

# NUEVO DERECHO

Nuevo Derecho

ISSN: 2011-4540

nuevo.derecho@iue.edu.co

Institución Universitaria de Envigado

Colombia

Henao Bernal, Nicolás

Algunos fenómenos externos, desde la óptica del siglo XXI, que impactan al pacto arbitral

Nuevo Derecho, vol. 11, núm. 16, enero-junio, 2015, pp. 79-94

Institución Universitaria de Envigado

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=669770727006>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

## Algunos fenómenos externos, desde la óptica del siglo XXI, que impactan al pacto arbitral

### Some external phenomena, from the perspective of the XXI century, impacting the covenant arbitration

*Nicolás Henao Bernal\**

**Resumen:** La idea central es que Colombia, bajo el “Estado Social, Constitucional y Democrático de Derecho” ha permitido que la “justicia” pueda ser prestada por particulares. Además, el legislador ha modificado el concepto de “orden público” por uno más novedoso que va acorde con el siglo XXI. En virtud de la globalización, la “administración de justicia” también se ha insertado en ella bajo el arbitraje, pero esa inserción no ha sido absoluta, con lo cual ha hecho que el principio de la autonomía de la voluntad colisione con el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Como efecto de la globalización, el arbitraje del siglo XXI se convierte en una forma de legitimación democrática del Estado. Los objetivos son: determinar algunos fundamentos filosóficos y políticos del arbitraje en el siglo XXI bajo la lupa del “Estado Social, Constitucional y Democrático de Derecho”, examinando las nociones de orden público y la globalización.

Como metodología se utilizó el método documental exploratorio, apoyándose en doctrina y jurisprudencia. Los hallazgos más significativos, son: i) Colombia ha evolucionado la noción de “orden público”, ii) el principio de la autonomía de la voluntad en un mundo globalizado no es absoluto, sino que tiene restricciones.

Algunas conclusiones: i) los cambios legislativos y jurisprudenciales muestran una evolución y un movimiento del concepto “orden público”, por ello el arbitraje no puede seguir observándose bajo la tradición del siglo XX; ii) es posible procesar y enjuiciar, vía proceso arbitral, pretensiones ejecutivas; iii) bajo el “Estado Social, Constitucional y Democrático de Derecho” los derechos fundamentales están vigentes en el arbitraje; iv) los derechos fundamentales son globales, por ende, sus núcleos esenciales no deben mutar en razón de “las fronteras geográficas” de los Estados; v) a mayor aplicación de los derechos fundamentales en los actos de los privados, mayor será la legitimación democrática del Estado.

**Palabras clave:** cláusula compromisoria, orden público, globalización, principio de la autonomía de la voluntad, derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

**Abstract:** The central idea is that Colombia, under the “Social State and Democratic Constitutional Law” has allowed “justice” can be provided by individuals. In addition, the legislature amended the concept, one more new “public order” which fits with the XXI century. Under globalization, “justice” has also been inserted therein under the arbitration, but that integration has not been absolute with which has made the principle of autonomy of the will collide with the right to custody effective judicial.

As a result of globalization, arbitration of the century, becomes a form of democratic legitimacy of the state. The objectives are to determine some philosophical and political foundations of arbitration in the XXI cen-

\* Abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana, profesor de cátedra de dicha institución. Especialista en Arbitraje de la Universidad EAFIT y Magíster en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín, Colombia. nicolash@nicolashenao.com y nicolashenao@hotmail.com.

tury under the magnifying glass of the “Social State and Democratic Constitutional Law”, examining the notions of public policy and globalization.

As an exploratory methodology documentary method, based on doctrine and jurisprudence was used. The most significant findings are: i) Colombia has evolved the notion of “public order”, ii) the principle of autonomy in a globalized world, is not absolute, but has restrictions.

Some conclusions: i) legislative and jurisprudential changes show an evolution and movement of the concept “public order”, so the Arbitration can no longer observed in the tradition of the twentieth century; ii) it is possible to prosecute and try, via arbitration process, executive claims; iii) under the “Social Democratic State Constitutional Law” fundamental rights are in force in the arbitration; iv) fundamental rights are global, therefore, essential cores should not mutate because of “geographical boundaries” of states; v) a greater application of fundamental rights in the acts of private, the greater the democratic legitimacy of the state.

**Keywords:** arbitration clause, public policy, globalization, principle of autonomy, right to effective judicial protection.

## 1. ¿En qué mundo vivimos? Reflexión o contextualización actual del nuevo “Estado Social, Constitucional y Democrático de Derecho” y su impacto con el arbitraje

Ello es importante porque muchas veces se conoce la norma y se aplica, pero no se entiende el contexto del mundo vigente; así, pues, la historia jurídica ha gestado unas etapas o periodos conocidas como el periodo romano, la edad medieval, el Renacimiento, la Ilustración, la Revolución Francesa, la Edad Moderna y, finalmente, la edad contemporánea.

Pero, ¿qué título o cómo se llama el periodo o la etapa del mundo actual? Se responde a ello manifestando que se vive en la edad de la tecnología, de la informática o de las telecomunicaciones, y lo cierto de ello es que todas esas palabras han invadido al mundo actual. Hoy en día, la gente no puede vivir sin la Internet, sin una *tablet* o sin un celular “inteligente”.

Colombia, a partir del año 1991, con el cambio de la Constitución, dio un vuelco trascendental, puesto que generó un nuevo marco normativo, una nueva estructura de todo lo que ella era para dar lugar a lo que se conoce como el “Estado Social, Constitu-

cional y Democrático de Derecho”. Así las cosas, desde el punto de vista histórico, Colombia lleva, tan solo veinticuatro (24) años de evolución de ese nuevo modelo llamado “Estado Social, Constitucional y Democrático de Derecho”, y eso no es nada: todo está por hacer, por construir, para lo cual, y bajo esa guía, se emprenderá el estudio de esta investigación.

En el mundo actual, el “Estado Social, Constitucional y Democrático de Derecho” del siglo XXI se ha desprendido de unos valores que eran considerados en los siglos XIX y XX como propios de él, tales como los servicios públicos, las pensiones, la salud, la infraestructura, los puertos y aeropuertos. Esos eran asuntos propios del Estado; hoy por hoy, el Estado ha permitido que esos temas sean prestados por privados.

Pero, ¿qué pasa, entonces, con el valor “justicia o administración de justicia”? ¿Será que ese valor es otro de los postulados del “Estado Social, Constitucional y Democrático de Derecho” que debe estar todavía únicamente en cabeza del Estado? O, ¿será que la tendencia actual, al igual que los demás valores ya mencionados, es a que el Estado permita que los particulares en su calidad de árbitros, administren justicia al igual que un Juez?

Finalmente, y con esta brevísima “contextualización y estado del arte” del mundo actual, bueno o malo, pero que es la realidad, la “justicia” no puede afirmarse que es un “poder soberano del Estado”, ya que el concepto de soberanía de los siglos XIX y XX no es el mismo al de soberanía del siglo XXI. Es que en el siglo XXI el “Estado Social, Constitucional y Democrático de Derecho” no es soberano, o si ejerce soberanía esta es mínima, todo ello en razón del fenómeno de “la globalización”, asunto que, por su importancia, se tratará en un capítulo aparte.

