la constitución del tribunal arbitral que decidirá de fondo sobre el asunto.

Además, el artículo 35.2 del reglamento del CEDCA dispone que salvo acuerdo en contrario, cuando circunstancias de urgencia lo ameriten, cualquiera, podrá antes del nombramiento de los árbitros y previo el pago de los honorarios y pagos previstos en el apéndice I del reglamento, solicitar al directorio del CEDCA, que designe de la lista oficial de árbitros, un tribunal arbitral compuesto a juicio del director ejecutivo por uno o tres árbitros, para que resuelva exclusivamente sobre

¹²⁰ Artículo 19, párr. 3.

¹²¹ Artículo 17, párr. 5. Italia, Associazione Italiana per l'Arbitrato, AIA, Asociación Italiana para Arbitraje, Reglamento de la Asociación Italiana para Arbitraje. Disponible en: http://arbitratoaia.com/images/immagini/Regolamento_Arbitrato_AIA_2016.pdf

el decreto de las medidas cautelares solicitadas, la designación de estos árbitros la hará el directorio del CEDCA de manera rotativa entre los inscritos en la lista oficial de árbitros que no estén actuando en ese momento como tales en un arbitraje administrado por el CEDCA.¹²²

4.3.3.2 Antecedentes de las medidas cautelares innominadas en el proceso arbitral internacional

Numerosos son los instrumentos internacionales que dan una discrecionalidad absoluta a los árbitros para dictar la medida cautelar que consideren necesaria para la protección del derecho en litigio, las medidas cautelares innominadas dan un poder cautelar general al árbitro con el fin de que pueda asegurar sin limitaciones, la efectividad y asegurar el resultado procesal de lo que aspira la parte. Para efectos de esta investigación se estudiarán las diferentes normativas que ofrecen la aplicación de estas medidas cautelares innominadas tanto en las legislaciones como en los reglamentos de las instituciones de arbitraje, de la siguiente manera:

4.3.3.2.1 Las medidas cautelares innominadas en España

La Ley de enjuiciamiento civil española, consagra en su artículo 23 que “salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros podrán, a instancia de ellas adoptar las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto en litigio...”¹²³

4.3.3.2.2 Las medidas cautelares innominadas en Inglaterra y Suecia

La Ley inglesa de arbitraje de 1996 y la sueca de 1999 consagran una normativa similar “salvo que las partes hayan acordado lo contrario, los árbitros, pueden a

¹²² Reglamento del centro empresarial de conciliación y arbitraje, artículo 35.2, CEDCA.

¹²³ España. Ley de enjuiciamiento civil española, artículo 23.

solicitud de una parte, decidir que durante el trámite arbitral, la parte contraria debe asumir ciertas medidas cautelares para asegurar la pretensión objeto del arbitraje...”¹²⁴.

4.3.3.2.3 Reglamento De Arbitraje De La C.C.I (Cámara de Comercio Internacional)

El reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de la cámara internacional de comercio, en su artículo 23-1 establece lo siguiente:

Medidas cautelares, 1). A menos que se haya acordado de otro modo por las partes, el tribunal arbitral puede, tras el envío de la documentación a petición de una de las partes, ordenar cualquier medida cautelar que considere apropiada. Su adopción se puede condicionar a la constitución de garantías adecuadas. Las medidas aludidas en el presente artículo son adoptadas mediante resolución motivada o si es necesario bajo la forma de sentencia, si el tribunal arbitral lo considera adecuado¹²⁵.

4.3.3.2.4 Reglamento De Arbitraje De la Asociación Americana de Arbitraje

El reglamento de la asociación americana de arbitraje (AAA) también establece en su artículo 21, lo siguiente, “**Medidas Provisionales de Protección**, 1). A solicitud de cualquier parte, el tribunal podrá tomar aquellas medidas provisionales necesarias, incluyendo mandamiento de hacer o no hacer y medidas para la protección o conservación de propiedad”¹²⁶.

¹²⁴ Inglaterra. Ley de arbitraje de Inglaterra de 1996 y Ley de arbitraje sueca de 1999.

¹²⁵ Reglamento de arbitraje de la cámara de comercio internacional de París, CCI.

¹²⁶ Reglamento de asociación americana de arbitraje, AAA.

4.3.3.2.5 Reglamento Del Tribunal Arbitral De la O.M.P.I (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual)

El reglamento de arbitraje de la organización mundial de la propiedad intelectual (WIPO) señala en su artículo 46:

Medidas provisionales o conservatorias y garantía para las demandas y costas, a) A petición de cualquiera de las partes, el Tribunal podrá dictar cualquier orden provisional o tomar otras medidas provisionales que estime necesarias respecto del objeto de la controversia, incluidas las medidas cautelares, así como otras destinadas a la conservación de los bienes que constituyan el objeto de la controversia, tales como ordenar que los bienes se depositen en manos de un tercero o que se vendan los bienes perecederos. El Tribunal podrá supeditar la concesión de dichas medidas a una garantía apropiada proporcionada por la parte peticionaria¹²⁷.

4.3.3.2.6 Reglamento de arbitraje de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres

El reglamento de la corte de arbitraje internacional de Londres, estipula lo siguiente:

Artículo 25 Medidas provisionales de protección y de aseguramiento de bienes litigiosos Salvo acuerdo por escrito en contrario de las partes, el Tribunal Arbitral, a solicitud de una de las partes, estará facultado para: a) ordenar a cualquier Demandada o Demandada reconvenzional que afiance parcial o totalmente la cuantía reclamada, sea por medio de depósito, aval bancario o de cualquier otro modo y manera que el Tribunal Arbitral estime oportuno¹²⁸.

¹²⁷ Reglamento del tribunal arbitraje de la organización mundial de la propiedad intelectual, OMPI.

¹²⁸ Reglamento de la corte de arbitraje internacional de Londres, LCIA.

4.3.3.3 Las medidas cautelares anticipatorias en el proceso arbitral en Colombia

En Colombia, existen diferentes instituciones de orden procesal tales como la jurisdicción y la competencia, que además constituyen presupuestos procesales, tal y como es conocido por la comunidad académica que estudia lo concerniente al caso, por regla general. Sin embargo, en aplicación de lo establecido en el artículo 116 de la Constitución Política se encuentra que excepcionalmente y de forma transitoria también podrán administrar justicia los particulares cuando actúen como conciliadores, jurados o árbitros.

Lo anterior implica que el arbitraje que constituye un mecanismo alternativo al proceso tal y como lo establece la Ley 1285 de 2009, se haya convertido en uno de los que implican la actuación excepcional de los particulares que para los casos en que sean habilitados por las partes, administren lo que por regla general se concibe como la justicia en cabeza de los jueces delegados por el mismo Estado para realizar esta función.

Sin embargo, y aunque el arbitraje con el tiempo se fue convirtiendo en el país en un mecanismo que se caracterizaba por ser la elección de las grandes empresas y multinacionales con presencia en Colombia por su celeridad y el alto nivel de experticia de quienes actuaban como árbitros, no todo eran aspectos positivos pues históricamente en el país este mecanismo estaba regulado por un gran número de decretos que terminaban volviendo su desarrollo algo caótico, por lo que se pensó en la expedición de un nuevo ordenamiento jurídico que unificara lo concerniente a la regulación del arbitraje nacional y que respondiera a las tendencias que en esta materia han sido consecuencia misma de fenómenos como la globalización y el comercio entre diferentes países del mundo, como ejemplo se puede pensar en los contratos de compra y venta de mercaderías internacionales en donde por regla general se puede ver cómo las empresas que

realizan este tipo de operaciones de forma expresa estipulan que en caso de conflictos generados a partir del contrato deberán ser árbitros los que decidan la suerte del mismo.

Por todo lo anterior, en Colombia fue expedida la Ley 1563 de 2012, la cual se encuentra en vigencia actualmente, y que se denomina Estatuto Arbitral Colombiano. De otro lado el Código General del proceso implementa una nueva figura que se denomina las medidas cautelares innominadas, las cuales podrán decretarse por el juez, pero también por un árbitro, lo cual genera la siguiente conclusión en el ámbito nacional: las medidas cautelares pueden ser anticipatorias o dentro del proceso y éstas a su vez pueden ser nominadas e innominadas.

En cuanto a las medidas cautelares anticipatorias, es decir aquellas que se dan antes de que el demandado en un proceso arbitral sea notificado de que existe una demanda en su contra, se encuentra un vacío normativo, pues es claro que hasta el momento, el Estatuto Arbitral en Colombia solo presenta un esquema en donde la solicitud de medidas se hace es ante el Tribunal de Arbitraje, ya instalado, y deja de lado figuras que el ámbito internacional son utilizadas por ejemplo por la Cámara de Comercio Internacional, tales como los árbitros de urgencia.

Es decir, las medidas cautelares preventivas, anticipadas o pre-arbitrales son un instrumento que se presenta a la parte demandada antes del inicio de las actuaciones arbitrales, para asegurar sus derechos ante el temor fundado del incumplimiento de su contraparte. En el arbitraje las medidas cautelares pueden solicitarse antes de la constitución del tribunal arbitral o incluso antes del inicio de las actuaciones arbitrales (las llamadas medidas cautelares anticipadas) o bien una vez se haya constituido el tribunal arbitral¹²⁹.

¹²⁹ PEDRO PERERA, HUMBERTO ANGRISANO, *las medidas cautelares en el arbitraje*, 3 (revista comité de arbitraje 2013).

Ahora bien, es de resaltar que en Colombia, hay consenso acerca de que los árbitros por administrar justicia de forma transitoria, no podrían decretar este tipo de medidas sin que se instalara el respectivo tribunal, razón por la cual, implementar una figura como la que se menciona anteriormente se puede pensar que en principio iría en contra del artículo 116 de la Constitución Política, porque básicamente se estaría diciendo con esto que existirán unos árbitros que si administran justicia de forma permanente.

Lo que se puede decir, es que hay vacíos normativos que pueden generar problemas prácticos en el futuro, los cuales se pretenden abordar haciendo un análisis integral de las normas que regulan el tema y presentar respuestas a la comunidad académica de la siguiente manera:

4.3.3.3 Aspectos Críticos con relación al tema de las medidas cautelares:

4.3.3.4.1 Solicitud: En primer lugar hay que decir que la Ley 1563 de 2012 no regula el procedimiento para la solicitud de medidas cautelares anticipadas sino que pareciera que solo se limita al tratamiento de las mismas pero cuando se dan dentro del proceso arbitral, es por ello, que resulta de gran importancia abordar esta figura y ofrecer una regulación apropiada, para que a través del arbitraje también se garantice la efectividad de los derechos reconocidos por la Ley sustancial, con el fin de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva.

Una de las características especiales de las medidas cautelares anticipatorias, es que se surten antes de notificado el demandado del proceso en su contra, dicho sea, para garantizar la efectividad del objeto del proceso¹³⁰. Sin embargo, en el proceso arbitral, existe un problema que impide la realización de este tipo de medidas y se expondrán a continuación.

¹³⁰ CALAMANDREI, PIERO. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, 45 (Ed. Bibliografía Argentina, Buenos Aires: 1945).

Para evaluar este punto, deben separarse tres momentos, que darán mayor claridad sobre el problema presente: *I)* el momento de la solicitud de las medidas cautelares en el proceso arbitral; *II)* el momento en que el tribunal adquiere competencia para el conocimiento y decreto de medidas cautelares; y *III)* el momento de la notificación al demandado en el proceso arbitral.

1. El momento de la solicitud: según el Estatuto Nacional e Internacional de Arbitraje (en adelante ENAI) en su artículo 32, la solicitud de medidas cautelares en los procesos arbitrales se hará “*A petición de cualquiera de las partes*” y ante lo cual “*el tribunal podrá ordenar las medidas cautelares que serían procedentes de tramitarse el proceso ante la justicia ordinaria o la contencioso administrativa*”. Dado que el ENAI enuncia que la petición o solicitud de las medidas cautelares, las hará el accionante ante el tribunal de arbitraje, se deduce que éste -el tribunal- ya debe estar instalado al momento de realizarse la solicitud de medidas, es decir: el momento de la solicitud, es posterior a la instalación.¹³¹

2. El momento del conocimiento: si bien es cierto, el proceso arbitral inicia desde el momento mismo de la presentación de la demanda ante el tribunal de arbitraje, como lo enuncia el artículo 12 del ENAI “*Iniciación del proceso arbitral. El proceso arbitral comenzará con la presentación de la demanda*”. No es sino hasta la instalación del tribunal de arbitramento, cuando éste adquiere facultades jurisdiccionales y puede utilizar sus poderes de instrucción para resolver el proceso; en la instalación del tribunal de arbitraje según el artículo 20 del ENAI se presentará la demanda, y se estudiará “*la admisión, la inadmisión y el rechazo de la demanda*”. Es decir el tribunal de arbitraje, no conoce de la litis, sino hasta el momento mismo de la audiencia de instalación.

¹³¹ Colombia, Congreso de la República, Ley 1563, 12 de Julio de 2012, art. 20.

3. El momento de notificación de la demanda: en el proceso arbitral, si bien la parte se entera de que entabla el proceso desde el instante en que es requerida para la composición de los árbitros (salvo estipulación en contrario en el pacto arbitral) según el artículo 20 del Estatuto Arbitral Colombiano¹³² es justo en el momento de la instalación del tribunal cuando en audiencia el demandado es notificado. Por ello se puede concluir que es en la instalación del tribunal cuando se da la notificación del auto admisorio de la demanda (asemejándose a la terminología del proceso civil).

Dado que en la instalación se encuentra presente la contraparte (Si bien existe término de traslado de la demanda) conociendo de la litis que se entabla contra ella, entonces cabe acá cuestionar: ¿Cómo se debe hacer el tratamiento de las medidas cautelares anticipatorias en el proceso arbitral en Colombia?

Se pueden evidenciar entonces dos momentos procesales sobre los cuales versa este dilema: I) antes de instalado el tribunal, cuando el accionante requiere el decreto de la medida cautelar anticipatoria, pero por carecer de competencia (aún) el tribunal arbitral para revisar del proceso, no puede ser decretada; y II) después de instalado el tribunal, cuando al adquirir competencia éste ya puede decretar las medidas cautelares solicitadas, pero la contraparte ya ha sido notificada también del proceso en su contra y por tanto carece de utilidad la medida cautelar cuyo fin sea poseer carácter anticipatorio.

Para contextualizar lo anterior es necesario plantear el siguiente ejemplo hipotético: Una empresa que celebra un contrato de compraventa de mercaderías con otra empresa y que en el mismo consagran cláusula compromisoria habilitando el arbitraje en caso de un conflicto originado en dicho negocio jurídico desea solicitar que se decrete una medida cautelar en el proceso arbitral sin que se notifique a la empresa demandada para garantizar la efectividad de un derecho

¹³² Colombia, Congreso de la República, Ley 1563, 12 de Julio de 2012, art. 20.

que considera será objeto de litigio. Sin embargo, nada prevé al respecto el Estatuto Arbitral en Colombia. ¿Se podría decretar la medida cautelar anticipada en este caso? y de ser positiva la respuesta, ¿Ante quién debería solicitarse?, ¿Quién debería decretarla? y ¿Cuál debería ser el procedimiento para hacerlo?. En caso de ser negativa la respuesta, ¿Cómo se garantizaría un derecho que requiere de este tipo de medida en el proceso arbitral en Colombia?

4.3.3.4.2 Decreto: Entendiendo las vicisitudes que conlleva la solicitud de las medidas cautelares en los procesos arbitrales, cuyo carácter anticipatorio es normativamente imposible, entonces se debe ahora abordar el decreto de dichas medidas, que en principio (y se verá más adelante otro vacío jurídico) las decretará siempre el tribunal.

El ENAI establece que para el proceso de decreto de medidas cautelares “se someterán a las normas del Código de Procedimiento Civil, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y a las disposiciones especiales pertinentes” siendo la regencia del CPACA solo posible en casos donde “sea parte una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas”¹³³

Las medidas que podrá decretar el tribunal arbitral, son tanto las nominadas de los códigos referidos, como “cualquier otra medida cautelar que encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión”.¹³⁴

¹³³ Colombia, Congreso de la República, Ley 1563, 12 de Julio de 2012, art. 20.

¹³⁴ *Ibidem*

Los criterios del decreto de medidas cautelares en dichos procesos son básicamente los establecidos de manera reiterada por la doctrina: i) “*la legitimación o interés para actuar de las partes*”; ii) “*la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho*” lo que la doctrina expone básicamente como el *periculum in mora*; iii) “*la apariencia de buen derecho*” o también denominado *fumus boni iuris*; y iv) “*la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida*”¹³⁵. Teniendo el tribunal el criterio de establecer su alcance, duración, modificación, sustitución o cese; y por tanto pudiendo otorgarlas ultra, extra o minus petita al solicitante.

Uno de los puntos novedosos que se establece con la vigencia del Estatuto Arbitral Nacional e Internacional, es que en la medida en que protege el objeto del proceso, asegurando el cumplimiento de las pretensiones, dispone que las medidas “*también podrán tener como objeto recaudar elementos de prueba que pudiesen ser relevantes y pertinentes para la controversia*”¹³⁶, ante lo cual resulta en una posición ventajosa en la garantía y efectividad de los derechos. Sin embargo, cabe destacar que si con el decreto de la medida se busca asegurar material probatorio en manos de la contraparte, el recaudo de elementos de prueba tendría mayor efectividad si se aplicara en un momento previo a la notificación al demandado (medida anticipatoria).

Existe un requisito añadido por el del Estatuto Arbitral Nacional e Internacional para que sea decretada cualquiera de las anteriores medidas cautelares innominadas, ante lo cual “*el demandante deberá prestar caución equivalente al veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones estimadas en la demanda,*

¹³⁵ NIEVA FENOLL, JORDI. “*El Elemento psicológico en la adopción de las medidas cautelares*”, 107 (*Memorias del IX Congreso Internacional de Derecho Procesal*. Vol. 9, Universidad Libre, Cúcuta, 2013).

¹³⁶ COLOMBIA, Congreso de la República, Ley 1563, 12 de Julio de 2012, art. 32. Parágrafo. Cabe recalcar que este tipo de medidas el mismo parágrafo las extiende a cualquier operador jurisdiccional.

*para responder por las costas y perjuicios derivados de su práctica*¹³⁷. Sin embargo, el tribunal, de oficio o a petición de parte, podrá aumentar o disminuir el monto de la caución cuando lo considere razonable, o fijar uno superior al momento de decretar la medida¹³⁸.

Otra situación que llama la atención es un eventual vacío jurídico que tiene relación con las medidas cautelares en el proceso arbitral en relación con la etapa procedimental en que el Tribunal de Arbitramento se declara competente: antes de la Primera Audiencia de Trámite en el caso de Colombia, basado en la distinción de dos momentos: el primero desde la presentación de la demanda, así exista pacto arbitral, el juez no puede rechazar de plano, ni inadmitir el trámite de la misma, dado el párrafo contenido en el artículo 90 del CGP. Sin embargo, el demandante por tratarse de un proceso ante la jurisdicción ordinaria si podría solicitar desde que acciona el aparato jurisdiccional, que se decrete una medida cautelar anticipatoria, la cual surtiría efecto antes o justo notificado el demandado del proceso en su contra. El segundo momento se daría luego de la notificación del demandado, cuando al correrse el traslado él tendría la oportunidad de alegar la existencia de pacto arbitral, ante lo cual como lo estipula el mismo artículo del CGP se *“provocará la terminación del proceso cuando se declare probada la excepción previa respectiva”* siendo así que: i) ya estaría en vigencia la medida cautelar decretada; y ii) perdería competencia el juez que la decretó, ante lo cual no podría desmontarla, modificarla o sustituirla, sino el ahora competente tribunal del arbitraje.

¹³⁷ Colombia, Congreso de la República, Ley 1563, 12 de Julio de 2012, art. 32.

¹³⁸ COLOMBIA, Congreso de la República, Ley 1563, 12 de Julio de 2012, art. 32. Párrafo. Cabe recalcar que este tipo de medidas el mismo párrafo las extiende a cualquier operador jurisdiccional.

4.3.3.4.3 Práctica: En cuanto a la práctica y al levantamiento de las medidas cautelares, se asemeja mucho al normalmente acaecido en la jurisdicción ordinaria, teniendo como factor controversial la fuerza de cumplimiento que tienen las emanaciones de los tribunales arbitrales, pero que se resuelve mediante la práctica de condicionamientos. Existe en el Estatuto Arbitral Nacional e Internacional una salvedad en cuanto a las medidas cautelares que permite “*impedir su práctica o solicitar su levantamiento o modificación*”, y es cuando se trata de pretensiones pecuniarias; ante lo cual basta la prestación de una caución por parte del demandado, con el fin de garantizar el cumplimiento de la sentencia o de prestar indemnización en caso de la imposibilidad para cumplirla. No podrá prestarse caución cuando las medidas cautelares no estén relacionadas con pretensiones económicas o procuren anticipar materialmente el fallo. Entiéndase en este punto la voluntad que une a las partes al proceso, y la tutela judicial efectiva garantizada mediante el desarrollo de las medidas cautelares en especial las anticipatorias¹³⁹.

En cuanto a la fuerza de cumplimiento que poseen los tribunales arbitrales, puede decirse que este problema se resuelve a partir de dos aspectos: i) en principio las partes por voluntad propia se dispusieron a la competencia de un tribunal arbitral, así que ha de suponerse que ellas actuarán en favor del cumplimiento de las órdenes del tribunal; ii) ahora en caso de no ser así, los tribunales arbitrales disponen de la posibilidad de comisionar a los jueces civiles (o administrativos si alguna de las partes es entidad pública o cumple funciones públicas) para que estos practiquen o ejecuten las medidas adoptadas por el tribunal, así lo refiere el artículo 32 del ENAI.

¹³⁹ MARINONI, LUIZ GUILHERME. “*La evolución de la técnica anticipatoria y de la tutela preventiva en Brasil*”. 975 (*Memorias del XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Vol. 34, Universidad Libre, Bogotá D.C.)

4.3.3.5 Propuesta con relación a las medidas cautelares en el proceso arbitral en Colombia

Teniendo en cuenta que es evidente que frente a las medidas cautelares anticipatorias en el proceso arbitral en Colombia, existe un vacío normativo, es necesario plantear las siguientes opciones:

4.3.3.5.1 Solicitud: El primer interrogante que se propone responder esta investigación es precisamente frente a la solicitud de este tipo de medidas, para lo que se presentan las siguientes propuestas:

La solicitud de la medida cautelar anticipatoria en el proceso arbitral debería hacerse:

- 1) A partir de un proceso pre-arbitral, en donde la parte interesada haga la respectiva solicitud al Centro de Arbitraje y que un número impar de árbitros conformen un Tribunal de Urgencia que tenga competencia para decretar la misma a elección de las partes, o en caso de no ser así, por el Centro designado por estas.
- 2) A partir de la implementación de la figura de árbitros de urgencia designados por los respectivos Centros de Arbitraje para decretar estas medidas, sin necesidad de un proceso pre-arbitral, lo que en principio se puede pensar iría en contra de la Constitución Política, entendiendo que los particulares, en calidad de árbitros solo pueden administrar justicia de forma transitoria y no permanente.
- 3) A partir de la aplicación del apoyo concurrente que debe existir entre los poderes y la armonización de lo que pueda entenderse debe darse en la administración de justicia, incluso a partir de la misma interpretación de la Ley 1563 de 2012, se pensaría en que serían los jueces civiles del circuito los llamados a tener competencia frente a la solicitud de estas medidas cautelares anticipatorias en el proceso arbitral para una posterior ratificación de las mismas

por parte de los árbitros que vayan a conocer del conflicto, pero esto iría en contra del principio de autonomía de voluntad de partes y el principio de habilitación que se predica en materia de arbitraje nacional e internacional.

