

ARBITRAMIENTO COMO HERRAMIENTA EFICAZ PARA LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

ARBITRATION AS AN EFFECTIVE TOOL FOR CONFLICT RESOLUTION

Héctor Julio Prieto Cely.*

*Fecha de Recepción:
10 de mayo de 2010*

*Fecha de Aceptación:
24 de mayo de 2010*

RESUMEN**

El presente artículo tiene como fin describir algunos aspectos claros en lo que se refiere al tema del arbitramento como mecanismo alternativo en la solución de conflictos, toda vez que esta figura se presenta como un medio idóneo, expedito y eficaz para darle fin a las controversias jurídicas.

La nota característica de esta figura radica en que los sujetos en controversia o que prevean que pueden llegar a estarlo, determinan autónoma y voluntariamente que su diferencia no será decidida por el Estado a través de sus jueces, sino por un particular a quien ellos le reconocen el poder y la competencia para resolver sus desavenencias. Se ha entendido que la justicia arbitral sólo puede operar cuando los derechos en conflicto son de libre disposición por parte de su titular, es decir, que frente a ellos exista la libertad de renuncia en todo o en parte. Esta capacidad de renuncia o de disposición, es lo que determina el carácter transigible de un derecho en litigio.

Para entender mejor esta institución jurídica, analizaremos su fundamento constitucional y legal, así como su procedimiento, los asuntos sometidos al arbitraje y los sujetos que pueden someter sus controversias al conocimiento de un tribunal arbitral.

* Abogado y especialista de la Universidad Externado de Colombia, profesor de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja.

** Artículo de reflexión, producto y resultado final del proyecto de investigación “Principio de equivalencia funcional del documento electrónico en la legislación nacional.”, vinculado a la línea de investigaciones en derecho privado y actualidad de relación entre particulares del Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas de la Universidad Santo Tomás de Tunja.

Metodología: Método analítico conceptual. Fuentes directas de Derecho analizadas bajo los juicios auxiliares del Derecho.

PALABRAS CLAVE

Pacto arbitral, compromiso, cláusula compromisoria, tribunal arbitral, laudo arbitral, mecanismo alternativo de solución de conflictos, heterocomposición.

SUMMARY

This article abstract has a principal purpose to describe some clear issues mechanism of arbitration as an alternative in conflict resolution, since this figure is presented as an ideal, efficient and expeditious way to put an end to legal disputes.

The characteristic feature of this figure, is that the subjects in dispute or which provide that might become endangered, autonomous and voluntarily determine their difference will not be decided by the State through its judges, but through an individual to whom they recognize the power and authority to resolve their differences. It is understood that the arbitral justice can only operate when the conflicting rights are freely available by the owner, it means that in front of them there is freedom of surrender in whole or in part. This ability to waive or disposal, is what determines the character of a right compromise in the dispute.

To a better understand of this legal institution, we will analyze its legal and constitutional basis, and the procedure, the matters referred

to arbitration and subjects who can submit their disputes to the knowledge of an arbitral tribunal.

KEY WORDS

Arbitration agreement, compromise, arbitration, arbitrator, arbitration, alternative dispute resolution, heterocomposición.

RÉSUMÉ

Cet article vise à décrire certaines questions claires en ce qui concerne l'objet de l'arbitrage comme une alternative dans la résolution des conflits, car ce chiffre est présenté comme un idéal, efficace et de manière expéditive pour mettre fin à des litiges juridiques.

La caractéristique de ce chiffre, c'est que les sujets en litige ou qui prévoient que pourrait devenir en voie de disparition, autonome et volontaire de déterminer leur différence ne sera pas décidée par l'État à travers ses juges, mais par une personne à laquelle ils reconnaissent le pouvoir et l'autorité de régler leurs différends. Il est entendu que la justice arbitrale ne peut fonctionner que lorsque les droits en conflit sont disponibles gratuitement par le propriétaire, soit en face d'eux il ya la liberté de cession, en totalité ou en partie. Cette possibilité de renoncer ou d'élimination, est ce qui détermine le caractère d'un bon compromis dans le différend.

Pour mieux comprendre cette institution juridique, d'analyser leur fondement juridique et constitutionnel, et la procédure, les questions soumises à l'arbitrage et les sujets qui peuvent soumettre leurs différends à la connaissance d'un tribunal arbitral.

MOTS CLÉS

Convention d'arbitrage, le compromis d'arbitrage, l'arbitre, l'arbitrage, de règlement des différends, *heterocomposición*.

SUMARIO:

1.- *Introducción*. 2.- *Origen y for-*

malidades. 3.- *Bondades del procedimiento arbitral*. 4.- *Fundamento Constitucional*. 5.- *Fundamento legal* 6.- *Naturaleza jurídica*. 6.1- *El arbitramento es voluntario*. 6.2.- *El arbitramento es excepcional*. 6.3. *El arbitramento es temporal*. 6.4. *El arbitramento es un proceso*. 7.- *Sujetos*. 8.- *Objeto del proceso arbitral*. 9.- *Procedimiento Arbitral*. 10. *Novedades en materia arbitral*. 10.1. *Demanda de inconstitucionalidad del artículo 40 (PARCIAL) de la ley 1258 de 2008*. 10.2. *Expedición del decreto 1716 de 2009*. 11. *Referencias bibliografías*.

1. INTRODUCCIÓN

El desarrollo legal de la institución arbitral en Colombia tiene un claro fundamento constitucional que permite la atribución de funciones judiciales a los particulares.¹ Dicha autorización debe considerarse como otra posibilidad, como otra forma que tienen los ciudadanos para acceder a una pronta y cumplida justicia;² de lo anterior se desprende que el basamento de la regulación

en materia arbitral se encuentra en el respeto a los derechos fundamentales dentro de los cuales se destacan el “debido proceso”, así como la igualdad que debe reinar entre todas las personas frente a la ley al punto de ser hoy por hoy uno de los métodos que ha resultado más eficaz en la solución de conflictos y que sin lugar a dudas propende grandemente por la credibilidad en la justicia que absolutamente todos los ciudadanos buscamos afanosa-

1 Artículo 116 de la Constitución Política “La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los jueces, administran justicia. También lo hace la justicia penal militar. El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales. Excepcionalmente, la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos. Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de 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.”

2 Artículo 229 de la Constitución Política: “Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la presentación de abogado.”

mente; es pues, el arbitramento, un método que como la conciliación, se ha creado para coadyuvar la labor del juez ordinario en la misión sagrada de impartir justicia. (Constitución Nacional. Art 29. Ver también Henao Restrepo, Dario, 2010 - Peña Castrillo Gilberto, 1986. PIERRE, Bellet, 1991- OPPETIT, B. 2006).

Acceder a la justicia, ya lo hemos dicho, es un derecho fundamental que hace parte del núcleo esencial del derecho al debido proceso, como quiera que *“...no es posible asegurar el cumplimiento de las garantías sustanciales y de las formas procesales establecidas por el Legislador sin que se garantice adecuadamente dicho acceso...”*, conforme lo manifestado por la Corte Constitucional en Sentencia T-268 de 1996. M.P. Antonio Barrera Carbonell, la garantía constitucional de acceso a la justicia no significa que todas las diferencias que puedan surgir en la relación de los particulares deban ser resueltas por los jueces ordinarios, ni que toda controversia pueda ser solucionada a través del procedimiento arbitral, lo primero porque el artículo 116 de la Carta garantiza la existencia de mecanismos alternativos de solución de conflictos, como la conciliación o el arbitraje, los cuales pueden ser ampliados por el Legislador; al respecto, nuestra Corte Constitucio-

nal ha sostenido que *“...es competencia del legislador, de acuerdo con los parámetros que determine la Carta Política, el fijar las formas de composición de los conflictos judiciales...”* y lo segundo, porque los mecanismos alternativos de solución de conflictos no pueden llegar al extremo de bloquear o afectar de manera desproporcionada la posibilidad de que una persona lleve su controversia ante los jueces,” sea simplemente porque no desea que el conflicto de intereses, del cual es parte, se solucione a través de los métodos alternativos o porque el motivo de controversia no se pueda solucionar a través del procedimiento arbitral.

2. ORIGEN Y FORMALIDADES

El arbitramento tiene su origen en el pacto arbitral por medio del cual las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión de un tribunal, renunciando, por ende, a hacer valer sus pretensiones ante los jueces ordinarios. A su vez, el pacto arbitral puede tener dos presentaciones, si se nos permite el término, la cláusula compromisoria y el compromiso. Autores que también tratan este tema (Barreto Buitrago, 2009 - Motultky, 1974)

³ En este caso para que produzca efectos jurídicos deberá expresarse en el documento anexo el nombre de las partes así como la indicación, con toda claridad, del contrato al cual accede.