Así, pues, y para retomar algunas cuestiones importantes frente a este nuevo modelo de Estado (Feldstein de Cárdenas & Leonardi de Herbón, 1998) se pregunta lo siguiente: ¿Por qué resurgió el arbitraje con tanto vigor desde mediados de este siglo? ¿Está vinculado el éxito del arbitraje a la expansión de la democracia en el mundo? ¿La globalización de la economía, la regionalización constituida por espacios integrados requieren de una forma de justicia nueva, ágil, moderna, que admita rápidos cambios en su estructura? ¿Hay pérdida de la valoración positiva de la justicia del Estado? ¿Cómo recepta el arbitraje la teoría general del Derecho? ¿Debe el orden jurídico estatal, admitir el arbitraje, o debe el Estado monopolizar todo lo concerniente a la administración de justicia?

¿El arbitraje otorga a las partes y a los árbitros la facultad de dictar sus propias reglas de procedimiento, elegir a la ley de fondo para resolver el conflicto y fijar la sede del Tribunal: es posible admitir una privatización de la administración de justicia? ¿La justicia arbitral es el instrumento de solución para los grandes negocios, los de montos enormes; o es útil también para los pequeños empresarios o usuarios que enfrentan conflictos de escaso monto? ¿Puede dejarse en manos de terceros árbitros completar estipulaciones contractuales?

## 2. El nuevo concepto de “orden público” como soporte del arbitraje del siglo XXI

¿Cuál es el límite del derecho comercial? La respuesta tradicional ha sido “el orden público y las buenas costumbres”. Por ello es importante, nuevamente, preguntarse: ¿Será que el concepto de orden público del siglo XXI puede ser el mismo concepto tradicional de los siglos XIX y XX? Mi respuesta rotunda es que no, y ello en razón a que si “la estructura” del Estado se ha modificado radicalmente con el modelo de “Estado Social, Constitucional y Democrático de Derecho”, el concepto de orden público, consecuente y necesariamente, también tiene que variar.

Pero, pese a esta modificación, es una realidad que aún en la actualidad se mantienen aspectos jurídicos ligados a ese concepto de orden público del siglo pasado; por ejemplo, los extenuantes requisitos para configurar la “factura de venta” como título valor (Colombia, Ley 1231, 2008). Todo ello se mantiene en el ordenamiento jurídico y, en especial, en el Juez permanente del Estado, sin que se avizore un “cambio” de pensamiento evolutivo del Juez en el siglo XXI, lo cual genera dificultades tanto para quien tiene la libertad de configuración de la norma, como para quien tiene el poder-deber de aplicarla.

Como consecuencia de ello, el Estado del siglo XXI requiere, necesariamente, modificar el valor “justicia o administración de justicia” a través del “arbitraje”, regulándolo como una forma alternativa de solucionar los conflictos intersubjetivos de intereses, mediante su inserción en un texto constitucional y, posteriormente, mediante una regulación normativa.

A continuación, se hará un breve rastreo legislativo sobre algunos de los cambios trascendentales que han ocurrido a partir de la vigencia de la Constitución de 1991, sobre un nuevo concepto de “orden público”, así:

**1. El Estatuto del Consumidor (Colombia, Ley 1480, 2011):** el mundo actual reconoce una realidad viva: el status de una nueva rama del derecho denominada “el derecho del consumo”, la cual entrará a reglar los contratos celebrados en la última etapa de la cadena de producción, contratos que, a partir del siglo XXI, merecen una consideración jurídica diferente frente a los contratos regulados en la legislación civil y mercantil.

El derecho del consumo, se convierte, entonces, en un área transversal a todo el ordenamiento jurídico, puesto que estas relaciones moverán la economía nacional, esto es, si Colombia cuenta con cuarenta y cuatro (44) millones de ciudadanos, aproximadamente, entonces, serán cuarenta y cuatro (44) millones de personas las que tienen la posibilidad de realizar operaciones de consumo. Así, pues, el artículo 4 de la Ley 1480 de 2011, en lo pertinente, indica:

**Artículo 4º.** Carácter de las normas. Las disposiciones contenidas en esta ley son de orden público. Cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita, salvo en los casos específicos a los que se refiere la presente ley.

Sin embargo, serán válidos los arreglos sobre derechos patrimoniales, obtenidos a través de cualquier método alternativo de solución de conflictos después de surgida una controversia entre el consumidor y el proveedor y/o productor.

Las normas de esta ley deberán interpretarse en la forma más favorable al consumidor. En caso de duda se resolverá en favor del consumidor.(...) (Colombia, Ley 1480, 2011, art. 4)(Subrayado fuera del texto original).

A mi juicio, es evidente que el legislador, para efectos de proteger al “consumidor” como sujeto destinatario y real del mundo globalizado, del mundo de las compañías “multinacionales y/o transnacionales” y, en general, como sujeto inmerso en la “economía del mercado”, surgió para el Estado un nuevo valor a proteger, el cual es el que se refiere a los contratos celebrados por los sujetos “consumidores”. Por ello, el carácter de “orden público” juega un papel importante y novedoso en las relaciones de consumo, en razón a que la parte consentida de la ley es el consumidor, en tanto que la parte débil es el acreedor.

Con fundamento en esa afirmación, me pregunto: ¿en el siglo XIX y XX, o en el Código Civil o en el Código de Comercio, el legislador había tratado al acreedor como la parte débil? La respuesta es negativa, ya que en esas legislaciones el acreedor es quien tiene la posición de ventaja. De ahí, entonces, la novedad y el cambio del concepto de las normas de “orden público”, en virtud a que la gran mayoría de las operaciones mercantiles son de consumo y, además, porque esas operaciones mueven la economía nacional.

**2. La ley de protección al consumidor financiero (Colombia, Ley 1328, 2009):** Hasta antes del año 2009, en Colombia no existía una regulación robusta y poderosa para el consumidor financiero; lo que existía eran unas muy escasas y pobres normas que regulaban la materia, pero con la expedición de la Ley 1328 de 2009 se genera, de manera efectiva, la protección al consumidor financiero.

La Ley 1328 de 2009 nada dice respecto del carácter de sus normas, pero, por la naturaleza de la regulación normativa, estas normas deben predicarse como de “orden público”, puesto que la actividad financiera es una actividad de interés pública y de riesgo, y con ello se genera la presencia de una asimetría en el conocimiento, en la información y en la educación del consumidor, es decir, la mayoría de los ciudadanos del país desconocen las reglas y la estructura de “el sector financiero”.

En virtud de ese desconocimiento general, el Estado debe equilibrar esas asimetrías entre el sector financiero y el consumidor, y es por esa razón que el concepto de “orden público” de dichas normas debe mirarse bajo una nueva óptica: el sector financiero capta, administra y negocia dineros y recursos que provienen, en su gran mayoría, del consumidor.

