



UNIVERSIDAD
SURCOLOMBIANA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS

DISCUSIONES ACTUALES SOBRE ARBITRAJE EN COLOMBIA



Ponencias Magistrales
del Primer Concurso
Regional de Arbitraje de la
Cámara de Comercio del Huila.

2022



ORGANIZA



**DISCUSIONES
ACTUALES
SOBRE
ARBITRAJE
EN
COLOMBIA**

Edición No. 1. diciembre de 2022

Editora

©Diana Marcela Ortíz Tovar

dmortizo@yahoo.com

Av. Pastrana Borrero Carrera 1. Neiva - Huila

Teléfono: 8754753

Diseño

Grafiplast del Huila

Calle 24 No. 5bis-19. Neiva – Huila

Tel: 8747485

grafiplastdelhuila@hotmail.com

Autores

Diana Marcela Ortiz Tovar

Yaneiry Ule

Daniela Rivera García

Francisco Javier Arias

Los textos que se exponen son el resultado del Primer Concurso Regional de Arbitraje organizado por la Cámara de Comercio del Huila y el grupo de Investigación Cynergia.

Se prohíbe la reproducción total o parcial por cualquier medio sin autorización de los autores

PRESENTACIÓN

El arbitraje es un medio alternativo para la solución de conflictos vigente en el ordenamiento jurídico colombiano, en el que las partes, de común acuerdo, habilitan a un tercero imparcial para que resuelva la controversia suscitada entre las mismas, a través de un pronunciamiento denominado laudo arbitral, que tiene los mismos efectos de una sentencia judicial, es vinculante, presta mérito ejecutivo y hace tránsito a cosa juzgada. Es menester señalar que la facultad para administrar justicia, de la que se halla investido el tercero imparcial (árbitro), es transitoria y excepcional.

Este mecanismo tiene su génesis en la edad antigua, como un instrumento con el que se pretendía poner fin al ejercicio de la fuerza y las venganzas perpetuas, predominantes durante esos años como la vía para la solución de controversias. Aunque en sus inicios fue visto de esa manera, con el transcurrir del tiempo los avances en la configuración de esta institución jurídica estuvieron signados por otros factores que lo llevaron a mantenerse en el tiempo, a pesar de sus detractores.

Entre las condiciones que permitieron el mantenimiento y consolidación del arbitraje, se encuentran las aceleradas dinámicas económicas que

Primer Concurso Regional de Arbitraje

tienen lugar desde finales del medioevo y se prologan hasta la actualidad (en el escenario de globalización), la necesidad de superar las dilaciones presentes en los mecanismos de administración de justicia ordinaria cuya dirección de halla en cabeza del Estado, y la desconfianza que generan los órganos judiciales debido a las múltiples situaciones de corrupción que se conocen día a día.

Como se ha precisado, el arbitramento tiene plena vigencia en la actualidad, especialmente en el ámbito privado, donde ha venido posicionándose como uno de los mecanismos más utilizados para la solución de conflictos jurídicos, lo que es realmente destacable considerando que solo se puede acudir ante un tribunal de arbitramento por expresa manifestación de la voluntad de las partes, contenida en un pacto arbitral. Diferente ocurre con otras vías como la conciliación, que ha sido establecida en diversos procesos como requisito de procedibilidad, o la administración de justicia ordinaria, que es la institución competente por regla general para resolver controversias judiciales.

Entre las características que se destacan del arbitraje en el escenario privado se hallan la celeridad en la resolución de los asuntos puestos bajo su conocimiento, la especialidad en el tratamiento de conflictos de contenido patrimonial, la activa participación de las partes (v.gr. habilitación del

Discusiones Actuales sobre Arbitraje en Colombia

tribunal y selección de sus miembros), y las calidades de quienes asumen transitoriamente la función de administrar justicia.

De lo mencionado se puede observar que no existe duda sobre la utilidad del referido medio para la solución de conflictos en el escenario privado, pero la discusión sobre el uso del arbitraje en el ámbito público aún subsiste, específicamente en el de la contratación estatal, pese a las disposiciones que se han dictado en la materia.

La naturaleza pública de dichos contratos celebrados por el Estado los hace indiscutiblemente diferentes a los acuerdos celebrados entre particulares, lo que lleva a suponer la necesidad de un marco jurídico regulatorio distinto para cada escenario (público-privado).

Teniendo en cuenta lo anterior, la Cámara de Comercio del Huila, con el apoyo del Grupo de Investigación Cynergia, organizaron el Primer Encuentro Regional de Arbitraje, con el propósito de promover el uso de mecanismos alternativos de solución de conflictos, a través de la academia. Como uno de los resultados se tiene el libro de memorias de las ponencias magistrales presentadas en el marco del referido concurso.

Cámara de Comercio del Huila
Grupo Cynergia

TABLA DE CONTENIDO

**ASPECTOS TEÓRICOS FUNDAMENTALES
SOBRE EL ARBITRAJE..... 1**

 Definición de Arbitraje..... 1

 Evolución Normativa del Arbitraje 4

 Pacto Arbitral 8

 Los Asuntos Arbitrables 17

 Proceso Arbitral..... 22

 Laudo Arbitral 31

 Recurso de Anulación 35

**ANTECEDENTES NORMATIVOS DEL
ARBITRAJE EN COLOMBIA 40**

 En el Derecho Romano..... 42

 En la Edad Media 43

 En la Edad Moderna y la Contemporánea..... 46

 En Colombia..... 48

 Desarrollo Doctrinal y Jurisprudencial..... 56

 Tratamiento doctrinal 57

 En la Corte Constitucional colombiana..... 62

ASPECTOS TEÓRICOS FUNDAMENTALES SOBRE EL ARBITRAJE

Diana Marcela Ortiz Tovar
Yaneiry Ule

Definición de Arbitraje

Para comenzar con el desarrollo de la presente investigación es importante hacer un recuento sobre todo lo concerniente al arbitraje, a fin de que una vez entendida su definición y lo que ésta comprende, se pueda entrar a desarrollar cada uno de los objetivos específicos planteados.

En relación con la definición, la Ley 1563 de 2012 (Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional) en su artículo 1 establece que el arbitraje es “*un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice*” y añade que el mismo, se rige por los principios y reglas de imparcialidad, idoneidad, celeridad, igualdad, oralidad, publicidad y contradicción; indica además, en su inciso tercero que “*el laudo arbitral es la sentencia que profiere el tribunal de arbitraje,*

pudiendo ser este fallado “*en derecho, en equidad o técnico*”.

Ahora bien, la norma al señalar el Arbitraje como un mecanismo alternativo de solución de conflictos, hace referencia al hecho de la facultad que tienen las partes para prever la solución de una controversia presente o futura por medios diferentes a la justicia ordinaria. Son ellas, es decir, las partes, las que deciden acudir a la justicia arbitral, renunciando explícitamente a la administración de justicia por parte del Estado, dejando el conflicto en manos de particulares investidos transitoriamente de la función jurisdiccional cuya potestad es otorgada tanto por la Constitución en su art. 116 inc. 4, como por las leyes.

Al respecto, la honorable Corte Constitucional en sentencia C – 163 de 1999 indicó que “*El sustento de la justicia arbitral es el acto voluntario y libre de los contratantes*” precisando que “*La justicia arbitral sólo está permitida constitucionalmente si está habilitada*” por aquellas.

La misma providencia, enfatiza en que “[...], la justicia arbitral implica la suscripción voluntaria de un contrato o negocio jurídico, por medio del cual las partes renuncian a la jurisdicción ordinaria y a acuerdan someter la solución de cuestiones litigiosas que surgen o que puedan surgir de las relaciones jurídicas determinadas, a la decisión de árbitros...”

De igual manera, el Alto Tribunal en Sentencia C – 098 de 2001 menciona que el arbitramento como mecanismo alternativo de resolución de conflictos, ha de entenderse como la anulación que hacen las partes de la jurisdicción en cabeza del Estado y en favor de un particular, es decir, un árbitro, quien queda investido de la facultad temporal para resolver con carácter definitivo y obligatorio, a través de una decisión denominada laudo arbitral, las diferencias que se susciten entre ellos.

Y añade que,

“...Es, en este contexto, en donde el arbitramento adquiere su condición de mecanismo alternativo de resolución de conflictos, pues son las partes las que voluntariamente y sin apremio alguno, deciden no hacer uso del aparato de justicia estatal”

Igualmente, la doctrina ha sido unánime en reconocer el arbitraje como una forma heterocompositiva de conflictos donde las partes involucradas en el mismo deciden acudir a una justicia diferente a la ofrecida por el Estado, para lograr la solución de sus controversias; por ejemplo, el tratadista Marco G. Monroy Cabra en su obra *“Arbitraje Comercial Nacional e Internacional”* define a esta figura como:

“...Un método de resolver extrajudicialmente las controversias que puedan ocurrir, o que hayan surgido entre dos o más partes, mediante la actuación

de una o varias personas (árbitro o árbitros), los cuales derivan sus poderes del acuerdo de las partes, así como del reconocimiento que la ley hace de su función” (Monroy C, 1998)

Evolución Normativa del Arbitraje

Ahora bien, una vez expuesta la definición de Arbitraje y antes de hacer referencia a cada uno de los conceptos que aquella involucra, de forma muy sucinta se mostrarán los antecedentes más relevantes que la Justicia Arbitral o Justicia Privada ha tenido en la legislación colombiana como Mecanismo Alternativo de Solución de Conflictos, tomando como referencia principal el artículo de investigación *“El concepto y la naturaleza del arbitraje comercial en el ordenamiento jurídico colombiano”* (Pérez, 2017)

El precedente inicia con la Ley 105 de 1890 la cual contenía en su Título XIX un aparte denominado *“Juicio por Arbitramento”* que comprendía del artículo 307 al artículo 322, donde se señalaba que, podían someterse a la decisión de arbitradores, las controversias ocurridas entre personas capaces de transigir, en los casos en que la ley permite la transacción (art. 307).

Posteriormente, en el año 1923, se expide el Código Judicial contenido en la Ley 103, que reguló un trámite bastante informal y rápido, donde además

se le atribuyó a la decisión final “la fuerza de un contrato consignado por escritura pública” (Morales et al., 2013); con esta ley se sigue la estructura del arbitraje como lo establecía la norma anterior (Ley 105/1890), pero con la novedad de que la anulación de la decisión arbitral también era procedente por la “*nulidad del compromiso considerado como contrato*” (Art. 1144)

Más adelante, con la Ley 28 de 1931 se le encomienda a las Cámaras de Comercio la función arbitral, en lo relacionado únicamente con los conflictos de los comerciantes, estableciendo en su artículo 12 lo siguiente: “*Servir de Tribunal de Comercio para resolver como árbitro y amigable componedor las diferencias que ocurran entre comerciantes*”, en ese mismo año también se expide la Ley 105, que mantuvo igualmente la estructura pero que trajo como avance la posibilidad de dictar sentencias en derecho o en conciencia, así como un mayor énfasis en los aspectos probatorios durante el curso del trámite arbitral.