La cláusula compromisoria consiste en que las partes que celebran un negocio jurídico introducen, en el cuerpo del mismo contrato o en un documento anexo a él,³ una estipulación mediante la cual ellas acuerdan que de presentarse alguna diferencia, ya sea en virtud del contrato, en su desarrollo o en su liquidación, se someterá a la decisión de árbitros, es decir que la cláusula es anterior a la ocurrencia de la diferencia, solo que las partes se adelantan a su aparición y anticipadamente se preparan de la forma convenida para solucionarla declinando la jurisdicción ordinaria. Ver también (OPPETIT Bruno, 2006).

Se discutió en algún tiempo si la cláusula compromisoria era autónoma o no lo era, respecto de la existencia y validez del contrato del cual hacía parte. Hoy, el parágrafo del artículo 118 del Decreto 1818 de 1998 despejó definitivamente el interrogante al prescribir que “...*La cláusula compromisoria es autónoma con respecto de la existencia y la validez del contrato del cual forma parte. En consecuencia podrán someterse al procedimiento arbitral los procesos en los cuales se debatan la existencia y la validez del contrato y la decisión del tribunal será conducente aunque el contrato sea nulo o inexistente.*” De igual forma lo ex-

presó nuestra Corte Constitucional en fallo C-248 de 1999 “...*Si bien tradicionalmente se ha entendido que la cláusula compromisoria es accesoria respecto del contrato que da origen a los conflictos sobre los cuales habría de fallar el tribunal de arbitramento, el legislador colombiano, siguiendo la senda de la doctrina internacional, ha decidido conferirle un carácter autónomo a la cláusula compromisoria. De esta manera, una decisión del legislador varía -ciertamente, en forma válida- el entendimiento general existente acerca de la relación entre el contrato y la cláusula compromisoria. En consecuencia, por obra de la resolución legislativa, la máxima jurídica que consagra que “lo accesorio sigue la suerte de lo principal” ya no sería aplicable a la cláusula compromisoria, por cuanto ésta ya no tendría un carácter accesorio. La decisión acerca de la accesoriedad o la independencia de la cláusula compromisoria le corresponde al legislador, en el marco de su libertad de configuración normativa...*”⁴ Ver también (OPPETIT Bruno, 2006).

El compromiso, por el contrario, no aparece en el cuerpo mismo del contrato sino que aparece con posterioridad a la ocurrencia del conflicto de intereses, convirtiéndose en un negocio jurídico independiente por medio del cual las partes invo-

4 Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

lucradas en la diferencia presente y determinada conviene resolverla a través de un tribunal arbitral.⁵ Ver también (Martínez Neira, Néstor Humberto, 1988).

Es perfectamente posible que las partes en conflicto, estando éste en conocimiento de un Juez ordinario, sustraigan su conocimiento de la jurisdicción correspondiente para lo cual además de indicar el nombre y domicilio de las partes, la narración sucinta, ordenada y completa de las diferencias que se someterán al arbitraje, deberán precisar la clase de proceso, el juez que se encuentra conociéndolo y el estado en que se encuentra; en todo caso, las partes que harán parte en el proceso arbitral se encuentran legalmente facultadas para ampliar o restringir las pretensiones propuestas en la correspondiente demanda.

Tanto la cláusula compromisoria como el compromiso deben constar por escrito, es decir, se encuentran sujetas a una formalidad que de no cumplirse acarreará su nulidad. (Pinzón, María Alejandra - Rodríguez López, 2009).

Cuando nos referimos a la cláusula compromisoria es preciso convenir

que ella tiene que estar plasmada en un documento con anterioridad a la aparición del conflicto; en tanto que el compromiso,⁶ debe existir por lo menos coetáneamente o con posterioridad a la aparición del entuerto toda vez que es un requisito, si se quiere, *ad substantiam actus*. Cavellier (2010).

El arbitraje, de acuerdo con la modalidad que se utilice, puede ser en derecho, en equidad o técnico; será en derecho cuando los árbitros fundamenten su decisión en el derecho positivo vigente; en equidad cuando los árbitros decidan teniendo en cuenta el sentido común y la equidad; en este caso, podrán o no sustentarse su fallo en las pruebas que regular y oportunamente se alleguen al proceso porque, en fin, de lo que se trata es de fallar en equidad, de igual forma, consideramos que el Juez podría llegar a interpretar la demanda, si fuere el caso, pero con el cuidado de no fallar *ultra o extra petita*; el arbitraje será técnico cuando los árbitros que van a solucionar el conflicto de intereses lo hagan teniendo en cuenta sus específicos conocimientos en una determinada ciencia, arte u oficio. En todo caso, para que el arbitramento pueda darse en equidad o pueda ser técnico,

⁵ PRIETO CASTRO y FERRANDIZ, Leonardo. Tratado de derecho procesal civil, Tomo II 2ª edición Edi. Aranzadi, Pamplona, 1985 Pág. 401. Citado por SUÁREZ Daniel. "Mediante el contrato de compromiso dos o más personas estipulan que determinada controversia, específicamente señalada, que entre ellos exista, sea resuelta por terceros, libremente designados, y a la decisión de los cuales se someten."

⁶ El compromiso puede estar contenido en cualquier documento como en un telegrama, teles, fax u otro medio parecido.

debe expresarse así claramente en la cláusula o en el compromiso, porque de no hacerlo se entenderá que el arbitramento será en derecho en los dos primeros eventos y los árbitros deberán ser abogados titulados e inscritos. Guzmán Villalobos, Andrés Felipe (2010).

Ahora bien, en cuanto a las clases de arbitraje, tenemos que éste puede ser *independiente* cuando las mismas partes consagran autónomamente las reglas de procedimiento aplicables en la solución del conflicto; *institucional*, cuando las partes someten la solución del conflicto a un procedimiento establecido por un centro de arbitraje y, será *legal*, cuando por ausencia de acuerdo, el arbitraje deba realizarse conforme a las disposiciones legales vigentes.

El arbitramento se encuentra definido en la ley como el 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.⁷

Cuando la administración de justicia excepcionalmente recae en los particulares, se habla de “declinación de

la jurisdicción”, bajo el entendido que tales particulares tienen la facultad de sustraer la solución de sus conflictos de intereses del conocimiento de los jueces naturales, para entregarles su solución a jueces excepcionales nombrados por ellos mismos, denominados árbitros.

3. BONDADES DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

En general, el arbitramento es bondadoso porque *los conflictos que se presenten se pueden solucionar de manera rápida*, ya que, salvo estipulación en contrario, el proceso arbitral no puede durar más de seis meses, y es conocido por todos la lentitud de las soluciones en la jurisdicción ordinaria ocasionada, tal vez, por el volumen de trabajo que tienen los jueces, en donde un proceso bien puede tardar en resolverse después de varios años de litigio; *más económicamente*, porque a pesar de que aparentemente sea más costosa, a la larga evita desgaste de las partes, de los abogados, y al solucionarse de manera pronta una controversia las partes involucradas quedan más satisfechas y desde el punto de vista patrimonial saben a qué atenerse; *el proceso arbitral es dirigido por personas especializadas*, porque los

⁷ Definición que se encuentra en el artículo 115 del Decreto ley No 1818 de 1.998 la cual reproduce textualmente la existente en el artículo 111 de la ley 446 de 1998.

árbitros, muy seguramente, van a ser personas conocedoras y especializadas en los temas sobre los cuales existen las diferencias; *es un procedimiento confiable*, en el sentido de que el conflicto lo van a solucionar personas designadas por quienes se encuentran en el conflicto y ello redundará en que la solución sea aceptada y tenida como un logro para cada parte; además de lo anterior, como lo sostenía el doctor Daniel Suárez Hernández, 1986, (q.e.p.d.), el arbitramento tiene otras ventajas como son: *La utilización de instrumentos modernos* ya que “...con mucha frecuencia se observa en desarrollo de procesos arbitrales, la utilización de instrumentos auxiliares del juzgador para recaudar las pruebas, con los que no se cuenta en la justicia ordinaria...”; *coadyuva con la descongestión de la justicia ordinaria*, “...constituyendo el trámite arbitral un sucedáneo de la administración de justicia ordinaria, esta se ve favorecida, dado que ayuda a descongestionarla, permitiendo así que los miembros de la rama jurisdiccional se ocupen de otros asuntos sometidos a su estudio...” e, *inmediación*, ya que el arbitramento “...aplica estrictamente el principio de “la inmediación” entre los medios de prueba y del destinatario de la misma, lo que redundará en una mejor comprensión de los hechos y por consiguiente, en óptima aplicación del derecho.” Gutiérrez Haderspock (2005) - Lorca Navarrete Antonio (1989).