Sin embargo, el parágrafo del artículo 32 de la Ley 1563 de 2012, haciendo referencia a las medidas que se pueden decretar dentro del proceso arbitral para recaudar elementos de prueba, que de por sí deben ser anticipatorias, establece que “quien ejerza funciones jurisdiccionales, podrá decretar medidas cautelares para este propósito en los procesos sometidos a su conocimiento, sean o no procesos arbitrales”, lo que al parecer fortalece el argumento anteriormente planteado de que sean los jueces civiles del circuito quienes puedan decretar este tipo de medidas, aunque no sean estos los habilitados por las partes.

4.3.3.5.2 Decreto: Respecto del interrogante planteado en la investigación frente al decreto de las medidas cautelares anticipatorias en el proceso arbitral en Colombia, se presentan las siguientes propuestas:

El decreto de la medida cautelar anticipatoria en el proceso arbitral debería hacerse:

- 1) A partir de un proceso arbitral como se explicó, en el aparte que trata de la solicitud de las mismas.
- 2) A partir de la implementación de la figura de unos árbitros de urgencia que estén designados de forma permanente por el Centro de Arbitraje para cumplir con esto.
- 3) A partir de la competencia que se designe en los Jueces Civiles del Circuito, con base en los argumentos anteriormente planteados.

4.3.3.5.3 Práctica: La práctica de la medida cautelar anticipatoria (nominadas e innominadas) en el proceso arbitral debería hacerse:

1) A partir de un proceso arbitral como se explicó, en el aparte que trata de la solicitud de las mismas, y antes de que el demandado tenga conocimiento de las mismas, es decir antes de que se instale en la forma como lo concibe la Ley 1563 de 2012, la instalación del Tribunal Arbitral.

2) A partir de la implementación de la figura de unos árbitros de urgencia que estén designados de forma permanente por el Centro de Arbitraje para cumplir con esto, antes de que el demandado tenga conocimiento de las mismas, es decir antes de que se instale en la forma como lo concibe la Ley 1563 de 2012, la instalación del Tribunal Arbitral.

3) A partir de la competencia que se designe en los Jueces Civiles del Circuito, con base en los argumentos anteriormente planteados, es decir antes de que se instale en la forma como lo concibe la Ley 1563 de 2012, la instalación del Tribunal Arbitral, pero en este caso la medida sería susceptible de ser revocada por los árbitros habilitados por las partes para conocer del conflicto, lo que en la práctica podría generar un perjuicio frente a la parte que se decretó la medida, pero esto podría mitigarse con una caución que respalde el decreto y práctica de la misma.

Hay que evidenciar que esta investigación logró identificar lo que en otras investigaciones no se había realizado en el ámbito nacional frente a las medidas cautelares innominadas y anticipatorias en el proceso arbitral en Colombia en aplicación del Código General del Proceso, por lo que para concretar la propuesta que se presenta a este respecto es importante citar artículo con relación a esta temática publicado en revista indexada Tipo A, la cual hace parte de bases de citación tales como Scielo y Scopus, por parte de una de las personas que son autores de este proyecto, con la finalidad de evidenciar el impacto investigativo

que solo una de las problemáticas planteadas en este proyecto ha generado en la comunidad académica.

4.3.4 Implicaciones del Código General del Proceso en el Proceso Arbitral en Colombia respecto al esquema pre-arbitral: Integración del Tribunal, Instalación y Audiencia de Conciliación

Estas fases en que se integra el Tribunal, se hace la instalación y se realiza la audiencia de conciliación no tendrán según la investigación desarrollada una modificación relevante respecto al Código General del Proceso, por cuanto se surtirá simplemente el procedimiento que regula el Estatuto Arbitral en coherencia con lo dispuesto en el pacto arbitral según sea el caso según lo dispone el artículo 20 del Estatuto Arbitral Nacional e Internacional¹⁴⁰; es decir, cuenta el proceso arbitral en este sentido con un trámite propio y claro.

4.3.5 Implicaciones del Código General del Proceso en el Proceso Arbitral en Colombia respecto del desarrollo de la primera audiencia de trámite

En esta audiencia de trámite el Tribunal se declara competente para conocer del proceso respecto del cual se presentó solicitud en el Centro de Arbitraje, por lo que el Código General no varió en Colombia los postulados que respecto del arbitraje hacen o no que dichos particulares se consideren o no con la competencia para decidir respecto de una pretensión u otra, por lo que no se identifican modificaciones de gran relevancia que hayan sido desarrolladas en el proyecto salvo la que tiene relación con el llamamiento en garantía.

Frente a estas implicaciones el trabajo de campo realizado, esto es, la entrevista a algunos jueces y árbitros de las ciudades de Cúcuta, Bogotá, Cúcuta, Medellín y Cartagena, evidenció lo siguiente, teniendo en cuenta que al igual que en el

¹⁴⁰ Colombia, Congreso de la República, Ley 1563, 12 de Julio de 2012, art. 20.

proceso judicial el árbitro como administrador de justicia tiene que realizar en todas las etapas del proceso control de legalidad:

1. Frente a la inaplicación de normas que están en vigencia y que se encuentran en el Código General del Proceso, las partes deben tener en cuenta, que las mismas son de obligatorio cumplimiento, por lo que no son susceptibles de modificación por el tipo de arbitraje ad-hoc elegido, según sea el caso.

2. Las normas que en el Código General del Proceso regulan lo concerniente a los medios electrónicos que se aplican en Colombia para el proceso arbitral, en lo relacionado con la implementación de la Justicia Digital no se manejan de igual forma porque los Centros de Arbitraje tienen infraestructura para desarrollar este tipo de plataformas y además aparece la discusión que no consideran pacífica acerca de si la arbitral es una jurisdicción diferente a las que existen actualmente o si es una extensión de la jurisdicción ordinaria y contenciosa.

3. Frente al llamamiento en garantía no manifestaron haber evidenciado ninguna vicisitud práctica ni estar en desacuerdo con la forma en que se reguló esta figura en el proceso arbitral, para el caso de los jueces apoyando lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-170 de 2014.

4. Algunos árbitros entrevistados manifestaron abiertamente que lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-170 no es acorde con la visión que de parte se tiene del llamado en garantía en el actual Código General del Proceso y que desconoce que el pacto arbitral en Colombia se puede realizar por compromiso o incluso verbalmente.

4.3.5.1 El llamamiento en garantía en el proceso arbitral en Colombia: ¿Arbitraje obligatorio o voluntario?

Durante varios años el concepto de tercero ha sido concebido dentro de lo que concierne a la doctrina procesal en Colombia, desde una perspectiva confusa, refiriéndose a quien en muchas ocasiones termina siendo parte del proceso como un tercero o confundiendo lo que es un garante de una de las partes. Lo que evidentemente genera efectos contradictorios en diferentes situaciones que tienen relación al proceso arbitral en Colombia, relacionados con lo que podría denominarse arbitraje forzoso, en la medida en que al no tener claro el legislador si el llamado es o no parte, tendrá como innecesaria la habilitación que debe autorizar el mismo, para garantizar su acceso a la justicia y el debido proceso, situación que no fue coherente con lo establecido en el Estatuto Arbitral Colombiano, la doctrina de actualidad y la jurisprudencia que hasta el momento existe en relación al tema.

En principio hay que decir que el llamamiento en garantía se concebía como una figura que solo invadía la esfera de aplicación de lo que se podría considerar como un tercero que no era más que un garante que era precisamente involucrado para garantizar sentencia desfavorable ya sea en respaldo del demandante o del demandado, según fuera el caso.

De otro lado, se encuentra lo que se entiende son las partes del proceso, lo que prácticamente se ha venido ligando a la intervención que hace un sujeto de derecho en el proceso, sin distinguir en esta ocasión con el arbitral. Lo anterior venía presentando ciertas críticas por cuanto de un lado se tenía al llamado como parte por su vinculatoriedad con los efectos de la sentencia o en este caso del laudo arbitral o como de cierta manera lo explica el profesor Ramiro Bejarano

desde el año 1994¹⁴¹, o desde otra perspectiva se concebía al llamado no como parte, por cuanto quien tenía esta calidad precisamente era quien actuaría en el proceso ya fuera como demandante o demandado y que cosa diferente a esto era que los efectos positivos o negativos le traerían consecuencias por ser el garante de alguno de los extremos procesales.

Por ejemplo, el profesor, Jairo Parra Quijano, en su obra *los terceros*, defiende la posición frente al concepto de esta figura de la siguiente manera:

El llamamiento en garantía es uno de los casos de intervención forzosa de terceros, que **se presenta cuando entre la parte y el tercero, existe una relación legal de garantía que lo obliga a indemnizarle al cliente el perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que genera el llamamiento.**

Ahora, sea que el llamamiento en garantía lo proponga una u otra parte, **lo significativo es que éste comporta el planteamiento de la llamada pretensión revérsica o la proposición anticipada de la pretensión de regreso**, o el denominado derecho de regresión o de reversión, como lo ha dicho la Corte, que tiene como causa la relación sustancial de garantía que obliga al tercero frente a la parte llamante, a indemnizarle el perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia. Es decir que la pretensión que contra el tercero se formula es una pretensión de condena eventual, es decir, que ella solo cobra vigencia ante el hecho cierto del vencimiento de la parte original y que con ocasión de esa contingencia de la sentencia, se vea compelido a resarcir un perjuicio a efectuar un pago¹⁴².

A partir de lo anterior se traza una significativa referencia por cuanto teniendo en cuenta que no es posible hablar de pretensión sin hablar de proceso, al decir esto prácticamente se podría interpretar como que existe una pretensión discutida entre el demandante y el demandado, pero además entre el llamado en garantía y a

¹⁴¹ Bejarano Guzmán, Ramiro. *Intervención de terceros y medidas cautelares en el proceso arbitral*. Congreso Iberoamericano de Derecho Procesal, Bogotá, 1994, p. 15

¹⁴² Parra Quijano, Jairo. *Los terceros en el proceso civil*. Editorial Libería Ediciones del Profesional, Bogotá, 2001.

quien está garantizando para el caso, en el entendido a que la figura puede ser utilizada por ambas partes.

Lo anterior, hace pensar que, si bien en un momento lo que quiso decir el profesor, Jairo Parra Quijano era que el llamado en garantía era parte, de cierta manera muchos terminan concluyendo lo contrario, es decir, que no es parte en el proceso donde ha sido llamado, pero si pudiera ser parte en el sentido en que existe otra pretensión que no está siendo discutida entre sí mismo y quien lo ha llamado al proceso. ¿Entonces el concepto de parte ha evolucionado a través del tiempo? ¿Qué implicaciones tienen estas aseveraciones frente a la figura del llamamiento en garantía en el proceso arbitral en Colombia? ¿Es realmente claro el Estatuto Arbitral Colombiano o Ley 1563 de 2012 al tratar este tema sin terminar cayendo en una posición que vulnere el debido proceso del llamado en garantía? Esta investigación se encargó de demostrar como dicha confusión conceptual heredada en el tiempo sigue generando problemas en el país y presentará una propuesta frente a la interpretación de la misma con respecto al problema planteado.

En la actualidad, el llamado en garantía es considerado parte. Vale aclarar que la relación jurídico-procesal entre el demandante y demandado es totalmente diferente a la del demandado – llamante, ya que la condena interpuesta a éste no necesariamente tiene que ver con el llamado¹⁴³.

Según sentencia C-170 de 2014 la Corte Constitucional expresa lo siguiente frente a la concepción de proceso arbitral:

La Corte ha señalado que el arbitramento es un mecanismo en virtud del cual las partes en conflicto deciden someter sus diferencias a la decisión de un tercero, aceptando anticipadamente sujetarse a lo que allí se

¹⁴³María Castañeda, Yessica Romero. Obtenido de file:///C:/Users/stefania%20sanchez/Downloads/1171-3338-3-PB%20(1).pdf, 1 de julio de 2014.

adopte. Este procedimiento supone otorgar jurisdicción a favor de un particular, respecto de un litigio específico, quien queda investido de la facultad temporal de resolverlo con carácter definitivo y obligatorio mediante una decisión denominada laudo arbitral. El ejercicio de la facultad de administrar justicia denota su naturaleza eminentemente jurisdiccional y marca el carácter procesal de esta figura ya que como lo ha explicado esta Corte se trata de un proceso, puesto que los particulares, al administrar justicia como árbitros, deben materializar, dentro de la lógica propia del arbitraje y atendiendo a sus especificidades, los derechos fundamentales al debido proceso, de defensa y de acceso a la administración de justicia, respetando el marco trazado por el legislador¹⁴⁴.

Según el profesor, Henry Sanabria Santos:

En cuanto a lo que hace referencia a la adhesión al pacto por el llamado en garantía, es de advertir que el parágrafo primero del artículo 37 establece una nueva forma de adhesión o aceptación del pacto arbitral por parte de quien no lo ha suscrito. De acuerdo con la norma, quien **se obligue** a garantizar el cumplimiento de un contrato que tenga incorporado pacto arbitral, automáticamente adhiere el mismo, lo acepta y se vincula a los efectos que genera, de tal suerte que queda cobijado por él y obligado a acudir a la justicia arbitral. **De esta forma, si una aseguradora celebra un contrato de seguro de cumplimiento en virtud del cual garantiza un determinado contrato en el cual se ha incorporado cláusula compromisoria, dicha compañía está manifestando con ellos su aceptación y adhesión al pacto arbitral, de tal suerte que si es llamada en garantía en el proceso arbitral que se ha originado con ocasión del contrato afianzado, no le quedará más remedio que intervenir en el mismo, sin que le sea dado, como ocurría en vigencia de la norma anterior, manifestar que no adhiere el pacto arbitral.** De esta manera se asegura la vinculación al proceso del llamado en garantía, quien por el solo hecho de haber garantizado el cumplimiento del contrato que cuenta con pacto arbitral, queda vinculado por este, habilitando a los árbitros para resolver acerca de la relación sustancial derivada, en nuestro ejemplo, del contrato de seguro¹⁴⁵.

Según el profesor, Ulises Canosa Suarez:

¹⁴⁴ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-170. MP. Alberto Rojas Ríos. Bogotá, 2014.

¹⁴⁵ Sanabria Santos, Henry. Integración del contradictorio e intervención de otras partes y terceros en el proceso arbitral. En H. Sanabria Santos, Estatuto Arbitral Colombiano: Análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012. Editorial Legis, Bogotá 2013, pág. 592

Tradicionalmente se calificó como tercero a quien no es parte en sentido estricto, es decir, quien no es demandante, ni demandado. Sin embargo, hay terceros que al intervenir en el proceso (voluntaria o forzosamente) se vuelven parte, por introducir una pretensión, reclamar un derecho o ser las personas frente a las cuales se reclama un derecho.

La novedad del Código General del Proceso está en reorganizar las partes y los terceros con otro criterio: en la denominación de capítulos se utiliza el concepto de parte en sentido amplio, incluyendo como parte tanto a las iniciales, como a las sobrevinientes (antes terceros intervinientes), entre ellos el litisconsorte cuasinecesario, el interviniente excluyente, el llamado en garantía, el llamado como poseedor o tenedor, los sucesores procesales y los intervinientes para incidentes o trámites especiales, porque se involucran directamente con la pretensión.

El capítulo de terceros del nuevo Código General del proceso queda reservado para el coadyuvante (art. 71), por no tener una pretensión propia en el proceso, y para el llamado de oficio (art. 72), que citado podrá decidir presentarse al proceso para convertirse en parte si en él concurren los presupuestos de las figuras mencionadas en el literal anterior o, en su caso, iniciar actuación por separado¹⁴⁶.

Según el profesor, Ramiro Bejarano Guzmán: “Cuando una persona garantice el cumplimiento de las obligaciones de un contrato suscrito ente otros sujetos sometido a pacto arbitral, ese garante o asegurador queda vinculado a los efectos del fallo. Esta previsión contenida en el párrafo 1 del artículo 37 de la ley 1563 de 2012, fue declarada exequible en sentencia C-170 de 2014.”¹⁴⁷ Sin embargo, no hace referencia a la discusión que frente a esta figura y la habilitación del arbitraje puede suscitar en Colombia que se obligue a acudir a un proceso arbitral a quien es parte dentro del proceso y no estuvo de acuerdo en que se sometiera el litigio a este mecanismo alternativo.

¿Es entonces el llamamiento en garantía una modalidad que es ejemplo de la creación de un arbitraje impuesto u obligatorio en Colombia? ¿Acaso el pacto arbitral solo puede darse en la modalidad de la cláusula compromisoria? ¿Qué sucede en los casos en que las partes decidan acudir al arbitraje, pero por medio

¹⁴⁶ Canosa Suárez, Ulises. El proceso civil a partir del Código General del Proceso. Editorial Universidad de los Andes, Bogotá, 2014.

¹⁴⁷ Bejarano Guzman, Ramiro. *Procesos declarativos, arbitrales y ejecutivos* . Editorial Temis, Bogotá, 2016.

del compromiso que sin lugar a dudas sorprenderá a quien para el caso del ejemplo anterior sea la aseguradora? ¿Acaso olvidó el profesor anteriormente citado que el Estatuto Arbitral permite que el pacto sea también verbal? ¿Dónde quedó la autonomía del pacto arbitral frente al contrato que lo contiene? ¿Por qué asegurar el contrato tiene la implicación de habilitar obligatoriamente un tribunal de arbitramento?

En principio las instituciones procesales que han estudiado lo referente a los sujetos que como partes o como terceros pueden intervenir dentro del proceso, se ligaron a una concepción de quien defendía de cierta manera dicha calidad, arraigada al proceso mismo y a su participación como extremo procesal activo o pasivo respectivamente, por ejemplo, el profesor, Piero Calamandrei explica que “las partes son el sujeto activo y el sujeto pasivo de la demanda judicial”¹⁴⁸; y el profesor, Hernando Morales Molina considera que “es parte el que demanda en propio nombre o en cuyo nombre se demanda la tutela jurídica, es decir, quien ejerce la acción y aquel frente al cual se pide la intervención del Estado, vale decir, a quien se demanda”¹⁴⁹, concepción que varió en el Código General del Proceso tal y como lo explica el profesor, Henry Sanabria:

Cuando en el Código de Procedimiento Civil se habla de integración del contradictorio o conformación del litisconsorcio necesario, se hace referencia a la presencia de varios sujetos como demandantes o como demandados, pero no a la intervención de terceros, toda vez que, como se dijo, a quienes actúan en el proceso en una condición diferente a la demandante o demandado se les considera terceros, con independencia de si estos concurren al proceso a hacer valer un derecho propio, a resistir una pretensión formulada en su contra por una de las partes o tan solo desean actuar sin esperar que sobre ellos recaiga una decisión judicial...

El Código General del Proceso parte de una lógica diferente, estimando que es parte no solamente quien tiene la calidad de demandante o demandado, sino también quien acude al proceso a hacer valer una pretensión propia o a procurar la solución de una controversia jurídica

¹⁴⁸ Calamandrei, Piero. *Instituciones del Derecho Procesal Civil*. Editorial Ejea, Buenos Aires, 1962.

¹⁴⁹ Morales Molina, Hernando. *Curso de Derecho Procesal Civil*. Editorial ABC, Bogotá, 1991.

que se ha suscitado con una de las partes en razón de un vínculo de derecho sustancial, debiendo el juez en su sentencia pronunciarse y decidir tanto del asunto litigioso planteado entre demandante y demandado como del propuesto por los demás intervinientes¹⁵⁰.

Pero... ¿Por qué es importante la perspectiva desde donde se aborde en la actualidad el concepto de parte para efectos de verificar la forma en que debe concebirse el llamamiento de garantía en el proceso arbitral en Colombia en vigencia del Código General del Proceso?

Según la Ley 1563 de 2012:

Cuando por la naturaleza de la relación jurídica debatida en el proceso, **el laudo haya de generar efectos de cosa juzgada para personas que no estipularon el pacto arbitral**, el tribunal ordenará la citación personal de todas ellas para que manifiesten si adhieren o no al pacto. La notificación personal de la providencia que así lo ordene, se llevará a cabo dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de su decreto.

Los citados manifestarán expresamente su decisión de adherir al pacto arbitral dentro de los cinco (5) días siguientes. De no hacerlo, el tribunal declarará extinguidos los efectos del compromiso o de la cláusula compromisoria para dicha controversia. Igual pronunciamiento se hará cuando no se logre notificar a los citados. En la misma providencia en la que se declaren extinguidos los efectos del pacto arbitral, los árbitros ordenarán el reintegro a las partes de la totalidad de los honorarios. En estos eventos, no se considerará interrumpida la prescripción y operará la caducidad, salvo que se promueva el respectivo proceso ante el juez dentro de los veinte días (20) hábiles siguientes a la ejecutoria de la providencia referida en este inciso.

Si todos los citados adhieren al pacto arbitral, el tribunal fijará la contribución que a ellos corresponda en los honorarios y gastos generales.

Cuando se trate de integración del contradictorio con quien haya suscrito el pacto arbitral, se ordenará su notificación personal, surtida la cual, el citado tendrá veinte (20) días para pronunciarse, según corresponda a su

¹⁵⁰ Sanabria Santos, Henry. Integración del contradictorio e intervención de otras partes y terceros en el proceso arbitral. En H. Sanabria Santos, Estatuto Arbitral Colombiano: Análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012. Editorial Legis, Bogotá 2013, pág. 592

condición de parte activa o pasiva. Vencido este término, el proceso continuará su trámite¹⁵¹.

Frente a lo anterior cabe hacer el siguiente análisis: El Estatuto Arbitral es confuso, porque de un lado establece que el llamado en garantía debe acudir obligatoriamente al proceso, incluso sin haber intervenido en la realización del pacto¹⁵² pero de otro lado establece que cuando el laudo arbitral vaya a generar efectos de cosa juzgada para personas que no estipularon el pacto arbitral (ejemplo de esto: el llamado en garantía) se dará una oportunidad para que se adhieran al pacto y en caso de que expresen que no se adhieren al mismo el tribunal deberá declarar extinguidos los efectos del compromiso o de la cláusula compromisoria para dicha controversia¹⁵³.

Sin embargo, si la situación anteriormente planteada se estudia desde la aplicación e interpretación integral del artículo 37 de Estatuto Arbitral en Colombia, deberá leerse con detenimiento la norma, específicamente el párrafo 1 y 2 del mismo, el cual sostiene:

ARTÍCULO 37. INTERVENCIÓN DE OTRAS PARTES Y TERCEROS. La intervención en el proceso arbitral del llamado en garantía, del denunciado en el pleito, del interviniente excluyente y demás partes, se someterá a lo previsto en las normas que regulan la materia en el Código de Procedimiento Civil. Los árbitros fijarán la cantidad adicional a su cargo por concepto de honorarios y gastos del tribunal, mediante providencia susceptible de recurso de reposición. La suma correspondiente deberá ser consignada dentro de los diez (10) días siguientes.