Luego, para el año 1938, se expide la Ley 2, donde se da validez a la cláusula compromisoria y se hace su definición, además se regula todo lo concerniente a la designación de los árbitros por parte de los suscribientes de dicha cláusula.

Después, en 1989, el Gobierno Nacional expide el Decreto 2279 donde se estableció el primer

Primer Concurso Regional de Arbitraje

Estatuto Arbitral y se reglamentó en forma integral el procedimiento, fue así como se derogaron las normas anteriores que venían regulando el tema. No obstante, con el Decreto reglamentario 2651 de 1991, se modificó posteriormente el procedimiento arbitral.

Poco antes de proclamarse la nueva Constitución, se expidió Ley 23 de 1991, por medio de la cual se crean los mecanismos para descongestionar los Despachos Judiciales, y se dictan otras disposiciones, entre ellas, se establecieron las reglas para el arbitramento institucional y el arbitramento independiente.

Hasta ese momento, y en vigencia de la Constitución de 1886, el Arbitraje era regulado solo por la legislación, cosa que no lo hace menos importante; pero, fue con el nacimiento de la Constitución Política de 1991, cuando esta figura se eleva por primera vez a rango constitucional puesto que, el artículo 116 inc. 4 dispuso: *“Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”*.

En 1993 se emitió la Ley 80, que facultó al Estado para estipular bien sea la cláusula compromisoria o el compromiso en los contratos

administrativos, con el fin de someter a la decisión de árbitros las diferencias que surjan en relación con la ejecución, desarrollo, terminación o liquidación de dichos contratos (arts.70 y 71); no obstante, la arbitrabilidad no se extiende al examen de la legalidad de los actos administrativos expedidos por las entidades públicas en el marco de un contrato estatal ya que, este ejercicio es una facultad excepcional de la jurisdicción contenciosa administrativa así pueda alcanzar efectos económicos (Morales et al, 2013, pág. 40).

Ya para 1998 se expidió la Ley 446 que tuvo por objeto adoptar medidas para lograr la descongestión judicial y se ordenó al Gobierno Nacional mediante el artículo 166 compilar toda la normatividad hasta ese momento vigente y aplicable a la conciliación, al arbitraje y a la amigable composición; fue así como aquel, para el mismo año y en ejercicio de sus facultades, expide el Decreto – Ley 1818 que se conoció como el Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos – MASC– norma en la que se dedica un aparte especial al arbitramento (artículos 115 al 222).

Por último, y como un tratamiento especial a esta figura, se expide la Ley 1563 de 2012 (Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional), norma que hasta el momento se encuentra vigente y regula de

forma integral todo lo relacionado con el arbitraje comercial.

Cabe resaltar que, el Arbitraje como institución facultada para la resolución de conflictos contribuye a la descongestión de los despachos judiciales cumpliendo de este modo el propósito que para el año 1991 el legislador se propuso con su uso; y, además satisface la finalidad de coadyuvar a la paz y justicia social, puesto que ofrece la posibilidad de una solución rápida a los conflictos que se presenten entre las personas ya sean naturales o jurídicas.

Pacto Arbitral

Continuando con la definición de todos los elementos que hacen parte del concepto de Justicia Arbitral, en esta oportunidad se hará referencia al Pacto Arbitral, ya que este podría ser, en mi opinión, la esencia del Arbitraje; pues para acudir a la justicia privada es necesario que antes, como ya se había mencionado, los contratantes hayan pactado expresamente como una forma para solucionar sus conflictos acudir a particulares investidos de jurisdicción cuya decisión es tan trascendental como una sentencia judicial.

En lo relacionado con la naturaleza del pacto arbitral se puede decir que éste es de naturaleza contractual y sobre esto no queda la menor duda, pues

tanto la doctrina como la jurisprudencia es unánime en sostener la tesis contractualista del mismo. Los siguientes ejemplos bastan para ilustrar lo dicho:

“El pacto arbitral es un acto jurídico bilateral o plurilateral, como quiera que constituye la expresión de voluntad de los contratantes destinada a producir un efecto jurídico: Otorgar una jurisdicción especial a los árbitros para que diriman en derecho o en conciencia las controversias presentes o futuras que puedan vincularlos” (Martínez N & Peña C, 1988)– subrayado fuera de texto –

Así mismo, el Centro de arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá manifestó que:

“se deja en claro que las actividades desarrolladas en la etapa arbitral se desprenden de un acuerdo entre las partes denominado pacto arbitral, que puede estar incluso en el contrato objeto de las controversias o en escrito aparte, el cual debido a su propia naturaleza puede establecer obligaciones sometidas a condición suspensiva o resolutoria y que como tal constituye la normatividad que rigen la relación contractual. Por este motivo, y dado que ese contrato es ley para las partes, es inmodificable unilateralmente (...)” – subrayado fuera de texto –

Igualmente, el Tribunal Superior de Bogotá sostuvo que *“tanto el compromiso como la cláusula compromisoria constituyen al fin y al cabo*

estipulaciones contractuales, y por lo mismo, acto jurídico bilaterales que están directamente encaminados a la producción de efectos jurídicos, en la intención de las partes y que efectivamente los producen de acuerdo con las normas jurídicas, tipificando por tanto el negocio jurídico bilateral productor de obligaciones, más sencillamente conocido con el nombre de contrato” (Comité jurídico de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, 2013)

Es por esto, que el nuevo Estatuto de Arbitraje (Ley 1563 de 2012) en su artículo 3 definió el pacto arbitral como *“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”* señalando además que la constitución de dicho pacto *“implica la renuncia de las partes a hacer valer sus pretensiones ante los jueces”*.

Como se ha dicho, el arbitraje tiene su fuente principal en el contrato, y por ésta razón, está regido por todas las normas del derecho privado y la teoría general del negocio jurídico, por lo tanto, para que exista el pacto arbitral, en cualquiera de sus modalidades, deberán concurrir dos elementos esenciales, por un lado, el consentimiento de los contratados y por otro, el objeto del contrato, cabe resaltar que el objeto del contrato debe establecer el deseo de los contratantes para concurrir a la justicia

arbitral; asimismo, para su validez se requiere, la capacidad de los intervinientes del acto y que dicho consentimiento, que se ve reflejado en la voluntad de las partes, esté libre de vicios, o sea, libre de error, fuerza o dolo (Martínez N. , 2013)

Todo lo anterior quiere decir que al pacto arbitral, por ser tenido como contrato, se le pueden otorgar las consecuencias jurídicas que el mismo presenta; en otras palabras, dicho pacto podrá modificarse en cualquier tiempo, siempre y cuando se haga de forma escrita, o podrá terminarse solo de forma bilateral; así mismo, el pacto arbitral podrá cederse pero solo cuando esté bajo la modalidad de cláusula compromisoria, y ocurre cuando opera la cesión del contrato coexistente (Artículo 5, Ley 1563 del 2015); por último, también podrá darse la adhesión al mismo (arts. 36 y 37 Ibidem), ya sea obligatoria o facultativa, pues como lo sostuvo la Corte Constitucional “(...) *las partes facultan expresa o tácitamente la intervención de terceros en el proceso ya que el principal objetivo de la instalación del arbitramento y la intención plasmada en el acuerdo es resolver el litigio*” (Sentencia C – 163 de 1999) (Martínez N. , 2013)

Finalmente, vale decir que la fuerza jurídica de dicho pacto es tanta que, si una de las partes alega en un eventual proceso judicial su existencia, el juez de conocimiento se deberá declarar incompetente para

continuar tramitando el asunto sujeto a su disposición y por ende, dará fin al proceso; así lo establece el párrafo primero del artículo 90 de la Ley 1564 de 2012 (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*”.

Ahora bien, en lo relacionado con la clasificación del pacto arbitral se tiene, según el art. 3 de la Ley 1563 de 2012 inc. 3, que el mismo se puede presentar bajo dos modalidades, ya sea por medio de un compromiso o, por medio de una cláusula compromisoria.

En cuanto al compromiso la norma señala, en su artículo 6, que éste “... *podrá constar en cualquier documento*”, y establece los requisitos del mismo.

Néstor Humberto Martínez lo define como la forma de pacto arbitral por virtud del cual quienes lo celebran acuerdan someter una controversia ya existente, sea de naturaleza contractual o extracontractual a la decisión de árbitros; así mismo en cuanto a su oportunidad el compromiso puede pactarse desde el instante mismo en que se presenta la controversia hasta el proceso judicial siempre que no haya sido dictada sentencia de primera o única instancia (Martínez N. , 2013).

En lo relacionado con su contenido, el art. 6 del estatuto arbitral, señala que el mismo debe cumplir con los siguientes requisitos:

- a) Nombre de las partes.
- b) La indicación precisa de litigio.
- c) La indicación del proceso en curso cuando a ello hubiere lugar.

Aunque la ley no establezca expresamente, la doctrina señala que aparte de los anteriores requisitos, este compromiso puede referirse a otros aspectos como al de establecer el número de árbitros, la naturaleza del laudo, el término del proceso, la designación del centro de arbitraje, las reglas del proceso arbitral y los honorarios de los árbitros (Martínez N. , 2013)

Por otra parte, la cláusula compromisoria se encuentra estipulada en el artículo 4 y 5 del Estatuto Arbitral, donde se dice que esta podrá ser pactada ya sea en el contrato mismo o en documento aparte con la claridad de que *“para producir efectos jurídicos deberá expresar el nombre de las partes e indicar en forma precisa el contrato a que se refiere”* (Art. 4)

Así mismo, la norma indica que la cláusula compromisoria es autónoma e independiente, no obstante, que su creación es producto de un contrato preexistente o coexistente. Así que, si el contrato objeto de controversias entre las partes es inexistente o adolece de eficacia o validez, las partes se podrán

someter a la justicia arbitral, pues el contrato no afectaría en nada dicha cláusula, así lo señala el art. 5:

“La inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato no afecta la cláusula compromisoria. En consecuencia, podrán someterse a arbitraje las controversias en las que se debata la existencia, eficacia o validez del contrato y la decisión del tribunal será conducente, aunque el contrato sea inexistente, ineficaz o inválido”

Por otra parte, Néstor Humberto Martínez señala que la cláusula compromisoria es el acuerdo de voluntades en virtud del cual las partes se obligan a dirimir los eventuales conflictos o las diferencias que puedan surgir de un contrato por medio del proceso arbitral (Martínez N. , 2013). Cabe resaltar, que esta cláusula procede únicamente para los asuntos de naturaleza contractual, pues en ella se prevé la solución de un conflicto producto de una relación contractual.