**3. Las prerrogativas del art. 1324 y el art. 1328 del C. de Co., respecto del contrato de agencia comercial ¿son renunciables?:** si bien es cierto que frente a la discusión<sup>1</sup> de las prestaciones de que trata el art. 1324 se ha discutido si son o no son renunciables, lo cierto es que la Corte Suprema de Justicia, mediante Sentencia del 19 de octubre de 2011, M.P. William Namén Vargas, permitió la renuncia de la prestación del art. 1324



del C. de Co. Toda esta discusión ha tenido como centro de imputación el concepto del “orden público”. La Corte, en la sentencia enunciada, en relación únicamente con el “orden público”, expresó:

La doctrina elaborada por la Corte en el año de 1980 respecto de imperatividad del precepto legal y la indisponibilidad del derecho a la prestación consagrada en el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio, se inspiró en la prudente interpretación del orden público social o económico dentro del contexto que se estimó imperante entonces, caracterizado por la supremacía de los empresarios agenciados, la desprotección de los agentes, la presencia de relaciones de mercado asimétricas y situaciones inequitativas e injustas en intereses considerados bajo esa perspectiva vitales en la industria y el comercio, y que la Sala juzgó necesario tutelar.

En veces, el orden público actúa como un mecanismo para la organización, productividad, eficiencia y equidad del sistema económico, hay una economía dirigida (orden público de dirección), y en ocasiones, para proteger determinados intereses (orden público tutelar o de protección) en razón de cierta posición económica, social, jurídica, factores sociales (Estado providencia, proteccionismo social) para proveer al bienestar social y la satisfacción de las necesidades económicas de los ciudadanos, suprimir o atenuar manifiestas desigualdades socio-económicas (contratos de adhesión, derecho del consumo), ora económicos (política deflacionista, control de precios de crédito, derecho de la competencia, interés general).

Empero, el concepto de orden público, es dinámico, mutable y cambiante, aunque no esencialmente variable y sus modificaciones se advierten en intervalos relativamente largos en el tiempo. Así, lo considerado hace unos lustros de orden público, no lo es hoy, como lo del presente puede variar mañana, y en verdad, los profundos cambios contemporáneos gestados en la vertiginosa mutación del comercio, las relaciones comerciales y el tráfico jurídico, han modificado el contexto socio-económico de la época en la cual la Corte sentó la doctrina jurisprudencial de las sentencias de 2 diciembre de 1980 (...) (Corte Suprema, 2011) (Subrayado fuera del texto original).

Esta sentencia, que puede ser considerada como una sentencia hito del derecho comercial, claramente genera un cambio en la noción del “orden público” tradicional. Así, pues, la noción de orden público, desde el punto de vista histórico, ha tenido una trans-

formación importante: en la época del capitalismo, el orden público era de contenido “político”, luego, con la entrada del estado benefactor, el orden público pasa a tener un contenido “intervencionista”, posteriormente, y con el concepto del Estado Social de Derecho, el orden público tiene un contenido “social”.

Hoy en día, en razón de la existencia de unos fenómenos importantes, tales como el calentamiento global, la intervención del hombre en los recursos naturales, la globalización, el intercambio cultural, entre otros, aparecen tintes o nuevos conceptos de “orden público”, tales como el “ecológico”, el “sociológico” y el “económico”, entre otros.

**4. La prelación de créditos en el concurso recuperatorio o en el proceso de reorganización (Colombia, Ley 1116, 2006):** expresa, en lo pertinente, el novedoso artículo 41 de la Ley 1116 de 2006:

**Artículo 41.** *Prelación de créditos y ventajas. En el acuerdo podrá modificarse la prelación de créditos, siempre que sean cumplidas las siguientes condiciones:*

1. La decisión sea adoptada con una mayoría superior al sesenta por ciento (60%) de los votos admisibles.
2. Tenga como propósito facilitar la finalidad del acuerdo de reorganización.
3. No degrade la clase de ningún acreedor sino que mejore la categoría de aquellos que entreguen recursos frescos o que en general adopten conductas que contribuyan a mejorar el capital de trabajo y la recuperación del deudor.
4. No afecte la prelación de créditos pensionales, laborales, de la seguridad social, adquirentes de vivienda, sin perjuicio que un pensionado o trabajador, o cualquier otro acreedor, acepte expresamente los efectos de una cláusula del acuerdo referente a un derecho renunciante, siempre que ello conduzca a la recuperación de su crédito.

La prelación de las obligaciones de la DIAN y demás autoridades fiscales, podrá ser compartida a prorrata con aquellos acreedores que durante el proceso hayan entregado nuevos recursos al deudor o que se comprometan a hacerlo en ejecución del acuerdo, la cual será aplicada inclusive en el evento del proceso de liquidación judicial. Para tal efecto,

cada peso nuevo suministrado, dará prelación a un peso de la deuda anterior. La prelación no es aplicable por la capitalización de pasivos, ni por la mera continuación de los contratos de tracto sucesivo.

Para el caso de nuevas capitalizaciones que generen ingreso de recursos frescos al deudor, durante el proceso y ejecución del acuerdo de reorganización, los inversionistas que realicen tales aportes de capital, además de las ventajas anteriores, al momento de su liquidación, tendrán prelación en el reembolso de su remanente frente a otros aportes y hasta por el monto de los nuevos recursos aportados.

Los acreedores que entreguen al deudor nuevos recursos, condonen parcialmente sus obligaciones, otorguen quitas, plazos de gracia especiales, podrán obtener, como contraprestación las ventajas que en el acuerdo se otorguen a todos aquellos que concedan los mismos beneficios al deudor (...) (Colombia, Ley 1116, 2006, art. 41) (Subrayado propio).

Esta norma es de avanzada, por cuanto que efectivamente mejora y evoluciona el concepto de “orden público” tradicional. ¿A quién se le ocurría pensar en los siglos XIX y XX que las normas sobre prelación de créditos contenidas en los artículos 2488 a 2511 del Código Civil pudieran ser objeto de modificación en virtud del principio de la autonomía de la voluntad? Y la razón de esa modificación, no es otra que la de proteger el crédito, proteger a la empresa, el empleo y a las familias que dependen de esa empresa.

**5. La ley Estatutaria de Justicia (Cfr. arts. 8 y 13 de la Ley 270 de 1996<sup>2</sup>, modificada por los arts. 3 y 6 de la Ley 1285 de 2009):** esta ley, de carácter estatutaria, amplió el ámbito de aplicación del arbitraje, pues ya no quedó circunscrito a los asuntos “transigibles”, sino a todos aquellos que sean “de libre disposición”, por ello la tendencia o el cambio legislativo debe entenderse como una voluntad general y habilitante para acceder al arbitraje, ya no de manera restrictiva sino de manera amplia.

Ello significa, entonces, que si no hay una restricción legal expresa que lo prohíba, por la simple voluntad habilitante de las partes, se debe entender que el asunto es objetivamente arbitrable. Un ejemplo claro de ello lo trae la Ley 1429 de 2010, cuando expresa, en términos generales, que todo asunto objeto de liquidación es arbitrable, salvo la designación del liquidador (Colombia, Ley 1429, 2010).

Otro ejemplo donde se observa esa voluntad habilitante, está consagrada en la derogatoria expresa que hizo la Ley 1563 de 2012 del art. 194 del C. de Co., el cual permite, entonces, que las partes impugnen las

2 “**Artículo 8. Mecanismos alternativos.** Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley 1285 de 2009. El nuevo texto es el siguiente: La ley podrá establecer mecanismos alternativos al proceso judicial para solucionar los conflictos que se presenten entre los asociados y señalará los casos en los cuales habrá lugar al cobro de honorarios por estos servicios.