No obstante lo anterior, debemos ser claros en sostener que el arbitraje también puede tener inconvenientes como por ejemplo el costo, por ser una justicia pagada, por lo que no a todos les conviene recurrir a él ni en todos los casos es la mejor solución; de otro lado, no debemos olvidar que el trámite arbitral es de única instancia por lo que los recursos le son extraños toda vez que el recurso de anulación, consagrado en la ley arbitral, se puede interponer solo cuando haya vicios de forma y no de fondo.

4. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

El arbitramento, hoy como ayer, siempre ha sido constitucional y decimos hoy como ayer porque ahora, como lo hemos visto, lo es en vigencia de la Constitución de 1991, como lo fue en vigencia de la Constitución de 1886, como pasamos a explicarlo con base en la sentencia de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de mayo 29 de 1969 con ponencia del Dr. Luis Sarmiento Buitrago, mediante la cual se reconoce la constitucionalidad de la Ley 2° de 1938 así como de los artículos 1214 a 1227 de Ley 105 de 1931 o Código Judicial; en aquella oportunidad la Corte sostuvo que “...en el artículo 58 de la Constitución se advierte expresamente que “administrarán justicia” la Corte Suprema, los

Tribunales Superiores de Distrito y demás Tribunales y Juzgados que establezca la ley. En otras palabras, la ley puede organizar o establecer Tribunales y Juzgados que administren justicia, además de los previstos expresamente en la Constitución.” En el referido fallo se sostuvo que “...El arbitramento es una de las instituciones más sólidamente establecidas en el derecho, no solo porque siempre se le ha considerado como una forma eficaz de dirimir conflictos, que no se opone a ningún principio de la ciencia jurídica, sino porque tiene evidentes ventajas prácticas para quienes lo utilizan y para el orden social mismo, en cuyo mantenimiento o restablecimiento colaboran los árbitros a veces más oportuna y más objetivamente que los jueces propiamente dichos...” Ver también Londoño Zuleta, Alberto (2007).

“...La función o facultad de dirimir conflictos de derecho encomendada a particulares, que para los romanos apenas tuvo una simple semejanza con la función o actividad propiamente jurisdiccional, ha producido en la técnica positiva la tendencia a equiparar los árbitros con verdaderos jueces y a regular el arbitramento paralelamente a los verdaderos juicios...” Ver también, Gutiérrez Haderspock Brian (2005).

“...El arbitramento es un procedimiento que difiere sustancialmente

del común de los procedimientos estrictamente judiciales, por varias razones que lo tipifican de manera especial: porque no lo adelantan personas investidas de manera permanente de la jurisdicción del Estado para decidir en nombre de la República, sino por particulares designados para ello por las partes, que derivan del acuerdo de estas mismas la facultad de decidir con efectos de sentencia por el solo ministerio de la ley, sin necesidad de homologación o confirmación judicial posterior; porque es un procedimiento que no puede ser utilizado por toda clase de personas, sino por aquellas que tengan capacidad legal para transigir, esto es, que puedan directamente y ante sí terminar un litigio pendiente o precaver uno eventual (artículo 2469 del Código Civil); y porque no toda diferencia o controversia puede ser sometida a arbitramento, sino aquellas sobre las cuales sea lícito o permitido transigir (artículos 1214 y 1216 del C. J. y 1° de la Ley 2° de 1938)...” Ver también, Sentencia C-330/2000, Art. 1416 Código de Comercio.

Continúa diciendo la Corte Suprema de Justicia en el fallo de constitucionalidad que “...*si el arbitramento tiene carácter jurisdiccional como una especie de habilitación legal de los particulares para participar en la función pública de administrar justicia, como verdaderos jueces ocasionales o como simples auxiliares de la*

justicia, tampoco puede considerarse inconstitucional dicha institución...”.⁸

Con la Constitución de 1991, se elevó a rango constitucional el arbitramento, al consagrarse en el inciso tercero del artículo 116 que “...*Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de 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.*”

De lo anterior se colige que el arbitramento es, sin lugar a dudas, una posibilidad jurídica por medio de la cual los particulares son los que administran justicia, ya que tienen la atribución de resolver conflictos jurí-

dicos, previo acuerdo de voluntades entre las personas que disputan un derecho, al punto de que la misma doctrina constitucional ha definido el arbitramento como “...*un mecanismo jurídico en virtud del cual las partes en conflicto deciden someter sus diferencias a la decisión de un tercero, aceptando anticipadamente sujetarse a lo que allí se adopte.*”

Pero esa habilitación que otorga la Constitución⁹ no debe entenderse permanente¹⁰ sino, al contrario, es transitoria, toda vez que al resolverse el conflicto de intereses desaparece la razón de ser de la función arbitral; de tal suerte que los árbitros desarrollarán su labor en forma similar a cualquier juez de la república, de donde se desprende que la

8 Según el Consejo de Estado, la Constitución de 1.886 no consagraba de forma expresa lo correspondiente a la justicia arbitral, no obstante “...la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, en varias oportunidades, la declaró ajustada al ordenamiento jurídico, como por ejemplo, en la sentencia de mayo 29 de 1969. La Carta Política de 1991 elevó a rango constitucional la posibilidad de que la administración de justicia fuera ejercida por conciliadores y árbitros. Es claro que las partes en conflicto, ya se trate de personas públicas o privadas, pueden habilitar a particulares para que administren justicia, transitoriamente, en los términos que determine la ley...”. Sentencia del Consejo de Estado Sección Cuarta No. de Rad.: 16973-00

9 El arbitramento como mecanismo alternativo de resolución de conflictos tiene su base constitucional no sólo en su reconocimiento expreso en el artículo 116 de la Constitución política sino también en otros principios y valores constitucionales. Así, su presencia puede constituir una vía útil, en ciertos casos, para descongestionar la administración de justicia formal, con lo cual se potencia la eficacia, celeridad y efectividad de la justicia. Además, y más importante aún, la Carta establece un régimen democrático y participativo, que propicia entonces la colaboración de los particulares en la administración de justicia y en la resolución de sus propios conflictos. En ese orden de ideas, es perfectamente posible que el Legislador estimule la resolución de conflictos directamente por los propios afectados, por medio de figuras como la conciliación o la amigable composición, o por terceros que no sean jueces, como sucede en el caso de los árbitros o de ciertas autoridades administrativas y comunitarias. Corte Constitucional Sentencia C-163/99 Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

10 “...Según el artículo 116 de la CP., la ley puede transitoriamente atribuir la función jurisdiccional a particulares que obren como árbitros o conciliadores. En el Estado social de derecho, los particulares colaboran de variadas maneras en el desarrollo de las funciones y fines estatales. Dicha colaboración, en el ámbito jurisdiccional, no obstante, tiene carácter transitorio y excepcional. En primer término, la conciliación y el arbitraje sólo pueden tener por objeto asuntos que por su naturaleza sean susceptibles de dicho trámite, y es evidente que no todos lo son. En segundo término, la paz y el orden público, se ponen en peligro si a los particulares, así obren como conciliadores o árbitros, se les atribuye directamente la facultad de disponer del poder coactivo. No es concebible que el ejercicio de la jurisdicción, como función estatal, se desplace de manera permanente y general a los árbitros y conciliadores (Constitución Política parte 113). Tampoco resulta admisible ampliar la materia arbitrable a asuntos que trascienden la capacidad de disposición de las partes y respecto de los cuales no sea posible habilitación alguna. No todo asunto de competencia de los jueces ordinarios, en consecuencia, puede ser trasladado a la justicia arbitral.” Sentencia de la Corte Constitucional No. T-057/95 Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

existencia del pacto arbitral sustrae o excluye el negocio sub-lite, de la competencia de la jurisdicción ordinaria, sustituyéndola. Ver Sentencia C 294/15.

Por ahora es suficiente afirmar que nuestra Corte Constitucional, al analizar el artículo 116 de la Carta política, ha logrado desarrollar una valiosísima y abundante jurisprudencia sobre la participación de los particulares en la administración de justicia, al punto de reconocer y tener la figura del arbitramento como una posibilidad jurídica, a través de la cual, los ciudadanos pueden ser investidos de la función de impartir justicia de manera ocasional¹¹ y que es al legislador al que compete, en consonancia con lo que le establece la Constitución, desarrollar el artículo 116, lo cual ha hecho, como lo veremos más adelante.

5. FUNDAMENTO LEGAL

En nuestro país, ya desde la ley 105 de 1890, a través del artículo 307, se permitió que personas con capacidad para transigir pudieran celebrar compromisos, con la finalidad de nombrar árbitros para solucionar los conflictos que se pudie-

ran presentar. Luego, en la ley 105 de 1931, Código Judicial, se reguló el proceso arbitral en los artículos 1214 a 1227¹², y la ley 2° de 1938 se encargó de definir la cláusula compromisoria en los siguientes términos: *“Es aquella por virtud de la cual las partes que celebren un contrato se obligan a someter a la decisión arbitral todas las diferencias que de él puedan surgir o algunas de ellas.”* (Ver también Ley 39/1990).