El contenido de esta cláusula está determinado por la Ley 1563 de 2012 en diferentes artículos, es así como en resumidas cuentas se tiene que es necesario establecer:

- a) Número y forma de nombramiento de los árbitros (art. 8).
- b) Naturaleza del laudo (art. 3); pero, si nada se estipula al respecto, este se proferirá en derecho (inc. 3).

- c) Designación del centro arbitraje (arts. 12 y 20); este al igual que el punto anterior es un requisito facultativo puesto que si nada se dice en relación a esto, la demanda podrá presentarse en cualquiera de los Centros de Arbitraje autorizado del domicilio del demandado.
- d) Termino. (art. 10); no obstante, si las partes no lo indican, la norma señala que la duración del proceso no podrá exceder de seis (6) meses contados a partir de la primera audiencia, es decir, la audiencia de instalación del tribunal.
- e) Las reglas del proceso arbitral (art. 58). Respecto a este punto, la Corte Constitucional en Sentencia C-713 de 2008, ha reiterado que aun cuando la facultad de las partes no es absoluta para fijar las reglas procesales del trámite arbitral, sus límites solo se basan en el “respeto de los derechos fundamentales y en concreto por la observancia de los postulados mínimo del debido proceso”
- f) Honorarios de los árbitros (art. 25),

La diferencia entre el compromiso y la cláusula compromisoria, se puede decir que radica básicamente en el momento de la ocurrencia del hecho objeto de discusión, puesto que la cláusula compromisoria tiene como fin prever la solución de un futuro conflicto surgido como consecuencia de una

relación contractual, y el compromiso se pacta cuando aquel litigio ya se ha presentado y que, mediante un acuerdo de voluntades, las partes intervinientes en el mismo pactan acudir a un tribunal de arbitramento.

Así lo señala tanto la doctrina como la jurisprudencia, y ejemplo de ello, esta lo dicho por Néstor Humberto Martínez y el Tribunal de Arbitramento de Bogotá en Laudo del 17 de febrero de 1964.

“La cláusula compromisoria a diferencia del compromiso, debe celebrarse con anterioridad al surgimiento de una deferencia de origen contractual. Cuando la desavenencia de contenido jurídico-patrimonial se ha producido y las partes optan por la celebración del pacto de arbitraje, estaremos en presencia de un compromiso, mas no de una cláusula compromisoria” (Martínez N. , 2013)

“[...] pero según se trate de una u otra de estas dos figuras, varia en el momento oportuno para la expresión del consentimiento. En la cláusula compromisoria, por definición, la voluntad particular opera en el momento de la formación del vínculo contractual cuyo desarrollo puede generar, sea por interpretación o por aplicación, eventuales diferencias que los contratantes, anticipadamente, deciden someter al juicio de arbitadores.

El compromiso en cambio, no requiere necesariamente una vinculación contractual previa

entre quienes difieren acerca de una materia determinada; y la voluntad opera frente a controversias ya planteadas, cuyos sujetos deciden componer con la intervención de arbitradores. La controversia puede haber surgido con ocasión de las estipulaciones de una convención, o a propósito de relaciones extracontractuales”

Por último, cabe resaltar que el Pacto Arbitral se viste bajo la solemnidad de estar sujeto a un documento que recoja la voluntad de las partes, cosa que hace concluir que, para crear efectos, el mismo se debe realizar por escrito.

Los Asuntos Arbitrables

Ahora bien, en lo relacionado con los asuntos que pueden ser sometidos a la Justicia Arbitral o Justicia Privada, la norma señala que deben ser aquellos de libre disposición o los que la ley autorice (art. 1 Ley 1563/12).

Con el objetivo de sintetizar este tema de la arbitrabilidad, en el entendido que la misma se refiere a “la calidad del litigio que permite a los árbitros asumir la competencia para resolver el conflicto sometido a ellos a través del pacto arbitral” (Salcedo C, 2005), se tiene por un lado, la arbitrabilidad subjetiva, que es la que establece quiénes pueden acudir al arbitraje como mecanismo alternativo de

solución de conflictos, y el legislador ha sido claro en esto al determinar que pueden recurrir al arbitramento las personas naturales o jurídicas, de derecho público y privado, de orden ya sea nacional o extranjero, que tengan la capacidad de disposición sobre sus derechos; por otro lado, se encuentra la arbitrabilidad objetiva que hace referencia, a los asuntos que se pueden tramitar por este tipo de jurisdicción, es decir que esta clase de arbitrabilidad responde a la pregunta ¿Qué materias son susceptibles de justicia arbitral? Y es aquí cuando se dice que los asuntos sometidos al arbitraje son aquellos que involucran ya sea bienes o derechos de los cuales las partes pueden disponer de forma libre (Restrepo S, 2014)

Respecto a esto, hubo una evolución normativa, en cuanto a que se modificó el numeral 3° del artículo 13 de la Ley 270 de 1996 (Ley Estatutaria de la Administración de Justicia) mediante el artículo 6° de la Ley 1285 de 2009 (Por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia) el cual elimina la definición de lo arbitrable únicamente en lo concerniente a aquellos asuntos que son transigibles como lo venía estableciendo el artículo 115 del decreto 1818 de 1998 de modo que se cambia al concepto de lo disponible ampliando así la órbita de los asuntos sujetos a los Mecanismos Alternativos De Solución De Conflictos (MASC) (Restrepo S, 2014)

Esta modificación fue analizada por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-014 de 2010 que estudió la constitucionalidad del artículo 40 de la Ley 1258 de 2008 respecto de las Sociedades por Acciones Simplificadas, que permitió la resolución de las controversias societarias relacionadas con el desarrollo del contrato social o el acto unilateral, mediante la decisión arbitral o de amigable composición si así se pacta en los estatutos; y señaló que:

“El que los asuntos susceptibles de transacción sean los únicos que pueden someterse a la justicia arbitral es tema que le compete al legislador determinar. Este puede decidir que ello sea así, o decidir que tal criterio desaparezca del ordenamiento jurídico como delimitador de la competencia de la justicia arbitral, tal y como lo hizo en la Ley 1285 de 2009, avalada en este punto por la Corte Constitucional. Y lo puede hacer de dos maneras: de forma general y abstracta, como lo hizo en el artículo 6° de dicha Ley, o en casos puntuales, definiendo que un determinado asunto es o no transigible.

De este análisis se deriva para el caso concreto lo siguiente: en su momento se consideró que la impugnación de decisiones de la asamblea o junta de socios de las sociedades tipificadas en el Código de Comercio debía necesariamente tramitarse ante los

jueces, aunque se hubiese pactado cláusula compromisoria, porque dada su importancia se le percibía como un asunto no susceptible de transacción. Frente al nuevo tipo societario conocido como Sociedad por Acciones Simplificada, se tiene que el requisito estatutario según el cual los asuntos sometidos a decisión arbitral sólo pueden ser aquellos susceptibles de transacción ha sido modificado en la Ley 1285 de 2009. Pero, además, es perfectamente posible que el Legislador considere que dicha materia, del ámbito de las relaciones comerciales, deje de ser considerada asunto de orden público y se permita discutir y resolver en el ámbito de la autonomía de la voluntad y los MASC, de pactarse en los estatutos de las SAS”.

Néstor Humberto Martínez, en el libro Estatuto Arbitral Colombiano, explica mejor la situación anteriormente descrita, señalando que:

“La definición del pasado carecía de fundamento respecto de controversias relativas a la sanción de negocios jurídicos, como por ejemplo en los casos de inexistencia o ineficacia, por ser consecuencias señaladas por la ley, derivadas de la imperfección del contrato. Tenía algún sentido que una litis sobre estas materias estuviese vedada de la competencia de la justicia arbitral, por tratarse en estricto sentido de materias que no son transigibles. De allí que la comisión redactora intentó inicialmente definir la

arbitrabilidad objetiva y, luego de distintos debates, decidió que este concepto simplemente quedara afecto a los asuntos de “libre disposición” entre los contratantes o que, no siéndolos, la ley “autorice” expresamente el arbitraje” (Martínez N. , 2013)

Por otra parte, los asuntos de libre disposición también comprenden las reclamaciones que versen sobre obligaciones claras, expresas y exigibles (Gaviria G, 1981), de este modo se sostiene la posibilidad del cobro de un título ejecutivo por medio de la justicia arbitral; en este aspecto la jurisprudencia ya se había anticipado, con fundamento en el artículo 116 de la Carta Política, señalando que “no es admisible sostener que los asuntos que se ventilan, o podrían ventilarse, en el proceso de ejecución, están excluidos del proceso arbitral” (Sentencia C – 295 de 1995).

Cabe resaltar que los asuntos relacionados con el estado civil de las personas; los relativos a derechos ajenos o que no existen; los relacionados con los delitos con excepción de la acción civil que nace del delito; los relativos con obligaciones alimentarias; los asuntos que versen sobre alimentos futuros; y los relacionados con derechos políticos o derechos que están fuera del comercio no pueden ser objeto de arbitraje, y acarreará como consecuencia la ilicitud del pacto (Martínez N. , 2013)

Proceso Arbitral

El artículo 58 del Estatuto Arbitral dispuso, sobre las reglas aplicables al procedimiento, que:

“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 procedimiento debidamente aprobado, se aplicarán las reglas establecidas para cada caso en la presente ley”.

Del artículo anteriormente citado, se pueden establecer tres clases de procesos en el arbitraje, pero esto solo en relación con los particulares, pues la norma es clara en expresar que cuando el Estado o sus entidades son parte del proceso, el mismo se registrará por el procedimiento establecido en la ley, igualmente bajo esa misma forma se registrarán los particulares que omitan la elección del procedimiento en el pacto arbitral o que el centro seleccionado por ellos para adelantar el trámite no tuviere reglamento de procedimiento debidamente aprobado, en otras palabras se tiene como regla general para el proceso

arbitral el trámite previsto por la Ley 1563 de 2012 en los artículos del 12 al 37.

Los otros dos tramites están expresamente definidos en el artículo 2 ibidem que habla de las clases de arbitraje, señalando que el arbitraje *ad hoc*, procederá siempre que las partes hayan pactado sus propias reglas de procedimiento con observancia los principios constitucionales que integran el debido proceso, el derecho de defensa y la igualdad de las partes, por otro lado, se encuentra el arbitraje institucional que es aquel que es propio del Centro de arbitraje.

En palabras de Carlos Mayorca Escobar es por eso importante recordar que el arbitraje es una institución jurídica que tiene su fundamento en la autonomía de la voluntad, toda vez que son las partes, a través de la facultad que les reconoce la constitución y la ley, las que habilitan a sustraer del conocimiento de la jurisdicción permanente del Estado la solución de sus conflictos y son ellas mismas en ejercicio de su voluntad quienes tendrá la opción de escoger el procedimiento que mejor les parezca y más se acomode a sus necesidades, ya sea aquel que directamente establezcan o aquel que tenga un centro de arbitraje, e incluso si a bien tiene pueden escoger el procedimiento plasmado en la ley.