Excepcionalmente la ley podrá atribuir funciones jurisdiccionales a ciertas y determinadas autoridades administrativas para que conozcan de asuntos que por su naturaleza o cuantía puedan ser resueltos por aquellas de manera adecuada y eficaz. En tal caso la ley señalará las competencias, las garantías al debido proceso y las demás condiciones necesarias para proteger en forma apropiada los derechos de las partes” (Colombia, Ley 270, 1996, art. 8).

“**Artículo 13. Del ejercicio de la función jurisdiccional por otras autoridades y por particulares.** Artículo modificado por el artículo 6 de la Ley 1285 de 2009. El nuevo texto es el siguiente: Ejercen función jurisdiccional de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política:

(...)

3. Numeral CONDICIONALMENTE exequible. Los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en los términos que señale la ley. Tratándose de arbitraje, en el que no sea parte el estado o alguna de sus Entidades, los particulares podrán acordar las reglas de procedimiento a seguir, directamente o por referencia a la de un Centro de Arbitraje, respetando, en todo caso, los principios Constitucionales que integran el debido proceso” (Colombia, Ley 270, 1996, art. 13). Corte Constitucional Sentencia C-713/2008 de 15 de julio de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, en el sentido de declarar CONDICIONALMENTE exequible, “... en el entendido de que las partes también deben respetar lo dispuesto por las leyes especiales que regulen los procedimientos arbitrales” (Corte Constitucional, 2008).

decisiones de los órganos sociales ante los árbitros. Otro ejemplo, ilustrativo por lo demás, es el contenido en el artículo 233 de la Ley 222 de 1995, el cual expresa que “Los conflictos que tengan origen en el contrato social o en la Ley que los rige, cuando no se hayan sometido a pacto arbitral o amigable composición, se sujetarán al trámite del proceso verbal sumario, salvo disposición legal en contrario” (Colombia, Ley 222, 1995, art. 233). Esta norma indica que, desde el año 1995, está permitiendo a los particulares la posibilidad que en el contrato social se pactara la cláusula compromisoria para todas sus diferencias.

**6. La procedencia del arbitraje independiente o *ad-hoc*:** son los artículos 2 y 58 de la Ley 1563 de 2012 los que consagran la posibilidad de dicho arbitraje. Las normas, en lo pertinente, son del siguiente tenor:

**Artículo 2º. Clases de arbitraje.** El arbitraje será *ad hoc*, si es conducido directamente por los árbitros, o institucional, si es administrado por un centro de arbitraje. A falta de acuerdo respecto de su naturaleza y cuando en el pacto arbitral las partes guarden silencio, el arbitraje será institucional. Cuando la controversia verse sobre contratos celebrados por una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, el proceso se regirá por las reglas señaladas en la presente ley para el arbitraje institucional (...) (Colombia, Ley 1563, 2012a, art. 2) (Subrayado propio).

**Artículo 58. Reglas de procedimiento.** En los arbitrajes en que no sea parte el Estado o alguna de sus entidades, los particulares podrán acordar las reglas de procedimiento

a seguir, directamente o por referencia a las de un centro de arbitraje, respetando, en todo caso los principios constitucionales que integran el debido proceso, el derecho de defensa y la igualdad de las partes. En el evento en que las partes no establecieran reglas o el centro seleccionado para adelantar el trámite no tuviere reglamento de procedimientos debidamente aprobado, se aplicarán las reglas establecidas para cada caso en la presente ley (Colombia, Ley 1563, 2012a, art. 58) (Subrayado fuera del texto original).

Sea lo primero advertir que la posibilidad que el legislador le confiere a las partes para que configuren sus propias reglas de procedimiento, no es una novedad que introdujo la Ley 1563 de 2012. Así las cosas, el derogado artículo 116<sup>3</sup> del Decreto 1818 de 1998 (Cfr. Art. 115 de la Ley 446 de 1998 que modificó el Art. 2 del Decreto 2279 de 1989), ya había otorgado esta posibilidad a los particulares. Tal como quedó dicho en la nota al pie No. 2 de este escrito, la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad condicionada de dicha potestad, siempre y cuando las partes en su pacto respeten el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, el debido proceso y las normas especiales que regulen los procedimientos arbitrales.

Pues bien, para los procesalistas no es **fácil entender esta facultad consagrada en el art. 2 de la Ley 1563 de 2012**, puesto que tradicionalmente se ha enseñado y se ha legislado que “Las normas procesales son de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y en ningún caso, podrán ser rogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley (...)” (Colom-

3 “**Artículo 116. Clases.** El arbitraje podrá ser independiente, institucional o legal. El arbitraje independiente es aquel en que las partes acuerdan autónomamente las reglas de procedimiento aplicables en la solución de su conflicto; institucional, aquel en el que las partes se someten a un procedimiento establecido por el Centro de Arbitraje; y legal, cuando a falta de dicho acuerdo, el arbitraje se realice conforme a las disposiciones legales vigentes” (Presidencia de la República, Decreto 1818, 1998, art. 116).



bia, Ley 1564, 2012, art. 13) (Colombia, C. de P. C., art. 6). Es en este punto donde se observa, claramente, el nuevo concepto de “orden público” por cuanto que el legislador permitió, se reitera, que los particulares pacten las reglas y los principios bajo los cuales deberá procesarse y enjuiciarse una pretensión arbitral.

Esta modalidad acogida por la Ley 1563 de 2012, sitúa a Colombia en el nuevo mundo del arbitraje y, por tanto, la libertad de configuración procesal implica que las partes, autónomamente, puedan disponer, si así lo quieren, sobre los siguientes aspectos:

1. Reglas o forma de integración y nombramiento de los árbitros.
2. El procedimiento para resolver los eventuales impedimentos y recusaciones.
3. La forma y el contenido de la demanda arbitral, de la contestación y de la demanda de reconvencción.
4. Las formas de efectuar las notificaciones.
5. La posibilidad de que el laudo no sea motivado.
6. La posibilidad de que los árbitros fallen solamente con prueba documental o cualquier otra forma acelerada de arbitraje (*fasttrack arbitration*).
7. La no publicación del laudo sin autorización de ambas partes.
8. La consagración de multas o cláusulas penales para quien no cumpla el laudo.
9. La libre admisibilidad y valoración de las pruebas (pertinencia, relevancia y materialidad), tal como lo permite el Código General del Proceso.
10. La libertad, restricción o renuncia respecto al decreto y práctica de las medidas cautelares.
11. La posibilidad de pactar una corte o tribunal de apelación del laudo para que conozca el recurso de anulación, derogando la intervención del Tribunal Superior o del Consejo de Estado.
12. La procedencia o improcedencia de recursos contra el laudo y sus causales (Gil Echeverri, 2013).