Tratándose de interviniente excluyente que no haya suscrito el pacto arbitral, su demanda implica la adhesión al pacto suscrito entre las partes iniciales. En caso de que el interviniente excluyente que haya suscrito pacto arbitral o que haya adherido a él, no consigne oportunamente, el proceso continuará y se decidirá sin su intervención, salvo que la

¹⁵¹ Colombia. Congreso de la República. Ley 1563 de 2012. 12 de julio de 2012. Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá, D. C., No. 48489.

¹⁵² Colombia, Congreso de la República, Ley 1563, 12 de Julio de 2012, art. 37

¹⁵³ Colombia, Congreso de la República, Ley 1563, 12 de Julio de 2012, art. 36

consignación la efectúe alguna otra parte interesada, aplicando en lo pertinente el artículo 27.

Cuando el llamado en garantía o denunciado en el pleito, que ha suscrito el pacto arbitral o ha adherido a él, no consigna oportunamente, el proceso continuará y se decidirá sin su intervención, salvo que la consignación la efectúe alguna otra parte interesada, aplicando en lo pertinente el artículo 27.

En los casos de llamamiento en garantía y de denuncia del pleito, la existencia del pacto arbitral también podrá probarse conforme a lo previsto en el parágrafo del artículo 3o.

Si se trata de coadyuvante o llamado de oficio, su intervención se someterá a lo previsto en las normas que regulan la materia en el Código de Procedimiento Civil para esta clase de terceros. En este caso, el tribunal le dará aplicación al inciso primero de esta norma y el no pago hará improcedente su intervención.”

PARÁGRAFO 1o. Cuando se llame en garantía a una persona que ha garantizado el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato que contiene pacto arbitral, aquella quedará vinculada a los efectos del mismo.

PARÁGRAFO 2o. En ningún caso las partes o los reglamentos de los centros de arbitraje podrán prohibir la intervención de otras partes o de terceros¹⁵⁴.

Es decir, que, según esta norma, en todos los casos que se llame en garantía a una persona que ha garantizado el pago de las obligaciones que contiene el pacto arbitral en sí mismo tendrá efectos así no se haya adherido al mismo. Ahora bien, algunos tomarán la interpretación de esta norma como si debiera hacerse la notificación y si este no comparece (es decir, el llamado en garantía) entonces el laudo generará efectos, pero es que eso en ningún aparte lo estipula la norma. Por el contrario, la interpretación que se ha dado a lo anteriormente citado se puede evidenciar a partir de lo que el mismo profesor, Henry Sanabria explica, de la siguiente manera:

¹⁵⁴ Colombia. Congreso de la República. Ley 1563 de 2012. 12 de julio de 2012. Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá, D. C., No. 48489.

Sin embargo, en vigencia del artículo 30 el Decreto 2279 de 1989, creado por el artículo 127 de la Ley 446 de 1998, siempre se presentó el inconveniente de que el llamado en garantía, una vez era convocado al proceso, manifestaba su decisión de no adherir al pacto arbitral celebrado entre demandante y demandado, con lo cual se frustraba su intervención y el proceso se adelantaba solamente entre las citadas partes, sin la concurrencia del llamado... **Es por ello que el artículo 37 de la Ley 1563 de 2012 soluciona los problemas planteados disponiendo, por un lado, en su parágrafo primero, que cuando se llame en garantía a una persona que ha garantizado el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato que contiene pacto arbitral... De esta forma, si una aseguradora celebra un contrato de seguro de cumplimiento en virtud del cual garantiza un determinado contrato en el cual se ha incorporado cláusula compromisoria, dicha compañía está manifestando con ello su aceptación y adhesión al pacto arbitral, de tal suerte que si es llamada en garantía en el proceso arbitral que se ha originado con ocasión del contrato afianzado, no le quedará más remedio que intervenir en el mismo, sin que le sea dado, como ocurría en vigencia de la norma anterior, manifestar que no se adhiere al pacto arbitral. De esta manera se asegura la vinculación al proceso del llamado en garantía, quien por el solo hecho de haber garantizado el cumplimiento del contrato que cuenta con pacto arbitral, queda vinculado por este, habilitando a los árbitros para resolver acerca de la relación sustancial derivada, en nuestro ejemplo del contrato de seguro¹⁵⁵.**

Frente a la posición anteriormente citada y que evidentemente alaba la constitucionalidad de dicha norma cabe plantear los siguientes interrogantes: ¿Al estipular en el artículo 36 el Estatuto Arbitral que es necesaria la adhesión de los sujetos frente a quienes el laudo genere efectos de cosa juzgada no se incluye el llamado en garantía? ¿Acaso quien es llamado en garantía podrá nuevamente iniciar un proceso para discutir las mismas pretensiones o los mismos hechos para poder evitar garantizar una obligación porque sea que estuviera respaldando al demandante o al demandado, no tuvo una buena defensa en el proceso arbitral? ¿Qué ocurriría en los casos en que si bien la aseguradora otorga un seguro jamás tuvo conocimiento de un pacto arbitral que se generó no por la modalidad de cláusula compromisoria sino de compromiso? ¿Era la aseguradora consciente de

¹⁵⁵ Sanabria Santos, Henry. Integración del contradictorio e intervención de otras partes y terceros en el proceso arbitral. En H. Sanabria Santos, Estatuto Arbitral Colombiano: Análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012. Editorial Legis, Bogotá 2013

que en caso de litigio se acudiría al proceso arbitral? ¿Todo lo anterior no puede terminar generando una violación del debido proceso por cuanto la norma sigue siendo confusa al hablar no de partes sino a quienes genere efectos el laudo arbitral? ¿Acaso el concepto de parte en el Código General del Proceso no se debe mirar desde otra ideología?

En principio hay que decir que como de forma expresa la figura lo indica la intervención en el proceso del llamado en garantía debe ser de la forma en que lo indica el Código de Procedimiento Civil, por lo que estando en la actualidad en vigencia el Código General del Proceso, dicha normativa es la aplicable. Lo que debió en el caso de Colombia fue expresamente regular que en virtud de que la habilitación por las partes es de vital importancia para que se pueda ir a este mecanismo, solo en los casos en que se tratara de cláusula compromisoria en donde se había evidenciado la participación del llamado en garantía, su intervención sería obligatoria. Además debió establecer el Estatuto Arbitral, que en los casos en donde el pacto fuera en la modalidad de compromiso o verbal debía estar supeditada esa habilitación obligatoria a la intervención en la celebración del pacto al llamado en garantía o este último podría elegir si acude o no al arbitraje.

Teniendo en cuenta lo anterior, es importante resaltar lo que el profesor, Ulises Canosa Suarez expresa frente a lo que considera una evolución en el Código General del Proceso, con respecto a la figura de intervención en el proceso en estudio:

El Código General del Proceso elimina la denuncia del pleito para unificar en el llamamiento en garantía la citación de cualquier tercero garantizador... Si la demanda es admitida, para que el llamamiento sea eficaz debe notificarse al llamado en los seis meses siguientes, ampliándose de esta manera el término de noventa días que traía el Código de Procedimiento Civil. Bienvenida también la aclaración sobre la posibilidad que tiene el llamado de contestar la demanda y el llamamiento en un solo escrito, porque contribuye a superar las dificultades y

discusiones que eran tan corrientes como infundadas sobre esta inobjetable alternativa.

No puede dejarse de mencionar una trascendental modificación que resulta de comparar el texto del artículo 64 del Código General del Proceso frente al 57 del Código de Procedimiento Civil. **Antes se citaba a un tercero y ahora se permite reclamar de otro, que obviamente ya puede ser parte**, la indemnización del perjuicio que se llegare a sufrir o el reembolso del pago que se tuviere que hacer como resultado de la sentencia, quedando así incluida en el llamamiento en garantía del Código General del Proceso la conocida institución de la demanda co-partes, que ha tenido desarrollo en otros ordenamientos jurídicos y que en Colombia no había podido abrirse paso por las limitaciones legales que ahora están allanadas¹⁵⁶.

Entonces, ¿Se ha superado la concepción de que el llamado en garantía es un tercero para concebirlo como parte del proceso? ¿A partir de esto que interpretación debería tener el Estatuto arbitral frente a la regulación de esta figura? ¿Cómo se aplica la figura del Llamamiento en Garantía en el Proceso Arbitral en Colombia en Vigencia del Código General del Proceso?

En materia procesal para que se hable de forma general de esta institución se debe contar con que se trate un proceso en donde se pretendan discutir los mismos hechos y por supuesto las mismas pretensiones y que además haya entre el uno y el otro, identidad de partes. Se podrá pensar que al no ser el llamado parte sino un simple garante pues no se hable de cosa juzgada frente a éste sino frente al citante o en otras palabras la persona que el llamado se encuentra respaldando o garantizando dentro del proceso.

Sin embargo, para efectos de esta investigación hay que poner atención en lo que el profesor Enrique Véscovi, explicó frente a la sustitución de parte y la conversión del tercero en parte que se produce para estos casos¹⁵⁷. Lo anterior porque si bien no se pretende plantear la sustitución del citante frente a esta figura, es bien

¹⁵⁶ Canosa Suárez, Ulises. El proceso civil a partir del Código General del Proceso. Editorial Universidad de los Andes, Bogotá, 2014

¹⁵⁷ *Ibidem*.

importante que se entienda que esta figura termina convirtiéndose en un litisconsorcio. Ahora bien, algunos dirán que esto es imposible porque si se piensa en el facultativo se estaría abriendo la puerta para que se tuvieran que iniciar dos procesos, sería un desgaste de tiempo para la administración de justicia, pero para este caso no es posible hacerlo en Colombia, porque como ya se evidenció anteriormente el laudo tendrá efectos frente a este interviniente que termina siendo parte así no adhiera el pacto, en lo que se refiere al proceso arbitral.

De otro lado se encuentra el litisconsorcio necesario, con la salvedad de que inmediatamente algunos dirán que no es posible darle esta connotación a la figura por cuanto sería abrir la puerta para futuras nulidades provenientes de la no integración del contradictorio en los casos en que no se adhiera el llamado para al caso del arbitraje al respectivo pacto arbitral. Y por último el litisconsorcio cuasinecesario en donde si bien no es indispensable que comparezca el citado pues la sentencia si producirá efecto frente al mismo, que se entiende es evidentemente el tratamiento que se le ha dado de cierta manera al llamamiento en garantía en Colombia.

Según el profesor, Jairo Parra Quijano “El litisconsorcio es impuesto por la naturaleza de la relación material; es una imposición de la relación material con vigencia en la relación procesal, no para la existencia del proceso, sino para que se pueda, como en el caso de Colombia, dictar sentencia de mérito o de fondo”¹⁵⁸.

Según el profesor Manuel de la Plaza: “Se produce litisconsorcio necesario siempre que, por la naturaleza de la relación jurídica material que en el proceso se crea, los litigantes estén unidos de tal modo, que a todos afecte la resolución que en él pueda dictarse”¹⁵⁹.

¹⁵⁸ Parra Quijano, Jairo. *Los terceros en el proceso civil*. Editorial Libería Ediciones del Profesional, Bogotá, 2001

¹⁵⁹ De la Plaza, Manuel. *Derecho Procesal Civil Español*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1945.

Según el profesor Ugo Rocco: “Dicho tipo de litisconsorcio se deriva de la naturaleza de la relación sustancial que constituye el objeto de la de la declaración de certeza por parte de los órganos jurisdiccionales”¹⁶⁰.

Ahora bien, frente a lo que se entiende como litisconsorcio cuasinecesario se ha definido de la siguiente forma por el profesor, Jairo Parra Quijano:

Para que se dé este tipo de litisconsorcio se requiere, en nuestro criterio, que exista una relación material que la ley regule dándoles, a varios sujetos, la legitimidad para intervenir en determinados eventos que se refieren a esa relación material. En los ejemplos de la doctrina, estarían las obligaciones solidarias (relación material) reguladas por la ley (norma), en virtud de las cuales se puede demandar a todos los deudores o solo a uno (artículo 1571 del Código Civil Colombiano)¹⁶¹.

Entendiendo todo lo anterior, esta investigación pudo concluir que partiendo del litisconsorcio cuasinecesario que se integra con el llamado en garantía, mal podría considerarse como un simple garante, porque si fuera así no tendría derecho a ningún tipo de actividad dentro del proceso, situación contraria a lo que sucede en la realidad en Colombia, y de hecho a eso responde también la lógica de que lo que se discute en el proceso tenga entonces efecto de cosa juzgada frente al llamado. Lo que si no queda claro es la contradicción del Estatuto Arbitral Colombiano, pues de un lado establece que la no adhesión al pacto del llamado va a generar que se declare la inexistencia del pacto y de otro se establece que en todo caso el laudo tendrá efectos.

¹⁶⁰ Rocco, Ugo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Editorial Temis, Bogotá, 1970.

¹⁶¹ Parra Quijano, Jairo. *Los terceros en el proceso civil*. Editorial Libería Ediciones del Profesional, Bogotá, 2001

4.3.5.1.1 La adhesión obligatoria del llamado en garantía en el proceso arbitral en Colombia

En Colombia se estipularon dos artículos que terminan siendo contrarios y confusos dentro del tratamiento que se le da al llamado en garantía, como co-parte dentro del proceso arbitral y de otro los efectos obligatorios del laudo que terminan convirtiendo en obligatoria la adhesión al pacto arbitral, convirtiéndose éste un negocio jurídico que siendo independiente y autónomo no se caracteriza por esos efectos si las partes no están de acuerdo.

Tanto así que la misma ley 1563 define al pacto arbitral de la siguiente forma: “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. El pacto arbitral implica la renuncia de las partes a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El pacto arbitral puede constituir en un compromiso o en un cláusula compromisoria”¹⁶².

Según el profesor, Néstor Humberto Martínez Neira: “El pacto arbitral es un acto jurídico bilateral o plurilateral, como quiera que constituye la expresión de la voluntad de los contratantes destinada a producir efecto jurídico: otorgar una jurisdicción especial a los árbitros para que diriman en derecho o en conciencia las controversias presentes o futuras que pueda vincularlos”¹⁶³.

Y por último haciendo relevancia frente a los requisitos que requiere el pacto arbitral como negocio jurídico el profesor, Jaime Alberto Arrubla Paucar explica

¹⁶² Colombia. Congreso de la República. Ley 1563 de 2012. 12 de julio de 2012. Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá, D. C., No. 48489.

¹⁶³ Martínez Neira, Nestor. El arbitraje mercantil en Derecho: Las transformaciones del derecho mercantil moderno. Editorial Diké, Medellín, 1988.

que “los requisitos del pacto arbitral son los mismos de todo negocio jurídico: capacidad, consentimiento, objeto y causa lícitos”¹⁶⁴

Entonces, ¿Sería lógico que se imponga por medio del Estatuto Arbitral en Colombia una adhesión al pacto arbitral para el caso del llamamiento en garantía?

Hasta este momento se han planteado desde diferentes perspectivas lo que implica el tener como parte al llamado en garantía y lo que establece el Estatuto Arbitral Colombiano en su artículo 37, el cual fue declarado exequible en dicha oportunidad en sentencia C-170 de 2014, pero antes de estudiar los argumentos que fueron soporte de dicha decisión es importante estudiar la postura que ha tenido esta misma corporación a través del tiempo frente a la importancia de la voluntad de las partes manifestada en el pacto arbitral:

Según la sentencia C-330 de 2012:

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 a 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 voluntad de las partes es, así, un elemento medular del sistema de arbitramento....

Una consecuencia importante del papel central de la voluntad autónoma de las partes dentro del sistema de arbitramento es que cualquier circunstancia que vicie la voluntad de las partes de acudir a este mecanismo de resolución de conflictos afecta la legitimidad, tanto del tribunal arbitral, como de las decisiones que él adopte, y constituye un obstáculo indebido en el acceso a la administración de justicia. De tal manera, el pacto arbitral debe resultar de la libre discusión y autónoma aceptación por las personas concernidas, sin apremio alguno, a la luz de su evaluación autónoma de las circunstancias que hacen conveniente recurrir a tal curso de acción, y no de una imposición que afecte su libertad negocial¹⁶⁵.

¹⁶⁴ Arrubla Paucar, Jaime. *Contratos Mercantiles Contemporáneos*. Editorial Legis, Bogotá, 2013.

¹⁶⁵ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad, C-330. MP. Humberto Antonio Sierra Porto, Bogotá, 2012.

Lo mismo sostuvo en casos como cuando otorgando especial importancia al principio de voluntariedad que rige el sistema arbitral examinó la constitucionalidad del artículo 19 de la Ley 142 de 1994, en virtud de la cual las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios debían incluir en sus estatutos una cláusula arbitral. En dicha oportunidad sostuvo en sentencia C-242 de 1997:

el cumplimiento de las funciones jurisdiccionales de los árbitros exige, por mandato constitucional, habilitación expresa de las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad, por lo cual se requiere necesariamente el consentimiento de quienes han de someter sus diferencias a un tribunal arbitral, a través de un acuerdo específico inter partes en relación con cada contrato o con una controversia específica, que manifieste la espontánea y libre voluntad de someterse a este mecanismo de resolución de conflictos; la necesidad de llegar a un acuerdo específico entre las partes proscribire el establecimiento de mandatos obligatorios y genéricos en la ley, en el sentido de someter necesariamente las diferencias surgidas entre los asociados o entre éstos y la sociedad al trámite arbitral, pues ello desconoce el mandato constitucional según el cual son la partes las únicas que pueden habilitar transitoriamente a los árbitros para resolver sobre casos específicos, y además impide a los asociados determinar libremente si optan por acceder al sistema estatal de administración de justicia¹⁶⁶.

Posteriormente en la sentencia C-1140 de 2000 se pronunció sobre los artículos 35, 36 y 37 de la Ley 546 de 1999, que regulaban la conformación y el funcionamiento de tribunales de arbitramento pactados en contratos de crédito para construcción o adquisición de vivienda con entidades financieras, de la siguiente manera:

Los tribunales arbitrales han de ser convenidos libremente por las personas que participan en la relación negocial, y no asignados por la más fuerte. Por ello concluyó la Sala Plena, las normas eran abiertamente inconstitucionales, dado que propiciaban la inclusión de cláusulas compromisorias en este tipo de contratos, lo cual en su criterio violaba el derecho al acceso a la administración de justicia, el principio de igualdad y

¹⁶⁶ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad C-242. MP. Hernando Herrera Vergara, Bogotá, 1997.

como consecuencia de este análisis se declararon inexecutable las normas acusadas¹⁶⁷.

Siguiendo con la línea anterior, la Corte en sentencia C-060 de 2001, en estudio del artículo 19 de la Ley 182 de 1995, en virtud de la cual si no se llegaba a un acuerdo entre los concesionarios del servicio de televisión y las empresas de servicios públicos o el Estado sobre el uso de la infraestructura de redes de cableado, ductos y postes existentes para efectos de facilitar la transmisión de la señal, se habría de someter la controversia arbitramento, reiteró que:

el arbitramento es marcadamente voluntario, por lo cual las cláusulas compromisorias deben resultar de la libre discusión de las partes y no de condiciones legalmente impuestas a uno de los contratantes, pues de lo contrario desconocería el principio de autonomía de la voluntad, particularmente en relación con la decisión de los procedimientos y autoridades que han de resolver eventuales desacuerdos contractuales. También recordó la Sala Plena que la autorización constitucional para acudir a mecanismos alternativos de resolución de conflictos no puede tomarse como vía libre para bloquear el acceso a la administración de justicia.

Tanto la cláusula compromisoria como el compromiso son instituciones jurídicas derivadas de un acuerdo explícito, y que resultan del análisis de circunstancias jurídicas y económicas concretas que hacen recomendable recurrir a un tribunal arbitral, la Corte afirmó que no se puede crear mediante ley un arbitramento obligatorio para resolver disputas contractuales, ya que ello crearía una instancia forzosa que desconocería la libertad de las partes para solucionar sus conflictos y restringiría el acceso a la administración de justicia, declarando inexecutable las expresiones acusadas¹⁶⁸.

En sentencia C-1038 de 2002, en donde la Sala Plena se pronunció sobre las normas contenidas en el Decreto 2651 de 1991 y la Ley 446 de 1998 que atribuían a los Centros de Arbitraje funciones de índole jurisdiccional durante la etapa prearbitral, en relación con la admisión o rechazo de la solicitud de convocatoria a un tribunal arbitral, la realización de la audiencia de conciliación, la designación de los árbitros y la conformación e instalación del tribunal, sostuvo:

¹⁶⁷ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad C-1140. MP. José Gregorio Hernández Galindo, Bogotá, 2000.

¹⁶⁸ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad C-060. MP. Carlos Gaviria Díaz, Bogotá, 2001.

Teniendo en cuenta que el artículo 116 de la Carta autoriza a los particulares para habilitar a los árbitros, y no a los Centros de Arbitraje, para administrar justicia, se concluyó que desconoce la Constitución la atribución legal de funciones judiciales a los funcionarios de dichos centros. Se resaltó en esa medida, que es la voluntad de las partes la que activa la jurisdicción arbitral, la competencia de los árbitros y sus atribuciones por lo cual admitir el ejercicio de funciones judiciales excepcionales por quienes no han sido expresamente autorizados por la voluntad de las partes contraría el principio de habilitación que está a la base del arbitramento, y el carácter excepcional y por ende de interpretación restrictiva de este mecanismo de solución de conflictos¹⁶⁹.

En sentencia C-211 de 2000, en estudio del artículo 59 de la Ley 79 de 1988, en virtud del cual las diferencias que surjan en las cooperativas de trabajo asociado se someterán al procedimiento arbitral o a la justicia laboral ordinaria, la corte lo declaró exequible porque no imponía un arbitramento forzoso sino uno voluntario, puesto que dejaba abierta la opción a las partes de recurrir al sistema estatal de administración de justicia”¹⁷⁰

En sentencia C-572 de 2014, la corte sostuvo:

El principio de habilitación de los árbitros, para destacar que los árbitros no tienen competencia por sí mismos, sino por la habilitación de las partes, que se da en razón de su voluntad o consentimiento, expresada de manera válida y sin apremio alguno; y el principio de kompetenz – kompetenz, para advertir que, en principio, es el propio tribunal de arbitramento el encargado de definir su propia competencia. Esto es evidente en un contexto normativo en el cual no se admite el arbitraje obligatorio, sino que se requiere de manera indispensable del consentimiento de las partes involucradas.

A partir de lo dicho, se puede decir, que es contrario al principio de habilitación de las partes: i) imponer a los particulares, en determinados contextos, la obligación de acudir a arbitraje; ii) exigir a empresas estatales someter las diferencias que puedan surgir de sus contratos a procesos arbitrales; iii) obligar a las partes en ciertos contratos a incluir

¹⁶⁹ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad C-1038, MP. Eduardo Montealegra Lynett, Bogotá, 2012.

¹⁷⁰ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad C-211, MP. Carlos Gaviria Díaz, Bogotá, 2000.

una cláusula compromisoria; y iv) atribuir funciones arbitrales a entidades o individuos que no han sido expresamente habilitados por las partes en ejercicio de su voluntad libre y autónoma¹⁷¹.