A continuación, se hablará del trámite procesal establecido en la Ley, pues es éste la regla general en el procedimiento arbitral nacional.

El procedimiento arbitral inicia con la presentación de la demanda, que debe reunir los mismos requisitos exigidos por el Código General Del Proceso, acompañada del pacto arbitral. A esta primera etapa del proceso se le denomina convocatoria del tribunal.

Una vez el Centro de Arbitraje haya estudiado el cumplimiento de los requisitos de la demanda, procederá a la integración del tribunal. Esta etapa tiene por objeto la designación de árbitros o arbitro que llevará a cabo el proceso, respecto a esto, el artículo 8 de la Ley 1563 de 2012 estableció que las partes deben nombrar conjuntamente los árbitros o delegar tal acción al Centro de Arbitraje o a un tercero. Dentro de esta misma etapa procesal se estudian posibles causales de impedimento o recusación, esto obedece al deber de información establecido para los árbitros de modo que se dé transparencia en el proceso a las partes por la actuación realizada por el Tribunal arbitral.

La norma, al igual que las anteriores, señala que los árbitros nombrados por acuerdo entre las partes no podrán ser recusados sino únicamente por motivos sobre vinientes con posterioridad a su designación.

Una vez superada la etapa anterior, y resuelta las recusaciones, se procede a realizar la audiencia de instalación del tribunal, en la que el centro de arbitraje hace entrega del expediente a los árbitros y continua a elegir un presidente entre los integrantes del tribunal y un secretario, este último tiene la misma obligación de información que se le exige a los árbitros y por ende, es susceptible de ser recusado o declararse impedido; en esta audiencia también se señala dónde funcionará el tribunal. Cabe resaltar que dicha audiencia no es obligatoria la presencia de las partes puesto que su ausencia no produce ningún efecto procesal.

Con relación a la notificación y traslado de la demanda arbitral el nuevo estatuto indica en el artículo 20, referido a la instalación del tribunal, que una vez realizada la audiencia inmediatamente anterior, el tribunal deberá pronunciarse sobre la admisión, inadmisión o rechazo de la demanda conforme a las normas establecidas en el Código de Procedimiento Civil (hoy, Código General del Proceso) sin perjuicio de lo que resuelva sobre su propia competencia en la primera audiencia de trámite, cuando aquel ya conozca la contestación de la demanda. La decisión que admita la demanda podrá ser notificada a la parte demandada, personalmente o bajo la utilización de medios electrónicos (artículo 23) *“caso en el cual se considerará hecha el día que se reciba en la dirección*

electrónica del destinatario”, con el fin de que aquella pueda ejercer el derecho de defensa. Admitida la demanda, el demandante podrá reformarla por una sola vez y antes de la iniciación de la audiencia de conciliación prevista en la ley (art. 22).

Ahora bien, una vez surtida la notificación sea de forma personal o por medio electrónico, se correrá traslado al demandado por un término de 20 días para la contestación.

Presentada la contestación o una vez vencido el término de traslado, el tribunal señalará el día y hora para llevar a cabo la audiencia de conciliación, a la que deberán asistir tanto las partes como sus apoderados. Lo anterior, con el fin de hacer que las partes lleguen a un acuerdo sin que implique prejuzgamiento, en caso de lograr acuerdo total o parcial el tribunal impartirá la aprobación mediante auto que hará tránsito a cosa juzgada y en caso de contener obligaciones claras, expresas o exigibles prestará mérito ejecutivo (art. 24). Por otra parte, el Nuevo Estatuto prevé la posibilidad de que el Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado puedan intervenir activamente en dicha audiencia.

En el evento de acuerdo parcial o no acuerdo, se continuará con la etapa de fijación de gastos y honorario del tribunal. Al respecto, el artículo 25 establece que en la misma audiencia de conciliación el tribunal fijará los honorarios y gastos por medio de

auto susceptible de recurso de reposición que será resuelto inmediatamente, dicha fijación se hará teniendo en cuenta la cuantía de las pretensiones o el valor de la pretensión mayor en caso que hubiere demanda de reconvencción, no obstante, la norma fija unos límites en el artículo 26 cuya cantidad son mil salarios mínimos mensuales legales vigentes (1.000 smmlv), y para los casos que tengan arbitro único tales honorarios podrán incrementarse hasta en un 50%. En caso de no ser posible determinar la cuantía, se tendrá un límite de quinientos salarios mínimo mensuales legales vigentes (500 smmlv). Lo anterior de conformidad con el artículo 26 ibidem. No obstante, las partes podrán antes del nombramiento de los árbitros acordar los honorarios y deberán comunicarlo junto con su designación.

En relación a la oportunidad para la consignación de los gastos y honorarios, la Ley en su artículo 27 señala que cada una de las partes deberá consignar dentro de los diez (10) siguientes, lo que le corresponda a nombre del presidente del tribunal, en el evento en que una de ellas incumpla podrá la parte que cumplió consignar por aquella dentro de la cinco (5) días siguientes al vencimiento del plazo establecido, so pena, de que el tribunal declare concluida sus funciones y extinguido los efectos del pacto arbitral para el caso.

La parte que cumplió, en caso de que no hubiere recibido el reembolso, queda facultada para reclamar por vía ejecutiva ante la jurisdicción ordinaria el cumplimiento de la obligación por medio de certificación expedida por el presidente del tribunal con la firma del secretario. Esta certificación solo podrá ser expedida cuando haya cobrado firmeza la providencia mediante la cual el tribunal se declare competente.

Cumpliendo con el pago de los gastos y honorarios en su totalidad, ya sea por una parte o por ambas se continua con la primera audiencia de trámite.

La primera audiencia de trámite tiene tres objetivos cruciales en el proceso arbitral (art. 30, Ley 1563 de 2012). El primero de ellos, es la decisión que el tribunal hace para determinar si es competente o no frente a la controversia sometida a su consideración, en el evento en que el tribunal resuelva que no es competente para conocer de ninguna de las pretensiones de la demanda y la reconvencción, se extinguirán los efectos del pacto arbitral para el caso determinado, y como consecuencia, se devolverá a las partes la porción de los gastos no utilizados y los honorarios recibidos. La decisión anterior, será susceptible de recurso de reposición. En este caso, el convocante tendrá un término de 20 días hábiles para presentar la demanda ante el juez competente.

Si el tribunal se declara competente, continuará con la etapa probatoria, que será el segundo objetivo de esta audiencia, donde resolverá las pruebas pedidas por las partes y decretará las que considere de oficio.

Cabe resaltar que, como lo señala Jaime Humberto Tovar, si el tribunal se declara competente, es deber de quien desee impugnar el laudo arbitral mediante recurso extraordinario de anulación, presentar recurso de reposición contra tal decisión, ya que de no hacerlo, no podrá alegar como causal de anulación la inexistencia, invalidez absoluta o inoponibilidad del pacto arbitral; la caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o competencia; o no haberse constituido el tribunal de forma legal (Tovar, 2013). Lo anterior con base en el artículo 41 del Estatuto Arbitral.

Por último, concluida esta audiencia, se comenzará a contar el término de duración del proceso arbitral, es decir, los seis meses prorrogables por el mismo tiempo (6 meses) a solicitud de las partes, pues de lo contrario, se incurrirá en la causal sexta del artículo 41 (Ley 1563 de 2012) “Causales del recurso de anulación”.

Una vez realizada la audiencia anterior, se procederá a la práctica de pruebas donde el tribunal tendrá la facultad de realizar las audiencias de pruebas que considere necesarias (art. 31) *ibidem*. Es

indispensable que en cada una de estas audiencias asista el tribunal en pleno con participación o no de las partes.

El nuevo estatuto da la posibilidad a los tribunales de realizar dichas audiencias por cualquier medio que permita la comunicación entre los intervinientes.

Es importante tener en cuenta que, tanto el tribunal como las partes tienen las mismas facultades y deberes, en relación con las pruebas, previstos en el Código General del Proceso.

La decisión que decreta pruebas no es susceptible de recursos, mientras que la decisión que niegue el decreto será susceptible de recurso de reposición.

Una vez concluida la o las audiencias de pruebas, el tribunal en audiencia a parte oír los alegatos de conclusión los cuales tendrán como tiempo límite una hora por cada intervención, dichos alegatos podrán ser entregados por escrito. Esta audiencia terminará con el señalamiento del día y la hora en que se llevará a cabo la audiencia de fallo donde se dará lectura a la parte resolutive del laudo (art. 33).

Cumplido los alegatos y dentro del término establecido, se proferirá el fallo que podrá ser objeto de aclaración, corrección o complementación dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación. La

providencia que resuelvan la solicitud en cualquiera de los eventos anteriores, deberá proferirse dentro del mismo término de duración del proceso. Contra el laudo proceden los recursos de anulación y de revisión por las causales señaladas de forma taxativa en los artículos 41 y 45 respectivamente.

Laudo Arbitral

El profesor especialista Jimmy Antony Pérez Solano, da como dato histórico, el hecho de que “*solo hasta 1970, esto es, 80 años después de expedida la primera norma relativa al arbitraje, se comienza a utilizar el vocablo Laudo Arbitral en una norma de carácter legal. Antes de ello, la decisión arbitral se denominaba Sentencia Arbitral*” (Pérez, 2017).

A diferencia del Decreto – Ley 1818 de 1998, que no definía el laudo arbitral, esta vez la Ley 1563 de 2012 en su artículo 1 inciso 3 señaló que el laudo es “la sentencia que profiere el tribunal de arbitraje” y añadió que el mismo “puede ser en derecho, en equidad o técnico”.

Por otra parte, cabe resaltar que fue la jurisprudencia la que definió en que consistía cada uno de los fallos, señalando que el fallo en derecho era aquel donde los árbitros se pronunciaban con fundamento al derecho positivo vigente; a diferencia del fallo en equidad, donde los árbitros se pronuncian

con fundamento en lo que a su consideración es lo más justo, es decir, sin tener en cuenta las normas jurídicas al momento de la decisión; y por último, expresó que el fallo técnico es aquel que implica que los árbitros se pronuncien con base en los conocimientos de una determinada ciencia, arte u oficio, distinta al derecho (Sentencia C-330 de 2012)

El Estatuto Arbitral también señaló que, en el caso de las entidades públicas o del Estado, el laudo deberá proferirse en derecho siempre y cuando las controversias hayan surgido por causa o con ocasión a la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y/o liquidación de los contratos estatales incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales (inc. final art.1); así mismo, la Ley dispuso que si los particulares o las partes del litigio guardan silencio respecto del sentido del fallo este será en derecho.

El laudo arbitral es similar a una sentencia, la única diferencia radica en que éste es proferido por un árbitro y aquella por un juez de la República; con aquel, se da la culminación al proceso arbitral.