**7. La posibilidad de procesar y enjuiciar, por el trámite arbitral, pretensiones de carácter ejecutivo:** los artículos 87 a 91 de la Ley 510 de 1999, regularon lo relativo a la posibilidad de tramitar procesos ejecutivos mediante el trámite arbitral. La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-384 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, declaró la inexecutable del inciso 1 del art. 91 de esta ley, pero, pese a ello, en dicha sentencia la Corte expresó lo siguiente:

19. Una última cuestión llama la atención de la Corporación y es la referente a la posibilidad de resolver por el procedimiento arbitral conflictos concernientes a créditos que van a cobrarse ejecutivamente, incluyendo los que estén garantizados con título hipotecario. Al respecto, la Corte encuentra que ya este asunto ha sido estudiado por la jurisprudencia constitucional [C-294 de 1995, M.P. Jorge Arango Mejía] que al respecto ha indicado lo siguiente:

“Los árbitros, habilitados por las partes, en los términos que determine la ley, pueden administrar justicia para decidir conflictos surgidos en torno a obligaciones exigibles ejecutivamente, así esté en trámite el proceso ejecutivo, o no haya comenzado aún. Así lo establece inequívocamente el inciso cuarto del artículo 116 de la Constitución. Corresponde al legislador, en virtud del mandato del artículo 29 de la Constitución, y especialmente de su inciso segundo, fijar las formas propias de cada juicio, es decir, las normas procesales, y señalar el juez o tribunal competente para cada clase de asuntos. Por consiguiente, si el legislador dispone que ante los árbitros habilitados por las partes en conflicto, se diriman asuntos propios del proceso de ejecución y establece las reglas de este proceso arbitral, en nada quebranta la Constitución”.

Siendo entonces que esta Corte ha decidido que no quebranta la Constitución el que el legislador autorice el arbitramento respecto de obligaciones exigibles ejecutivamente, sin establecer distincio-

nes respecto de la clase de título ejecutivo que se pretende cobrar, resulta claro que a través de la justicia arbitral puede adelantarse cualquier cobro ejecutivo, incluido el que tiene garantía hipotecaria, pues el artículo 116 de la Constitución no introduce al respecto una limitante expresa(Corte Constitucional, 2000) (Subrayado fuera del texto original).

De igual manera, los artículos 35 a 37 de la Ley 546 de 1999, regularon lo concerniente a la posibilidad de acudir al proceso arbitral, pero dichas normas fueron declaradas inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1140 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández G., bajo el argumento de que “dichos contratos son de adhesión”. Los argumentos de la Corte fueron los siguientes:

En primer lugar, debe resaltarse que en la aludida materia operan los contratos por adhesión, en los cuales el acreedor impone las condiciones del acuerdo contractual, mientras que el deudor –parte débil de la relación– limita su papel a la aceptación de las reglas previamente establecidas por el primero.

(...)

En efecto, muy fácilmente, bajo la modalidad de formatos preimpresos, quien pide el préstamo se ve abocado a suscribir la cláusula compromisoria por temor a que no se le otorgue el préstamo, y así la parte más fuerte de la relación contractual termina imponiendo su exclusiva voluntad, aunque pueda en apariencia presentarse una realidad distinta.

(...)

Aunque las anteriores afirmaciones serían suficientes para declarar la inexecutable de las normas en referencia, en todo caso es importante anotar que, en relación con el artículo 36 de la Ley objeto de análisis, también resulta ostensiblemente inconstitucional que una de las partes tenga la efectiva capacidad de sustraer de manera absoluta esta clase de procesos del normal conocimiento de la justicia ordinaria. El artículo 116 de la Constitución, al prever la posibilidad del arbitramento, lo contempla como extraordinario, puesto que, además de hacerlo transitorio, exige la “habilitación” por las partes, lo que significa que, por definición, debe ser convenido, no impuesto. Y, con base en el principio que obliga al juez –con mayor razón al de constitucionalidad– a velar por la prevalencia del Derecho sustancial (art. 228 C.P.), esta Corte no puede pasar inadverti-

da la circunstancia del desequilibrio efectivo entre los contratantes en los préstamos hipotecarios, ni la falta de reglas claras en la normatividad objeto de examen, que permitieran llegar a genuinos y reales acuerdos en un plano de igualdad.

Debe advertir la Corte que lo dicho no implica la condena de los pactos arbitrales per se, pues tales cláusulas y los tribunales de arbitramento, como mecanismos alternativos de solución de conflictos, constituyen valioso instrumento para alcanzar el orden y la paz sociales, siempre y cuando se cumpla con la indispensable condición de efectividad consistente en que las partes en controversia tengan plena libertad para decidir acerca de si acuden o no a ese medio, y nunca porque así lo imponga la parte más fuerte, porque entonces dicha figura pierde su razón de ser, resulta distorsionada su finalidad, y a la postre se convierte en motivo adicional de querrela social, pues es muy probable que la parte que se ha visto obligada a acudir a la justicia arbitral –por fuerza de las aludidas circunstancias de debilidad– desconozca su legitimidad.

En consecuencia, se declarará la inexecutable de los artículos 35, 36 y 37 acusados. Así mismo, por unidad normativa, se declarará la inconstitucionalidad de la frase “o se someta el incumplimiento a la justicia arbitral en los términos establecidos en la correspondiente cláusula compromisoria”, contenida en el artículo 19 de la Ley 546 de 1999 (...) (Corte Constitucional, 2000a)(Subrayado fuera del texto original).

Otra de las razones que la doctrina y alguna jurisprudencia esgrime para negar la posibilidad del proceso ejecutivo, vía proceso arbitral, es el que se refiere a la inexistencia del árbitro del poder de “*imperium*” o del poder de ejecución, ya que este, de acuerdo con la noción tradicional del Estado de Derecho de los siglos XIX y XX, corresponde, únicamente, al Juez permanente del Estado, y como el árbitro es un equivalente jurisdiccional, luego, no es posible que este procese ni enjuicie procedimientos ejecutivos.

Pero el mensaje que quiero transmitir en este escrito es otro: el constituyente primario y legislador permitieron que por el trámite arbitral se procesaran y enjuiciaran pretensiones ejecutivas, y la Corte Constitucional, en teoría, lo ha avalado o permitido pese a las declaratorias de inexecutable de las

normas ya enunciadas. Adicionalmente, la Ley 1563 de 2012, considerando que sus normas son de carácter supletivas (Cfr. Art. 2, Inc. 1), por cuanto que la regla general es el Arbitraje Institucional, es decir, el que las partes pueden adherirse a un Reglamento de un Centro de Arbitraje, es posible, creo yo, que los Centros de Arbitraje con fundamento en la potestad otorgada en el artículo 116 de la Constitución, en la Ley Estatutaria de Justicia y en la Ley 1563 de 2012, puedan presentar al Ministerio de Justicia y del Derecho, para su aprobación, el Reglamento del Procedimiento Ejecutivo Arbitral, el cual deberá respetar, con todo rigor, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho al debido proceso.

### 3. El fenómeno de la globalización como otro nuevo soporte del arbitraje del siglo XXI

Con la llegada de la globalización se resquebrajó el concepto de soberanía, ya que la globalización puso en jaque a dicho enunciado, puesto que el concepto tradicional de “territorio” ya no es ni puede ser el mismo, en virtud de que a partir de ella surgieron instituciones de carácter supranacional. La influencia de la globalización en Colombia ha sido notoria y evidente: a partir de los años 90, se abrió el mercado para los privados de los negocios que eran del Estado, tales como el de las telecomunicaciones, del acueducto, de la energía, del gas, de los correos, de la televisión, de la infraestructura, de las pensiones, de la salud, de las cesantías, del transporte y, aún, el de la seguridad y de las armas –valor este que pareciere ser aún exclusivo del Estado–, es decir, esos mercados, con la globalización, dejaron de ser un monopolio del Estado.