Posteriormente se reguló el procedimiento arbitral en el Código de Procedimiento Civil, decretos 1400 y 2019 de 1970, en los artículos 663 a 677; más tarde, en el decreto 410, Ley 315/1996 de 1971, Código de Comercio, se repitió en los artículos 2011 a 2025 lo establecido por el legislador en el decreto 1400 de 1970. Más tarde se expidió el decreto 2279 de 1989 que reformó el Código de Procedimiento Civil y en el año de 1991 se expidió la ley 23 que reformó gran parte del anterior decreto, como si lo anterior no pareciera suficiente, se expidió el decreto 2651 de 1991, por el cual se expidieron normas transitorias para descongestionar los despachos judiciales decreto que durante cuarenta y dos meses modificó y suspendió todos los textos legales anteriores. Ya para

¹¹ Las características propias del arbitramento y el lugar que éste procedimiento ocupa dentro del sistema de administración de justicia consagrado por el constituyente de 1991, son detalladamente expuestos en la Sentencia C-226 de 1993 M.P. Dr. Alejandro Caballero Martínez, que constituye un claro punto de partida jurisprudencial a la hora de precisar la intervención de los particulares como agentes -y no meros sujetos- del proceso judicial.

¹² Declarados exequibles mediante sentencia de la sala plena de mayo 29 de 1969.

1998 se expidieron, la ley 446 por la cual se adoptaron como legislación permanente algunas normas del decreto 2651 de 1991, se modificaron algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogaron otras de la ley 23 de 1991 y del decreto 2279 de 1989 y, por último, se proferieron la ley 446 de 1998 y el decreto ley 1818 de septiembre 7 de 1998, por medio del cual se expidió el estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, decreto que a partir del artículo 115 trata lo correspondiente al tema del arbitramento.

6. NATURALEZA JURÍDICA

Para conocer un poco más el funcionamiento de la figura jurídica del arbitramento en nuestro país, es preciso referirnos, así sea brevemente, a sus características, dentro de las cuales encontramos que el arbitramento es voluntario, excepcional, temporal, y se caracteriza por ser indudablemente un proceso.

6.1 EL ARBITRAMENTO ES VOLUNTARIO

Partiendo de la noción básica de negocio jurídico, entendido como el acto dispositivo de intereses particulares destinado a regular situaciones específicas que tienen una relevancia jurídica y que cumple una función político social, es pre-

ciso indicar que el presupuesto fundamental de todo negocio jurídico es la autonomía privada, que viene del griego “auto” que significa uno mismo y de “nomía” que significa norma, es decir, darse sus propias normas; consideramos que todas las estipulaciones incluidas en los contratos deben estar impregnadas por la libre discusión de las partes intervinientes y no pueden ser aquellas impuestas por una sola de las partes ni por la ley, es decir que son los propios sujetos de la relación jurídica, quienes van a decidir sobre el negocio que pretenden realizar, teniendo la posibilidad también de pactar qué procedimiento y que autoridad resolverá los eventuales conflictos que se puedan presentar, lo que garantiza por contera un adecuado acceso a la administración de justicia. Cárdenas Lopera, Ximena, 1998 - Baena Upegui, 2000 - Henao Restrepo Darío, 2010).

De tal manera que cuando las partes contratantes deciden llevar los conflictos originados en un negocio jurídico ante un tribunal de arbitramento, es decir, cuando optan por la declinatoria de la jurisdicción, lo deben hacer como resultado de un acuerdo previo de carácter voluntario y libre, sin perder de vista que lo pactado no puede ir en contra de la ley, porque las partes no pueden ignorar ni desconocer que el legislador ha regulado el procedimiento que rige esta forma de solución de

conflictos. De donde se desprende que “...si bien el acceso a la justicia arbitral es voluntario, la función de administración de justicia por árbitros¹³ deberá desarrollarse en los términos que determine la ley...”, sólo así se puede hablar de la existencia, validez y eficacia de un verdadero pacto”, que habilita a los árbitros para poder actuar.

6.2 EL ARBITRAMIENTO ES EXCEPCIONAL

No todo conflicto jurídico puede ser sometido a una posible solución a través de árbitros, especialmente porque el conflicto debe tener un carácter transigible, es decir, que existen asuntos que deben tramitarse única y exclusivamente ante la jurisdicción ordinaria, porque involucran garantías de derechos constitucionales fundamentales; al respecto la Corte Constitucional ha sostenido que “...La habilitación de particulares para solucionar conflictos por medio del arbitramento cuenta también con claras limitaciones materiales, pues no todo problema jurídico puede ser objeto de un laudo. El legislador ha sido consciente de que la equiparación funcional que se hace entre los funcionarios del Estado y ciertos ciudadanos, temporalmente investidos de poder jurisdiccional, no puede extenderse a todas las materias, pues es claro que existen bienes jurídicos

cuya disposición no puede dejarse al arbitrio de un particular, así haya sido voluntariamente designado por las partes enfrentadas...”.

Pensemos, por ejemplo, en los asuntos relacionados con el estado civil, lo que tiene que ver con los derechos de incapaces, así como sobre derechos que el legislador prohíbe a su titular disponer; ninguno de ellos puede ser llevado a un tribunal de arbitramento. Sobre el punto, en otro importante fallo la Corte Constitucional a considerado que “La colaboración prestada por los particulares en la administración de justicia tiene claro fundamento en la Constitución. Sin embargo, dicha colaboración, en el ámbito jurisdiccional, tiene carácter transitorio y excepcional. En primer término, [...] el arbitraje sólo puede tener por objeto asuntos que por su naturaleza sean susceptibles de dicho trámite, y es evidente que no todos lo son. No todo asunto de competencia de los jueces ordinarios, en consecuencia, puede ser trasladado a la justicia arbitral”.

6.3 EL ARBITRAMIENTO ES TEMPORAL

Desde el mismo inciso cuarto del artículo 116 de la Constitución Política y pasando por el artículo 115 del decreto ley 1818 de 1998, se pregona de manera absolutamente clara

¹³ Como lo consagra la parte final del inciso cuarto del artículo 116 de la Constitución política.

que el arbitramento es temporal, es decir, es transitorio y lo es, ya que los particulares que van a administrar justicia como árbitros, se encuentran investidos de tal función de manera transitoria, por voluntad de las mismas partes en contienda que los han designado, toda vez que las partes les han dado vida solo para la función que les compete en el conflicto del cual ellas hacen parte, de tal manera que terminado el conflicto, desaparece la razón de ser del tribunal de arbitramento. De no ser así, dice nuestra Corte Constitucional, tendríamos una jurisdicción paralela a la ordinaria que, con grave perjuicio del orden público, debilitaría la estructura estatal¹⁴, lo cual, sin lugar a dudas, menoscabaría la función pública¹⁵ de administrar justicia; por lo tanto, “...no es concebible que el ejercicio de la jurisdicción, como función estatal, se desplace de manera permanente y general a los árbitros y conciliadores...”. (Ver también Londoño Zuleta Alberto, 2007).

6.4 EL ARBITRAMENTO ES UN PROCESO

Hoy en día es indudable que el trámite arbitral se verifica a través de un proceso. Así lo sostiene el Dr. Hernando Morales al manifestar que el tribunal “...está disciplinado por

las normas del derecho procesal y es esencial y legalmente un instituto jurisdiccional. El arbitraje implica derogación de la jurisdicción común y por eso el Código Procesal Civil instituyó la excepción previa de compromiso cuando al existir compromiso o cláusula compromisoria se lleva la diferencia ante los jueces comunes...” y agrega el ilustre profesor que “...La jurisdicción emana de la ley pero necesita una condición, que es el acuerdo de las partes que van al arbitraje por lo cual los árbitros la reciben de la ley...” Sent. - S.U. 091/00.

De lo anterior se desprende sin dificultad que el trámite arbitral es un verdadero proceso, con etapas bien definidas en la misma ley, que comienza con elementos de derecho privado, es decir, con la celebración del pacto arbitral, sea compromiso o cláusula compromisoria, pero que se estructura, desarrolla y finaliza en terrenos del derecho público.

Es por lo anterior que cuando la Constitución de 1991 confiere a los particulares la posibilidad de administrar justicia como árbitros, los equipa de igual forma como si fueran jueces, que en últimas verdaderamente lo son, con la finalidad de arreglar conflictos jurídicos entre las partes, que los han designado para ello, pero sin salirse, obviamente, de

¹⁴ Cfr. Capítulo V, Título I C.P.: “De la estructura del Estado”.

¹⁵ Cfr. Artículo 228 de la Constitución Política.

lo prescrito por la misma Constitución y por la ley.