Es necesario, que antes de entrar a estudiar los argumentos expuestos por la Corte en esta sentencia se tenga presente los conceptos que se ofrecen de lo que para el Código General del Proceso significa realmente ser parte, para lo que es importante citar al profesor y miembro de la comisión redactora del mismo, Ulises Canosa Suárez:

Según el profesor, Ulises Canosa Suarez:

Tradicionalmente se calificó como tercero a quien no es parte en sentido estricto, es decir, quien no es demandante, ni demandado. Sin embargo, hay terceros que al intervenir en el proceso (voluntaria o forzosamente) se vuelven parte, por introducir una pretensión, reclamar un derecho o ser las personas frente a las cuales se reclama un derecho.

La novedad del Código General del Proceso está en reorganizar las partes y los terceros con otro criterio: en la denominación de capítulos se utiliza el concepto de parte en sentido amplio, incluyendo como parte tanto a las iniciales, como a las sobrevinientes (antes terceros intervinientes), entre ellos el litisconsorte cuasinecesario, el interviniente excluyente, el llamado en garantía, el llamado como poseedor o tenedor, los sucesores procesales y los intervinientes para incidentes o trámites especiales, porque se involucran directamente con la pretensión.

El capítulo de terceros del nuevo Código General del proceso queda reservado para el coadyuvante (art. 71), por no tener una pretensión propia en el proceso, y para el llamado de oficio (art. 72), que citado podrá decidir presentarse al proceso para convertirse en parte si en él concurren los presupuestos de las figuras mencionadas en el literal anterior o, en su caso, iniciar actuación por separado¹⁷².

Sin embargo, la visión expuesta por la Corte en sentencia C-170 de 2014, fue la siguiente: “Según el recuento jurisprudencial se demuestra la importancia dada por la Constitución a la autonomía de las partes como fundamento del origen de cada

¹⁷¹ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad C-572. MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Bogotá, 2014.

¹⁷² Canosa Suárez, Ulises. El proceso civil a partir del Código General del Proceso. Editorial Universidad de los Andes, Bogotá, 2014

proceso arbitral, y que el principio de habilitación voluntaria de la justicia arbitral por las partes ha sido uno de los ejes cardinales de la doctrina constitucional sobre el tema, en aplicación del artículo 116 de la Carta”¹⁷³.

Es decir que la Corte en ningún momento centra su argumentación en negar que el arbitraje debe ser voluntario, tanto así que no comparte la teoría de aplicar una aceptación tácita frente a la garantía que se da de forma implícita al conocer de cierta manera por el llamado la existencia de cláusula compromisoria dentro de un contrato. Pero de otro lado explica:

El concepto de parte es restringido al escenario del proceso y se asume así tanto en su aspecto formal, como en su aspecto material, determinado en esencia por la relación jurídico sustancial. Es decir, es parte no solo quien asume la calidad de demandante o quien ostenta el demandado en consideración a la pretensión objeto de debate, sino también quien se vincula al proceso de manera sobreviniente en razón de la naturaleza de la relación jurídico sustancial. Quien sea virtualmente ajeno a dicha relación solo tiene la calidad de tercero en los términos dispuestos por nuestra preceptiva procesal.

Bajo estas premisas, puede concluirse que el llamado en garantía es un tercero que, en relación de necesidad, participa en el proceso arbitral, según se vio, pero no es parte.

No existen razones de orden constitucional para afirmar, como lo hace la demandante, que la Constitución en el último inciso del artículo 116, se refiere a la noción de partes, en algún sentido doctrinal distinto a aquel con el que se identifican demandante y demandado en el Código General del Proceso, y antaño en el Código de Procedimiento Civil. En efecto, nada indica que cuando la Constitución utiliza la expresión “árbitros habilitados por las partes”, pretende incluir a intervinientes en los procesos, distintos a quien formula la pretensión, y a quien es destinatario de dicha pretensión. Por ello, en los términos del artículo 116 citado, el tercero garante no es parte¹⁷⁴

La pregunta que surge de lo anterior es la siguiente: ¿Acaso tuvo en cuenta la variación frente al concepto de parte que se expone en el Código General del Proceso frente al llamado en garantía? ¿Si el llamado no es parte porqué puede

¹⁷³ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-170. MP. Alberto Rojas Ríos. Bogotá, 2014

¹⁷⁴ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-170. MP. Alberto Rojas Ríos. Bogotá, 2014

actuar como parte y la sentencia o el laudo tiene efectos frente al mismo? ¿Cuál es el estudio que hace de esta figura para concluir que no es parte?

Otro argumento que expone la Corte es el siguiente: “la proposición jurídica demandada se refiere al tercero garante que ha suscrito un contrato de garantía que contiene una cláusula compromisoria o pacto arbitral, **por lo cual se entiende que al suscribir el mencionado contrato de garantía aceptó tácitamente que su obligación de garante podría exigirse en un proceso ante árbitros**¹⁷⁵”

¿Acepta con lo anterior una aceptación tácita del pacto arbitral cuando esta línea era totalmente contraria a la que en numerosas sentencias había explicado la corporación? ¿Cuándo se refiere al pacto arbitral olvida que la modalidad del compromiso no implica que sea conocido de forma previa por el llamado? ¿Qué ocurriría en los casos en que ese pacto sea verbal como lo permite el Estatuto Arbitral Colombiano (Ley 1563 de 2012), en el parágrafo del artículo 3?.

Este fallo simplemente se basó en negar la calidad que el llamado en garantía tiene de parte, para de esa forma afirmar que no debe contarse con su habilitación en un proceso donde según la corte debería ser un simple espectador que se queda sentado a la espera de un resultado, ya sea la sentencia o el laudo, sin poder ejercer defensa porque no es su pretensión la que está en discusión pero sí sus efectos, situación que es totalmente contraria a lo que en la realidad procesal ocurre en el tratamiento que el Código General del Proceso reguló frente a esta figura.

¹⁷⁵ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-170. MP. Alberto Rojas Ríos. Bogotá, 2014

4.3.6 Implicaciones del Código General del Proceso en el Proceso Arbitral en Colombia respecto del desarrollo de las audiencias probatorias

Frente a estas implicaciones, el trabajo de campo realizado, esto es, la entrevista a algunos jueces y árbitros de las ciudades de Cúcuta, Bogotá, Cúcuta, Medellín y Cartagena evidenció lo siguiente:

1. Los jueces entrevistados consideran que lo regulado en el Código General del Proceso aplica en integralidad en el proceso arbitral en Colombia, incluso por remisión expresa del artículo 31 de la Ley 1563 de 2012.
2. De otro lado, los árbitros entrevistados manifiestan abiertamente qué si bien el Código General del Proceso aplica por remisión, en medios de prueba tales como el dictamen pericial, la regulación especial del Estatuto Arbitral, sigue en vigencia, lo cual ha generado una problemática en el arbitraje por cuanto unos árbitros comparten la posición de los jueces y otros no.
3. Otra posición que expusieron los jueces es qué en lo dispuesto por el Estatuto de forma especial, debe aplicarse y lo que se escape a esta regulación se complementa con el Código General del Proceso en el caso del dictamen pericial, lo que es muy complicado por concebir dos sistemas que no son complementarios sino contradictorios.
4. Los jueces consideran que no es posible que se puedan solicitar, decretar y practicar pruebas extraprocesales ante un árbitro porque no se entregó esta competencia a los mismos en la ley y que además ellos no tienen competencia permanente.
5. Frente a la valoración de la prueba consideran los entrevistados que debe ser aplicado en integralidad el Código General del Proceso.

6. Frente a la solicitud, decreto y práctica de pruebas debe aplicarse el Código General del Proceso, salvo en el caso de la regulación especial del dictamen pericial.

7. Frente al decreto de pruebas de oficio comparten los jueces que es un deber igual que lo concibe el Código General del Proceso. Sin embargo, algunos árbitros manifestaron que en la práctica no se tiende a ser tan estrictos en la aplicación de este deber contenido en el artículo 42 del Código General del Proceso.

Tomando en cuenta lo expuesto, puede decirse que en la actualidad el Código General del Proceso está en vigencia en Colombia desde el primero (1) de enero de dos mil dieciséis (2016), lo cual genera efectos en diferentes ordenamientos que regulan diferentes especialidades del derecho. Sin embargo, al mismo tiempo que dicha normativa se considera un avance desde muchas perspectivas, se hace necesario estudiar sus implicaciones probatorias en un proceso que cada día adquiere más fuerza como lo es el arbitral. Tanto el Estatuto Arbitral como el Código General del Proceso son normas novedosas que requieren ser estudiadas en interpretación sistemática con detenimiento para efectos de garantizar la tutela judicial efectiva a las partes que solicitantes acuden al arbitraje y aprovechar la celeridad del arbitraje y la infraestructura de los Centros de Arbitraje y Conciliación para efectos de implementar figuras tales como las pruebas extraprocesales.

Existen diferentes asuntos relacionados con el proceso que deben ser estudiados refiriéndose desde muchas perspectivas al pasado y al presente, por ejemplo su finalidad, su inicio, incluso su terminación y los efectos que genera el mismo, traducidos en lo que se puede decir es la cosa juzgada, pero si hay un aspecto neurálgico para todas las generaciones de procesalistas en el mundo es el relacionado con el cómo, cuándo, para qué y por qué de aquellos instrumentos que tienen la utilidad de ser dentro del proceso, lo que permite revivir el pasado

que no dejará nunca de ser pasado pero que judicialmente debe ser recreado en el presente a los ojos del juez: las pruebas.

De otro lado, en Colombia el administrar justicia constitucionalmente no solo es tarea de los jueces y si bien se piensan normas para hacer del panorama actual del país uno diferente al que se ha vivido durante muchos años con la demora característica de la congestión y el fracaso de muchas reglas y principios que reviven y se vivifican en un sistema oral y por audiencias es de gran necesidad estudiar en extensión en qué otro ordenamiento deben ser tenidas en cuenta novedades probatorias tales como es el caso del proceso arbitral en Colombia.

El Código General del Proceso y el Estatuto Arbitral en Colombia son dos normas hermanas que nacen en Colombia al mismo tiempo prácticamente, pero debido a que la primera de estas tuvo en su momento una entrada en vigencia gradual, muchas de sus figuras estaban supeditadas a la espera natural de un país que no contaba con infraestructura exigida y reclamada para que la justicia volviera a ser motivo de esperanza e inspiración de las próximas generaciones.

En la actualidad, la Ley 1564 de 2012 se encuentra en vigencia, lo cual genera en el proceso arbitral implicaciones beneficiosas pensadas en un sistema que en realidad garantice la publicidad, la celeridad, la igualdad de las partes, el acceso a la justicia, la doble instancia, la concentración, entre otras reglas y principios que son concebidas dentro de un verdadero debido proceso que le da una fuerza real y necesaria a la figura del juez como director del proceso y que enciende la llama constitucional de lo que es un Estado Social de Derecho.

Según el artículo 31 de La ley 1563 de 2012:

ARTÍCULO 31. AUDIENCIAS Y PRUEBAS. El tribunal en pleno realizará las audiencias que considere necesarias, con o sin participación de las

partes. Las audiencias podrán realizarse por cualquier sistema que permita la comunicación de los participantes entre sí.

El tribunal y las partes tendrán, respecto de las pruebas, las mismas facultades y deberes previstos en el Código de Procedimiento Civil y las normas que lo modifiquen o complementen. Las providencias que decreten pruebas no admitir recurso alguno; las que las nieguen son susceptibles de reposición. Cuando la prueba haya de practicarse en el exterior, se aplicarán los tratados vigentes sobre la materia y, en subsidio, las normas del Código de Procedimiento Civil, en lo pertinente. **En este caso, cuando en el proceso se hayan practicado todas las pruebas y sólo faltare la prueba en el exterior, los árbitros podrán suspender de oficio el proceso arbitral, mientras se practicare la misma.**

En la audiencia de posesión del perito, el tribunal fijará prudencialmente las sumas que deberán consignar a buena cuenta de los honorarios de aquel, tanto la parte que solicitó la prueba, como la que formuló preguntas adicionales dentro del término que al efecto le señale el tribunal, so pena de que se entienda desistida la prueba respecto de la parte que no hizo la consignación. El tribunal fijará en su oportunidad los honorarios del perito e indicará qué parte o partes deberán cancelarlos y en qué proporción, y dispondrá el reembolso a que hubiere lugar.

El perito rendirá la experticia en el término que prudencialmente le señale el tribunal. Presentado el dictamen, de él se correrá traslado a las partes por un término de hasta diez (10) días, dentro del cual aquellas podrán solicitar aclaraciones o complementaciones, que si el tribunal estimare procedentes, habrá de atender el perito en informe que será puesto en conocimiento de las partes por el mismo término.

En ningún caso habrá lugar a trámite especial de objeción del dictamen por error grave. Dentro del término de su traslado, o del de sus aclaraciones o complementaciones, las partes podrán presentar experticias para controvertirlo. Adicionalmente, el tribunal, si lo considera necesario, convocará a una audiencia a la que deberán concurrir obligatoriamente el perito y los demás expertos, que podrán ser interrogados por el tribunal y por las partes.

Los honorarios definitivos del perito se fijarán luego de concluida esta audiencia si a ella se hubiere convocado; en caso contrario, una vez surtido el traslado del dictamen pericial, sus aclaraciones o complementaciones.¹⁷⁶

Es decir, que según lo anterior es claro que en materia arbitral, en el entendido que la misma norma remite al Código de Procedimiento Civil, y el anterior, ha sido reemplazo por el vigente Código General del Proceso, se hace muy importante

¹⁷⁶ Colombia. Congreso de la República. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Ley 1564 de 2012. Artículo 31

estudiar las implicaciones probatorias de un ordenamiento jurídico frente al otro para que sea interpretado sistemáticamente y de acuerdo a la misma evolución del Derecho Procesal y de los sistemas que se implementan para lograr la protección de los derechos de las personas.

4.3.6.1 La necesidad de la prueba en el Código General del Proceso

En primer lugar, hay que decir que según el artículo 164 del Código General del Proceso establece: “**ARTÍCULO 164. NECESIDAD DE LA PRUEBA.** Toda decisión judicial debe fundarse en **las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso.** Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho”¹⁷⁷.

Para el caso del proceso arbitral tal y como se citó anteriormente es claro que hay una remisión a la aplicación del Código General del Proceso, pero al mismo tiempo hay regulaciones especiales dentro del Estatuto Arbitral que hacen pensar que no se tenía la intención de que aplicara una norma diferente como cuando se menciona la prueba en el exterior o lo concerniente a la prueba pericial.

Según lo anterior, ¿De qué manera debería solicitarse, decretarse y practicarse una prueba pericial o una prueba en el exterior en el proceso arbitral en Colombia? Antes de responder lo anterior, es necesario hacer un recorrido por esta problemática más a fondo.

4.3.6.2 Los Medios de Prueba en el Código General del Proceso

Según el artículo 165 del Código General del Proceso:

ARTÍCULO 165. MEDIOS DE PRUEBA. Son medios de prueba **la declaración de parte**, la confesión, **el juramento**, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los

¹⁷⁷ Colombia. Congreso de la República. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Ley 1564 de 2012. Artículo 164

indicios, los informes y **cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez.**

El juez practicará las pruebas no previstas en este código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio, preservando los principios y garantías constitucionales¹⁷⁸.

Según lo anterior, aparecen nuevos medios de prueba en el Código General del Proceso, los cuáles son la declaración de parte y el juramento, que deberán ser tenidos en cuenta por el juez y las partes en el proceso arbitral. De un lado, hay que decir que para el anterior Código solo era prueba aquello que una de las partes declaraba siempre y cuando beneficiara a la contraparte o que lo perjudicara a sí mismo, es decir, la confesión. Lo anterior, no porque pueda darse a entender que los anteriores serán los únicos medios de prueba sino que frente a los que ya incluía el Código de Procedimiento Civil se mantienen tal y como estaban, como en el caso de la prueba documental, pericial, la inspección judicial, la confesión, el testimonio, etc.

Frente al juramento como medio de prueba es además necesario decir que no sólo es un medio de prueba novedoso para este ordenamiento y el proceso arbitral colombiano, sino que es un requisito de la demanda que debe tenerse en cuenta en algunos casos y que según el Código General del Proceso está regulado de la siguiente manera:

ARTÍCULO 206. JURAMENTO ESTIMATORIO. Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.

Formulada la objeción el juez concederá el término de cinco (5) días a la parte que hizo la estimación, para que aporte o solicite las pruebas pertinentes.

¹⁷⁸ Colombia. Congreso de la República. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Ley 1564 de 2012. Artículo 165

Aun cuando no se presente objeción de parte, si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospeche que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido.

Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada.

El juez no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda o cuando la parte contraria lo objete. Serán ineficaces de pleno derecho todas las expresiones que pretendan desvirtuar o dejar sin efecto la condición de suma máxima pretendida en relación con la suma indicada en el juramento.

El juramento estimatorio no aplicará a la cuantificación de los daños extrapatrimoniales. Tampoco procederá cuando quien reclame la indemnización, compensación los frutos o mejoras, sea un incapaz.

PARÁGRAFO. También habrá lugar a la condena a la que se refiere este artículo a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento, la sanción equivaldrá al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.

La aplicación de la sanción prevista en el presente párrafo sólo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte¹⁷⁹.

De lo que se puede entender que solo deberá ser utilizado en los casos en que se pretenda por una de las partes **una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras**. ¿Al referirse a una de las partes se quiere decir con esto que también es un medio de prueba que puede utilizar el demandado en la contestación de la demanda? La respuesta es afirmativa, por cuanto este medio de prueba también se encuentra regulado dentro de los requisitos de la contestación de la demanda, específicamente en el numeral 3:

ARTÍCULO 96. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. La contestación de la demanda contendrá:

¹⁷⁹ Colombia. Congreso de la República. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Ley 1564 de 2012. Artículo 206

1. El nombre del demandado, su domicilio y los de su representante o apoderado en caso de no comparecer por sí mismo. También deberá indicar el número de documento de identificación del demandado y de su representante. Tratándose de personas jurídicas o patrimonios autónomos deberá indicarse el Número de Identificación Tributaria (NIT).
 2. Pronunciamiento expreso y concreto sobre las pretensiones y sobre los hechos de la demanda, con indicación de los que se admiten, los que se niegan y los que no le constan. En los dos últimos casos manifestará en forma precisa y unívoca las razones de su respuesta. Si no lo hiciera así, se presumirá cierto el respectivo hecho.
 3. Las excepciones de mérito que se quieran proponer contra las pretensiones del demandante, con expresión de su fundamento fáctico, **el juramento estimatorio** y la alegación del derecho de retención, si fuere el caso.
 4. **La petición de las pruebas que el demandado pretenda hacer valer, si no obraren en el expediente.**
 5. El lugar, la dirección física y de correo electrónico que tengan o estén obligados a llevar, donde el demandado, su representante o apoderado recibirán notificaciones personales.
- A la contestación de la demanda deberá acompañarse el poder de quien la suscriba a nombre del demandado, la prueba de su existencia y representación, si a ello hubiere lugar, los documentos que estén en su poder y que hayan sido solicitados por el demandante, o la manifestación de que no los tiene, y las pruebas que pretenda hacer valer¹⁸⁰.

4.3.6.3 La presunción de autenticidad en el proceso arbitral

Según el Código General del Proceso:

ARTÍCULO 166. PRESUNCIONES ESTABLECIDAS POR LA LEY. Las presunciones establecidas por la ley serán procedentes siempre que los hechos en que se funden estén debidamente probados.

El hecho legalmente presumido se tendrá por cierto, pero admitirá prueba en contrario cuando la ley lo autorice.¹⁸¹

ARTÍCULO 244. DOCUMENTO AUTÉNTICO. Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado, o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento.

Los documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, se presumen

¹⁸⁰ Colombia. Congreso de la República. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Ley 1564 de 2012. Artículo 96

¹⁸¹ Colombia. Congreso de la República. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Ley 1564 de 2012. Artículo 166

auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso.

También se presumirán auténticos los memoriales presentados para que formen parte del expediente, incluidas las demandas, sus contestaciones, los que impliquen disposición del derecho en litigio y los poderes en caso de sustitución.

Así mismo se presumen auténticos todos los documentos que reúnan los requisitos para ser título ejecutivo.¹⁸²

La parte que aporte al proceso un documento, en original o en copia, reconoce con ello su autenticidad y no podrá impugnarlo, excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad. Los documentos en forma de mensaje de datos se presumen auténticos.

Lo dispuesto en este artículo se aplica en todos los procesos y en todas las jurisdicciones.

Para entender lo que es realmente una presunción es necesario diferenciarla del indicio dentro de lo que se ha estudiado en diferentes momentos y escuelas procesalistas:

Según Jairo Parra Quijano, **“la presunción es un juicio lógico del legislador o del juez, que consiste en tener como cierto o probable un hecho partiendo de hechos debidamente probados”**¹⁸³, afirmación que se bien tiene relación con el raciocinio propio de los seres humanos y al cual no debe renunciar el juez, por cuanto el ejercicio de inferir estará presente en los casos como elemento fundamental que no desaparece porque se haya implementado un nuevo Código, que en ningún aparte desconoce la aplicación de dicha institución.

Si se piensa un poco en la presunción del párrafo 2 del artículo 762 del Código Civil, se llegará a la conclusión de que las presunciones no son medios de prueba, ya que una de las funciones que cumplen es eximir de prueba. El poseedor es reputado dueño, es decir, que sin demostrar que es dueño, tiene esa calidad, para poder ser comparada, si es el caso, con las de otras personas que dicen tenerla. La posesión se puede demostrar con indicios que produzcan plena convicción, pero éstos son la presunción, serán la base para hacer la inferencia lógica (que es lo constituye la

¹⁸² Colombia. Congreso de la República. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Ley 1564 de 2012. Artículo 244

¹⁸³ PARRA QUIJANO, JAIRO. Manual de Derecho Probatorio. Decimoséptima Edición, Librería Ediciones del Profesional LTDA, Bogotá, p. 665

presunción). En síntesis, las presunciones no son medio de prueba, en ninguna de sus especies¹⁸⁴.

A diferencia de lo que se concibe como indicio y por lo cual gran parte de doctrinantes lo ha concebido como medio de prueba, como es el caso del profesor, Jairo Parra Quijano:

El indicio es un hecho del cual se infiere otro desconocido. Debe quedar suficientemente claro que el indicio es, por así decirlo, un hecho especialmente cualificado porque tiene la propiedad de salirse de sí mismo y mostrar otro.¹⁸⁵ **“Ordo unius ad aliud”**. Un orden de una cosa hacia otra. Ese mutuo **ser uno hacia el otro** de los hechos ha de ser de **naturaleza real, objetiva**¹⁸⁶.

Posición diferente al del profesor, Jorge W. Peyrano, la cual sostuvo en el año 2015 y que fueron expuestos en el XII Congreso Panameño de Derecho Procesal en las siguientes palabras:

Indicio es un hecho (que puede pertenecer al mundo físico o ser una conducta humana) conocido (probado o de público y notorio) que sirve para conocer otro hecho (hecho indicado), mediante el concurso de una operación lógica realizada de acuerdo con las reglas de la sana crítica¹⁸⁷ y fundado en principios científicos o técnicos. A las resultas¹⁸⁸ de dicha operación lógica se la llama presunción judicial u hominis¹⁸⁹ que es de la que nos ocuparemos aquí. No así de las presunciones legales formuladas por el legislador de fondo. Si bien se mira, entonces, los indicios son la materia prima de las presunciones judiciales.