Ahora bien, la pregunta es: ¿si todos esos mercados se han abierto hacia los particulares, porqué no hacer lo mismo con el valor o el mercado de la “administración de justicia”?

Todo ese cambio, por supuesto, no ha sido ni es fácil entenderlo, materializarlo y ejecutarlo, pero es la realidad actual. Por ello, la “administración de justicia”, en el siglo XXI, no solo en Colombia, sino, se repite, como consecuencia del fenómeno de la globalización, permite que sea prestada por particulares, por privados, a través del arbitraje.

Hoy por hoy, en Colombia se tiene a un sector público y privado desconcertado por el papel que están cumpliendo, porque apenas están entendiendo la dimensión que tienen, y un claro ejemplo de ello es el caso de la investigación en el sector “salud” prestado por privados, ya que algunas entidades investigadas pensaron –como privado– que podían gastarse las utilidades obtenidas como quisieran e invertirlas en lo que quisieran, porque eran particulares; pero, al parecer, ello no es así, porque esas utilidades son del sector salud –de lo público.

En estos términos, la soberanía del Estado está totalmente alterada en virtud de que sus núcleos esenciales han sido reemplazados. La soberanía antes de la globalización ocupaba un papel mayor, pero hoy no, los símbolos de soberanía nacional se han reducido, son reductos más pequeños y entre ellos, los pocos que quedan y que se aferran al Estado, son “la administración de justicia” y “la seguridad”.

La alteración de los núcleos esenciales y del cambio de Estado por el de “Estado Social, Constitucional y Democrático de Derecho”, ha dado lugar a que los ciudadanos soliciten ante el Juez permanente del Estado la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, y a este fenómeno se le ha llamado, en Alemania, a partir de los años 50, como la teoría del “*Drittwirkung der Grundrechte*”(Venegas Grau, 2004).

Pese a su origen, y de acuerdo con nuestra Constitución de 1991, el problema es ab-

solutamente tangible y aplicable a nuestro ordenamiento jurídico, puesto que la Constitución de 1991 fue realizada bajo los lineamientos o bajo el modelo de la Constitución española de 1978, la cual surgió después de la muerte del General Francisco Franco y, a su vez, la Constitución española tomó como modelo la Ley Fundamental de Bonn de 1949—de la Extinta Alemania Occidental—, la cual surgió después de la terminación de la Segunda Guerra Mundial. Así, pues, y en virtud del origen de nuestra Constitución, se puede concluir que la problemática en Colombia tiene, o debe tener, la misma importancia que en Europa se está presentando.

Al igual que sucede en la Constitución alemana y española, la Constitución colombiana no consagra, de manera explícita, el principio de la autonomía de la voluntad como fundamento del derecho privado. Pero, a pesar de ello, la Corte Constitucional lo ha reconocido como un derecho fundamental. Al respecto, y en Sentencia C-993 de 2006, M.P. Jaime Araujo Rentería, la Corte trazó su línea jurisprudencial de la siguiente forma:

La garantía de las libertades del individuo es uno de los pilares de un Estado Social de Derecho (Preámbulo y Art. 13 C. Pol). Ello explica la previsión del Art. 16 de la Constitución colombiana, según el cual todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad, sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico. Dicha libertad se traduce en la facultad de aquel para autorregular su conducta en la vida social, reconocida por el ordenamiento jurídico, con sujeción a los límites impuestos por éste, y que se denomina autonomía personal.

(...)

Acerca del fundamento constitucional de la autonomía de la voluntad privada esta corporación ha expresado:

“La segunda garantía constitucional en la cual se fundamentan las facultades del testador es la autonomía privada de la voluntad y aunque no existe

una norma en la Constitución que la contemple en forma específica, ella se deduce de los artículos 13 y 16<sup>4</sup>, que consagran la libertad y el libre desarrollo de la personalidad, respectivamente, los que sirven de sustento para afirmar que se ha de reconocer a las personas la posibilidad de que obren según su voluntad, siempre y cuando no atenten contra el orden jurídico y los derechos de los demás. Adicionalmente, se encuentra una serie de normas constitucionales garantes de ciertos derechos, cuyo ejercicio supone la autonomía de la voluntad; tal es el caso del derecho a la personalidad jurídica (art. 14), el derecho a asociarse (art. 38), a celebrar el contrato de matrimonio (art. 42) y los lineamientos de tipo económico que traza el artículo 333<sup>5</sup>.”

Así mismo, respecto del significado y la evolución de dicha autonomía, la Corte Constitucional ha señalado:

3. Según la doctrina jurídica, la autonomía de la voluntad privada es la facultad reconocida por el ordenamiento positivo a las personas para disponer de sus intereses con efecto vinculante y, por tanto, para crear derechos y obligaciones, con los límites generales del orden público y las buenas costumbres, para el intercambio de bienes y servicios o el desarrollo de actividades de cooperación.

Tal institución, de carácter axial en el campo del Derecho Privado, tiene como fundamento la filosofía política francesa y el pensamiento económico liberal de la segunda mitad del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX, con base en la consideración de la libertad natural del individuo, quien, en ejercicio de su voluntad, puede contraer o no obligaciones y adquirir correlativamente derechos y fijar el alcance de unas y otros. En este sentido se consideró que si en virtud de su voluntad el hombre pudo crear la organización social y las obligaciones generales que de ella se derivan, por medio del contrato social, con mayor razón puede crear las obligaciones particulares que someten un deudor a su acreedor.

(...)

Dentro de este cuadro, la autonomía permite a los particulares: i) celebrar contratos o no celebrarlos, en principio en virtud del solo consentimiento, y, por tanto, sin formalidades, pues éstas reducen el ejercicio de la voluntad; ii) determinar con amplia libertad el contenido de sus obligaciones y de los derechos correlativos, con el límite del orden público, entendido de manera general como la seguridad, la salubridad y la moralidad públicas, y de las

4 A este respecto, ver lo dicho por esta corporación en Corte Constitucional (1993).

5 Corte Constitucional (1996).



buenas costumbres; iii) crear relaciones obligatorias entre sí, las cuales en principio no producen efectos jurídicos respecto de otras personas, que no son partes del contrato, por no haber prestado su consentimiento, lo cual corresponde al llamado efecto relativo de aquel.

4. Dicha concepción casi absoluta del poder de la voluntad en el campo del Derecho Privado fue moderada en la segunda mitad del siglo XIX y durante el siglo XX, como consecuencia de las conquistas de los movimientos sociales y la consideración del interés social o público como una entidad política y jurídica distinta e independiente de los intereses individuales y superior a éstos, que inspiró la creación del Estado Social de Derecho y la intervención del mismo, en múltiples modalidades, en el desarrollo de la vida económica y social, para proteger dicho interés y especialmente el de los sectores más necesitados de la población, lo cual ha limitado visiblemente el campo de acción de los particulares en materia contractual. Por tanto, se puede afirmar que en la actualidad el principio de la autonomía de la voluntad privada mantiene su vigencia pero con restricciones o, visto de otro modo, se conserva como regla general pero tiene excepciones.