En cuanto a la notificación del Laudo, la norma señala que debe ser en audiencia, además dispone que, el mismo debe ser acordado por mayoría de votos y en principio debe ser firmado por todos los integrantes del tribunal, ya que, si alguno de los árbitros no firma

el laudo, pierde la segunda mitad de sus honorarios, no obstante, este hecho no afectaría la validez de aquel.

La Ley reconoce que es posible el salvamento de voto, pero prevé que quien lo realiza, debe igualmente firmar el laudo y adicional a esto expresar por escrito los motivos de su discrepancia; lo mismo ocurre para quien pretenda aclarar el voto, esto deberá hacerse el mismo día en que se profiere al laudo; al igual que lo dicho en el párrafo anterior, esta situación de ninguna manera afecta la existencia y validez del laudo o impide su notificación.

El laudo debe tener el contenido de una sentencia. Así que el tribunal deberá expresarse sobre las pretensiones y excepciones de todos los intervinientes del proceso. Tratándose de bienes sujetos a registro el laudo deberá ordenar su inscripción, según el caso, ya sea que implique la declaración, aclaración, modificación, limitación, gravamen, traslación o extinción de un derecho real, principal o accesorio.

Igualmente, el laudo debe ordenar el archivo del expediente en el Centro de Arbitraje en que se hubiere adelantado el proceso. Del mismo modo, deberá expresarse sobre las medidas cautelares habidas en el proceso y en general, deberá referirse a todas las situaciones que afecte la situación de las

partes, teniendo en cuenta que el tribunal arbitral cesa en sus funciones una vez ejecutoriado el laudo.

El artículo 39 del Estatuto Arbitral establece la posibilidad de aclaración, corrección y adición del Laudo, para lo cual dispone un término de cinco (5) días contados a partir de la notificación del mismo, todo esto teniendo en cuenta que dichas solicitudes no genera la modificación de la decisión. Juan Pablo Cadenas Mejía basado en el concepto de la Sala de Consulta del Servicio Civil del 25 de abril de 2002 (Radicado 1408) precisa que a diferencia de lo que ocurre con el proceso que se tramita ante la justicia permanente, evento en el cual la corrección del error aritmético o en el cambio de palabras es posible en cualquier tiempo, en el caso del laudo arbitral la corrección de dicho error solo es posible en los términos señalados por el artículo 39, dada la investidura temporal del árbitro (Cárdenas M, 2013).

Finalmente, el Estatuto Arbitral eliminó la protocolización de los laudos arbitrales y previó en su lugar, el archivo del proceso en el Centro de Arbitraje en el que se adelantó el mismo (artículo 47). Dicho Centro igualmente archivará el expediente cuando el proceso termine por cualquier causa; además, con el fin de evitar la congestión del archivo de gestión de los Centros de Arbitraje, la norma estableció que, después de tres (3) años, podrá conservar el

expediente en cualquier medio técnico que garantice su reproducción.

Recurso de Anulación

El artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 establece que *“Contra el laudo arbitral procede el recurso extraordinario de anulación, que deberá interponerse debidamente sustentado, ante el tribunal arbitral, con indicación de las causales invocadas...”*

El recurso de anulación contra el laudo arbitral es el único recurso propio del proceso arbitral, y como recurso, goza de los requisitos de capacidad, oportunidad, procedencia y sustentación (López B, 2013).

Ahora bien, en palabras de Hernán F. López Blanco, con este recurso se satisface la función de control de los laudos arbitrales, pues si bien es cierto, la justicia privada no tiene superior jerárquico funcional por no constituir una jurisdicción permanente, esta función la cumple el Estado por medio de los Tribunales Superiores y el Consejo de Estado, según el caso. Es así, como la Justicia Ordinaria y la Contenciosa Administrativa, cumplen un papel trascendental para evitar errores, arbitrariedades e injusticias, que puedan ser cometidas en un laudo arbitral, ya sea de procedimiento (in

procedendo) o de hecho o derecho (in iudicando). (López B, 2013)

En cuanto a la oportunidad para interponer el recurso de anulación, el mismo artículo señala que se podrá hacer dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación del laudo o de la providencia que resuelva sobre su aclaración, corrección o adición. El recurrente deberá presentar memorial en el que interpone el recurso debidamente sustentado, basado únicamente en las causales plasmadas de forma taxativa en el artículo 41 del Estatuto Arbitral (Ley 1563/12). Posteriormente, por secretaría del tribunal, se correrá traslado a la otra parte por quince (15) días sin necesidad de auto que lo ordene. Vencido aquel término, dentro de los cinco (5) días siguientes, el secretario del tribunal enviará los escritos presentados junto con el expediente a la autoridad judicial competente para conocer del recurso.

Las causales por las cuales procede el recurso extraordinario de anulación son:

- “1. La inexistencia, invalidez o inoponibilidad del pacto arbitral.
2. La caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia.
3. No haberse constituido el tribunal en forma legal.
4. Estar el recurrente en alguno de los casos de indebida representación, o falta de notificación o

emplazamiento, siempre que no se hubiere saneado la nulidad.

5. Haberse negado el decreto de una prueba pedida oportunamente o haberse dejado de practicar una prueba decretada, sin fundamento legal, siempre y cuando se hubiere alegado la omisión oportunamente mediante el recurso de reposición y aquella pudiera tener incidencia en la decisión.

6. Haberse proferido el laudo o la decisión sobre su aclaración, adición o corrección después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral.

7. Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.

8. Contener el laudo disposiciones contradictorias, errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén comprendidas en la parte resolutive o influyan en ella y hubieran sido alegados oportunamente ante el tribunal arbitral.

9. Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento”.

No obstante, la norma señala que para se pueda invocar las causales 1, 2 y 3, el recurrente debe previamente hacer valer los motivos constitutivos de

ellas mediante recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia; igualmente, señala que la causal 6 no podrá ser alegada en anulación por la parte que no la hizo valer oportunamente ante el tribunal de arbitramento, una vez expirado el término.

En relación con el trámite, la norma establece en el artículo 42 que “La autoridad judicial competente rechazará de plano el recurso de anulación cuando su interposición fuere extemporánea, no se hubiere sustentando o las causales invocadas no correspondan a ninguna de las señaladas en esta ley.

Admitido el recurso, el expediente pasará al despacho para sentencia, que deberá proferirse dentro de los tres (3) meses siguientes. En ella se liquidarán las condenas y costas a que hubiere lugar.

La interposición y el trámite del recurso extraordinario de anulación no suspenden el cumplimiento de lo resuelto en el laudo, salvo cuando la entidad pública condenada solicite la suspensión.

La autoridad judicial competente en la anulación no se pronunciará sobre el fondo de la controversia, ni calificará o modificará los criterios, motivaciones, valoraciones probatorias o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral al adoptar el laudo” - Subrayado fuera de texto -.

De lo anterior, se puede determinar que la interposición del recurso de anulación no suspende el cumplimiento de lo ordenado por el tribunal en el

laudo, de modo que su efecto no es suspensivo; no obstante, establece una excepción cuando se trata de una entidad pública y es que, al interponer el recurso, solicite de manera expresa que se suspenda el cumplimiento del laudo, pues de lo contrario los efectos proceden de forma inmediata.

Por último, el recurso extraordinario de reposición, está previsto sobre la base de unas causales que rara vez pueden generarse, por lo que no se justifica suspender los efectos del laudo, pues casi siempre no prospera este medio de impugnación (López B, 2013).

**ANTECEDENTES NORMATIVOS DEL
ARBITRAJE EN COLOMBIA**

Daniela Rivera García
Francisco Javier Arias

En la evolución del ser humano, la forma originaria para la solución de problemas fue la justicia privada. Con el transcurrir del tiempo y la consolidación de las civilizaciones, se estableció normas que procuraran garantizar la convivencia armónica y evitar que las diferencias se resolvieran ejerciendo de manera arbitraria la fuerza.

La solución de los conflictos mediante el uso desmedido de la fuerza llevó a un profundo desequilibrio en la objetividad y equidad, lo que desembocó en interminables venganzas y desconocimiento de derechos, dado que no existía acuerdo sobre qué debía considerarse como la “solución” del problema inicial.

El uso del arbitraje puede evidenciarse desde las primeras controversias que suscitaron en la antigüedad, y que eran sometidas a la resolución de un tercero imparcial, legitimado por las partes, como fuese el caso del jefe de la familia, el sabio, o sacerdote (Jequier, 2015), entre otras figuras de gran reconocimiento por los sujetos en conflicto.

El arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos se remonta a la existencia misma del conflicto y la necesidad de buscar una solución concertada entre quienes se hayan involucrados. Así las cosas, el arbitraje se configuró, saliendo de la estructura jerarquizada contralada absolutamente por el Estado, pero sin caer en el desconocimiento de las garantías mínimas que permiten la convivencia social.

En el derecho romano.

En Roma tuvo relevancia el arbitraje, pues es la base de esta figura jurídica, surgió en el entorno familiar, habida cuenta que el *pater familias*, era el llamado a conocer y generar orden en los problemas internos, por su calidad de máxima autoridad del grupo familiar, cuyas decisiones debían ser respetadas y observadas.

Posteriormente, la autoridad para solucionar estas discrepancias fue otorgada a un “arbitro”, a quien conocía de forma libre las vicisitudes o disputas por medio de rituales con especial enfoque religioso (Villalba & Moscoso, 2008) su función estuvo direccionada a escuchar a las partes, pues era una persona de alto reconocimiento y aceptación religiosa en la sociedad.

Aunque la figura del árbitro fue clara en el derecho romano, la exigibilidad de sus decisiones fue

un tema que suscitó interminables discusiones, pues carecían de eficacia. Para garantizar el cumplimiento de la determinación adoptada por el árbitro, era necesario solicitar de manera previa, un depósito, la entrega del bien objeto de disputa, o presentar un compromiso entre las partes que los obligaba a pagar un valor económico en caso de que alguna de ellas desconociera la decisión emitida (Copalcuatzi, 2004); este acuerdo fue denominado “compromissio”, que se asemeja a lo que se conoce hoy día como cláusula compromisoria, en los procesos arbitrales.

Como antecedente normativo se tiene la Ley de las XII Tablas, donde se estableció el procedimiento mediante el cual un magistrado imponía pactos entre los sujetos involucrados en controversia, para sustituir la venganza privada y obligarlos a someterse al arbitraje, donde se fallarían todos los reclamos formulados por las partes (Villalba & Moscoso, 2008). La norma tenía la intención de evitar la justicia por mano propia de las personas involucradas en la disputa, dado al control efectivo de las diferencias entre las partes a través de un mecanismo legitimado socialmente. (Ley del talión)

Se advierte que si bien el mecanismo se genera por la voluntad de las partes, el reconocimiento de la sociedad a las decisiones del árbitro es un elemento central de este medio alternativo, ya que permite el

sometimiento mayoritario de los sujetos y como consecuencia, garantiza la eficacia de las decisiones.