... Conviene ahondar algo en las diferencias existentes entre las fuentes de los medios de prueba y las fuentes de presunciones judiciales, tan certeramente señaladas por Carnelutti. Las primeras comprenden hechos que incluyen la “representación” del hecho a probar, las segundas no. Veamos un ejemplo clásico. El hecho a probar es una cuchillada atestada a un justiciable y en virtud del cual éste reclama resarcimiento. El

¹⁸⁴ PARRA QUIJANO, JAIRO. Manual de Derecho Probatorio. Decimoséptima Edición, Librería Ediciones del Profesional LTDA, Bogotá, p. 669

¹⁸⁵ PARRA QUIJANO, JAIRO. Manual de Derecho Probatorio. Decimoséptima Edición, Librería Ediciones del Profesional LTDA, Bogotá, p. 618

¹⁸⁶ LABANDEIRA, EDUARDO. Las presunciones en el derecho canónico. Pamplona, España, 1967, p. 55.

¹⁸⁷ PEYRANO, JORGE W. Las reglas de la sana crítica, en la Ley, boletín del 4 de diciembre de 2014.

¹⁸⁸ FALCON, ENRIQUE. Tratado de Derecho Procesal Civil, Comercial y de Familia. Editorial Rubinzal Culzoni, Tomo III, Buenos Aires, p. 287

¹⁸⁹ ARAZI, ROLAND. Código Procesal Civil y Comercial de la Nación comentado y concordado con los códigos provinciales procesales. Editorial Rubinzal Culzoni, Tomo I, Buenos Aires, p. 652

magistrado interviniente infiere el hecho a probar (la cuchillada) merced a fotografías, por testigos, por declaraciones de las propias partes. Todos los referidos medios probatorios buscan “representar” el hecho controvertido. Empero, si el juez funda su resolución en circunstancias tales como que existía una riña previa entre las partes y en que se encontró en las ropas del demandado el cuchillo agresor, estaremos ante indicios porque ninguno de ellos posee función “representativa” del hecho a probar (la cuchilla agresora)¹⁹⁰.

De otro lado procesalistas como Chiovenda afirmaron lo siguiente: “Incluso un solo indicio puede ser de tal modo grave, que lleve al juez al convencimiento de un hecho”¹⁹¹, según lo expuesto en dicho estudio sobre la sana crítica realizada por el profesor, Peyrano¹⁹².

Lo que se considera bastante importante cuando según el Código General del Proceso “El juez podrá deducir indicios de la conducta procesal de las partes”, sin dejar de lado que el artículo 242 establece que: “El juez apreciará los indicios en conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con las demás pruebas que obren en el proceso”¹⁹³.

Teniendo entonces claro el concepto de presunción, es necesario hacer una precisión conceptual sobre lo que es la autenticidad, porque se hace de presente en diferentes facultades de Derecho, despachos judiciales y litigantes, e incluso administradores de justicia, la evidente confusión entre lo que significa la misma y veracidad de los hechos que se pretenden demostrar con un documento, por ejemplo.

¹⁹⁰ PEYRANO, JORGE W. Memorias del XII Congreso Panameño de Derecho Procesal. Instituto Colombo Panameño de Derecho Procesal. Panamá, 2015, p. 202

¹⁹¹ PEYRANO, JORGE W. Memorias del XII Congreso Panameño de Derecho Procesal. Instituto Colombo Panameño de Derecho Procesal. Panamá, 2015, p. 204

¹⁹² PEYRANO, JORGE W. Las reglas de la sana crítica, en la Ley, boletín del 4 de diciembre de 2014

¹⁹³ Colombia. Congreso de la República. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Ley 1564 de 2012. Artículo 242

Al hacer referencia a la autenticidad, el legislador ratifica que se refiere específicamente a tener certeza sobre la persona que ha elaborado, manuscrito o firmado, en el caso como ejemplo, el documento, lo cual era textualmente regulado el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil y que ahora concibe el artículo 244 del Código General del Proceso en los siguientes términos:

ARTÍCULO 244. DOCUMENTO AUTÉNTICO. Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado, o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento.

Los documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso.

También se presumirán auténticos los memoriales presentados para que formen parte del expediente, incluidas las demandas, sus contestaciones, los que impliquen disposición del derecho en litigio y los poderes en caso de sustitución.

Así mismo se presumen auténticos todos los documentos que reúnan los requisitos para ser título ejecutivo.

La parte que aporte al proceso un documento, en original o en copia, reconoce con ello su autenticidad y no podrá impugnarlo, excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad. Los documentos en forma de mensaje de datos se presumen auténticos.

Lo dispuesto en este artículo se aplica en todos los procesos y en todas las jurisdicciones¹⁹⁴.

Pero no solo hay que hacer esta claridad sino que es necesario decir que la novedad de lo estipulado en el Código General del Proceso es una gran lucha ganada por procesalistas como el profesor, Jairo Parra Quijano, Hernan Fabio Lopez Blanco y Ulises Canosa Suarez, quienes batallaron incluso con la interpretación de esta presunción legal desde antes de la entrada en vigencia en totalidad la Ley 1564 de 2012 y en vigencia incluso, del Código de Procedimiento Civil, cuando el Código General del Proceso era tan solo un proyecto, que hoy se ha convertido en una realidad.

¹⁹⁴ Colombia. Congreso de la República. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Ley 1564 de 2012. Artículo 244

Dentro de lo nuevo que estipula esta norma frente a la anterior y que deberá aplicar en el proceso arbitral están las siguientes:

1. La presunción de autenticidad se predicará de documentos elaborados tales como mensajes de datos.
2. La presunción de autenticidad se predicará incluso de documentos que no contengan firma.
3. No se requiere de firma digital para que un documento se presuma auténtico en aplicación e interpretación sistemática con lo que estaba contenido en la Ley 527 de 1999, con respecto al acceso y uso de los mensajes de datos.
4. Se presumen auténticos los documentos privados, incluso los emanados de terceros.
5. Se presumen auténticos las copias
6. Se presumen auténticos todos los memoriales presentados que formen parte del expediente, incluidas la demanda y su contestación (los poderes no se presumirán auténticos)
7. Se presumen auténticos los poderes solo en caso de sustitución
8. Se presumen auténticos todos los documentos que reúnan los requisitos para ser título ejecutivo
9. Todo lo anterior se aplica para todos los procesos y en todas las jurisdicciones

Por lo anterior, es necesario llamar la atención del proceso arbitral en lo concerniente a esta estipulación que en buena hora como se diría en otros países refleja una interpretación avanzada y acorde al sistema oral y por audiencias que se concibe en el Código General del Proceso y también en el proceso arbitral, por lo que debe estar aplicándose en totalidad en este momento.

4.3.6.4 La Carga de la Prueba en el Proceso Arbitral

Es curioso como algunos autores como el profesor, Jairo Parra Quijano, explican la figura de la carga de la prueba en sintonía ideográfica con lo que implica esta figura en el proceso. Por cuanto, se evidencia desde muy temprana edad en las

diferentes facultades de derecho, qué al referirse a esta figura, las personas debieran imaginarse una especie de bulto o piedra inmensa que tiene encima alguno de los que como parte intervienen dentro del proceso.

Según el profesor, Jairo Parra Quijano:

La carga de la prueba es una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos. La carga de la prueba le permite al juez fallar, cuando el hecho no aparece demostrado, en contra de quien la incumplió. El juez debe procurar con el decreto oficioso de pruebas, investigar los hechos; pero si ello no es posible, por inercia de la parte a quien interesaba que el hecho apareciera demostrado, debe utilizar el sucedáneo de prueba y aplicar la regla de la carga¹⁹⁵.

Es decir, que esta figura tiene directa relación con la tutela judicial efectiva de los derechos de las personas que hacen parte del proceso, pero debe tenerse en cuenta una perspectiva más amplia al estar directamente relacionada con el decreto de pruebas de oficio. Lo anterior, por cuanto, cuando el juez evidencia que una de las partes a partir de la autorresponsabilidad a la que se refiere el profesor, Jairo Parra Quijano, no demostró un hecho, que debía demostrar, el juez debe tener en cuenta la excelente figura del decreto oficioso de pruebas, que en el Código General del proceso pasó de ser una facultad a ser un deber.

Lo anterior, por cuanto el Código General del Proceso en el artículo 170, establece:

El juez deberá decretar pruebas de oficio, en las oportunidades probatorias del proceso y de los incidentes y antes de fallar, cuando sean necesarias para esclarecer los hechos objeto de la controversia. Las

¹⁹⁵ PARRA QUIJANO, JAIRO. Manual de Derecho Probatorio. Decimoséptima Edición, Librería Ediciones del Profesional LTDA, Bogotá, p. 232

pruebas decretadas de oficio estarán sujetas a la contradicción de las partes¹⁹⁶.

Lo anterior implica que si en aplicación del Código General de Proceso una parte puede tener la carga de demostrar un hecho, o bien el juez vislumbre que la carga pueda ser incluso dinámica, esta institución jamás podrá ser concebida como una excusa para que el juez no utilice sus poderes para efectos de proteger los derechos de las personas, teniendo como ruta la búsqueda de la verdad (no con esto se quiere entrar al debate de si la verdad procesal o sustancial, que ya está superado, ni el tema de la imposibilidad de encontrar la verdad por medio del proceso, lo cual si es posible y se ha podido demostrar con varios ejemplos), para obtener una solución real a un litigio. Es decir, que si bien existe el principio de autorresponsabilidad, el juez deberá decretar las pruebas necesarias para demostrar hechos que no han sido demostrados por las partes dentro del proceso y que son necesarios para poder probar tanto las pretensiones como las excepciones propuestas, por cuanto el juez no conoce de antemano el resultado de la prueba decretada de oficio, por lo que puede ser beneficiosa para cualquiera de las partes.

La pregunta que se plantea a partir de lo explicado anteriormente es la siguiente: ¿Qué implicaciones tienen las regulaciones sobre carga de la prueba y decreto de pruebas de oficio en el proceso arbitral colombiano? Simplemente, habrá que decir que si el Estatuto Arbitral Colombiano (Ley 1563 de 2012), es claro frente a la aplicación en materia probatoria del Código de Procedimiento Civil, y el anterior fue reemplazado por el vigente Código General del Proceso, se aplicará lo dispuesto en el último.

¹⁹⁶ Colombia. Congreso de la República. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Ley 1564 de 2012. Artículo 170

4.3.6.5 El Testimonio sin citación de contraparte

El Código General del Proceso regula diferentes figuras que de cierta manera dan la posibilidad a las partes de ser quienes de forma responsable hagan esa labor de recolección de las pruebas, que deberán presentar ante el juez para efectos de demostrar los hechos que sustentan las pretensiones o las excepciones propuestas dependiendo sea el caso. Una de las novedades que se incluyeron es la posibilidad de que se puedan realizar testimonios sin que se necesite para esto la presencia de la contraparte (como prueba sumaria que estará supeditada a la ratificación) y que incluso se pueda realizar ante notario o alcalde.

Según el artículo 188 del Código General del Proceso:

Los testimonios anticipados para fines judiciales o no judiciales podrán recibirse por una o ambas y se entenderán rendidos bajo la gravedad del juramento, circunstancia de la cual se dejará expresa constancia en el documento que contenga la declaración. Este documento, en lo pertinente, se sujetará a lo previsto en el artículo 221.

Estos testimonios, que comprenden los que estén destinados a servir como prueba sumaria en actuaciones judiciales, también **podrán practicarse ante notario o alcalde**.

A los testimonios anticipados con o sin intervención del juez, rendidos sin citación de la persona contra quien se aduzcan en el proceso, se aplicará el artículo 222. **Si el testigo no concurre a la audiencia de ratificación, el testimonio no tendrá valor**¹⁹⁷.

Esta figura permitirá que los abogados adopten diferentes estrategias que se traducirán en diligencia y celeridad dentro del proceso, porque se podrán practicar de forma anticipada dichas pruebas, incluso ante notario o alcalde, lo que invita a los litigantes del país a darle importancia en materia civil a una etapa previa de investigación y de recolección de pruebas que normalmente se tiene como práctica en materia penal, para efectos de no apoyarse solo en lo que el juez

¹⁹⁷ Colombia. Congreso de la República. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Ley 1564 de 2012. Artículo 188

como director del proceso indique sino en facilitar el conocimiento al mismo, de los hechos que deben verificar.

Sin embargo, ¿Al proceso arbitral se podrían aportar este tipo de pruebas permitidas en el Código General del Proceso? Pues habría que decir que por remisión legal es autorizado y que no tiene sentido que nuevas herramientas que se piensan para el mejoramiento de la administración de justicia y la confianza que se tiene frente a esta, se limiten y no apliquen en materia arbitral.

¿Si se permite que estos testimonios se practiquen ante un notario o un alcalde, podría practicarse ante un árbitro? Esta es una pregunta algo difícil de responder, por evento del principio de habilitación que respecto del pacto arbitral debe existir en estos casos y lo que hasta el momento se ha pensado al interior de cada uno de los Centros de Arbitraje del país. Cuando se habla de arbitramento siempre hay que acudir a la prueba de la existencia de un compromiso o cláusula compromisoria que como negocio jurídico autónomo habiliten a los particulares a administrar justicia de forma excepcional y transitoria como en el caso de lo concebido constitucionalmente para Colombia. Pero cuando se trate de una prueba extraprocesal, ¿Debería mediar la voluntad de ambas partes? ¿Por qué se podría decir que un árbitro no está en la facultad de ser quien recepcione una prueba extraprocesal pero que si tiene la capacidad de hacerlo un notario o un alcalde cuando para ser árbitro deben demostrarse unas calidades especialísimas que permitan el ingreso a las listas de los Centros de Arbitraje del País? ¿No podría una parte elegir a un centro de arbitraje para que sea un árbitro quien decrete y practique una prueba anticipada?

La experiencia en el derecho internacional tampoco ha abordado la anterior problemática, ya que reglamentos tales como el de la Cámara de Comercio Internacional de Paris, la Corte Española de Arbitraje, la American Arbitration Association o la Cámara Nacional de Comercio de la ciudad de México se refieren

a árbitros de urgencia sólo para los casos en que se requiera de la solicitud, decreto y práctica de medidas de urgencia, pero nada se dice acerca de la práctica de pruebas extraprocesales.

Al encontrar este vacío a nivel internacional, la propuesta es precisamente que en virtud de que no existe prohibición legal alguna que impida a que los árbitros en Colombia puedan decretar y practicar una prueba extraprocesal, los Centros de Arbitraje a nivel nacional implementen este servicio, que incluso no debería estar sujeto a que la prueba sea trasladada a un proceso arbitral sino incluso a un proceso de orden judicial.

El Código General del Proceso, interpretado desde esta orbita de aplicación en el proceso arbitral generaría según esta visión, un precedente internacional que permitiría que muchas personas puedan acceder al aseguramiento de las pruebas que servirán en un proceso para demostrar los hechos que fundamentan tanto las pretensiones como las excepciones discutidas, e incluso permitirá que este acercamiento permita un posible escenario de conciliación más célere que el que se produciría si se esperara llegar por ejemplo, a la audiencia inicial.

Para ningún litigante que elija a las pruebas extraprocesales como el camino para el aseguramiento de los hechos que se van a discutir en un proceso, es un secreto que cuando se está muchas veces en esta etapa que no es judicial, muchos casos terminan en conciliación en virtud de que alguna de las partes evidencia que el caso está a su favor o en su contra. ¿Por qué entonces negarle esta posibilidad de ayudar a descongestionar a los despachos judiciales a los árbitros del país?

4.3.6.6 La inspección judicial como medio de prueba en el proceso arbitral

Otro de los medios de prueba que permite ratificar lo propuesto anteriormente frente a la posibilidad de decretar pruebas extraprocesales por un tercero que reúna la calidad de árbitro y que este servicio sea incluido para el caso de los

Centros de Arbitraje del país, se encuentra precisamente en el artículo 190 del Código General del Proceso, que regula lo concerniente a la inspección judicial:

Las partes, de común acuerdo, podrán practicar pruebas **o delegar su práctica en un tercero**, las que deberán ser aportadas antes de dictarse sentencia.

Lo dispuesto en este artículo no se aplicará cuando una de las partes esté representada por curador ad litem¹⁹⁸.

Lo anterior, ¿implica que las partes no solo podrán realizar un pacto arbitral que le de facultades a un tercero (particular) de dirimir un conflicto futuro o actual, sino que además podrá decidir ante quien deberá practicarse una prueba en caso de ser extraprocesal?

Según el artículo 183, del Código General del Proceso, nada se prohibió al respecto:

Podrán practicarse pruebas extraprocesales con observancia de las reglas sobre citación y práctica establecidas en este código.

Cuando se soliciten con citación de la contraparte, la notificación de esta deberá hacerse personalmente, de acuerdo con los artículos 291 y 292, con no menos de cinco (5) días de antelación a la fecha de la respectiva diligencia¹⁹⁹.

Hasta el momento no existe una restricción clara en el ordenamiento jurídico colombiano, pues si bien las cláusulas escalonadas no tienen aplicación según lo establecido en el artículo 13 del Código General del Proceso:

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.

¹⁹⁸ Colombia. Congreso de la República. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Ley 1564 de 2012. Artículo 190

¹⁹⁹ Colombia. Congreso de la República. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Ley 1564 de 2012. Artículo 183

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 escritas²⁰⁰.

Lo cierto es que nada se dice al respecto de la solicitud, decreto y práctica de diferentes medios de prueba para luego ser llevados al proceso, entendiendo que lo anterior no se traduce en el agotamiento de ningún requisito de procedibilidad sino en el estadio en que las partes podrían solicitar una prueba frente a un tercero que no es cualquier particular sino una persona que por reunir ciertas calidades especiales ha logrado ser árbitro en el país.

Respecto a la inspección judicial propiamente dicha se debe decir que deberán tener en cuenta en el proceso arbitral su decreto excepcional, solo en los casos en que no pueda realizarse a través de medios electrónicos, documentos, prueba pericial u otro medio de prueba, aprovechando que tienen la infraestructura necesaria que aún están tratando de implementarse en muchos despachos judiciales del país, tal y como se establece en el artículo 236 del Código General del Proceso:

Para la verificación o el esclarecimiento de hechos materia del proceso podrá ordenarse, de oficio o a petición de parte, el examen de personas, lugares, cosas o documentos.

Salvo disposición en contrario, **solo se ordenará la inspección cuando sea imposible verificar los hechos por medio de videograbación, fotografías u otros documentos, o mediante dictamen pericial, o por cualquier otro medio de prueba.**

Cuando exista en el proceso **una inspección judicial practicada dentro de él o como prueba extraprocesal con audiencia de todas las partes, no podrá decretarse otra nueva sobre los mismos puntos, a menos que el juez la considere necesaria para aclararlos.**

²⁰⁰ Colombia. Congreso de la República. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Ley 1564 de 2012. Artículo 13

El juez podrá negarse a decretar la inspección si considera que es innecesaria en virtud de otras pruebas que existen en el proceso o que para la verificación de los hechos es suficiente el dictamen de peritos, caso en el cual otorgará a la parte interesada el término para presentarlo. Contra estas decisiones del juez no procede recurso²⁰¹.

Esto es bastante relevante, sobre todo en los casos en que las partes por la especialidad del tema requieran que sea una persona especializada frente a quien se practique la prueba extraprocesal, por lo que sigue construyendo un gran argumento para que en Colombia, se permita esta figura en los Centros de Arbitraje y Conciliación. Aún más, cuando después de practicada y aportada al proceso no podrá decretarse otra nueva sobre los mismos puntos tal y como lo establece el Código General del Proceso.

4.3.6.7 La Prueba Pericial como medio de prueba en el proceso arbitral

Por último y como uno de los grandes avances en materia probatoria hay que hacer relevancia en lo que concierne al Código General del Proceso, en cuanto a la regulación expresa que se hace frente a la prueba pericial en Colombia. Sin embargo, es importante resaltar que el Estatuto Arbitral frente a este aspecto especifica lo siguiente:

El tribunal en pleno realizará las audiencias que considere necesarias, con o sin participación de las partes. Las audiencias podrán realizarse por cualquier sistema que permita la comunicación de los participantes entre sí.

El tribunal y las partes tendrán, respecto de las pruebas, las mismas facultades y deberes previstos en el Código de Procedimiento Civil y las normas que lo modifiquen o complementen. Las providencias que decreten pruebas no admitir recurso alguno; las que las nieguen son susceptibles de reposición. Cuando la prueba haya de practicarse en el exterior, se aplicarán los tratados vigentes sobre la materia y, en subsidio, las normas del Código de Procedimiento Civil, en lo pertinente. En este caso, cuando en el proceso se hayan practicado todas las pruebas y sólo faltare la prueba en el exterior, los árbitros podrán suspender de oficio el proceso arbitral, mientras se practicare la misma.

²⁰¹ Colombia. Congreso de la República. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Ley 1564 de 2012. Artículo 236

En la audiencia de posesión del perito, el tribunal fijará prudencialmente las sumas que deberán consignar a buena cuenta de los honorarios de aquel, tanto la parte que solicitó la prueba, como la que formuló preguntas adicionales dentro del término que al efecto le señale el tribunal, so pena de que se entienda desistida la prueba respecto de la parte que no hizo la consignación. El tribunal fijará en su oportunidad los honorarios del perito e indicará qué parte o partes deberán cancelarlos y en qué proporción, y dispondrá el reembolso a que hubiere lugar.

El perito rendirá la experticia en el término que prudencialmente le señale el tribunal. Presentado el dictamen, de él se correrá traslado a las partes por un término de hasta diez (10) días, dentro del cual aquellas podrán solicitar aclaraciones o complementaciones, que si el tribunal estimare procedentes, habrá de atender el perito en informe que será puesto en conocimiento de las partes por el mismo término.

En ningún caso habrá lugar a trámite especial de objeción del dictamen por error grave. Dentro del término de su traslado, o del de sus aclaraciones o complementaciones, las partes podrán presentar experticias para controvertirlo. Adicionalmente, el tribunal, si lo considera necesario, convocará a una audiencia a la que deberán concurrir obligatoriamente el perito y los demás expertos, que podrán ser interrogados por el tribunal y por las partes”

Los honorarios definitivos del perito se fijarán luego de concluida esta audiencia si a ella se hubiere convocado; en caso contrario, una vez surtido el traslado del dictamen pericial, sus aclaraciones o complementaciones.

De otro lado, el Código General del Proceso establece que:

ARTÍCULO 227. DICTAMEN APORTADO POR UNA DE LAS PARTES. La parte que pretenda valerse de un dictamen pericial deberá aportarlo en la respectiva oportunidad para pedir pruebas. Cuando el término previsto sea insuficiente para aportar el dictamen, la parte interesada podrá anunciarlo en el escrito respectivo y deberá aportarlo dentro del término que el juez conceda, que en ningún caso podrá ser inferior a diez (10) días. En este evento el juez hará los requerimientos pertinentes a las partes y terceros que deban colaborar con la práctica de la prueba.