Con lo antes dicho se reitera la característica que comentamos y esto quiere decir además que, por ser un proceso, se le debe aplicar el artículo 29 de nuestra carta política, en el sentido de velar siempre por el debido proceso, sin que haya dilaciones injustificadas, proceso en donde se permita la presentación de pruebas y en donde estas se puedan controvertir; además, en donde haya la posibilidad de impugnación de los fallos.

Nuestra Corte Constitucional ha sostenido: *“El arbitramento es un verdadero procedimiento judicial -en sentido material- y, como tal, está sometido en todas sus etapas a la estricta aplicación de las normas que regulan este tipo de actuaciones tanto desde el punto de vista formal como material. Se trata de un mecanismo en el que han de aplicarse con rigor las garantías del debido proceso aplicables a toda actuación judicial, pues de nada sirve la inclusión de mecanismos de solución de litigios, adicionales y alternativos al sistema ordinario, contemplado en la legislación, si su aplicación se traduce en el desconocimiento de derechos constitucionales fundamentales...”*. De igual forma, en otro fallo, también muy importante, la alta corporación

consideró que *“...el artículo 116 de la Carta debe interpretarse en armonía con el artículo 29 superior, según el cual “...toda persona tiene derecho a ser juzgado ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio...”*, lo cual permite concluir que, en situaciones donde los particulares no acordaron procedimiento especial que los regule, le corresponde al Legislador fijar las formas procesales de cada juicio, lo que incluye, el proceso arbitral. Por consiguiente, si los árbitros ejercen la función pública de administrar justicia, es razonable que el Legislador configure el marco general y las directrices de la actuación arbitral¹⁶, dentro del marco de la Constitución.”¹⁷

Por último, en materia de causales de anulación de los laudos arbitrales y de mecanismos para invocarlas, la Corte considera que es una de las formas necesarias para lograr que se observe la ley y se hagan efectivos los derechos.

7. SUJETOS QUE INTERVIENEN EN EL ARBITRAMENTO

Es necesario que la controversia se presente entre personas que tengan capacidad para transigir, es de-

¹⁶ Sobre este tema pueden consultarse las sentencias C-226 de 1993, C-037 de 1996, C-431 de 1995.

¹⁷ Sobre este tema pueden consultarse las sentencias C-226 de 1993, C-037 de 1996, C-431 de 1995.

cir que para celebrar pacto arbitral se requiere de la misma capacidad para el contrato de transacción; esto es, que no pueden transigir sino las personas capaces de disponer de los objetos comprendidos en la transacción (Artículo 2470 C.C.), o lo que es igual, que el compromiso solo puede celebrarse entre sujetos plenamente capaces de disponer libremente de sus bienes, de tal manera que, la capacidad para ser parte en un proceso arbitral es un atributo que tienen, en principio, todas las personas naturales y jurídicas. (Ver lo concerniente a los actores del arbitraje OPPETIT, 2006).

Desde una óptima más amplia, debemos considerar como sujetos participantes en el proceso arbitral, además de las partes, a los árbitros y al secretario del tribunal; en cuanto a los árbitros, podemos decir que éstos se encuentran habilitados por las partes para resolver el conflicto y que son las mismas partes, en principio, quienes conjuntamente los nombrarán y determinarán su número o delegarán tal función a un tercero, ya sea total o parcialmente, pero siempre los árbitros deberán ser impares; si hay silencio de las partes sobre el punto, los árbitros serán tres (3) a menos que la cuantía sea menor, caso en el cual el árbitro siempre será uno solo; si el arbitramento es en derecho, las partes deben comparecer al proceso arbitral a través de abogado inscrito. (Cavalier 2010).

Si las partes lo prefieren, pueden designar en la cláusula compromisoria o en el compromiso, el nombre de los árbitros o el de la persona elegida para que los designe de todas maneras deberá aparecer, en cualquier caso, la aceptación expresa; no obstante, tratándose de los árbitros, cuando no aparezca la aceptación el director del centro de arbitramento deberá citarlos de manera personal o mediante telegrama, y los árbitros tendrán cinco días para pronunciarse; si no lo hacen, tal silencio se tendrá como rechazo al cargo; de igual forma se procederá cuando las partes hayan delegado su nombramiento en otra persona. El director del centro deberá citar a tal individuo para que nombre los árbitros, su silencio también se tendrá como rechazo. Cuando las partes no han designado a alguien para que haga el nombramiento o no han nombrado árbitros o los nombrados no aceptan, el centro deberá citar a una audiencia para que las partes designen árbitros, ya sea total o parcialmente. En cualquier caso, y como medida extrema ya sea por falta de designación o por no aceptación, el centro de arbitraje procederá a hacer la designación que no hagan las partes.

No obstante todo lo anterior, las partes se encuentran legalmente facultadas, hasta antes de la instalación del tribunal, para cambiar, de común acuerdo, total o parcialmente los árbitros.

Los árbitros pueden ser recusados y estarán impedidos por las mismas causales que para los jueces consagra el Código de Procedimiento Civil pero, cuando los árbitros han sido nombrados por las partes de común acuerdo, no podrán ser recusados sino por causales sobrevinientes a la designación. Los nombrados por el juez o por un tercero serán recusables dentro de los cinco días siguientes a la designación del árbitro.¹⁸

Las partes tienen la facultad de elegir libremente el lugar en donde funcionará el tribunal, y a falta de estipulación por las partes, el mismo tribunal se encuentra facultado para determinarlo. Cuando los árbitros hayan aceptado el cargo, se instala el tribunal y de su seno se deberá nombrar a un presidente y a un secretario; éste último tomará posesión de su cargo ante el presidente y desde ese momento cumplirá con las funciones que el cargo le exige.

8. OBJETO DEL PROCESO ARBITRAL

Como ya lo hemos manifestado en varias oportunidades, lo que se controvierte en un proceso arbitral siempre debe ser susceptible de

transacción, es decir, que lo controvertido no debe estar amparado por normas de orden público como lo relacionado con el estado civil de las personas, los alimentos futuros, todos los casos que tengan que ver con responsabilidad penal... etc.

De igual manera, para que un asunto pueda ser llevado a un proceso arbitral se requiere que la misma ley no lo haya excluido de tal posibilidad, como ocurre en materia societaria, con los siguientes casos expuestos por el Dr. Julio Benetti, en conferencias para la universidad Externado: 1) La impugnación de las decisiones tomadas por una junta directiva o por una asamblea general de accionistas, así se haya pactado el arbitramento, por prohibirlo expresamente el artículo 191 del Código de comercio. 2) El empleo por la sociedad de árbitros contra los socios morosos para hacer efectivo el pago de los aportes (artículos 125 y 397 del C.Co.). 3) El cobro forzoso de las utilidades que le correspondan a los socios.¹⁹ 4) El nombramiento de liquidador de una sociedad disuelta en caso de desacuerdo entre los socios, porque esta designación le corresponde al juez o al superintendente de sociedades; no obstante, puede ocurrir que la decisión sobre si ha ocu-

¹⁸ “El nombramiento de los árbitros y el del secretario se hará de las listas del centro de arbitraje. Los árbitros y el secretario deberán aceptar la designación, so pena de ser excluidos de la lista del centro.” Artículo 131 Decreto 1818 de 1998.

¹⁹ Artículo 156 del Código de Comercio. “Las sumas debidas a los asociados por concepto de utilidades formarán parte del pasivo externo de la sociedad y podrán exigirse judicialmente. Prestará mérito ejecutivo el balance y la copia auténtica de las actas en que consten los acuerdos válidamente aprobados por la asamblea o junta de socios.”

rrido o no una causal de disolución, sea proferida por un tribunal arbitral y como secuela de esta declaración en el mismo laudo se nombre liquidador, para lo cual se debe solicitar tal cosa de manera expresa (artículos 109, 228 y 221 C.Co). 5) Puede ocurrir que ciertas controversias puedan ser solucionadas a través de dictámenes periciales como ocurre, a manera de ejemplo, en las sociedades de responsabilidad limitada, con la determinación del costo de las cuotas sociales que un socio quiera ceder. (artículos 364, 1971 y 407 C.Co.).