5. En lo que concierne al Estado colombiano, el Código Civil, sancionado el 26 de mayo de 1873, consagró la concepción original de la autonomía de la voluntad privada, como se desprende principalmente de los Arts. 16, en virtud del cual “no podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres”, y 1602, según el cual “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

(...)

Dicha orientación social fue ampliada y consolidada en la Constitución Política de 1991, al establecer el Estado Social de Derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana, de la cual derivan los derechos fundamentales de las personas, y en la prevalencia del interés general, entre otros principios, y en el cual, sobre la base de la consagración de la propiedad privada (Art. 58) y la libertad de empresa (Art. 333), se reitera la función social de la propiedad (Art. 58), se señala que la iniciativa privada tiene como límite el bien común y se establece la función social de la empresa (Art. 333), se dispone que la dirección general de la economía estará a cargo

del Estado y se renueva la potestad del Estado de intervenir en ella, por mandato de la ley (Art. 334).

Como consecuencia, en el ordenamiento jurídico colombiano, al igual que en muchos otros, la autonomía de la voluntad privada se mantiene como regla general, pero con restricciones o excepciones por causa del interés social o público y el respeto de los derechos fundamentales derivados de la dignidad humana<sup>6</sup> (Corte Constitucional, 2006)(Subrayado fuera del texto original).

En síntesis, nuestra Corte Constitucional ha reconocido la vigencia del principio de la autonomía de la voluntad en nuestro ordenamiento jurídico, pero el concepto tradicional o el “dogma clásico” lo ha modificado, lo ha “transformado” cuando le ha puesto excepciones, esto es, para la Corte Constitucional el principio de autonomía de la voluntad privada, como consecuencia efectiva del fenómeno de la globalización, no es absoluto, sino que, por el contrario, este tiene los límites o las restricciones del “interés social o público”, “los derechos fundamentales y, en especial la dignidad humana”.

Hoy por hoy, y en virtud de la globalización, el sector privado ejerce actividades públicas, no solamente “dentro” de las fronteras de un Estado, sino también por fuera de ellas. Por tanto, los derechos fundamentales, vistos tanto desde su dimensión subjetiva como objetiva, no pueden mutar ni cambiar en razón del “cambio de frontera territorial”, puesto que los derechos fundamentales son la mejor garantía, la mejor arma, en el siglo XXI, del individuo y de la sociedad, para efectos de oponerlos frente al poder, que puede provenir, o bien del Estado, o bien de un privado.

Así las cosas, la OMC, Organización Mundial del Comercio, en sus estadísticas, ha mostrado cómo el poder de la globalización ha hecho que algunas o muchas de las



empresas multinacionales tengan una capacidad económica más grande que algunos Estados; en otras palabras, hoy una empresa multinacional puede ser más “rica”, o puede tener más “ingresos”, o más “mercado” que un Estado individualmente considerado. Ahora bien, si esto es así, lo cual es una realidad, la garantía y la protección del individuo no puede ser otra que los derechos fundamentales.

En ese nuevo cambio de era, el siglo XXI y la globalización conllevan necesariamente a plantear un conflicto entre los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, que tienen el mismo rango o categoría principal. Y esa ha sido la tarea de la Corte Constitucional, y porqué no, de los jueces en ejercicio del conocimiento de la mal llamada acción de tutela<sup>7</sup>, cuando les corresponde resolver sobre dos principios que entran en conflicto o en colisión, de tal forma que la protección de un derecho implica, necesariamente, la limitación del otro principio. Por esta razón, hoy los privados no solamente cuando ejercen actividades que eran públicas padecen una intromisión en sus “actos” por parte del derecho constitucional, es decir, los particulares sienten que por encima de la libertad configurativa de la norma particular o del contrato que van a celebrar, existen principios constitucionales que irradian esa esfera y que, en últimas, de no respetarlos, confían en que el Juez, en “funciones constitucionales”, les amparará esos principios superiores.

Es por ello, que a partir de la globalización, los principios que colisionan en el ámbito arbitral son: el principio de la autonomía de la voluntad *versus* el principio del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, en su modalidad de derecho de acceso a la jurisdicción.

En síntesis, cuando la “*Drittwirkung der Grundrechte*” se inserte cada vez más en los “actos” de “lo privado”, considero que ello conllevará, como efecto positivo de carácter filosófico-jurídico, a que el Estado goce de mayor legitimidad. La legitimidad, en el siglo XXI, es otro aspecto fundamental de civilidad y, por lo tanto, a mayor aplicación real de la teoría de la “*Drittwirkung der Grundrechte*” al campo de los “actos privados”, mayor será la legitimidad del “Estado Social, Constitucional y Democrático de Derecho” y, por qué no, del bienestar de los ciudadanos.

La idea o el “dogma tradicional” en el siglo XXI, de que el pueblo es la única fuente legítima del poder, no es cierta, puesto que en los últimos años han surgido unas instituciones que también han “transformado” el concepto de “legitimidad” tradicional. A partir entonces de 1980, las sociedades contemporáneas se comprenden cada vez más a partir de la noción de minoría, puesto que las minorías se han convertido en una de las múltiples expresiones de la totalidad social, ya que el “pueblo” también se comprende con la “minoría”.

En el siglo XXI se imponen los valores tradicionales, tales como el de imparcialidad, pluralidad, compasión, sensibilidad, entre otros, que conllevan a formas de legitimidad de la democracia. Por eso, y a partir de la década de los años 80, comienzan a esbozarse tres nuevas figuras de la legitimidad democrática, las cuales recargan y avalan la aplicación de los derechos fundamentales en las esferas del derecho privado, ellas son:

1. **La legitimidad de imparcialidad:** la cual supone la implantación de instituciones encargadas de tareas de control o de regulación, sin que se atente contra el principio de separación de poderes. Estas

7 Digo que es mal llamada, porque en estricto sentido procesal, no es acción ni es tutela. Su nombre, entonces, debería denominarse como lo consideran los españoles, “recurso de amparo”, o como la llaman los alemanes: “*verfassungsbeschwerde*”, acción de primacía de los derechos fundamentales.

instituciones tienen por finalidad reducir el campo del poder administrativo-ejecutivo. Así las cosas, cada autoridad administrativa independiente posee sus propias características, y ello se genera en virtud de nuevas expectativas sociales, para efectos de tener procesos de decisión más visibles, en contraposición a la centralización y el secreto. Adicionalmente, es importante tener claro que la sociedad legítima prefiere a estas instituciones a las establecidas en la democracia tradicional.

En otras palabras, las instituciones más imparciales son consideradas por la sociedad como las más aptas para servir el bien común. Podría pensarse que los métodos alternos de solución de conflictos y, en especial, el arbitraje, son una institución que está siendo objeto de legitimación en el siglo XXI por los privados para efectos de la resolución de sus conflictos. Cada vez más, hay una movilización mayor hacia el arbitraje y, por tanto, en palabras de Rosanvallon (2010), todos los días hay una legitimidad democrática del particular al arbitraje, lo cual, a mi juicio, resulta, excesivamente positivo para el desarrollo del “Estado Social, Constitucional y Democrático de Derecho”.