El dictamen deberá ser emitido por institución o profesional especializado.²⁰²

²⁰² Colombia. Congreso de la República. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Ley 1564 de 2012. Artículo 227

ARTÍCULO 228. CONTRADICCIÓN DEL DICTAMEN. La parte contra la cual se aduzca un dictamen pericial podrá solicitar la comparecencia del perito a la audiencia, aportar otro o realizar ambas actuaciones. Estas deberán realizarse dentro del término de traslado del escrito con el cual haya sido aportado o, en su defecto, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la providencia que lo ponga en conocimiento. En virtud de la anterior solicitud, o si el juez lo considera necesario, citará al perito a la respectiva audiencia, en la cual el juez y las partes podrán interrogarlo bajo juramento acerca de su idoneidad e imparcialidad y sobre el contenido del dictamen. La contraparte de quien haya aportado el dictamen podrá formular preguntas asertivas e insinuanes. Las partes tendrán derecho, si lo consideran necesario, a interrogar nuevamente al perito, en el orden establecido para el testimonio. Si el perito citado no asiste a la audiencia, el dictamen no tendrá valor.

Si se excusa al perito, antes de su intervención en la audiencia, por fuerza mayor o caso fortuito, el juez recaudará las demás pruebas y suspenderá la audiencia para continuarla en nueva fecha y hora que señalará antes de cerrarla, en la cual se interrogará al experto y se surtirán las etapas del proceso pendientes. El perito solo podrá excusarse una vez.

Las justificaciones que por las mismas causas sean presentadas dentro de los tres (3) días siguientes a la audiencia, solo autorizan el decreto de la prueba en segunda instancia, si ya se hubiere proferido sentencia. Si el proceso fuera de única instancia, se fijará por una sola vez nueva fecha y hora para realizar el interrogatorio del perito.

En ningún caso habrá lugar a trámite especial de objeción del dictamen por error grave²⁰³.

Según lo anterior, ¿Para el caso del arbitraje no aplicaría lo contenido en el Código General del Proceso? Según lo que ha establecido el estudio que se refleja en la normativa actual en interpretación sistemática con lo que se entiende es la regulación del Estatuto Arbitral, el cual, todo el tiempo está prácticamente remitiéndose al Código de Procedimiento Civil como el aplicable en casos concernientes frente aspectos probatorios, habría que decir que la remisión en la época actual es al Código General del Proceso.

No tiene sentido que la normativa actual presente un avance frente a lo que se concibe como la contradicción del perito en audiencia y el perito de parte y limitar

²⁰³ Colombia. Congreso de la República. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Ley 1564 de 2012. Artículo 228

en el caso del proceso arbitral a las partes a que se regule este medio de prueba por la norma anteriormente concebida en el Código de Procedimiento Civil.

Por lo expuesto en materia probatoria, cabe indicar que las implicaciones procesales del código general del proceso en el proceso arbitral se resumen en las siguientes:

1. El Código General del Proceso tiene implicaciones probatorias en el proceso arbitral en Colombia.
2. El Estatuto Arbitral Colombiano remite expresamente frente a la regulación probatoria al Código General del Proceso.
2. La presunción de autenticidad aplicable a los documentos debe interpretarse en el proceso arbitral colombiano, en los mismos términos que se hace en el Código General del Proceso.
3. La declaración de parte, la prueba por informe y el juramento estimatorio deben ser tenidos en el proceso arbitral en los mismos términos que como nuevos medios de prueba son concebidos en el Código General del Proceso.
4. La prueba extraprocesal puede solicitarse, decretarse y practicarse ante los árbitros en Colombia al no existir una restricción legal para que esto se realice, sólo sería esperar una propuesta de implementación por parte de los Centros de Arbitraje y Conciliación del país.
5. La inspección judicial como medio de prueba debe practicarse excepcionalmente en el proceso arbitral cuando no se puedan verificar los hechos por otros medios de pruebas tal y como lo establece el Código General del Proceso.
6. Lo estipulado en el Estatuto Arbitral respecto de la prueba pericial debe ser entendido en vigencia del Código General del Proceso y no del Código de Procedimiento Civil, ni como norma especial para el mismo.

4.3.7 Implicaciones del Código General del Proceso en el Proceso Arbitral en Colombia respecto del desarrollo de la audiencia para presentar alegatos y proferir laudo arbitral

En esta etapa solo cabe resaltar que frente al tiempo para desarrollar los alegatos serán hasta de una hora, situación diferente a la que establece el Código General del Proceso en donde el tiempo máximo será hasta de 20 minutos para cada parte, frente al cual se podrán solicitar tiempos adicionales. En lo relacionado con el laudo arbitral generalmente al igual que en el proceso judicial pues es anunciado el sentido del fallo y se entrega por escrito a las partes. Cabe resaltar que frente al mismo a diferencia de una sentencia solo proceden los recursos de anulación y de revisión.

Frente a esta etapa procesal es de vital importancia hacer énfasis que dentro del procedimiento arbitral pueden existir diferentes audiencias para la práctica de pruebas, alegatos y proferir el laudo respectivo, en comparación al Código General del Proceso en el que se debería hacer o en la audiencia de instrucción y juzgamiento o en la inicial cuando se permita según sea el caso.

Aparte de las diferencias anteriormente explicadas, se puede resaltar que el laudo puede a solicitud de las partes ser corregido, aclarado o complementado según sea el caso y que frente al mismo no procede el recurso de apelación, por no existir en este proceso un Tribunal Arbitral de segunda instancia.

Lo anterior, demuestra la importancia en Colombia de la elección de la sede arbitral por cuanto en caso de interponer este recurso, el juez de la anulación será la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial en donde tuvo sede el arbitraje.

Además de lo anterior podría concluirse que si bien existen dos posiciones en Colombia sobre si el arbitraje constituye o no otra jurisdicción diferente, es de vital importancia desarrollar una investigación que defina este punto en virtud de que como causal de anulación se encuentra la falta de competencia o de jurisdicción, lo que podría ser abordado a profundidad en otra investigación.

Y finalmente, de lo expuesto, se puede concluir, que no son muchas las implicaciones que se identifican en esta etapa procedimental sino diferencias entre la forma en que se va a regular uno y otro proceso, pero que se entiende hasta el momento serán regulados de forma especial por el Estatuto Arbitral y no por el Código General del Proceso.

A manera de conclusión respecto de este capítulo, es claro que por el principio de integración e interpretación sistemática, el proceso arbitral si bien cuenta con regulación especial en nuestro país, cual es la Ley 1563 de 2012, en virtud de los vacíos, lagunas, problemas que pueda presentar en la aplicación de cada una de las etapas que componen su trámite, es dable recurrir al código general del proceso a fin de darle aplicabilidad a dichas figuras, y así convertirse al igual que el proceso judicial en un proceso que busque ser garantía para las partes que a él acceden. Las implicaciones como pudo evidenciarse son muchas, las diferencias también lo son, la aplicabilidad por parte de jueces y árbitros varía dependiendo de la etapa de que se trate, por lo cual, lo importante, es generar una sola interpretación al respecto que genere seguridad jurídica para las partes y por supuesto, para el proceso arbitral.

5. OBJETIVOS

5.1 Objetivo General

Analizar las Implicaciones procesales del código general del proceso en el proceso arbitral en Colombia – ley 1563 de 2012

5.2 Objetivos Específicos

1. Describir el proceso arbitral en Colombia: aspectos procesales y principio de integración con el Código General del Proceso
2. Identificar la aplicación de las normas del Código General del Proceso al proceso arbitral en Colombia
3. Indicar las Implicaciones procesales del Código General del Proceso en el Proceso Arbitral en Colombia Ley 1563 de 2012

6. PROPÓSITO

El propósito de esta investigación fue generar una herramienta teórica y práctica frente a aquellas implicaciones procesales y procedimentales del Código General en el proceso arbitral en Colombia, tales como: la falta de competencia que no configura causal de rechazo pero si una excepción previa, la vigencia del Código General del Proceso frente a un mecanismo que no se encuentra dentro de la Jurisdicción Ordinaria (arbitraje), la práctica de pruebas anticipadas, la solicitud, decreto y práctica de las medidas cautelares anticipadas, la utilización de medios electrónicos, la solicitud, decreto y práctica de las medidas cautelares innominadas, la intervención de terceros, específicamente el llamamiento en garantía en el proceso arbitral en Colombia, con el finalidad de que se tenga claridad en su aplicación por parte de los usuarios de este mecanismo alternativo de solución de conflictos y se genere un mayor panorama de seguridad jurídica, teniendo en cuenta la difícil accesibilidad que por la confidencialidad tiene el arbitraje en Colombia.

7. HIPÓTESIS

El Código General en el proceso tiene implicaciones procesales y procedimentales en el proceso arbitral en Colombia, tales como: en la etapa previa a la presentación de la demanda, deja sin efectos cualquier estipulación que tenga por objetivo la creación de requisitos de procedibilidad, requisitos de la demanda que constituyen además un medio de prueba como lo es el juramento estimatorio, la carga de aportar la prueba documental que fundamenta tanto pretensiones como excepciones, la controversia frente a si es posible allegar dictamen pericial con la misma, la existencia de un pacto arbitral que no puede ser entendido como falta de jurisdicción ni de competencia por ser el Código General del Proceso coherente con la autonomía de la voluntad de las partes, la práctica de pruebas anticipadas que actualmente no se permite ante los árbitros pero que en coherencia con la flexibilidad que ofrece en materia probatoria la Ley 1564 de 2012, le permite al abogado realizarlas en su oficina supeditadas a ratificación como es el caso del testimonio, la solicitud, decreto y práctica de las medidas cautelares anticipadas, la utilización de medios electrónicos, la solicitud, decreto y práctica de las medidas cautelares innominadas, el llamamiento en garantía en el proceso arbitral en Colombia, decreto de pruebas de oficio como deber e incluso del artículo 167 del Código General del Proceso, en lo que respecta a la carga dinámica de la prueba.

Razón por la cual la hipótesis luego de ser realizada la investigación ha sido corroborada.

8. METODOLOGÍA

8.1 Tipo de Estudio

El tipo de estudio de esta investigación es teórico- analítico. Es teórico porque se estudió la legislación, autores, jurisprudencia y doctrina en torno a las implicaciones del Código General del Proceso en el proceso arbitral en Colombia, partiendo de temáticas generales, por cuanto hasta el momento no se ha identificado ningún estudio teórico que aborde dichas implicaciones, de forma sistemática y conjunta pero si por separado. Es analítica porque se analizó la incidencia de la vigencia del código, en el proceso arbitral que se desarrolla en aplicación de la Ley 1563 de 2012.

Igualmente se realizó un trabajo de campo en la medida en que se entrevistaron jueces y árbitros de Cúcuta, Bogotá, Medellín y Cartagena. Haciendo la claridad que la investigación a realizar no es de campo, sino que solo pretendía a través de expertos, identificar algunas implicaciones de una legislación en otra desde un contexto práctico.

8.2 Población

En principio no la hay pues es teórico, sin embargo, como se recurrió a jueces y árbitros de las ciudades de Cúcuta, Bogotá, Medellín y Cartagena, esta constituyó la población, sin considerarse una investigación de campo, es solo con el fin de ampliar la información recolectada de forma teórica. La población escogida fue de estas ciudades por lo siguiente: Cúcuta, por ser el domicilio de la investigadora, de allí que fuese de su interés tener conocimiento de lo que allí sucedía y las otras 3 ciudades por ser unas de las principales del país y en donde tiene mayor desarrollo el arbitraje.

8.3 Diseño Muestral

En principio se había fijado entrevistar a 8 jueces y 8 árbitros a fin tener una respuesta de expertos en esta materia, no como trabajo de campo propiamente dicho, sino en aras de enriquecer la investigación con percepciones frente a la práctica. Esta cantidad fue fijada tomando en cuenta los posibles árbitros que se conocían en esta materia, de tal forma que fuese posible realizar la entrevista, ya que no es tan fácil el acceso a los mismos para su aplicación.

Sin embargo, durante la investigación y tomando en cuenta los diversos enlaces creados, fue posible entrevistar a 10 jueces de diferentes ciudades tales como Cúcuta, Medellín, Bogotá y 17 árbitros de los centros de conciliación arbitraje de las ciudades de Cúcuta, Medellín, Bogotá y Cartagena, incluyendo 2 árbitros internacionales. *(Se anexan solo las entrevistas que soportan respuestas relacionadas con las implicaciones procesales del Código General del Proceso en el Proceso Arbitral en Colombia - Ver anexos fichas de entrevistas).*

8.4 Diseño de Plan de Datos

8.4.1 Gestión Del Dato: El dato teórico fue gestionado a partir de adquisición de doctrina por parte de los investigadores que sustituyeron los préstamos bibliotecarios, debido a que en la ciudad no era muy fácil encontrar este tipo de fuentes y por el interés que generó la temática para un posterior estudio se tomó esta opción.

Igualmente, a efectos de realizar las entrevistas se solicitó autorización a los jueces y árbitros, quienes la concedieron verbalmente.

8.4.2 Obtención Del Dato: El dato fue obtenido de diversas fuentes:

A. Primarias: Porque se efectuaron entrevistas a jueces civiles del circuito y árbitros de Cúcuta, Medellín, Bogotá y Cartagena.

B. Secundarias: el dato fue obtenido de libros, artículos de revistas, bases de datos, motivación de las leyes, leyes y jurisprudencia.

8.4.3 Recolección del dato: el dato fue recolectado por los investigadores durante el desarrollo de la investigación a través fichas bibliográficas, textuales, jurisprudenciales, etc. (ver anexos).

Así mismo la parte práctica fue recolectada por los investigadores a partir de entrevistas, algunas realizadas por escrito, otras en grabación y otras por medio de toma de apuntes del dato para aquellos casos en que no aceptaron que se revelara su identidad (ver anexos).

8.4.4 Control De Sesgos: La investigación fue controlada en los sesgos, evitando opiniones subjetivas que alteren el resultado de la misma, basándola en fuentes primarias y secundarias relacionadas.

8.5 Plan De Análisis

OBJETIVOS	TÉCNICAS DE MEDICIÓN DE INSTRUMENTOS	ANÁLISIS CATEGORÍAS	OBSERVACIONES
1. Describir el proceso arbitral en Colombia: aspectos procesales y principio de integración con el Código General del Proceso	Fichas: Bibliográficas (Anexo 1) Resumen (Anexo 2) Textual (Anexo 3) Formato Análisis de Sentencias (Anexo 4) Entrevistas (Anexo 5) (Anexo 6) Grabaciones (Anexo 7)	DESCRIBIR	Las entrevistas se hicieron a jueces y árbitros de Cúcuta, Bogotá, Medellín y Cartagena.
2. Identificar la aplicación de las normas del Código General del Proceso al proceso arbitral en Colombia	Fichas: Bibliográficas (Anexo 1) Resumen (Anexo 2) (Anexo 3) Formato Análisis de Sentencias	IDENTIFICAR	Gráficas Mapas Cartogramas Tablas
3. Indicar las implicaciones procesales del Código General del Proceso en el Proceso Arbitral en Colombia Ley 1563 de 2012	Fichas: Bibliográficas (Anexo 1) Resumen (Anexo 2) Formato Análisis de Sentencias (Anexo 3) Entrevistas (Anexo 4)	INDICAR	Las entrevistas se harán a jueces y árbitros de Cúcuta, Bogotá, Medellín y Cartagena. Gráficas Mapas Cartogramas Tablas

OBJETIVOS	TÉCNICAS DE MEDICIÓN DE INSTRUMENTOS	ANÁLISIS CATEGORÍAS	OBSERVACIONES
	Encuestas (Preguntas 5,6,7,8), (Anexo 5)		
<p>HIPÓTESIS</p> <p>El Código General en el proceso tiene implicaciones procesales y procedimentales en el proceso arbitral en Colombia, tales como: en la etapa previa a la presentación de la demanda, deja sin efectos cualquier estipulación que tenga por objetivo la creación de requisitos de procedibilidad, requisitos de la demanda que constituyen además un medio de prueba como lo es el juramento estimatorio, la carga de aportar la prueba documental que fundamenta tanto pretensiones como excepciones, la controversia frente a si es posible allegar dictamen pericial con la misma, la existencia de un pacto arbitral que</p>	Concatenar toda la información obtenida a través de Fichas: Bibliográficas (Anexo 1) Resumen (Anexo 2) Textual (Anexo 3) Formato Análisis de Sentencias (Anexo 4) Entrevistas (Anexo 5) Encuestas (Preguntas 5,6,7,8) (Anexo 6) Grabaciones (Anexo 7) Fotografías (Anexo 8) Cruce de datos, entrevistas y encuestas	CUMPLIMIENTO DE PRINCIPIOS	Se efectuó el respectivo análisis de la información recolectadas por los investigadores por medio de una Tabla

OBJETIVOS	TÉCNICAS DE MEDICIÓN DE INSTRUMENTOS	ANÁLISIS CATEGORÍAS	OBSERVACIONES
<p>no puede ser entendido como falta de jurisdicción ni de competencia por ser el Código General del Proceso coherente con la autonomía de la voluntad de las partes, la práctica de pruebas anticipadas que actualmente no se permite ante los árbitros pero que en coherencia con la flexibilidad que ofrece en materia probatoria la Ley 1564 de 2012, le permite al abogado realizarlas en su oficina supeditadas a ratificación como es el caso del testimonio, la solicitud, decreto y práctica de las medidas cautelares anticipadas, la utilización de medios electrónicos, la solicitud, decreto y práctica de las medidas cautelares innominadas, el llamamiento en garantía en el proceso arbitral en Colombia, decreto</p>			

OBJETIVOS	TÉCNICAS DE MEDICIÓN DE INSTRUMENTOS	ANÁLISIS CATEGORÍAS	OBSERVACIONES
de pruebas de oficio como deber e incluso del artículo 167 del Código General del Proceso, en lo que respecta a la carga dinámica de la prueba.			

8.6 Procesamiento Del Dato

El dato fue procesado a partir de una base de datos organizada en carpetas, manejadas en los computadores personales de los investigadores del proyecto de investigación, pero que también se hicieron duplicados en copias de seguridad en otros dos computadores de propiedad de los mismos. Adicional a esto, se creó una carpeta en google drive para tener toda la información ordenada en la nube, y otra carpeta en dropbox a fin de facilitar el acceso a la información desde cualquier lugar.

9. RESULTADOS

Realizada la investigación, se pueden resumir los resultados en los siguientes:

1. Frente a las implicaciones del Código General del Proceso frente a la creación de requisitos de procedibilidad en el proceso arbitral en Colombia, la investigación demuestra que es directa la aplicación el artículo 13 del Código General del Proceso establece lo siguiente:

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 escritas²⁰⁴.

2. Frente las implicaciones del Código General del Proceso en el proceso arbitral en Colombia con respecto al derecho de acción y de contradicción, la aplicación es directa a partir de lo que se puede considerar es una remisión normativa del artículo 12 del mismo cuando establece:

El proceso arbitral comenzará con la presentación de la demanda, que deberá reunir todos los requisitos exigidos por el Código de Procedimiento Civil, acompañada del pacto arbitral y dirigida al centro de arbitraje acordado por las partes. En su defecto, a uno del lugar del domicilio de la demandada, y si esta fuere plural, en el de cualquiera de sus integrantes. El centro de arbitraje que no fuere competente, remitirá la demanda al que lo fuere. Los conflictos de competencia que se

²⁰⁴ Ley 1564 de 2012. Congreso. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Colombia

susciten entre centros de arbitraje serán resueltos por el Ministerio de Justicia y del Derecho²⁰⁵.

Lo anterior incluye la regulación con respecto a medios electrónicos que hace el Código General del Proceso, la inclusión del juramento estimatorio, el poder de confesar de los apoderados, el deber de aportar medios de prueba propio del sistema que implementa la normativa procesal en vigencia en actualidad.

3. Frente a las implicaciones del Código General del Proceso frente a lo relacionado a las medidas cautelares innominadas y anticipatorias en el proceso arbitral en Colombia, hay que decir que es directa por cuanto esta normativa abre la puerta para que en el proceso arbitral se implementen las medidas cautelares innominadas que fueron reguladas en el artículo 590 del Código General del Proceso, literal c.

Sin embargo, persiste la problemática frente a la solicitud, decreto y práctica de las medidas cautelares anticipatorias, por cuanto la competencia de los árbitros no es permanente y en Colombia hay imposibilidad práctica para que los árbitros puedan decretar medidas cautelares de cualquier tipo desde la presentación de la demanda, por no estar integrado el Tribunal ni tampoco haber declarado competencia para conocer del caso.

Por lo anterior, esta investigación presentará la respectiva propuesta en el campo de recomendaciones respectivas que se presentarán al final.

4. Frente a las implicaciones del Código General del Proceso en lo relacionado al desarrollo de la primera audiencia de trámite del procedimiento arbitral, cabe

²⁰⁵ Congreso. Ley 1563 de 2012. “Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones”, Bogotá, 12 julio de 2012.

resaltar las siguientes implicaciones que fueron identificadas a partir de esta investigación:

El Código General del Proceso concibe al llamado en garantía, lo que es regulado de forma confusa en el Estatuto Arbitral en Colombia que de un lado no tiene en cuenta que no interviene como un tercero, convirtiendo su intervención en obligatoria, sin tener en cuenta que este sujeto es uno frente a los que la sentencia, que para este caso será el laudo arbitral genera efectos de tránsito a cosa juzgada.

Lo anterior, demuestra que en Colombia no se tuvo en cuenta la participación del llamado en garantía en el pacto arbitral en la modalidad de compromiso y en la modalidad verbal, lo que podría ser crítico desde una visión constitucional de la figura, incluso cuando esto fuera decidido por la Corte Constitucional en sentencia C-170 de 2014, por lo que se realizará la propuesta que se plantea por la investigación en la respectiva recomendación.

Durante mucho tiempo se ha entendido que el pacto arbitral debe responder a la solemnidad de ser por escrito. Sin embargo, ese panorama cambió con la entrada en vigencia de la Ley 1563 de 2012 o Estatuto Arbitral Colombiano, tal y como lo explica el profesor Jaime Arrubla Paucar, en el estudio que hace sobre este tipo de contrato:

En nuestra opinión, de conformidad con la legislación vigente, la cláusula compromisoria solamente es solemne cuando no está anexa al contrato respectivo y se estipula por aparte y la solemnidad consiste en un escrito. El compromiso sí es solemne y consiste la solemnidad en cualquier clase de documento, incluso no autógrafo, como un fax, un telegrama o un documento informático.

Sin embargo, es significativo lo que dispone el parágrafo del artículo 3 de la Ley 1563 de 2012 sobre arbitraje: “Si en el término de traslado de la demanda, o de su contestación, o de las excepciones previas, una parte invoca la existencia de pacto arbitral y la otra no la niega expresamente, ante los jueces o tribunal de arbitraje, se entiende válidamente aprobada la existencia del pacto arbitral.

Como puede observarse, **se le está dando completo alcance a una eventual estipulación verbal del pacto arbitral, sin distinguir alguno, pudiendo referirse a cualquiera de sus dos especies**²⁰⁶.