En reciente sentencia, la Corte Constitucional, al respecto de lo transigible o no transigible, ha sostenido que hay varios tipos de asuntos que están reservados a la jurisdicción permanente del Estado. En la sentencia C-242 de 1997, la Corte señaló que no pueden someterse a decisión arbitral los temas relacionados con el estado civil de las personas. En la sentencia C-294 de 1995, se indicaron como ejemplos de asuntos no sujetos a transacción: las obligaciones amparadas por leyes “en cuya observancia estén interesados el orden y las buenas costumbres”, al tenor del artículo 16 del Código Civil; las cuestiones relacionadas con los derechos de los incapaces; o los conflictos relacionados con derechos de los cuales la ley prohíbe a sus titulares disponer. En la sentencia C-330

de 2000, se mencionó como sustraído de decisión arbitral el conjunto de derechos mínimos de los trabajadores. Y para los efectos de lo que interesa al presente proceso de constitucionalidad, la Corte ha reiterado que, en lo esencial, los asuntos disponibles son aquellos que se refieren a obligaciones de contenido económico. Así se explicó en la sentencia C-294 de 1995, en la cual la Corte, al pronunciarse sobre la posibilidad de adelantar juicios ejecutivos por medio de tribunales arbitrales, explicó que las obligaciones que se pueden exigir ejecutivamente son las de contenido económico, que se rigen por el principio de autonomía de la voluntad; al ser transigibles, dijo la Corte, se pueden incluir en el pacto arbitral.

9. PROCEDIMIENTO ARBITRAL

Absolutamente todas las normas que regulan el procedimiento arbitral son de orden público y por ende de obligatorio cumplimiento; y muy a pesar de que este tema se encuentra bien desarrollado en varios textos, muy calificados todos, pasaremos a hacer una micro semblanza del mismo, advirtiendo que lo hacemos con una finalidad didáctica y confiando que su estudio sea complementado con aquellos textos especializados.²⁰ Dto. 1818/1998 Cap. I.

20 MORALES, Hernando, Curso de Derecho Procesal Civil, parte especial 8ª edición editorial A. B. C. 1983 Pág. 443 a

Para que pueda hablarse de proceso arbitral lo primero que se requiere es que exista un pacto arbitral, es decir, que exista una cláusula compromisoria o que haya un compromiso y que, obviamente, surja el conflicto, ya sea que éste se haya previsto o que se pretenda solucionar por quienes en él se encuentran inmersos. Como quiera que sea, la parte interesada, o la totalidad de las partes que se encuentran en conflicto, debe poner en conocimiento del centro de arbitraje competente²¹ la existencia actual del conflicto a través de una solicitud de convocatoria, la cual debe reunir la totalidad de los requisitos exigidos por la ley para la demanda (ver art. 75 del C.C.).

Notificados los árbitros y aceptados los cargos con ausencia de recusaciones o impedimentos, el tribunal se instalará y de su seno se nombrará a un presidente y a un secretario. De la solicitud de convocatoria se correrá traslado por el término de diez (10) días para que la parte convocada se pronuncie por escrito y se procederá a fijar fecha, indicando día y hora para que las partes concilien sus diferencias y ésta se celebrará teniendo en cuenta lo previsto en el parágrafo primero del artículo 432 del Código de Procedimiento Ci-

vil, sin olvidar que en este proceso es de recibo la demanda de reconvencción, pero se encuentran proscribas las excepciones previas.

Integrado el tribunal y fracasada la conciliación, total o parcialmente, el centro de arbitraje debe fijar fecha indicando día y hora para instalar el tribunal; esta fecha deberá ser notificada a las partes y a los árbitros, de tal suerte que si alguno de los árbitros no concurre el día de la instalación, deberá ser removido de su cargo. El día de la instalación el director del centro de arbitramento entregará las diligencias surtidas hasta ese momento a los árbitros. Mediante providencia se fijan las sumas de dinero que correspondan a gastos y honorarios; una vez ejecutoriada ésta, se pasa el expediente al secretario del tribunal para que continúe con el procedimiento.

El presidente del tribunal abrirá una cuenta a su nombre en la cual las partes, dentro de los diez (10) días siguientes a que quede en firme la regulación de gastos y honorarios, deberán consignar la suma que les corresponda. Bien puede ocurrir que una de las partes no quiera consignar, entonces, la otra podrá hacerlo, dentro de los cinco (5) días siguientes.

448. LÓPEZ, Hernán, Fabio. Instituciones de derecho procesal civil colombiano T. II. Bogotá. Editorial Temis 1980 Pág. 476 a 494. DEVIS, Hernando. Compendio de Derecho Procesal. T. III 3° edición. Editorial A. B. C.

21 El centro de arbitramento competente será el que las partes hayan acordado y a falta de pacto se debe recurrir a uno cualquiera que exista en el domicilio de la otra parte, cuando el domicilio es plural por estar la parte compuesta por varias personas, se elegirá entre todos ellos uno a elección de la parte que convoca.

tes, en su nombre, para evitar que el proceso arbitral fracase de entrada²² toda vez que de no hacerse la consignación de gastos y honorarios, el tribunal declarará mediante auto, concluidas sus funciones y así se extinguirán los efectos del pacto arbitral, caso en el cual las partes quedan en total y plena libertad de acudir a la justicia ordinaria.

Declarado competente el tribunal y consignada la suma correspondiente, los árbitros y el secretario recibirán la mitad de sus honorarios y el saldo lo recibirán cuando termine el arbitramento²³, ya sea por voluntad de las partes o por haberse presentado la ejecutoria del laudo o de la providencia que lo declare, corrija o complemente.

Existe la posibilidad de que las partes que se encuentran en conflicto lo estén resolviendo ante la jurisdicción ordinaria con ayuda de un juez pero que, conscientes de las bondades del arbitramento, acuerden sustraerlo de la justicia ordinaria para llevarlo al terreno de lo arbitral; en este caso, el juez de conocimiento deberá proceder a suspender el pro-

ceso, pero para hacerlo, requiere que el tribunal, una vez haya aceptado su propia competencia, le informe al juez de conocimiento y le solicite una copia del expediente; no obstante, el proceso puede reanudarse cuando el trámite arbitral no termine mediante laudo ejecutoriado, correspondiéndole al presidente del tribunal informar la situación al juez.

El tribunal de arbitramento funciona a través de audiencias, sin que la ley consagre un número de ellas, simplemente, serán tantas como haya necesidad y se harán con o sin participación de las partes; en ellas se decretan y practican las pruebas pedidas por las partes, así como las que de oficio se crean pertinentes, conducentes y no supérfluas; por ejemplo, en la primera audiencia de trámite, se lee el documento que contenga el pacto arbitral y se expresan las pretensiones de las partes y el tribunal resuelve sobre su competencia,²⁴ sobre las pruebas; si la diferencia se estaba adelantando ante juez ordinario se recibe la actuación en el estado en que se encuentre en materia probatoria y se fija fecha y hora para la siguiente audiencia.

22 La parte que ha consignado puede exigir inmediatamente el pago de lo cancelado y en el evento de que no se le pague, puede iniciar proceso ejecutivo, por separado, el título ejecutivo será el certificado expedido por el presidente del tribunal con la firma del secretario. En este caso el demandado sólo podrá excepcionar pago.

23 Cuando un árbitro deje de asistir por dos veces de manera injustificada quedará relevado de su cargo y estará obligado a devolver al presidente del tribunal, dentro de los cinco (5) días siguientes, la totalidad de la suma de dinero recibida más un 25%, en este caso le corresponde a los otros árbitros avisar a quien designó el árbitro incumplido para que de inmediato lo reemplace. En igual sentido se procederá cuando el árbitro falte tres veces, con razón o sin razón o cuando haya renuncia o se presente remoción por ausencia justificada.

24 Si el tribunal considera que no es competente, se extinguen los efectos del pacto arbitral.

Si el laudo arbitral genera efectos de cosa juzgada para quienes no suscribieron el pacto, es un deber del tribunal citar de manera personal, dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de expedición, a esas personas que indudablemente resultarán afectadas, para que se adhieran al arbitramento, y los citados deben manifestar de manera expresa su adhesión dentro de los diez (10) días siguientes, so pena de que el tribunal declare extinguidos los efectos del pacto; de presentarse este caso, los árbitros están en la obligación de reintegrar los honorarios recibidos.²⁵ Cuando se trate de terceros, su intervención se somete a las normas que regulan la materia en el Código de Procedimiento Civil, pero los árbitros deben establecer la proporción de honorarios y gastos que estos deben asumir, los cuales deberán ser cancelados dentro de los diez (10) días siguientes a la providencia que los fija, pero si los terceros no cancelan dichos emolumentos, el proceso continúa y se decidirá sin ellos.

En cuanto hace referencia a la práctica y valoración de las pruebas,²⁶

los árbitros tienen las mismas facultades y obligaciones que el Código de Procedimiento Civil le confiere a los jueces²⁷ -a menos que se trate de un arbitramento en conciencia- y, en cuanto a medidas cautelares, "...al asumir su propia competencia, cuando la controversia recaiga sobre dominio u otro derecho real principal sobre bienes muebles, directamente o como consecuencia de una pretensión distinta, o sobre una universalidad de bienes...",²⁸ el tribunal podrá decretar la inscripción del proceso en cuanto a los bienes sujetos a registro o el secuestro de los bienes muebles.