Son postulados de la justicia arbitral en el marco del derecho romano; los principios de libertad y autonomía de la voluntad de las partes, evidenciándose en tres orientaciones: (i). La designación del juzgador (ii). El cumplimiento de los compromisos asumidos y (iii). La no intervención del Estado.

Reconocer un tercero para resolver los problemas, intrínsecamente conllevó a la renuncia de ejercer justicia por mano, el arbitraje evitó replicar a la injusticia con más injusticia, estableciendo un sistema en el que las controversias se sometían a un particular con la facultad de administrar justicia, aceptando de manera anticipada y obligatoria la sentencia (Zappalà, 2010).

En la edad media.

El modo de producción que imperó durante este periodo fue el feudalismo, marcando las relaciones de intercambio de productos siendo la propiedad de la tierra fuente de riqueza, es así, como el mecanismo fue relevante en las controversias de naturaleza económica, en razón al auge comercial y el consecuente nacimiento de asociaciones gremiales

que se vivió a mediados y finales de la edad media (Villalba & Moscoso, 2008).

Dado el rápido y complejo movimiento de las relaciones económicas, resultaba urgente hacer uso de mecanismos que llevaran a una solución pronta y eficaz de las controversias generadas en dicho escenario. Así las cosas, acudir ante la justicia del Estado era una opción con poco prestigio, para quienes interactuaban en el ámbito económico, debido a las pérdidas causadas por la demora en relación con este punto Francesco Zappalà, indicó que:

El arbitraje asume la característica, que perdurará durante todo el Medioevo y hasta la Revolución Francesa, y que incluso está presente en las problemáticas actuales del derecho procesal como expresión del poder público consistente en ser expresión de grupos económicos y sociales que se identifican en sus propias y excluyentes manifestaciones antes que en las instituciones estatales, hasta el punto de considerar más seguro y natural resolver entre ellos mismos las controversias, confiándolas a uno de ellos y no a un juez de una estructura externa. (Zappalà, 2010, p. 205)

Para la época este procedimiento tuvo uso preferente en el sector económico, dadas las garantías

de celeridad y eficacia que revestían las decisiones adoptadas, necesarias para dinamizar las relaciones comerciales, y evitar el retraso del crecimiento económico de la burguesía incipiente que empezó a formarse en la segunda mitad de la edad media. Ratificaron este dicho los autores Sara Feldstein y Hebe Leonardi, cuando indicaron que la burguesía feudal encontró en el arbitraje el instrumento ideal para dirimir con “*seguridad y rapidez*” los conflictos comerciales entre gremios y corporaciones, en razón a que la justicia del monarca estaba llena de dificultades procesales y era lenta (Feldstein & Leonardi, 1998).

La aplicación del método fue general, pues no solo la burguesía naciente, sino también los artesanos y comerciantes utilizaron la bondad de trámite, , con un mejor resultado al que normalmente se podría obtener de la “justicia ordinaria” (Castillo, 2007).

Por su parte, los sectores feudales más tradicionales también acudieron al arbitraje para remediar sus problemas, pero en estos eventos el rey fungía como árbitro (Charry, 1988), bajo este supuesto, se advierte una situación compleja entre las partes, dado que se les imponía un director de juzgamiento, a quien no se le podría reprochar o discutir en su objetividad al momento de decidir.

Según Fernández (2016) en la Edad Media, el arbitraje tuvo un destacado papel en el marco de los asuntos mercantiles, puesto que se solucionaban con

rapidez, para no interrumpir el movimiento económico. No obstante, existieron otras vías para solución de controversias económicas de gran relevancia, como el conceder a los gremios la facultad para formar cuerpos colegiados denominados “*gilds and fair courts*”, con plena autonomía de decisión, conforme a lo indicado por los Tribunales de Westminster, respecto de los temas mercantiles, por su especialidad e incidencia en el comercio internacional.

En la edad moderna y contemporánea.

A lo largo de la edad moderna, antes de la Revolución Francesa, el arbitramento tuvo un rasgo invariable: las élites económicas y sociales hicieron uso de este mecanismo, producto del ejercicio de su autonomía, el principal escenario para la resolución de conflictos, y evitaron acudir a las desprestigiadas estructuras judiciales públicas. Frente al declive del feudalismo, se evidenció la desconfianza en las organizaciones públicas entre ellas la judicial, permitiendo que este mecanismo ganara espacio, que fue logrado gracias a la clara intervención de los comerciantes en la conformación de instituciones jurídicas, útiles para sus intereses económicos.

La legitimidad alcanzada por el mencionado mecanismo llevó a que las funciones adelantadas por

los árbitros se equipararan en gran medida a las desarrolladas por los jueces del Estado, y a que sus decisiones (laudos arbitrales) tuvieran efectos similares a las resoluciones judiciales, especialmente en lo relacionado con la exigibilidad de cumplimiento.

Es imperante destacar que el florecimiento del arbitramento no fue pacífico durante esos años, por el contrario, tuvo el desafío de cargar con las decisiones de organizaciones políticas absolutistas que bajo el mandato de concentrar el poder, hicieron que muchos de los asuntos sometidos al procedimiento arbitral fueran asumidos de nuevo por las instituciones judiciales del Estado.

En la época contemporánea, cuyo punto de partida se atribuye a la Revolución Francesa, se recuperan elementos centrales del arbitramento, por ser consonantes con los ideales republicanos y liberales, entre otros, se exalta la autonomía de las partes para acudir voluntariamente al arbitraje y solucionar sus conflictos a través de ese mecanismo. Esto fue visto como una manera de hacer frente a los abusos del Estado y la lentitud en la administración de justicia pública.

No obstante la coherencia entre el discurso de la Revolución y los principios del arbitramento, durante el siglo XIX existieron concepciones que abogaron por limitar la discrecionalidad que estaba siendo otorgada a los particulares y que les permitía

acudir al arbitraje para resolver sus conflictos; como resultado, el ejercicio del arbitraje se vio sometido a las orientaciones estatales y las controversias objeto de su competencia fueron reducidas sustancialmente. Esta posición fue alentada por los gobiernos fascistas y comunistas que tuvieron lugar durante el referido siglo.

A pesar de las concepciones sobre la estructura y funciones del Estado, que llevaron a centralizar en las autoridades públicas la solución de controversias, el dinamismo de las relaciones sociales, políticas, económicas y culturales contemporáneas hicieron evidente, una vez más, la incapacidad de la organización judicial estatal para responder a las exigencias de justicia de los administrados

Esto ha llevado a que con el pasar del tiempo se modifiquen, unifiquen, y consoliden marcos regulatorios en materia de arbitraje, procurando una armonía entre las disposiciones nacionales – internacionales, y ampliando cada vez más los asuntos que pueden ser ventilados ante tribunales de arbitramento (V.gr. Contratación estatal).

En Colombia.

El arbitraje no es una institución reciente como se ha indicado, la primera norma que lo incorporó a la legislación nacional fue la Ley 105 de 1890, mediante

la cual se reformaron algunos procedimientos judiciales. En suma, tuvieron lugar otras disposiciones jurídicas como las contenidas en la ley 103 de 1923; ley 105 de 1931; ley 2 de 1938; decreto 1400 de 1970, que fue reproducido en su totalidad por el decreto ley 410 de 1971 (Henaó, 1984), evidenciándose la transcendencia de la justicia arbitral en el ordenamiento jurídico colombiano.

En el Decreto 2279 de 1989, que adopta los sistemas de solución de conflictos entre particulares, se conceptualiza el arbitraje como:

(...) un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral.

El arbitraje puede ser en derecho, en equidad o técnico. El arbitraje en derecho es aquel en el cual los árbitros fundamentan su decisión en el derecho positivo vigente. En este evento el Árbitro deberá ser Abogado inscrito. El arbitraje en equidad es aquel en que los árbitros deciden según el sentido común y la equidad. Cuando los árbitros pronuncian su fallo en razón de sus específicos conocimientos en una determinada

ciencia, arte u oficio, el arbitraje es técnico (D. 2279/1989, Art. 1)

La figura jurídica del arbitramento causó revuelo en vigencia de la Constitución Política de 1886, pues reconocía y transfería a los particulares funciones y atribuciones que habían sido encargadas de manera exclusiva al Estado, como el otorgar a un particular la potestad de administrar justicia y considerar la voluntad de las partes para decidir quién tenía la idoneidad requerida para resolver su controversia.

Ahora bien, bajo la vigencia de la actual Carta Política, el arbitraje tiene su fundamento constitucional en el artículo 116 de la Constitución Política de 1991, y busca favorecer la materialización de los objetivos del Estado Social Colombiano, como el acceso a la administración de justicia.

Es importante mencionar que el arbitraje, en el marco constitucional colombiano, no es una figura que pueda llevarse a cabo de manera abusiva, puesto que debe ejercerse en los términos que determine la ley general sobre arbitraje y su correspondiente reglamentación, lo que no representa en estricto sentido la intervención directa del Estado en la administración de justicia arbitral (Díaz, 2010).

El artículo referenciado desarrolló en gran parte la figura del arbitramento, entendido como un

mecanismo alternativo de solución, para evitar llegar a las instancias de justicia Estatal, dejando en manos de un tercero, revestido temporalmente de función jurisdiccional, la facultad de tomar una decisión de carácter definitivo y vinculante para las partes, resolviendo el litigio y/o conflicto, con fundamento en los mandatos constitucionales y legales. En razón a esto, la decisión arbitral es eminentemente jurisdiccional y equivale a una providencia judicial (C. Const, T 288/2013, MP. J. Pretelt).

En otras palabras, el arbitramento es un mecanismo mediante el cual las partes excluyen de la jurisdicción ordinaria un conflicto determinado, terceros diferentes a los jueces se encarguen de resolver la controversia por medio de un procedimiento especial, que termina con una decisión judicial denominada laudo arbitral, con la misma incidencia de cosa juzgada, es decir, se permite que una persona o varias, en nombre del Estado, determinen de forma vinculante, el derecho aplicable a un caso en concreto (C. Const, T 455/2012, MP. G. Mendoza).

No obstante lo anterior, el Estado no pierde competencia o legitimidad para administración de justicia, y muy por el contrario, los particulares toman como punto de partida el marco constitucional y legal fijado por el Estado, para llevar a cabo la actuación

arbitral, mostrando la plena articulación con todo el sistema jurídico.

Esta figura tiene su fundamento en elementos esenciales del Estado Social de Derecho, puesto que más allá de ser una figura de carácter jurisdiccional, que apoya el sistema establecido para administración de justicia (Rey, 2013); lo cierto es se origina en el reconocimiento del derecho a la libertad de las personas y en la autonomía de su voluntad.