Se ha entendido como un avance el hecho de que se obligue de cierta manera al llamado en garantía a adherirse al pacto arbitral con el argumento de que, para eso, el mismo, debió tener conciencia de estar entonces garantizando un contrato que tenía incluida la cláusula compromisoria respectiva. Pero esto no es tan sencillo, porque el Estatuto Arbitral como se evidenció anteriormente abrió la puerta a que dicho negocio jurídico no deba estar contenido en el contrato e incluso que se realice de forma verbal y ni decir en los casos en donde el pacto arbitral responda a la segunda modalidad, o compromiso, en el entendido que siendo éste realizado después de celebrado el contrato que está siendo garantizado por el llamado pues sería ilógico que tuviera conciencia vidente de lo que va a suceder en el futuro. Lo cierto es que en ningún aparte de la Ley 1563 de 2012, se estipuló que opera esta figura que es contradictoria con la misma naturaleza del pacto arbitral (la adhesión obligatoria en el caso del llamado) cuando se trate de cláusula compromisoria, sino que se habló en términos generales del pacto arbitral y sin hacer distinción alguna frente a la solemnidad que de forma abierta presenta el mismo para el caso de Colombia.

Por lo anterior, esta investigación puede concluir que la adhesión obligatoria del llamado en garantía en los términos en que se regula lo anterior en el Estatuto Arbitral Colombiano se torna evidentemente inconstitucional, aún más en los casos donde el pacto arbitral no esté estipulado en el contrato, se trate de compromiso o sea cualquiera de las anteriores modalidades, pero en forma verbal.

5. Frente a las implicaciones del Código General del Proceso en el proceso arbitral en Colombia en relación con las audiencias probatorias se logró identificar que su aplicación es directa en aplicación expresa del artículo 31 de la Ley 1563 de 2012.

²⁰⁶ *Ibidem*.

Sin embargo, se identificó que frente al dictamen pericial en la práctica existen diferentes visiones de aplicación de lo dispuesto en el Código General del Proceso tanto para árbitros como para jueces: Para un grupo debe aplicarse en integralidad el Código General del Proceso, para otro sector debe aplicarse el Estatuto Arbitral y para un tercer sector debería aplicarse el Estatuto Arbitral y en los vacíos que presente dicha regulación el Código General del Proceso, por lo que se hará propuesta desarrollada en esta investigación dentro de la respectiva recomendación.

Además de lo anterior, tanto árbitros como jueces coinciden en imposibilidad de que se puedan solicitar, decretar y practicar pruebas extraprocesales por los árbitros, por no tener competencia legal para lo anterior ni ser administradores de justicia permanentes.

En cuanto a la valoración de la prueba, la carga de la prueba y el decreto de pruebas de oficio, se evidenció que en el proceso arbitral también se convierte en un deber tal y como lo regula el artículo 42 del Código General del Proceso, lo que algunos árbitros consideran no es de aplicación estricta en la práctica.

Por último, se implementan en consecuencia a la entrada en vigencia del Código General del Proceso, nuevos medios de prueba diferentes a los que se mantienen y existían en el Código de Procedimiento Civil, tales como el juramento estimatorio y la declaración de parte. También la aplicación de disposiciones relacionadas con la presunción de autenticidad de documentos y el decreto excepcional de la inspección judicial.

6. En cuanto a las implicaciones del Código General del Proceso en las audiencias que en el procedimiento arbitral se tienen previstas para escuchar alegatos y proferir el laudo arbitral, no se evidenciaron implicaciones directas, pero si diferencias tales como el tiempo que tienen los abogados para presentar alegatos

y los recursos que proceden contra el laudo en el entendido que no existe un Tribunal Arbitral de segunda instancia.

A partir de lo anterior, se evidencia la importancia de la escogencia de la sede arbitral y la competencia del juez de la anulación en Colombia.

10. DISCUSIÓN DE RESULTADOS

Es importante resaltar que si bien esta investigación no fue fundamentada en un método cuantitativo, fue de vital importancia hacer algunas entrevistas que hicieron que se pudiera tener un contexto más cercano a las implicaciones de la Ley 1564 de 2012 o Código General del Proceso en el Proceso Arbitral en Colombia, regulado en la Ley 1563 de 2012 o Estatuto Arbitral Nacional e Internacional.

Como obstáculo frente al objetivo que se planteó al inicio de esta investigación se encontró que en diferentes distritos elegidos tales como Cúcuta, el arbitraje no es un mecanismo que se utilice por excelencia por lo que fue muy complicado que los particulares que aparecen en listas A y B, ofrecieran realmente una visión teórica y práctica de las instituciones que se estudian en este proyecto.

En cuanto a las entrevistas realizadas a los demás árbitros de los distritos elegidos, fue de obtención solo los que correspondían a ciudades como Bogotá y Medellín, donde el arbitraje es de más utilización en relación al desarrollo del contexto empresarial en estas ciudades. En Cartagena, aunque es una ciudad comercialmente interesante no fue posible obtener acceso a la experiencia de árbitros que quisieran exponer sus posiciones tal y como se pretendió pero si pudo ser posible que 1 de los presupuestados la respondiera.

Frente a las entrevistas aplicadas a jueces en distritos relacionados con Cartagena y Cúcuta, la respuesta fue que desconocían en integralidad la normativa que regula el proceso arbitral, lo que también fue algo con lo que no se contaba al inicio de esta investigación.

Sin embargo, se procede a hacer el análisis de resultados de quienes aportaron con su experiencia al desarrollo de esta investigación y las posturas e instituciones que se pretenden abordar en la misma.

JUECES

POBLACIÓN ENTREVISTADA	CANTIDAD
Número de jueces entrevistados Cúcuta	5
Número de jueces entrevistados en Bogotá	3
Número de jueces entrevistados en Medellín	2
Número de jueces entrevistados en Cartagena	No quisieron responder la entrevista o no conocían el tema
Total de jueces entrevistados:	10

ÁRBITROS

POBLACIÓN ENTREVISTADA	CANTIDAD
Árbitros entrevistados en Cúcuta	No accedieron a realizar la entrevista. No es muy utilizado el proceso arbitral en esta ciudad.
Árbitros entrevistados en Bogotá	9
Árbitros entrevistados en Medellín	5
Árbitros entrevistados en Cartagena	1
Resultados obtenidos sin habérselo propuesto: Árbitros internacionales entrevistados:	2
Total de árbitros entrevistados	17

A esta población le fue aplicada una entrevista compuesta por diversas preguntas como se observará a continuación, y frente a las mismas se observa la posición

tanto de jueces como de árbitros y sus puntos de encuentro o desencuentro, así:
(Ver anexo - Fichas de entrevistas realizadas)

Pregunta	Posición Jueces entrevistados	Posición de Árbitros Entrevistados	Presenta punto de discusión
¿Qué implicaciones procesales tiene el Código General del Proceso frente a la demanda arbitral o la presentada para dar inicio a un proceso arbitral en Colombia?	La implicación es total por cuanto hay remisión normativa en el Estatuto Arbitral	La implicación es total por cuanto hay remisión normativa en el Estatuto Arbitral	No
¿Qué implicaciones procesales tiene el Código General del Proceso frente a la contestación de la demanda en un proceso arbitral en Colombia?	La implicación es total por cuanto hay remisión normativa en el Estatuto Arbitral	La implicación es total por cuanto hay remisión normativa en el Estatuto Arbitral	No
Por qué en el Código General del Proceso no se consideró al pacto arbitral como causal de rechazo por falta de jurisdicción?	Porque debido a que es expresión de un acuerdo de voluntades tienen la oportunidad de retractarse o ratificarlo	Porque debido a que es expresión de un acuerdo de voluntades tienen la oportunidad de retractarse o ratificarlo	No, pero si frente a si el arbitraje es una competencia o una jurisdicción especial aparte
¿Por qué en el Código General	Porque debido a que es expresión de un	Porque debido a que es expresión de un	No, pero si frente a si el

Pregunta	Posición Jueces entrevistados	Posición de Árbitros Entrevistados	Presenta punto de discusión
<p>del Proceso no se consideró al pacto arbitral como causal de rechazo por falta de competencia?</p>	<p>acuerdo de voluntades tienen la oportunidad de retractarse o ratificarlo</p>	<p>acuerdo de voluntades tienen la oportunidad de retractarse o ratificarlo</p> <p>Incluso, manifiesta 1 de los árbitros que se entrevistó que es porque la declaración de competencia que hace el Tribunal solo tiene una naturaleza relacionada con reiterar que tienen dicha competencia pero no es desde ese momento que se considera son competentes</p>	<p>arbitraje es una competencia o una jurisdicción especial aparte</p>
<p>¿Cuáles son las implicaciones probatorias del Código General del Proceso en el proceso arbitral en Colombia?</p>	<p>Consideran que son integrales</p>	<p>Son integrales, excepto la relacionada con el dictamen pericial</p> <p>Algunos consideran que se pueden aplicar para regular el dictamen pericial decretado por el Tribunal de Arbitramento el Estatuto Arbitral y para el caso del dictamen pericial de parte el Código General del Proceso</p>	<p>Si</p>
<p>¿Qué implicaciones tiene el Código General del</p>	<p>Los jueces consideran que se aplica la norma establecida en</p>	<p>Consideran que se aplica la norma del Código General del Proceso, pero</p>	<p>Si</p>

Pregunta	Posición Jueces entrevistados	Posición de Árbitros Entrevistados	Presenta punto de discusión
<p>Proceso en el proceso arbitral en Colombia frente a la solicitud, decreto y práctica de medidas cautelares innominadas y anticipatorias?</p>	<p>Código General del Proceso por remisión normativa</p>	<p>reconocen que no existe la posibilidad de que se decreten antes de la primera audiencia de trámite en el caso de normativas como las de Colombia</p> <p>1 de los árbitros entrevistados considera que sería de vital importancia que se pudiera hacer por medio de un árbitro o tribunal que desde la presentación de la demanda tuviera esta facultad pero que para eso sería necesario diseñar todo el procedimiento que se aplicaría en Colombia</p> <p>1 de los árbitros entrevistados considera que es posible el decreto de estas medidas desde el momento en que el tribunal admite la demanda por cuanto la declaración de competencia en la primera audiencia de trámite solo es para ratificar la misma, pero no nace a partir de dicha declaración</p>	

Pregunta	Posición Jueces entrevistados	Posición de Árbitros Entrevistados	Presenta punto de discusión
¿Considera que por medio del arbitraje ad-hoc, las partes en el pacto arbitral pueden hacer que los árbitros que conformen un Tribunal de arbitramento inapliquen normas contenidas en el Código General del Proceso?	Consideran que habrán normas de estricto cumplimiento que no podrán modificarse cuando tenga relación al debido proceso	Consideran que si puede hacerse, teniendo en cuenta límites constitucionales que no se indican claramente. De otro lado, considera 1 árbitro de los entrevistados que no puede hacerse por ser normas de estricto cumplimiento	Si
¿Considera que las regulaciones del Código General del Proceso con respecto a medios electrónicos aplican en el proceso arbitral en Colombia?	En integralidad son aplicables	En integralidad son aplicables	No
¿Considera que el dictamen pericial debe solicitarse, decretarse y practicarse como se estipula en el Estatuto Arbitral Colombiano o como lo estipula el Código General del Proceso?	Consideran que debe aplicarse la norma contenida el Estatuto Arbitral 1 Juez considera que debe aplicarse la norma del Código General del Proceso	En este punto los árbitros entrevistados comparten que la norma del Estatuto Arbitral es la aplicable actualmente Para otro sector conformados por 2 de los entrevistados se puede permitir ambas normas, una en el caso que se pretenda aportar el	Si

Pregunta	Posición Jueces entrevistados	Posición de Árbitros Entrevistados	Presenta punto de discusión
		<p>dictamen con la demanda y otra en que se pretenda que sea el Tribunal designe el perito</p> <p>Para 1 de los árbitros entrevistados, es complicada la posición de fusionar o permitir la aplicación de ambas normas porque eso genera un panorama de incertidumbre a menos que ambas partes sean las que decidan esta fórmula, Además resalta que existe otra forma de hacerlo en el Código Contencioso Administrativo, por lo que serían ya tres posiciones encontradas.</p>	
<p>¿Considera que las regulaciones concernientes a la carga de la prueba y el decreto de pruebas de oficio reguladas en el Código General de Proceso aplican para el proceso arbitral en Colombia?</p>	<p>En integralidad se aplican</p>	<p>En integralidad se aplican</p> <p>Algunos expresaron que hay árbitros que no las decretan pero que es totalmente aplicable lo establecido en el Código General del Proceso</p>	<p>No, pero algunos árbitros expresan que en la práctica algunos se abstienen del decreto de las mismas</p>

Pregunta	Posición Jueces entrevistados	Posición de Árbitros Entrevistados	Presenta punto de discusión
¿Considera que el pacto arbitral con cláusulas escalonadas no tiene efectos en aplicación del Código General del Proceso en Colombia, artículo 13?	Se aplica en integralidad lo establecido en el Código General del Proceso	Se aplica en integralidad lo establecido en el Código General del Proceso a menos que se trate de un arbitraje ad – hoc	
¿Qué implicaciones procesales tiene la figura del amparo de pobreza contenida en el Código General del Proceso en el proceso arbitral en Colombia?	Se aplica integralmente 1 de los jueces entrevistados manifiesta que no puede aplicarse el régimen sancionatorio por remisión	Se aplica integralmente 2 de los árbitros entrevistados opinan que no debe aplicarse la norma integralmente ni el régimen sancionatorio 1 de los árbitros entrevistados considera que esta figura se ha presentado en desarrollo del abuso que ciertas personas jurídicas hacen de la figura y al final terminan pagando todos los honorarios del arbitraje	Si
¿Se pueden solicitar, decretar y practicar pruebas extraprocesales ante un árbitro?	No lo permite la Ley	No lo permite la Ley pero no se ve problema en un futuro para que se implemente la norma 1 árbitro expresa que	Si

Pregunta	Posición Jueces entrevistados	Posición de Árbitros Entrevistados	Presenta punto de discusión
		<p>considera innecesaria esta regulación puesto que teniendo en cuenta las bondades en cuanto a la celeridad en aplicación del Código General o incluso el recaudo de pruebas directo por las partes y sus apoderados no es necesaria este tipo de reformas en el Estatuto Arbitral en Colombia</p>	
<p>¿Cómo se interpreta en el caso del proceso arbitral la figura del llamamiento en garantía?</p>	<p>No conocen muy bien el tema la mayor parte de los entrevistados</p> <p>1 de los entrevistados está de acuerdo con la regulación del Estatuto Arbitral</p> <p>1 de los entrevistados manifiesta que el llamado en garantía es una parte sobreviniente por lo que no se le puede obligar a acudir al proceso arbitral si no estuvo de acuerdo en habilitar el mismo</p>	<p>Expresan que si bien es de vital importancia la aplicación lo que actualmente establece el Estatuto Arbitral en Colombia, no es posible en los casos que se trate de la modalidad de compromiso o de pacto arbitral verbal regulado en el artículo 3 del Estatuto Arbitral en Colombia</p> <p>Para 3 de los árbitros entrevistados la argumentación que la Corte Constitucional hace para declarar la exequibilidad de la norma no presenta argumentos válidos</p>	<p>Si</p>

Pregunta	Posición Jueces entrevistados	Posición de Árbitros Entrevistados	Presenta punto de discusión
¿Qué implicaciones tiene el Código General del Proceso frente a la valoración de la prueba y argumentación de la decisión en el proceso arbitral en Colombia?	Es aplicable el Código General del Proceso Integralmente	Es aplicable el Código General del Proceso Integralmente	No, pero hay que estudiar estas respuestas en coherencia con la determinación procedimental permitida a las partes en un arbitraje ad hoc

Los anteriores resultados, como se ha indicado en la investigación, fueron tomados solo como una opinión al interior de la investigación, a fin de verificar también en el medio la aplicación o implicaciones del código general del proceso en el proceso arbitral, razón por la cual la finalidad de las entrevistas era enriquecer el trabajo teórico, tanto a nivel legal, doctrinal y jurisprudencial ya realizado; y observar las diferentes percepciones que sobre figuras procesales en ambos procesos existen por parte de jueces y árbitros.

11. CONCLUSIONES

Del proyecto de investigación realizado, se puede concluir lo siguiente:

1. Las estipulaciones que en el pacto arbitral creen requisitos de procedibilidad se tendrán por no escritas en aplicación del Código General del Proceso.
2. Los requisitos que fueron implementados en el Código General del Proceso respecto a la presentación de la demanda y la contestación de la demanda se aplican en integralidad en el proceso arbitral en Colombia.
3. Las medidas cautelares en el proceso arbitral en Colombia pueden ser anticipatorias o dentro del proceso arbitral (después de notificado el demandado).
4. Las medidas cautelares anticipatorias en el proceso arbitral en Colombia (nominadas e innominadas), no presentan regulación expresa en la Ley 1563 de 2012.
5. Las medidas cautelares anticipatorias (nominadas e innominadas) pueden ser decretadas por los árbitros en Colombia, en aplicación de la Ley 1563 de 2012 y el Código General del Proceso.
6. En Colombia, es necesaria la adopción de una solución frente al vacío normativo que existe frente a la solicitud, decreto y práctica de las medidas cautelares anticipatorias (nominadas e innominadas) planteado a partir de la investigación realizada.
7. La posibilidad que se le ofrece a las partes que acuden al proceso judicial para solicitar medidas cautelares también debe existir para aquellos que elijan el arbitraje como mecanismo alternativo al proceso para la solución de un litigio.

8. La novedad del Código General del Proceso está en reorganizar las partes y los terceros con otro criterio: en la denominación de capítulos se utiliza el concepto de parte en sentido amplio, incluyendo como parte tanto a las iniciales, como a las sobrevivientes (antes terceros intervinientes), entre ellos el litisconsorte cuasinecesario, el interviniente excluyente, el llamado en garantía, el llamado como poseedor o tenedor, los sucesores procesales y los intervinientes para incidentes o trámites especiales, porque se involucran directamente con la pretensión.

El capítulo de terceros del nuevo Código General del proceso queda reservado para el coadyuvante (art. 71), por no tener una pretensión propia en el proceso, y para el llamado de oficio (art. 72), que citado podrá decidir presentarse al proceso para convertirse en parte si en él concurren los presupuestos de las figuras mencionadas en el literal anterior o, en su caso, iniciar actuación por separado.

9. Partiendo del litisconsorcio cuasinecesario que se integra con el llamado en garantía, mal podría considerarse como un simple garante, porque si fuera así no tendría derecho a ningún tipo de actividad dentro del proceso, situación contraria a lo que sucede en la realidad en Colombia, y de hecho a eso responde también la lógica de que lo que se discuta en el proceso tenga entonces efecto de cosa juzgada frente al llamado. Lo que si no queda claro es la contradicción del Estatuto Arbitral Colombiano, pues de un lado establece que la no adhesión al pacto del llamado va a generar que se declare la inexistencia del pacto y de otro se establece que en todo caso el laudo tendrá efectos.

10. La Corte Constitucional considera que el fundamento estructural para que no se requiera una aceptación expresa del llamado en garantía para el caso del proceso arbitral, es que no se considera parte, posición contraria a lo que establece actualmente el Código General del Proceso para todos aquellos que más que simples espectadores del debate procesal, sufrirán los efectos de una

sentencia o para este caso de un laudo arbitral por lo que evidentemente pueden ejercer todas las formas de contradicción que quien fue el demandado inicialmente.

11. La Corte expresó en un segundo argumento que de cierta manera no se sorprende al llamado porque debe conocer la existencia del pacto arbitral, en la modalidad de cláusula compromisoria. Pero nada dijo al respecto del compromiso, ni cuando se realice un pacto arbitral de forma verbal en el entendido del párrafo del artículo 3 de la Ley 1563 de 2012.

12. La adhesión obligatoria del llamado en garantía en los términos en que se regula lo anterior en el Estatuto Arbitral Colombiano se torna evidentemente inconstitucional, aún más en los casos donde el pacto arbitral no esté estipulado en el contrato, se trate de compromiso o sea cualquiera de las anteriores modalidades, pero en forma verbal.

13. Si bien en el proceso arbitral, se deberá notificar al llamado en garantía del proceso y se le da la oportunidad de contestarla. No puede obligarse al mismo a un proceso arbitral que no ha elegido y que de cierta manera no responde a los ritos preestablecidos en el ordenamiento jurídico colombiano, sorprendiendo incluso al mismo, con un negocio jurídico que no conoce en los casos que con anterioridad se citaron, por lo que considera esta investigación que dicha norma debe ser un poco más clara y evidenciar los postulados de la tutela jurisdiccional efectiva que cobija a las partes dentro de un proceso y por ende al que está siendo llamado.

14. El Código General del Proceso tiene implicaciones probatorias en el proceso arbitral en Colombia.

15. El Estatuto Arbitral Colombiano remite expresamente frente a la regulación probatoria al Código General del Proceso.

16. La presunción de autenticidad aplicable a los documentos debe interpretarse en el proceso arbitral colombiano, en los mismos términos que se hace en el Código General del Proceso.

17. La declaración de parte, la prueba por informe y el juramento estimatorio deben ser tenidos en proceso arbitral en los mismos términos que como nuevos medios de prueba son concebidos en el Código General del Proceso.

18. La prueba extraprocesal puede solicitarse, decretarse y practicarse ante los árbitros en Colombia al no existir una restricción legal para que esto se realice, sólo sería esperar una propuesta de implementación por parte de los Centros de Arbitraje y Conciliación del país.

19. La inspección judicial como medio de prueba debe practicarse excepcionalmente en el proceso arbitral cuando no se puedan verificar los hechos por otros medios de pruebas tal y como lo establece el Código General del Proceso.

20. Lo estipulado en el Estatuto Arbitral respecto de la prueba pericial debe ser entendido en vigencia del Código General del Proceso y no del Código de Procedimiento Civil, ni como norma especial para el mismo.

21. En Colombia la regulación de la forma en que debe aportarse el dictamen pericial no es la misma que regula dicho medio de prueba en el Estatuto Arbitral.

12. RECOMENDACIONES

1. En virtud de lo regulado en el Código General del Proceso no es recomendable ni pertinente que al redactar el pacto arbitral se incluyan estipulaciones que creen requisitos de procedibilidad que no se tendrán por escritos y generen el agotamiento de procedimientos que no son necesarios.

2. Es importante tener en cuenta las novedades que implementó el Código General del Proceso tanto para quien pretenda en un proceso ejercer el derecho de acción como de contradicción y por supuesto, por los árbitros como administradores de justicia excepcional y transitoria.

3. La práctica de la medida cautelar anticipatoria (nominadas e innominadas) en el proceso arbitral debería hacerse:

1) A partir de un proceso arbitral como se explicó, en el aparte que trata de la solicitud de las mismas, y antes de que el demandado tenga conocimiento de las mismas, es decir antes de que se instale en la forma como lo concibe la Ley 1563 de 2012, la instalación del Tribunal Arbitral.

2) A partir de la implementación de la figura de unos árbitros de urgencia que estén designados de forma permanente por el Centro de Arbitraje para cumplir con esto, antes de que el demandado tenga conocimiento de las mismas, es decir antes de que se instale en la forma como lo concibe la Ley 1563 de 2012, la instalación del Tribunal Arbitral.

3) A partir de la competencia que se designe en los Jueces Civiles del Circuito, con base en los argumentos anteriormente planteados, es decir antes de que se instale en la forma como lo concibe la Ley 1563 de 2012, la instalación del Tribunal Arbitral, pero en este caso la medida sería susceptible de ser revocada

por los árbitros habilitados por las partes para conocer del conflicto, lo que en la práctica podría generar un perjuicio frente a la parte que se decretó la medida, pero esto podría mitigarse con una caución que respalde el decreto y práctica de la misma.