Una vez finalizada la instrucción del proceso, se presentarán las correspondientes alegaciones de parte, las cuales no podrán exceder de una (1) hora, por cada una de las intervenciones; finalizado lo anterior, el tribunal señalará fecha, indicando día y hora para la audiencia de fallo.

El laudo se acogerá por la mayoría de votos y deberá ser firmado por absolutamente todos los árbitros²⁹ y por el secretario del tribunal; como en todo cuerpo democrático, es posi-

25 Esto mismo acontece cuando no logren ser notificadas las personas citadas.

26 Antes de que se dicte el laudo arbitral, las partes, de común acuerdo, pueden: presentar informes científicos, técnicos o artísticos; presentar documentos; presentar la versión que de hechos que interesen al proceso, haya efectuado ante ellas un testigo; presentar documentos objeto de exhibición; Declaraciones de parte que ante ellas haya expuesto el absolvente.

27 Además se dará aplicación a las reglas contenidas en los artículos 11, 12,13 y 14 de la ley 446 de 1998 y a los artículos 21 y 23 del Decreto 2651 de 1991.

28 Artículo 152 Decreto ley 1818 de 1998.

29 El árbitro que se niegue a firmar el laudo perderá el saldo de sus honorarios.

ble que algún árbitro se quiera apartar de la decisión de la mayoría; en este caso el árbitro disidente podrá salvar el voto consignando en escrito separado los motivos de su inconformidad. En la audiencia de fallo el secretario debe leer en voz alta las consideraciones del laudo que sean relevantes, así como su parte resolutoria; del fallo se le entregará a cada parte una copia auténtica. Ver también Henao Restrepo Darío (2010).

El laudo deberá inscribirse en los correspondientes registros, pero antes de proceder a ello, el presidente del tribunal debe proceder a protocolizar el expediente en una notaría del círculo que corresponda al lugar donde funcionó el tribunal. Esto último nos parece inapropiado más cuando se trata de ciudades en donde existen varias notarías y por ende, en últimas, el presidente del tribunal es el único que sabrá en donde quedó protocolizado el laudo.

El laudo puede ser aclarado, corregido y complementado por el mismo tribunal de arbitramento, a solicitud de parte o de oficio, si así se le pidiera dentro de los cinco (5) días siguientes a la expedición del mismo.

Contra el laudo arbitral procede el recurso de anulación, el cual se surtirá ante el Tribunal Superior de distrito judicial que corresponda a la sede del tribunal de arbitramento; para ello, el inconforme con el lau-

do deberá interponer el recurso por escrito dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación del laudo o de la providencia que lo corrija, aclare o complemente y lo deberá hacer ante el presidente del tribunal de arbitramento; el secretario enviará el expediente junto con el escrito del recurso al Tribunal Superior.

Cuando el tribunal aboque su conocimiento, ordena un traslado sucesivo por el término de cinco (5) días al recurrente con el fin de que lo sustente y a la parte contraria para que presente sus alegatos; no obstante, si el recurso no es sustentado, se declarará desierto. Una vez vencido el término del traslado, el secretario, al día siguiente, pasa el expediente al despacho para que en un término máximo de tres (3) meses se dicte sentencia, en la cual se liquidarán las costas y condenas a cargo de las partes.

En cuanto a las causales de anulación, podemos agregar que éstas se encuentran descritas, de manera taxativa, en el artículo 163 del decreto ley 1818 de 1998; de la ejecución del laudo conocerá la justicia ordinaria.

Tanto el laudo arbitral como la sentencia del Tribunal Superior, son susceptibles del recurso extraordinario de revisión por los motivos y trámites señalados en el Código de Procedimiento Civil, pero; no se podrá alegar la falta de notificación o la indebida representación por

quien tuvo la oportunidad de interponer el recurso de anulación y no lo hizo. La competencia para conocer del recurso de revisión contra el laudo arbitral recae en el Tribunal Superior de Distrito Judicial del lugar correspondiente a la sede del tribunal de arbitramento, y contra la sentencia del Tribunal Superior que decide el recurso de anulación, será competente la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.

Por último, debemos recordar que el Tribunal cesará en sus funciones en los siguientes casos: 1) Cuando no se haga oportunamente la consignación de los gastos y honorarios. 2) Por voluntad de las partes. 3) Por la ejecutoria del laudo o de la providencia que lo adicione, corrija o complemente. 4) Por la interposición del recurso de anulación, y, 5) Por la expiración del término fijado para el proceso, o el de su prórroga.³⁰

Cuando termine el proceso, el presidente del tribunal hará la liquidación final de los gastos y procederá a entregar a los árbitros y al secretario la segunda mitad de los honorarios; además cancelará los gastos pendientes y previa cuenta razonada, devolverá el saldo a las partes.

10. DOS NOVEDADES EN MATERIA ARBITRAL

10.1 DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 40 (PARCIAL) DE LA LEY 1258 DE 2008:

El artículo 40 de la Ley³¹ establece reglas de competencia para la resolución de conflictos societarios que se presenten en las SAS, esto es, entre sus accionistas, los órganos de la sociedad o sus administradores, en desarrollo del correspondiente acto de constitución. Dispone, en primer lugar, el sometimiento de las mismas a la justicia arbitral o la amigable composición, de haberse acordado en los estatutos; en segundo lugar, y a falta de pacto estatutario, subsidiariamente, su conocimiento por la justicia estatal administrativa -la Superintendencia de Sociedades-. Esta fórmula de competencia incluye las impugnaciones de decisiones de la asamblea general o junta directiva de las SAS, género de conflictos societarios que son el objeto específico de la presente demanda de inconstitucionalidad.

30 En este caso los árbitros y el secretario no tendrán derecho a la segunda mitad de los honorarios.

31 Cabe recordar en este contexto el artículo 40 de la referida ley consagra que “Las diferencias que ocurran a los accionistas entre sí, o con la sociedad o sus administradores, en desarrollo del contrato social o del acto unilateral, incluida la impugnación de determinaciones de la asamblea o junta directiva con fundamento en cualquiera de las causas legales, podrán cometerse a decisión arbitral o de amigables componedores, si así se pacta en los estatutos. Si no se pacta arbitramento o amigable composición, se entenderá que todos los conflictos antes mencionados serán resueltos por la Superintendencia de Sociedades, mediante el trámite del proceso verbal sumario”.

El ciudadano Fabián López Guzmán demandó el artículo 40 (parcial) por considerar, entre otras cosas que, en palabras de la Corte, "...la disposición acusada vulnera los derechos de los accionistas minoritarios, quienes, por su situación económica, se encuentran en condiciones de debilidad frente al poder de los accionistas mayoritarios. La naturaleza onerosa del arbitraje comercial hace que la disposición acusada atente contra sus derechos patrimoniales, más aún si se tiene en cuenta que no disponen de la información administrativa, financiera y contable. Así las cosas, se estaría vulnerando el derecho a la igualdad, el debido proceso y acceso a la justicia.

La Corte Constitucional, mediante sentencia C-410 de 2010, expediente 7748, con ponencia del Dr. Mauricio González Cuervo, declaró la exequibilidad de la norma atacada, entre otros, bajo los siguientes argumentos:

Dada la libertad de configuración legislativa en materia de competencias jurisdiccionales y de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, teniendo en cuenta que la regla de asignación de competencia a los árbitros y a los amigables compondores para poder conocer los conflictos societarios sobre decisiones de las asambleas o juntas directivas de las SAS -de pactarse en los estatutos- no vulnera normas constitucionales de asignación

de competencias judiciales ni de limitación de las materias propias de los MASC, y considerando que el legislador ordinario -sin restricción estatutariamente puede definir los asuntos a ser resueltos a través de arbitramento o amigable composición, sin más valla que la constitución y los límites a la autonomía de la voluntad expresada en normas de orden público, la disposición demandada del artículo 40 de la Ley 1258 de 2008 no viola regla alguna de las competencias de los jueces estatales, al haberse determinado en dicha norma que los conflictos societarios de las SAS, en las condiciones ya expuestas, son susceptibles de librarse al ámbito propio de los mecanismos de auto-resolución de conflictos señalados, por considerarse materia disponible o de la esfera de la autonomía de la voluntad que se ejerce en la actividad comercial de las SAS. Así, no vulnera el principio del debido proceso, en la garantía del juez competente (C.P., Art. 29).

La previsión de que, en el caso de las SAS, a la justicia arbitral sólo se acudiría si así está pactado en los estatutos, aunada a la regla de unanimidad como requisito para incluir la cláusula arbitral en ellos, garantiza que en todas las hipótesis referidas a los accionistas se manifiesta el principio de habilitación voluntaria de los árbitros o los amigables compondores por las partes. En suma, el pacto estatutario obra como pacto

compromisorio para los accionistas del las SAS, y es ley para las partes. Así, el mecanismo alternativo de resolución de conflictos obra como un instrumento de realización de justicia, por lo que el cargo por violación del artículo 229 constitucional, tampoco prospera.