**2. La legitimidad de reflexividad:** la idea es pluralizar las modalidades de ejercicio de la soberanía del pueblo, y ello no es con menos representación, sino con más complejidad y reflexividad y, por ello, se propone aumentar o multiplicar las modalidades de ejercicio de la soberanía a través de i) el pueblo electoral (el cual se manifiesta en las urnas), ii) el pueblo social (que se manifiesta con la suma ininterrumpida de minorías) y, iii) el pueblo principio (que es el bien común, la inclusión de todos como sociedad con el principio de la igualdad). Por ello, es importante que los Estados-Nación, al momento de sus elecciones, tengan organismos validadores del ejercicio de esa democracia. Así las cosas, la existencia de un Tribunal Constitucional es importante para efectos de aumentar el poder ciudadano sobre las normas e instituciones del país.

**3. La legitimidad de proximidad:** significa que los ciudadanos también son cada vez más sensibles al comportamiento de los gobernantes, puesto que estos desean ser escuchados, hacer valer su punto de vista, esperan que el poder esté atento a sus dificultades, que se muestre verdaderamente preocupado por lo que vive la gente común. El arbitraje, enton-

ces, como institución y como efecto de la globalización, no puede ser mejor para cumplir con dicha legitimidad, ya que el árbitro es el Juez de ese caso y de esas partes (Rosanvallon, 2010).

En conclusión, la globalización también invadió el espectro de la “justicia” y está transformando la estructura y los pilares fundamentales de la mal llamada “administración de justicia”.

#### **4. ¿Pueden extenderse los efectos del pacto arbitral, en su modalidad de cláusula compromisoria, frente a algunas instituciones del derecho comercial, atendiendo a los cambios establecidos en el siglo XXI, a la globalización y al nuevo concepto de “orden público”?**

Filosófica y políticamente, de acuerdo con el rastreo evolutivo que se ha establecido en este escrito, la respuesta, a mi juicio, es afirmativa. Piénsese, por ejemplo, en la teoría de la oferta y de la aceptación en la etapa precontractual, en la cláusula compromisoria “por referencia”<sup>8</sup>, en los asuntos relacionados con matrices, subordinadas y grupos empresariales y en la teoría del “disregard” o levantamiento del velo corporativo y en el seguro de cumplimiento.

Todos estos asuntos, propios del nuevo orden mundial, hacen que el pacto arbitral, en su modalidad de cláusula compromisoria, se extienda a todas esas instituciones, sin que exista, en la actualidad, ningún óbice filosófico, político y constitucional para ello. De todas formas y, como quiera que la potestad de libertad configurativa de la norma radica en el legislador, este será el encargado de legislar dichas situaciones que a la fecha no gozan de norma positiva expresa.

8 Es aquella en virtud del cual el contrato “principal” no contiene la cláusula compromisoria, pero remite a condiciones generales en las que se prevé un acuerdo arbitral, o cuando se invocan reglamentos gremiales o profesionales cuyos miembros se someten al arbitraje, y cuando se trata de grupos de contratos marcos que se suscriben de manera posterior o simultánea al del pacto arbitral.

## Bibliografía

- Aljure Salame, A. et al. (2005). *El contrato de arbitraje*. Bogotá: Legis.
- \_\_\_\_\_. (2013). *Estatuto arbitral colombiano. Análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012*. Bogotá: Legis.
- Aravena Arredondo, L.(1969). *Naturaleza Jurídica del Arbitraje*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Arrubla Paucar, J.(1997).*Contratos mercantiles*(Tomo I y II). Medellín: Editorial Diké.
- Chillón Medina, J. & Merino, J. F.(1978).*Tratado de arbitraje privado interno e internacional*. Madrid: Editorial Civital.
- Chocron Giraldez, A. M. (2000).*Los principios procesales en el arbitraje*. Barcelona: J.M. Bosch Editores.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. (2011). Sentencia del 19 de octubre de 2011. Magistrado Ponente: William Namén Vargas.
- Colombia. Corte Constitucional. (1993). Sentencia T-338 de 1993. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.
- \_\_\_\_\_. (1996). Sentencia C-660 de 1996. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.
- \_\_\_\_\_. (2000). Sentencia C-384 de 2000. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.
- \_\_\_\_\_. (2000a). Sentencia C-1140 de 2000. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández G.
- \_\_\_\_\_. (2006). Sentencia C-341 de 2006. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería.
- \_\_\_\_\_. (2008). Sentencia C-713 de 2008. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.
- Colombia. Congreso de la República. (1995). Ley 222 de 1995. Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 42.156, de 20 de diciembre de 1995.
- \_\_\_\_\_. (1996). Ley 270 de 1996. Estatutaria de la Administración de Justicia. Diario Oficial 42745 de Marzo 15 de 1996.
- \_\_\_\_\_. (2006). Ley 1116 de 2006. Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial 46494 de diciembre 27 de 2006.
- \_\_\_\_\_. (2008). Ley 1231 de 2008. Por la cual se unifica la factura como título valor como mecanismo de financiación para el micro, pequeño y mediano empresario, y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial 47053 de julio 17 de 2008.
- \_\_\_\_\_. (2009). Ley 1328 de 2009. Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones. Diario Oficial No. 47.411 de 15 de julio de 2009.
- \_\_\_\_\_. (2010). Ley 1429 de 2010. Por la cual se expide la Ley de Formalización y Generación de Empleo.
- \_\_\_\_\_. (2011). Ley 1480 de 2011. Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial 48220 de octubre 12 de 2011.
- \_\_\_\_\_. (2012). Ley 1564 de 2012. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial 48489 de julio 12 de 2012.
- \_\_\_\_\_. (2012a).Ley 1563 de 2012.Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial 48489 del 12 de julio de 2012.
- Colombia. Presidencia de la República. (1998). Decreto 1818 de 1998.Por medio del cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos. Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6668>
- De Martin Muñoz, A. & Hierro Anibarro, S. (2006). *Comentario a la ley de arbitraje*. Barcelona: Marcial Pons.
- Feldstein de Cárdenas, S.L. & Leonardi de Herbon, H. M.(1998).*El Arbitraje*. Buenos aires: Abeledo-Perrot.
- Gaspar Lera, S. (1998). *El ámbito de aplicación del arbitraje*. Pamplona: Aranzadi.
- Gil Echeverri, J. (2013). *Régimen arbitral colombiano*. Bogotá: Ibáñez.

- Gutiérrez Grau, A. (1990). *Arbitraje mercantil en el ámbito del derecho privado*. Santafé de Bogotá: Ediciones Universidad Pontificia Javeriana.
- Marín Cortés, F. (2010). *Público y privado*. Bogotá: Temis.
- Morello, A. (2005). *El arbitraje. Sus desafíos*. Buenos Aires: Lajouane.
- Rivera, J. (2007). *Arbitraje comercial internacional y doméstico*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Robiolo, J. (2007). *Derecho Arbitral*. Buenos Aires: La Ley.
- Rosanvallon, P. (2010). *La legitimidad democrática*. Madrid: Paidós.
- Santos Belandro, R. (2000). *Arbitraje comercial internacional*. Oxford: Oxford University Press.
- Venegas Grau, M. (2006). *Derechos fundamentales y derecho privado. Los derechos fundamentales en la relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*. Barcelona: Marcial Pons.