4. Durante mucho tiempo se ha entendido que el pacto arbitral debe responder a la solemnidad de ser por escrito. Sin embargo, ese panorama cambió con la entrada en vigencia de la Ley 1563 de 2012 o Estatuto Arbitral Colombiano, tal y como lo explica el profesor Jaime Arrubla Paucar, en el estudio que hace sobre este tipo de contrato:

En nuestra opinión, de conformidad con la legislación vigente, la cláusula compromisoria solamente es solemne cuando no está anexa al contrato respectivo y se estipula por aparte y la solemnidad consiste en un escrito. El compromiso sí es solemne y consiste la solemnidad en cualquier clase de documento, incluso no autógrafo, como un fax, un telegrama o un documento informático.

Sin embargo, es significativo lo que dispone el parágrafo del artículo 3 de la Ley 1563 de 2012 sobre arbitraje: “Si en el término de traslado de la demanda, o de su contestación, o de las excepciones previas, una parte invoca la existencia de pacto arbitral y la otra no la niega expresamente, ante los jueces o tribunal de arbitraje, se entiende válidamente aprobada la existencia del pacto arbitral.

Como puede observarse, se le está dando completo alcance a una eventual estipulación verbal del pacto arbitral, sin distingo alguno, pudiendo referirse a cualquiera de sus dos especies²⁰⁷

5. Como bien se ha venido diciendo a través de todo el recorrido de la figura del llamamiento en garantía en el proceso arbitral en Colombia, es necesario tener en cuenta lo dicho en relación al debido proceso por el profesor Jairo Para Quijano: “La razón de ser de esta figura se halla ligada al concepto de del debido proceso como derecho fundamental de las personas que les otorga la garantía de no ser vinculadas o afectadas por una decisión judicial, sin haber tenido la oportunidad de exponer su posición en un proceso adelantado de acuerdo a los ritos

²⁰⁷ *Ibidem*.

preestablecidos”²⁰⁸ que si bien es utilizada en su libro para referirse al litisconsorcio necesario no puede leerse de forma aislada al cuasinecesario que de cierta manera se conforma cuando tiene lugar en el proceso el llamamiento en garantía.

Y es que si bien en el proceso arbitral, se deberá notificar al llamado en garantía del proceso y se le da la oportunidad de contestarla. No puede obligarse al mismo a un proceso arbitral que no ha elegido y que de cierta manera no responde a los ritos preestablecidos en el ordenamiento jurídico colombiano, sorprendiendo incluso al mismo, con un negocio jurídico que no conoce en los casos que con anterioridad se citaron, por lo que considera esta investigación que dicha norma debe ser un poco más clara y evidenciar los postulados de la tutela jurisdiccional efectiva que cobija a las partes dentro de un proceso y por ende al que está siendo llamado.

6. Frente a la forma en que debe solicitarse, decretarse y practicarse el dictamen pericial en Colombia, es de vital importancia que se unifiquen los criterios que se presentaron como posturas que permanecen de forma contradictoria en los diferentes administradores de justicia.

Si bien es claro que se comparte el hecho de que el Código General del Proceso no derogó expresamente la regulación especial que frente a este medio de prueba dispone el Estatuto Arbitral, será necesario que se proponga la aplicación de lo dispuesto en el Código General del Proceso por cuanto en opinión desarrollada en este estudio, implica mayores exigencias en lo que se aporte como dictamen en un proceso y mayor control por medio de las partes en la forma de contradicción, lo que no podría negarse a un proceso como el arbitral en Colombia.

²⁰⁸ Parra Quijano, Jairo. Los terceros en el proceso civil. Editorial Libería Ediciones del Profesional, Bogotá, 2001,

13. ÉTICA

Este proyecto de investigación tomó en cuenta todo lo concerniente a la normativa de propiedad intelectual y derechos de autor. Además de ir de acuerdo a postulados de éticas y valores del profesional y de las temáticas desarrolladas en el mismo.

14. BIBLIOGRAFÍA

Aljure Salame, Antonio y otros. Estatuto Arbitral Colombiano: Análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012. Bogotá, Editorial Legis, 2013, 592 pp.

Audit, Mathias. El orden público y el arbitraje: El efecto de las sanciones económicas internacionales sobre el arbitraje internacional. Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2014, 264 pp.

Araque Benzo, Luis Alfredo. Manual de Arbitraje Comercial. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2011, 230 pp.

Arazi, Roland. Código Procesal Civil y Comercial de la Nación comentado y concordado con los códigos provinciales procesales. Buenos Aires, Editorial Rubinzal Culzoni, Tomo I, 652 pp.

Arrubla Paucar, Jaime Alberto. Contratos Mercantiles Contemporáneos. Bogotá, Editorial Legis, 2013, 521 pp.

Barroso Osorio, Tulia del Carmen. “Eficacia de las medidas cautelares en los procesos declarativos ordinarios en la Legislación colombiana”, Organización Digital Casa Editorial S.A, Cartagena de Indias D.T.C - Colombia, 2008.

Bejarano Guzmán, Ramiro. Intervención de terceros y medidas cautelares en el proceso arbitral. *Congreso Iberoamericano de Derecho Procesal*, Bogotá, 1994.

Bejarano Guzmán, Ramiro. Procesos Declarativos, Ejecutivos y Arbitrales. Quinta Edición. Editorial Temis, Bogotá, 725 pp.

Bejarano Guzmán, Ramiro. La jurisprudencia arbitral en Colombia, Bogotá, Editorial Externado de Colombia. Tomo V, 2012, 479 pp.

Bejarano Guzmán, Ramiro. Código General del Proceso y Código de Procedimiento Civil comparativo. Bogotá, Editorial Externado de Colombia, 2012, 788 pp.

Calamandrei, Piero. *Providencias Cautelares*. Buenos aires. Editorial Bibliográfica Argentina. 1984.

Calamandrei, Piero. Instituciones del Derecho Procesal Civil. Buenos Aires, Editorial Ejea, Buenos Aires, 1962.

Canosa Suárez, Ulises. Partes, Terceros y Apoderados. El proceso civil a partir del Código General del Proceso. Bogotá, Editorial Universidad de Los Andes, 2014, 566 pp.

Cámara de Comercio Internacional, CCI, Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, CCI (2012). Disponible en: <http://www.sice.oas.org/dispute/comarb/icc/arbruls.asp>, <http://www.iccwbo.org/Data/Documents/Buisness-Services/Dispute-Resolution-Services/Mediation/Rules/2012-Arbitration-Rules-and-2014-Mediation-Rules-SPANISH-version/>

Caprasso, Oliver. El orden público y el arbitraje: Arbitraje y orden público europeo. Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2014, 264 pp.

Colombia. Congreso de Colombia. Ley 105 DE 1890. Diario Oficial No. 8.296, de 7 de enero de 1891.

Colombia. Congreso de Colombia. Ley 103 DE 1923. Diario Oficial No. 19498 a 19509, de 18 de febrero de 1924.

Colombia. Congreso de Colombia. Ley 105 DE 1931. Diario Oficial No 21.823, de 24 de octubre de 1931.

Colombia. Congreso de Colombia. Ley 28 DE 1931. Diario Oficial. N. 21624. 23, FEBRERO, 1931.

Colombia. Congreso de Colombia. Ley 446 DE 1998. Diario oficial 43335 del 8 de julio de 1998.

Colombia. Congreso de Colombia. Ley 23 DE 1991. Diario oficial 39752 de marzo 21 de 1991.

Colombia. Presidente de la Republica de Colombia. Decreto 2651 DE 1991. Diario Oficial 40177 de noviembre 25 de 1991.

Colombia. Congreso de la Republica. Ley 1563 de 2012. Congreso de la República. Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones.

Colombia. Congreso de la República. Ley 1564 de 2012. Congreso de la República. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones

Colombia. Congreso de la República. Código Civil. Ley 57 de 1887. 26 de mayo de 1873.

Colombia. Ley 256 de 1996. Congreso de la República. Por medio de la cual se dictan normas sobre competencia desleal.

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 24 de octubre de 2000, Expediente 5387.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-835/2013. Noviembre 20 de 2013. MP Nilson Pinilla Pinilla. Expediente D-9626.

Colombia. Corte constitucional, Sentencia C-379/2004. MP. Jaime Araujo Rentería. Expediente D-4974

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 9572A/2014. MP. Mauricio González Cuervo. Expediente D – 9907

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 947/2014. MP. Gloria Stella Ortiz Delgado. Expediente LAT – 427

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C – 294/1995. MP. Jorge Arango Mejía. Expediente D -791

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 330 A/2012. MP. Humberto Sierra Porto. Expediente D -8677

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia – SU- 837/2002. MP. Manuel José Cepeda Espinosa. Expediente: T – 503413

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-813/2014. MP. Jorge Iván Palacio Palacio. Expediente: T -4.267.451

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 067/2003. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra. Expediente: D -4111

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 543/2008. MP. Jaime Araujo Rentería. Expediente: T – 1484422

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 224/2013. MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Expediente: D -9266

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T- 734/2013. MP. Alberto Rojas Ríos. Expediente: T – 3.858.928

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-219. Bogotá, MP. Mauricio González Cuervo. Expediente: D – 10461

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-170/2014. MP. Alberto Rojas Ríos., Expediente: D – 9777

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad C-242/1997. MP. Hernando Herrera Vergara, Bogotá, Expediente: D -1501

Clay, Thomas. El árbitro. Bogotá, Editorial Ibañez y Universidad Javeriana, 2012, 141 pp.

Coronado Díaz, Javier Darío. Hacia el arbitraje de causas penales en Colombia. Bogotá, Editorial Ibañez y Universidad Javeriana, 2014, 115 pp.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad C-1140/2000. MP. José Gregorio Hernández Galindo, Expediente: D -2777, D -2783. D – 2792, D -2802, D – 2811

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad C-060/2001. MP. Carlos Gaviria Díaz, Expediente: D- 3089

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad C-1038/2002, MP. Eduardo Montealegra Lynett, Expediente: D - 4066

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad C-211/2000, MP. Carlos Gaviria Díaz, Bogotá, Expediente: D – 2539

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad C-572/2014. MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Expediente: D – 10.043

Courdier, Anne Sylvie y Dirx, Stphanie. El orden público y el arbitraje: Los árbitros enfrentados a la violación del orden público. Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2014, 264 pp.

Couture, Eduardo J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, Editorial B de F Ltda., 2010, 424 pp.

Colombia. Decreto 18/18 de 1998, Estatuto de los mecanismos alternativos de conflictos.

Cordero Arce, Gonzalo. Cláusulas arbitrales en contratos internacionales. Aspectos prácticos. Revista Chilena de Derecho, Santiago de Chile, 2007.

Cremades, Bernardo M. & Madalena, Ignacio, *Procedimientos paralelos en el arbitraje internacional*, 6 *Revista Peruana de Arbitraje*, 3-88 (2008). Disponible en: [http:// www.peruarbitraje.org/pdf/revista/REVISTA_PERUANA_DE_ARBITRAJE_RPA_6_2008.pdf](http://www.peruarbitraje.org/pdf/revista/REVISTA_PERUANA_DE_ARBITRAJE_RPA_6_2008.pdf)

De la Plaza, Manuel. *Derecho Procesal Civil Español*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1945.

Díaz Vallejos, José. Apuntes Sobre La Medida Cautelar. <http://asociacionjusticiayderechouigv.blogspot.com/2009/12/algunos-apuntes-sobre-la-medid>. 29 mayo 2014

Estados Unidos, Asociación Americana de Arbitraje, AAA, Reglamento de arbitraje internacional de la Asociación Americana de Arbitraje, AAA (1997). Texto disponible en español e inglés: <http://www.intracen.org/Reglamento-de-Arbitraje-Internacional-de-la-Asociacion-Americana-de-Arbitraje-1997/>, <http://www.intracen.org/International-Arbitration-Rules-of-the-American-Arbitration-Association-2001/>

España, Ley 1/2000, 7 de enero, Ley de Enjuiciamiento Civil. Disponible en: <https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>

Etcheverry, Raúl. Derecho Comercial y Económico. Buenos Aires, Editorial Astrea, 2005, 342 pp.

Francia, Loi 2007-1787, Nouveau Code de Procédure civile, 20 décembre 2007. Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/afichCode.do?cidTexte=LEGI TEXT000006070716>

Fraga Pittaluga, Luis. *El Arbitraje en el Derecho Administrativo*, 29 - 30, Caracas, Editorial Torino, 2000.

Francia, Cour de cassation, 7 de junio de 1979, asunto *societe d'exploitation du cinema rex v. societe rex*.

Friedland, Paul. Cláusulas de Arbitraje para Contratos Internacionales. Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 2010, 322 pp.

Galiano Marytan, Grisel. La integración del derecho ante las lagunas de la ley. Necesidad ineludible en pos de lograr una adecuada aplicación del derecho. Revista Díkaion, Universidad de La Sábana, Bogotá, 2012

González López, Édgar. Análisis de laudos arbitrales en derecho de las telecomunicaciones. Bogotá, Editorial Externado de Colombia, 2012, 664 pp.

Hart, Herbert. El Concepto del Derecho., Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 2009, 325 pp.

HornIng, Richard Allan, Interim Measures of Protection; Security for Claims and Costs, and Commentary on the WIPO Emergency Relief Rules, 9 American Review of International Arbitration, 1-4, 1998.

Inglaterra, Ley de Arbitraje Inglesa de 1996. Disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents>

Jacquet, Jean Michel. El orden público y el arbitraje: El orden público trasnacional. Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2014, 264 pp.

Jarroson, Charles. El orden público y el arbitraje: La intensidad del control del orden público. Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2014, 264 pp.

Klett Fernández, Selva Anabella. “Medidas cautelares innominadas”. *En Memorias del XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Medellín, 2013.

“Medidas Cautelares: su instrumentalidad”. 15 de julio 2001.
<http://www.derecho.com/articulos/2001/07/15/las-medidas-cautelares-su-instrumentalidad/>. 25 mayo 2014.

Inglaterra, Corte de Arbitraje Internacional de Londres, LCIA, Reglamento de la Corte (1998). Disponible en:
http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/LCIA_Arbitration_Rules.aspx

Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, UNCITRAL, Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales, Roma, 2004. Disponible en:
<http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-s.pdf>

Italia, Associazione Italiana per l'Arbitrato, AIA, Asociación Italiana para Arbitraje, Reglamento de Asociación Italiana para Arbitraje. Disponible en:
http://arbitratoaia.com/images/immagini/Regolamento_Arbitrato_AIA_2016.pdf

Eyzaguirre Echeverría, Rafael. "El arbitraje comercial en la legislación chilena y su regulación internacional", Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1981.

Francia, Cour de cassation, asunto *Société d'exploitation du Cinema Rex v. Société Rex*, 7 de junio de 1979.

García Máynez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Caracas, Editorial Atenea, Caracas, 2008, 469 pp.

Labandera, Eduardo. Las presunciones en el derecho canónico. Pamplona, España, 1967.

López Blanco, Hernán Fabio. La jurisprudencia arbitral en Colombia., Bogotá,

Editorial Universidad Externado de Colombia. Tomo IV, 2007, 850 pp.

López Blanco, Hernán Fabio. Procedimiento Civil. Bogotá, Editorial Dupré Editores, 2009, 1116 pp.

Luis Fraga Lo Curto, Las medidas cautelares anticipadas en el arbitraje venezolano, centro empresaria de conciliación y arbitraje.

Manciaux, Sébastien. El orden público y el arbitraje: El orden público internacional y el arbitraje de inversión. Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2014, 264 pp.

María Castañeda, Yessica Romero. Obtenido de [file:///C:/Users/stefania%20sanchez/Downloads/1171-3338-3-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/stefania%20sanchez/Downloads/1171-3338-3-PB%20(1).pdf), 1 de julio de 2014.

Marinoni Guilherme, Luiz; Pérez Ragone, Álvaro. Núñez Ojeda Raúl. Fundamentos del Proceso Civil. Hacia una teoría de la adjudicación. Chile, Editorial Abeledo Perrot, 2010, 484 pp.

Marinoni, Luiz Guilherme. *“La evolución de la técnica anticipatoria y de la tutela preventiva en Brasil”*. 975 (Memorias del XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Vol. 34, Universidad Libre, Bogotá D.C.)

Martinez Neira, Nestor Humberto. El pacto arbitral en: Estatuto Arbitral Colombiano. Análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012. Bogotá, Editorial Legis, 592 pp.

México, Centro de Arbitraje de México, CAM, Reglamento del Centro de Arbitraje de México, CAM (2009). Disponible en: <http://www.camex.com.mx/index.php/arbitraje-cam/reglas-de-arbitraje-del-cam>

Monroy Cabra, Marco Gerdado. *Derecho Procesal Civil*. Bogotá, Editorial Ediciones Librería del Profesional, 2001, 612 pp.

Monroy Gálvez, Juan. *Introducción al proceso civil*. Lima, Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 266 pp.

Morales Molina, Hernando. *Curso de Derecho Procesal Civil*. Editorial ABC, Bogotá, 1991.

MORELLO, Augusto Mario. VÉSCOVI, Enrique. *Medidas Cautelares y Medidas Provisionales*. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2047/12.pdf>. 29 mayo 2014

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, OMPI, Reglamento de Arbitraje del Tribunal de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, OMPI. Disponible en: <http://www.wipo.int/amc/es/arbitration/rules/>, <http://www.wipo.int/amc/en/arbitration/rules/>

Falcon, Enrique. *Tratado de Derecho Procesal Civil, Comercial y de Familia*. Buenos Aires, Editorial Rubinzal Culzoni, Tomo III, 287 pp.

Francia. *Nouveau Code de Procedure civil*.

González López, Édgar. *Análisis de laudos arbitrales en derecho de las telecomunicaciones*. Bogotá, Editorial Externado de Colombia, 2012.

Hart, Herbert. *El Concepto del Derecho.*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 2009.

Nieva Fenoll, Jordi. “*El Elemento psicológico en la adopción de las medidas cautelares*”, 107 *Memorias del IX Congreso Internacional de Derecho Procesal*. Vol. 9, Universidad Libre, Cúcuta, 2013.

Parra Quijano, Jairo. *Manual de Derecho Probatorio*. Decimoséptima Edición, Bogotá, Librería Ediciones del Profesional LTDA, 864 pp.

Parra Quijano, Jairo. *Los terceros en el proceso civil*. Bogotá, Editorial Librería Ediciones del Profesional, 2013, 434 pp.

Parra Quijano, Jairo. “Medidas cautelares innominadas”. *En Memorias del XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Medellín, 2013.

Rangel Romberg, Aristides. “Medidas Cautelares Innominadas”. *web del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. Pág. 91. En <http://www.icdp.co/revista/articulos/8/MEDIDAS%20CAUTELARES%20INNOMINADAS-20ARISTIDES%20RANGEL%20ROMBERG.pdf>. 26-05-2014.

Rocco, Ugo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Editorial Temis, Bogotá, 1970.

Rodríguez Mejía, Marcela. *Medidas cautelares en el proceso arbitral en Colombia*. Bogotá, Editorial Externado de Colombia, 2013, 482 pp.

Peyrano, Jorge W. Las reglas de la sana crítica, en la Ley, boletín del 4 de diciembre de 2014

Peyrano, Jorge W. *Memorias del XII Congreso Panameño de Derecho Procesal*. Instituto Colombo Panameño de Derecho Procesal. Panamá, 2015

Perera, Pedro & angrlsano, Humberto, *Las medidas cautelares en el arbitraje*, *Revista Comité de Arbitraje* (2013). Disponible en: http://www.venamcham.org/index.php?option=com_content&id=1296%3Acomite-de-arbitraje-las-medidas-cautelares-en-el-arbitraje-febrero-2013&Itemid=19

Peña Nossa, Lisandro. *De los contratos mercantiles nacionales e internacionales*. Bogotá, Editorial ECOE Ediciones, 669 pp.

Peña, Rogelio Enrique. *Teoría General del Proceso*. Bogotá, Editorial ECOE Ediciones, 2011, 209 pp.

Principios Unidroit. UNCITRAL

Quintero, Beatriz. *Teoría General del Derecho Procesal*. Bogotá, Editorial Temis. Cuarta Edición, 2008, 651 pp.

Reglamento Cámara de Comercio Internacional (CCI)

Quiroz, Marcos. *El ABC de la entrada en vigencia del Código General del Proceso*. Bogotá, 2015

Racine, Jean Baptiste. *El orden público y el arbitraje: Las normas que estructuran el orden público en el arbitraje comercial internacional*. Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2014, 264 pp.

Ravillon, Laurance. *El orden público y el arbitraje: ¿Qué queda del concepto de arbitrabilidad?*. Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2014, 264 pp.

Rodríguez Mejía, Marcela. Medidas Cautelares en el Proceso Arbitral. Bogotá, Editorial Externado de Colombia, 2013, 482 pp.

Sanabria Santos, Henry. Integración del contradictorio e intervención de otras partes y terceros en el proceso arbitral. En H. Sanabria Santos, Estatuto Arbitral Colombiano: Análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012. Bogotá, Editorial Legis, 2013, 592 pp.

Sartori. “El debido concepto de lo cautelar”. <http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/SARTORI> 25 mayo 2014.

Suecia, Ley de Arbitraje, 4 de marzo de 1999. Disponible en: <http://www.sc.ehu.es/dpwl/naa/legislacion/ARBITRAJE%20INTERNACIONAL/Ley%20Sueca/Ley%20sueca.htm>, <http://www.uni-kiel.de/leobalt/Datenbank/Schweden/The%20Swedish%20Arbitration%20Act%20of%201999.htm>

Tobar Ordoñez, Jaime Humberto. La aplicación del Código General del Proceso en el Arbitraje. Editorial Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá, 2014, 657 pp.

Venezuela, Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje, CEDCA, Reglamento de Conciliación y Arbitraje. Disponible en: http://www.cedca.org.ve/documentos/normativa_arbitraje/iii.%20Reglamento%20CEDCA.pdf

Zapata. Adriana, Barona Silvia Y Esplugues Carlos. El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica. Regulación presente y tendencias de futuro., Bogotá, Editorial Externado de Colombia, 2010, 752 pp.

Velloso, Alvarado, Adolfo. "El procedimiento cautelar y la solución urgente de una pretensión" *Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. XXXIV. Medellín. Universidad Libre, 2013.

15. ANEXOS

- Formato Fichas Bibliográficas Resumen (Anexo 1)
- Formato Fichas Bibliográficas Textual (Anexo 2)
- Fichas de Análisis de Sentencia (Anexo 3)
- Análisis de Entrevistas (Anexo 4)
- Formatos de Entrevistas, cuyas respuesta tienen información pertinente al proyecto de investigación (Anexo 5)

Aclaración: Las solicitudes para realizar entrevistas se hizo por medio de correo electrónico, pero en su mayoría verbalmente por evento de la confidencialidad que representa el manejo de la información en relación al arbitraje nacional, lo cual impedía que se respondieran las preguntas por este medio. Sin embargo, se cuenta con algunas grabaciones de los que permitieron se dejara esta evidencia que después fue transcrita por los investigadores el formato establecido para el efecto. .