En 1991 se expidió la Ley 23, por medio de la cual se crean mecanismos para descongestionar los despachos judiciales del país. En esta norma se desarrollaron el arbitramento institucional o independiente, significando que el primero es aquel que se hace en los centros de arbitramento establecidos conforme a las exigencias legales, y el segundo, consiste en el que se realiza conforme a la regulación del Decreto 2279 de 1989, con las modificaciones incorporadas en la nueva regulación (L. 23/1991, Art. 90).

A partir de la expedición de la mencionada norma se inicia un destacado proceso de desarrollo e impulso de los métodos alternativos de solución de conflictos, como lo es el arbitraje y la conciliación, al postularse como vías eficaces para solución a los problemas de congestión judicial en Colombia, permitiendo de esta forma que los ciudadanos pueden

participar activamente en las funciones de administración de justicia (Vargas, 2014).

Posteriormente, la Ley 315 de 1996 indicó elementos importantes del arbitraje internacional (L. 315/1996), señalando la existencia de dos regímenes paralelos, por un lado, el arbitraje interno y del otro, los pronunciamientos emitidos por órganos internacionales, en los laudos extranjeros.

Mediante la Ley 446 de 1998 y el decreto 1818 del mismo año se incorporan importantes modificaciones, entre ellas, aspectos centrales del arbitraje y disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia. En esta norma, el arbitraje es definido como:

(...) un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral. El arbitraje puede ser en derecho, en equidad o técnico. (...) (L. 446/1998, Art 111)

En vigencia de la citada norma, se clasificó el arbitraje en tres formas: el independiente, en el cual las partes previamente acuerdan las reglas de procedimiento aplicables en el caso bajo análisis; el

institucional, en donde las partes se someten al procedimiento establecido por el centro de arbitraje, y por último, el legal, que se efectúa conforme a las disposiciones normativas vigentes (L. 446/1998, Art. 112).

Ahora bien, el Estatuto de los métodos alternativos de solución de conflictos, Decreto 1818 de 1998, retomó varios elementos anteriormente precisados, como el establecimiento de un procedimiento que da relevancia a la voluntad de las partes, pues podría ser independiente, cuando los involucrados disponen las reglas que el árbitro debe aplicar para la resolución de su conflicto o, institucional, conforme a las reglas de procedimiento del Centro de Arbitraje Nacional (D. 1818/1998).

Según Rodríguez, 2012, la implementación de las normas no obtuvo un buen resultado, habida cuenta que constituyó un documento lleno de imprecisiones, que generaron confusión para el intérprete, además de llevar a una inseguridad jurídica y enfocarse a un procedimiento más judicial que a la institución del arbitraje, en razón al nivel de formalismos; es así como los diferentes centros de conciliación y arbitramento, en desarrollo de su autonomía, reglamentaron de forma particular el procedimiento interno de los asuntos arbitrales, para efectos de ser más flexibles en el trámite, además de generar mayor

claridad a las partes y eficiencia en la consecución de las decisiones.

Como respuesta a esta situación, se realizó por el ejecutivo varios intentos tendientes a reformar el mecanismo a través el Proyecto de Ley 177 de 2007, “por medio de la cual se dictan normas sobre el arbitraje nacional e internacional, y se derogan algunas disposiciones”. En el 2010 se intentó contener en un único instrumento legal la normativa colombiana sobre arbitraje nacional e internacional, llevando a constituir la Comisión de Expertos Redactora del Proyecto de Ley sobre Arbitraje Nacional e Internacional, teniendo como el resultado de esta Comisión fue la expedición de la Ley 1563 de 2012 (Rodríguez, 2012).

El Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional de 2012, prescribe que un tribunal de arbitramento tiene la competencia para solucionar una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley permita, conforme a los principios procesales de imparcialidad, idoneidad, celeridad, igualdad, oralidad, publicidad y contradicción . De igual manera, se indicó que el pacto arbitral es un negocio jurídico vinculante para las partes suscriptoras, en relación con sus diferencias presentes o futuras.

Esta norma articuló de manera armónica el Arbitraje Nacional y el Internacional, como la

posibilidad de tomar otra opción de solicitar justicia, reiterando la relevancia de la autonomía de la voluntad y el verdadero consentimiento de la figura. Así, cualquier constreñimiento a la parte para acudir a los mecanismos alternativos de solución de conflictos, es reprochable tanto a nivel nacional e internacional.

El Estatuto modernizó el arbitraje, pues se observó como referentes los esquemas adoptados en otros países, que tenían como base jurídica la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) (Paraguacuto-Maheo, Bayona, & Gallardo, 2014). En ese sentido, dicha modernización, pretendía armonizar la legislación nacional con los preceptos internacionales en esta materia, temática abordada por las diferentes organizaciones y vinculante para muchas naciones.

La norma sigue vigente, ha generado confianza para acudir ante este mecanismo alternativo, debido a los lineamientos específicos que incorpora para la procedencia del recurso de Anulación, como medio de cuestionamiento extraordinario y especial contra el laudo arbitral, garantía de los derechos de las partes y del debido proceso.

Desarrollo doctrinal y jurisprudencial en Colombia.

Tratamiento doctrinal.

Actualmente son muchos los conflictos que surgen en la sociedad, de ahí que se generen diferentes formas para solucionarlos, como los métodos alternativos, entre los que se pueden apreciar: mediación, transacción, conciliación, amigable composición, arbitraje, entre otras.

Sobre los métodos alternos Vargas, 2014 indica que estas herramientas son usadas es habitualmente por comunidad o por el estado. El auge de los mecanismos alternativos de solución de conflicto tiene plena relación con la congestión de los diferentes sistemas judiciales internos, que se muestran cada vez más incapaces para asumir la creciente e imparable demanda de justicia (Vargas, 2014).

Al comparar nuestro sistema de métodos son su reglamentación en los Estados Unidos, Soletto 2012, precisa que el sistema que se denominó “multipuertas” en que cada puerta sería una forma de resolución, de tal manera que el conflicto se adecuara a un determinado método, aunado de un procedimiento previo en los tribunales, ya que cualquier conflicto es seleccionado antes de ser repartido por un secretario judicial, y es enviado a la “puerta” más adecuada desde el inicio, para que así se

lleve a una mediación, arbitraje, conciliación, entre otros.

El profesor Marco Gerardo Monroy Cabra (1998), manifiesta que el arbitraje es un método para resolver extrajudicialmente aquellas controversias que puedan ocurrir, o que hayan surgido entre dos o más partes, el cual se legitima por acuerdo de las partes en el reconocimiento del árbitro y la función otorgada por la ley.

Gil Echeverry, 2010, prevé que el arbitraje en Colombia tiene una naturaleza procesal, por el carácter jurisdiccional de los árbitros, quienes deben sujetarse a lo contenido en la Constitución, la ley y principios tales como el debido proceso, igualdad de las partes, contradicción de la prueba, derecho de defensa, entre otros; quedando en un plano de similar frente a los jueces de la República, pues bajo esos parámetros administran justicia.

La justicia arbitral en el ordenamiento jurídico colombiano tiene unas características particulares, las cuales consisten en:

- “- Es de naturaleza procesal, por cuanto, a pesar de su carácter transitorio, los árbitros ejercen una función jurisdiccional.
- Se origina por la voluntad expresa de las partes del conflicto, por ser requisito esencial la

cláusula compromisoria o pacto de compromiso.

- Los asuntos generadores del conflicto necesariamente son transigibles, es decir transferibles a terceros o negociables.

- Los fallos proferidos en derecho o en equidad tienen efecto de cosa juzgada” (Ortiz, Cano, Rodríguez, Méndez, & Mosquera, 2012, pp. 101 - 102)

El mecanismo permite el ejercicio de la garantía del derecho al acceso a la justicia, siendo un mecanismo de heterocomposición en donde un tercero investido temporalmente de jurisdicción y competencia, administra justicia con mayor eficiencia, dada la congestión que presenta la justicia ordinaria, y la celeridad de la justicia arbitral, tanto en los procesos ya en curso como los nuevos que se someten a su conocimiento.

En cuanto al arbitraje internacional se rige en principio por la Convención de Nueva York de 1958, que, a pesar de ser un documento corto, su contenido no escrito tiene gran riqueza, ya que su fin principal es el de facilitar o favorecer la circulación internacional de los laudos. Igualmente es considerada como el instrumento eficaz, debido a que en más de 700 decisiones jurisdiccionales dictadas, los tribunales

internacionales se han respaldado y validado las disposiciones del instrumento jurídico (Olaiz, 2005).

En el mismo ámbito, la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional UNCITRAL, por comisión adoptó en el año 1996 unas notas respecto de la Organización del Proceso Arbitral, dándole relevancia al trámite, pues incorpora un trámite único instrumento internacional que es único y ha sido reconocido por más de cien países.

Desde el año de 1989, en América Latina se generó una revolución en materia de arbitraje, debido a que las diferentes reformas legales de los principales países de la región, aunada a la celebración de tratados de protección de inversión, permitieron el compromiso en este asunto, de ello, las estadísticas muestran un crecimiento en la práctica de países como México, Brasil, Perú y Colombia, llevando a un posicionamiento del arbitraje en Latinoamérica (Galindez, 2014).

Los ordenamientos jurídicos que regulaban la materia del arbitramento mostraron un destacado fortalecimiento en lo relacionado con el área comercial internacional, respondiendo a las dinámicas económicas y pasando a convertirse en sedes arbitrales. Esta modalidad de arbitraje (comercial internacional) muestra con claridad la autonomía que poseen las partes en controversia a lo largo de todo el trámite, pudiendo establecer el idioma en que se

desarrollará, los árbitros que adoptaran la decisión, leyes aplicables al caso concreto, los plazos para cada una de las etapas, la institución administradora, entre muchos más aspectos (Vasquez, 2011).

Al estudiar la constitucionalidad de la ratificación e incorporación de la Convención para el Arreglo Pacífico de los Conflictos Internacionales de 1907, encontró exequible el texto internacional, además de resaltar la relevancia del instrumento jurídico, debido a que la solución de los litigios internacionales ha sido un objetivo constante por parte del Estado colombiano, de ahí que el procedimiento arbitral dentro de la categoría de los medios pacíficos de solución de controversias tenga plena validez y no exista reparo de inconstitucionalidad, resultando concordante con la política externa el que Colombia se someta a un organismo internacional (C. Const, C 381/1996, MP. H. Herrera).

Aunado a lo anterior, se consideró la pertinencia del sometimiento de conflictos particulares al arbitraje internacional, tomando como referencia su concordancia con la norma superior interna:

El arbitramento, tanto el nacional como el internacional, tiene su fundamento en la autonomía de la voluntad, como lo reconoce expresamente la Constitución. Si los árbitros

pueden ser facultados por las partes para fallar en conciencia, o en equidad como dice la Constitución, bien puede la ley prever que esas mismas partes sometan sus diferencias a un tribunal arbitral internacional, en los términos que la misma ley señale. (C. Const, C 347/1997, MP. J. Arango, p. 11)

En la Corte Constitucional Colombiana.