La disposición acusada no vulnera el debido proceso constitucional, toda vez que el legislador no ha desconocido los límites competenciales consagrados en la Carta respecto de la justicia arbitral.

La disposición acusada tampoco vulnera el derecho de acceso a la justicia, toda vez que el proceso arbitral está reconocido constitucionalmente como un mecanismo válido para ejercer jurisdicción, siempre y cuando a él se acuda, no por obligación legal, sino por habilitación voluntaria de las partes. El fragmento atacado autoriza el acceso a la justicia arbitral siempre y cuando así se haya pactado en los estatutos sociales de la respectiva SAS, y dado que se exige unanimidad para que la cláusula arbitral quede incorporada en ellos, todos los accionistas, minoritarios o mayoritarios, originarios o nuevos, habrán expresado, en ese consentimiento estatutario, la voluntad habilitante que exige la Carta.

La disposición contenida en el artículo 40 de la Ley 1258 de 2008, que permite que la impugnación

de determinaciones de asamblea de la sociedad por acciones simplificadas (SAS) se someta a decisión arbitral, no vulnera el principio de igualdad, en la medida en que las SAS tienen propósitos, estructura, finalidades, regulación y forma de constitución sustancialmente distinta a las de las sociedades reguladas por el Código de Comercio y por lo tanto es válido que, dentro del amplio margen de configuración que la Constitución le otorga en materia de procedimientos judiciales, el legislador haya dispuesto un procedimiento diferente entre aquellas y éstas. Esa diferencia es particularmente evidente en el régimen de funcionamiento de las respectivas asambleas de accionistas, lo que permite que para dirimir las diferencias respecto de ese punto específico, pueda el legislador consagrar procedimientos distintos. Más aun si se tiene en cuenta que en el caso de la SAS, la decisión de incluir la cláusula compromisoria en los estatutos exige unanimidad en los accionistas, requisito que no se exige en el caso de las sociedades reguladas en el Código de Comercio.

10.2 EXPEDICIÓN DEL DECRETO 1716 DE 2009

Las normas de este Decreto están dedicadas a la conciliación extrajudicial en asuntos de lo contencioso administrativo. En esta materia po-

drán conciliar, total o parcialmente, las entidades públicas y las personas privadas que desempeñan funciones propias de los distintos órganos del Estado, por conducto de apoderado, sobre los conflictos de carácter particular y contenido económico de los cuales pueda conocer la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que los sustituyan.

Se agrega que no son susceptibles de conciliación extrajudicial en asuntos de lo contencioso administrativo: a) Los asuntos que versen sobre conflictos de carácter tributario. b) Los asuntos que deban tramitarse mediante el proceso ejecutivo de que trata el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, y c) Los asuntos en los cuales la correspondiente acción haya caducado. Finalmente, se agrega que el conciliador velará por que no se menoscaben los derechos ciertos e indiscutibles, así como los derechos mínimos e intransigibles.

El párrafo 5 del artículo 4º consagra que “...El agotamiento de la conciliación como requisito de procedibilidad, no será necesario para efectos de acudir ante tribunales de arbitramento encargados de resolver controversias derivadas de contratos estatales, cuyo trámite se regula por lo dispuesto por el artículo 121 de la Ley 446 de 1998.”

De lo anterior se desprende que cuando exista cláusula compromisoria o compromiso, en materia administrativa, las partes en conflicto pueden acudir al arbitramento y solucionar sus diferencias en la etapa pre-arbitral a través de la conciliación, con una gran ventaja en términos de seguridad jurídica y tiempo, toda vez que a dicha conciliación no se le aplicará el artículo 12 del Decreto según el cual “...El agente del Ministerio Público remitirá, dentro de los tres (3) días siguientes a la celebración de la correspondiente audiencia, el acta de conciliación, junto con el respectivo expediente al juez o corporación competente para su aprobación...”.

11. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Baena Uregui, M. (2000). De las obligaciones en Derecho Civil Comercial. Legis Editores, tercera edición. Pág. 36

Barrero Buitrago, A. (2009). Academia Colombiana de Jurisprudencia, Miembro de Número.

Bentham, J. Tratados de legislación civil y penal. Valleta Ediciones. Pág. 152. México D.F. Tribunal Superior de Justicia de Distrito Federal.

Colombia, Congreso Nacional de la República (1887, 15 de abril), “*Ley 57 del 15 de abril de 1887, por el cual se expide el Código Civil*”, Bogotá.

Colombia, Congreso Nacional de la República (1971, 27 de marzo), “Decreto 410 del 27 de marzo de 1971, por medio del cual se expidió el Código del Comercio”, Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (1993) “Sentencia C-226”, M.P. Martínez Caballero, Alejandro, Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (1995) “Sentencia C-294”, M.P. Arango Mejía, Jorge, Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (1995) “Sentencia C-431”, M.P. Herrera Vergara, Hernando, Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (1995) “Sentencia T-057”, M.P. Cifuentes Muñoz, Eduardo, Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (1995) “sentencia C-431” M.P. Gaviria Díaz, Carlos. Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (1995) “Sentencia C-294” M.P. Arango Mejía, J.

Colombia, Corte Constitucional (1996) “Sentencia T-268”, M.P. Barrera Carbonell, Antonio, Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (1996) “Sentencia C-037”, M.P. Naranjo Mesa, Vladimiro, Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (1997) “Sentencia C-242”, M.P. Herrera Vergara, Hernando, Bogotá.

Colombia, Congreso Nacional de la República (1998, 7 de septiembre), “Decreto ley 1818 del 7 de septiembre de 1998, por medio del cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos”, en diario oficial No. 43.380, 7 de septiembre de 1998, Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (1999), “Sentencia C-163”, M.P. Martínez Caballero, Alejandro, Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2000), “Sentencia C-330”, M.P. Gaviria Díaz, Carlos, Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2001), “Sentencia C-060”, M.P. Gaviria Díaz, Carlos, Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional “Sentencia SU 091/00” M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis.

Conejero Roos, C. Hierro Hernández-Mora, A. Macchia, V. y Soto Coaguila, C. “El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamericana. Marco Legal y Jurisprudencial” Primera Edición Pág. 65. Editorial La Ley.

Dto. 1818/1998 Cap I. Iniciación del Trámite Arbitral.

Gutierrez Hadespock, B. (2005). Arbitraje Aspectos Generale. <http://www.monografias.com/trabajos-pdf4/arbitraje-aspectosgenerales>. Recuperado 15/enero/2010. Bolivia.

Guzmán Villalobos, A. Universidad Javeriana. Bogotá. <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho> “El arbitraje de equidad en el Derecho Colombiano. Pág. 1, recuperado 15/enero/2010.

<http://www.cavalier.com/econtent/newsdatail.asp>. Recuperado el 15/enero/2010.

Londoño Zuleta, A. (2007). Protección Constitucional del Arbitraje. Legis. Primera edición, Bogotá. Pág 7.

_____, (2007) Solución de Conflictos. Transformación en. Legis Editores. Bogotá. Pág 67.

Lorca Navarrete, A. (1989). “Derecho de Arbitraje interno e internacional”. Ed. Techno, Madrid España. Pág 31.

Morales Molina, H. (1986). “Arbitraje y conciliación - El arbitraje nacional e internacional en Colombia”. Publicación Cámara de Comercio de Bogotá, Pág 17.

Motulsky, H. (1974). Études et notes sur l'arbitrage. Prefacio de D. Goldman et Ph Fourchard. Éditeur: Dalloz, París. Pág 41-43.

OMPI. Arbitraje. <http://www.wipo.int/am/es/arbitration>

OPPETIT, Bruno (2006). Teoría del Arbitraje. Legis Editores. Págs. 54, 226.

_____, (2006). Actores del Arbitraje. Pág 65

_____, (2006). Cláusula Compromisoria. Pág 226.

_____, (2006) Justicia del Arbitraje. Pág 42.

PEÑA Castrillón, G. MARTINEZ Neira, N. (1998). “Pacto arbitral y arbitramento en conciencia” Pag. 8 Ed. Temis.

Pinzón, M. y Rodríguez López, T. (2009). De la Naturaleza contractual del Arbitramiento como método alternativo de soluciones. <http://repository.urosario.edu.co>. Bogotá. Pág 62.

PRIETO-Castro, L., y FERRÁNDIZ, L. (1985). “Tratado de derecho procesal civil”, tomo II (2º Edición). Editorial Aranzadi, Pamplona, España. P. 401.

Rama Judicial. (2001, 8 de octubre), “Gaceta judicial Tomo CXXXVII”, P. 58 A 68.

SUÁREZ Hernández, D. (1986) “Arbitramento civil y comercial en Colombia”, revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Volumen 5. Pág. 87 y 88.