La Corte Constitucional Colombiana, ha manifestado que el arbitraje es un mecanismo donde las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, lo llevan ante un tribunal arbitral para obtener una solución vinculante jurídicamente, en razón a que los árbitros se encuentran investidos de manera transitoria, de la facultad para administrar justicia (C. Const, C 378/2008, MP. H. Sierra).

La justicia arbitral se fundamenta en distintos principios, entre estos la *Habilitación*, que se erige como un pilar central, habida cuenta de que las partes en conflicto, de forma voluntaria, trasladen la competencia a un tercero, con la peculiaridad de ser un particular al que se llamará “árbitro”, con el ánimo de que resuelva o dirima la controversia puesta en conocimiento, ya sea en derecho o equidad. En consecuencia, son las partes contractuales quienes permiten la concurrencia y legitimidad en el ejercicio

de la función jurisdiccional llevada a cabo por los árbitros (C. Const, C- 431/1995, MP. H. Herrera).

En su amplio desarrollo jurisprudencial la Corte Constitucional estableció características básicas de la actuación arbitral en Colombia, conocidas así:

1. La facultad para administrar justicia que es conferida a los particulares puede ser llevada a cabo únicamente ostentando la calidad de conciliadores o árbitros.

2. El arbitraje comporta en sí mismo una actividad jurisdiccional, propia de la función pública, cuyas determinaciones se hallan contenidas en laudos.

3. Para que los árbitros puedan administrar justicia en cada caso, deben estar habilitados por las partes en controversia.

4. La función llevada a cabo por los árbitros es transitoria y excepcional, por lo que se agota una vez se profiere el laudo que pone fin a la controversia.

5. Es una función a cargo del legislador fijar los términos en los cuales se desarrolla el proceso arbitral.

6. Los asuntos objeto de la justicia arbitral son aquellos derechos y bienes de contenido patrimonial. (C. Const, C 242/1997, MP. H. Herrera, p. 12)

Los citados elementos de la justicia arbitral, permiten advertir la gran incidencia en la administración de justicia, en el escenario particular, estableciéndose un claro margen de procedibilidad y

oportunidad de aplicación, dado que, si bien se permite el acceso al procedimiento arbitral, también es cierto que no siempre es posible su utilización.

Adicionalmente, en sentencia C-098 de 2001, la Corte Constitucional estimó que el arbitraje era un mecanismo excepcional donde las partes intervinientes, en razón a la naturaleza transigible de los derechos e intereses en controversia, habilitan un tercero para que dirima sus conflictos. Bajo el supuesto de excepcionalidad, corresponde al legislador determinar cuáles asuntos no pueden ser sometidos ante este trámite y en consecuencia deberán ser competencia exclusiva de la justicia administrada por el Estado (C. Const, C 098/2001, MP. M. SÁCHICA).

Ahora, la Corporación ha considerado que el arbitramento es un mecanismo jurídico que las partes eligen para dirimir sus diferencias, con las siguientes características: (i). Se erige como una vía a través de la cual los particulares tienen la facultad de administrar justicia. (ii). La procedibilidad de su aplicación se halla vinculada inescindiblemente al principio de habilitación, puesto que son las partes en controversia quienes de manera voluntaria optan por este mecanismo, desplazando la administración de justicia ordinaria. (iii). El arbitramento, como fue mencionado previamente, tiene la particularidad de ser temporal, pues la competencia de la que son

investidos los particulares se limita al caso concreto para el que fueron habilitado (C. Const, C 1038/2002, MP. E. Montealegre, p. 15)

En suma, la Corte Constitucional Colombiana ha precisado que también son características propias del arbitramento (iv). La excepcionalidad del mecanismo, debido a que no todas las controversias jurídicas pueden ser resueltas mediante el arbitraje, aunque exista la habilitación de las partes en conflicto. (v). Aunque se permita ampliamente la participación de los particulares en esta forma de administración de justicia, tanto de los árbitros como de las partes en controversia, esto no excluye que la ley regule distintos ámbitos de la materia, y que dichas regulaciones deban ser observadas en el marco de los arbitrales, especialmente para garantizar la protección de derechos fundamentales como el debido proceso. (C. Const, C 1038/2002, MP. E. Montealegre, p. 15)

El alcance de la autonomía de la voluntad para producir efectos jurídicos, bajo las condiciones que los particulares definan, se considera perfectamente posible en un contexto privado o comercial, donde solo se ponen en discusión intereses personales, y que no tienen incidencia en la gran mayoría social, pero, ¿Qué ocurre cuando están de por medio los intereses y el patrimonio público?

La incidencia en el sistema jurídico colombiano de la justicia arbitral ha permeado tanto

en las relaciones entre privados como ante entidades públicas; el arbitramento ya no es un tema solo de comparecencia de particulares, su oportunidad y eficiencia han incrementado la preferencia de este mecanismo por las partes involucradas. Esto, pone de presente la importancia de la habilitación y voluntariedad del arbitramento, tanto en el plano de lo público como de lo privado¹.

Además de la oportunidad y eficacia mencionada, la literatura que aborda la aplicación del arbitramento en el ámbito del derecho administrativo sostiene que las entidades públicas acceden a este mecanismo alternativo de solución de conflictos como una *táctica de seducción*, entendida como la legitimación de sus gestiones mediante el sometimiento a procedimientos aceptados por las mayorías y no impuestos por el Estado (Trayter, 1997, p. 77).

Por otra parte, la Corte Constitucional en sentencia de unificación 174 de 2007, abordó la conceptualización del arbitramento y lo estructuró desde dos pilares, por un lado, la justicia arbitral tiene como principal función la solución definitiva de una disputa, conflicto o controversia, de índole fáctica o jurídica, es decir, el desarrollo de una función

¹ La relevancia de la justicia arbitral en el plano de las controversias contractuales estatales se desarrolla ampliamente en el capítulo II de este documento.

jurisdiccional; y, por otra parte, la función jurisdiccional ejercida no se configura como un acto del Estado, que si bien tiene fundamento en la Constitución Política, lo que realmente genera el fundamento es el contrato o acuerdo de voluntades entre las partes, donde habilitan al árbitro para la solución de sus problemas (C. Const, SU 174/2007, MP. M. Cepeda).

Así mismo, la Corte Constitucional ha enfocado el análisis y caracterización del sistema arbitral en razón a la autonomía de las partes o la llamada habilitación de las partes, por eso, en los siete elementos estructurales que concibe la Corporación, se encuentra el reconocimiento ya conocido como (i) mecanismo alternativo de resolución de conflictos; (ii) el ejercicio jurisdiccional por particulares; (iii) la naturaleza procesal del arbitraje; (iv) el carácter transitorio o temporal; (v) la consecución de fallos en derecho o en equidad; (vi) el estricto cumplimiento de los parámetros normativos para el desarrollo arbitral; y, (vii) el deber y respeto de los lineamientos constitucionales (C. Const, C 378/2008, MP. H. Sierra).

En sentencia T-058 de 2009, se abordó de nuevo las características básicas del arbitraje en el orden constitucional, las cuales resultan consonantes con las precisadas en pronunciamientos anteriores de la Corte, a saber: (i). La justicia arbitral permite que

los particulares sean investidos transitoriamente de la facultad para administrar justicia. (ii). Son las partes en controversia quienes de ejercicio de su autonomía deciden someter sus conflictos a conocimiento de los árbitros. (iii). La función pública otorgada a los particulares es transitoria, mientras se resuelve el conflicto para el que fueron habilitados. (iv), y por último, los trámites arbitrales deben ser adelantados conforme a lo establecidos por el legislador en la materia (C. Const, T 058/2009, MP. J. Araujo, p. 27).

Las citadas características, además de todo el entramado normativo (constitucional y legal), sustentan la existencia y desarrollo de los laudos arbitrales, con la plena exigibilidad al momento de finalizar este trámite, dado que nace de la voluntad de las partes, pero revestida de la obligatoriedad propia de una decisión jurisdiccional. Las partes desde el momento de la suscripción del pacto arbitral, reconocen y admiten las condiciones de cumplimiento, y en caso de no generarse la ejecución del laudo, la parte interesada tiene todos los mecanismos legales para lograr el acatamiento de la decisión.

En la sentencia C-014 de 2010 la Corte Constitucional, determinó que los requisitos y presupuestos que permitían acudir a la justicia arbitral fueron objeto de sustancial ampliación, en razón a que el legislador modificó el marco de procedencia que

tradicionalmente condicionaba la arbitrabilidad de determinado asunto, llevando al condicionamiento que para acudir a la justicia arbitral sea necesaria la “voluntad habilitante”, que corresponde al consentimiento libre de todas las partes interesadas en dirimir su conflicto por la vía arbitral (C. Const, C 014/2010, MP. M. Gonzalez).

La Corte Constitucional ha reiterado la naturaleza voluntaria y transitoria de la justicia arbitral, afirmando que esta constituye en realidad una modalidad constitucional de legítima administración de justicia y, por ello, las providencias que se emitan por aquella están también amparadas por la intangibilidad que se deriva de los principios de cosa juzgada, seguridad jurídica y autonomía judicial (C. Const, T 225/2010, MP. M. Gonzalez, 2010).

Por último, la Corte Constitucional retomó todos los elementos desarrollados en las diferentes providencias y las concretó en las siguientes características:

1. Es un mecanismo alternativo de solución de conflictos.
2. El arbitramento se rige por el principio de voluntariedad o libre habilitación, el cual se desprende del artículo 116 de la Constitución Política, como la oportunidad y requisito previo para que los árbitros puedan impartir justicia en relación con el conflicto, por lo tanto, la

habilitación voluntaria de los árbitros es un requisito constitucional imperativo que determina la procedencia del arbitraje.

3. Es un mecanismo de carácter temporal, en razón que su procedencia solo se da para la resolución del caso específico sometido a consideración de los árbitros.
4. Es excepcional, dada la existencia de asuntos y bienes jurídicos tutelados, cuya disposición no puede dejarse al arbitrio de un particular, por más voluntad de las partes de sometimiento a este asunto.
5. Es una institución de orden procesal, por la garantía que tienen las partes en el cumplimiento de las diferentes etapas y oportunidades para la presentación de los argumentos, la valoración de pruebas aportadas y, la revisión de los pronunciamientos hechos por los árbitros (C. Const, C 330/2012, MP H. Sierra).

Al revisar diferentes decisiones de la Corte Constitucional, se evidencia un planteamiento constante, que afirma reiteradamente el cumplimiento de la voluntad de las partes, la temporalidad del trámite, la excepcionalidad del ejercicio jurisdiccional, la denominación de mecanismo alternativo para la solución de conflictos y, la observancia de garantías constitucionales y legales durante el tratamiento de la controversia.



UNIVERSIDAD
SURCOLOMBIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS



cynergia
Grupo de Investigación
CYNERGIA



*Cámara de Comercio
del Huila*