

TENSIONES ENTRE EL PROCESALISMO Y EL CONTRACTUALISMO EN EL ARBITRAJE

Olympto Morales Benítez

Resumen

De acuerdo al estudio de diversas teorías podremos hallar puntos de encuentro para ubicar el arbitraje, dentro de cada una de estas corrientes, si nos ubicamos en la contractualista, con base en el principio de autonomía de la voluntad se considera al arbitraje como un mecanismo a través del cual las partes involucradas en un conflicto por medio de un pacto arbitral someten su solución a la decisión de un árbitro, es así que ese convenio entre las partes la base del arbitraje y por ende se tiene como una institución privada.

Por lo anterior el elemento que determina la naturaleza jurídica del arbitraje es el pacto, y por tanto, la convergencia de las voluntades en determinar que la solución de su conflicto estará a cargo de una justicia privada, tema que será decantado a lo largo de este escrito.

Palabras clave: ley estatutaria de la administración de justicia, mecanismos de solución de conflictos, alternatividad, acceso a la justicia, arbitraje.

* Abogado, catedrático del Colegio Mayor de Nuestra Señora Rosario, con especializaciones en derecho tributario, derecho internacional económico, derecho comercial, en Bogotá, Londres y París. Autor de varios libros, columnista de revistas y diarios. Líder político y cívico; miembro de varias juntas directivas de entidades jurídicas y comerciales.

TENSIONS BETWEEN THE PROCESALISMO AND THE CONTRACTUALISMO IN THE ARBITRATION

Abstract

According to the study of theories we can find common ground to locate the arbitration, within each of these streams, if we are in the contractarian, based on the principle of autonomy is considered to arbitration as a mechanism through which parties to a conflict through an arbitration agreement submitted his solution to the decision of a referee, so that agreement between the parties the basis of the arbitration and thus have as a private institution.

Therefore the element that determines the legal nature of arbitration is the covenant, and therefore, the convergence of wills to determine the solution of their conflict will be in charge of private justice, subject to be decanted along this writing.

Keywords: statutory Law on the administration of justice, conflict resolution mechanisms, alternate, access to justice and arbitration.

Origen

Es innegable que el derecho romano se constituye como fuente primordial de nuestro derecho y por lo tanto el análisis de sus instituciones sirve de base para entender las nuestras¹.

En la época primitiva el derecho atendía las necesidades propias del desarrollo agrícola del pueblo romano; se trataba de un derecho ajustado a las problemáticas que podían surgir entre los romanos. Así la noción de derecho se aproximaba a todas aquellas reglas, es decir, usos, fruto de la costumbre dentro de la comunidad romana.

En este punto la Costumbre² jugaba un papel primordial, pues de forma general el derecho imperante era consuetudinario, no escrito, que surgía de forma espontánea ante la forma de vida y necesidades propias de la cotidianidad de los romanos, al cual se le debía respeto.

Frente a tal panorama nace como forma de justicia la *transactio*, que luego se verá atenuada ante la imposición del derecho pretoriano³.

Transactio

En el imperio romano la *transactio* surge como un mecanismo de justicia de carácter privado y familiar que intentaba dar soluciones a las diferencias surgidas entre los ciudadanos romanos, dejando atrás el uso de la fuerza como medio para obtener lo que era debido.

En tal sentido las sociedades optaban por resolver sus controversias de forma directa y personal, ya fuera utilizando la fuerza o vengándose de su contradictor (1991; 45).

Gracias entonces a una mentalidad progresiva la *transactio* surge como el primer instrumento a través del cual los involucrados en un conflicto solucionaban sus controversias de forma pacífica, como lo anotan algunos doctrinantes⁴, la justicia comienza por cumplir su *misión social*.

En la actualidad la figura de la transacción⁵ conserva su fin, resolver las controversias suscitadas, pero de manera regulada y de forma distinta al arbitraje.

En Francia la transacción es un *contrato por el cual las partes terminan una controversia que ya ha nacido o previene una controversia que podría nacer*⁶.

En nuestra legislación la transacción se define como *un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual*⁷; se distingue y por tanto se tiene como no transacción *el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa*⁸, además concederle el efecto de cosa juzgada.

Derecho pretoriano

Legis acciones

Luego debido al surgimiento del derecho pretoriano se dio un gran cambio en la forma de solucionar las controversias surgidas entre los ciudadanos romanos⁹, y fue así que surgieron las *legis Acciones*.

Las *legis Acciones* establecieron un procedimiento solemne y preciso, al punto de considerarse como un formulismo extremo que arriesgaba el fondo del asunto y convertir su solución en una mera exposición de fórmulas.

Existían cinco tipos de acciones:

- La acción sacramenti
- La judicis postulatio
- La condictio
- La manus iniectio
- Y la pignoris capio.

Este derecho pretoriano¹⁰ goza de dos características fundamentales: la oralidad en todas las etapas del proceso y la figura del Pretor, que se investía de dos facultades *Imperium* y *Jurisdictio*.

- Formulismo

El rígido formulismo se atenuó con la expansión misma del imperio romano, que frente a los conflictos entre extranjeros y entre éstos y ciudadanos romanos hizo nacer un nuevo procedimiento menos exigente y que por ende se aceptó una terminología menos formal a la utilizada, éste procedimiento era el *formulario*. En este procedimiento se acudía ante dos instancias: magistrado y juez o jurado.

Ante el magistrado la parte que demandaba citaba a la contraparte o adversario, y a su vez escuchaba a las parte, pero quien finalmente resolvía era el juez o jurado.

Con el cambio de transactio a procedimiento pretoriano, se da paso a la institucionalización de un proceso judicial ordinario en el que no sólo intervienen las partes involucradas en el conflicto, y en el que aún, se reconoce la institución del arbitraje con el establecimiento de dos convenios, el *cum-promisso facto* y el *ceptum arbitrio*¹¹ que podían ser defendidos por medio de las *Legis Actiones* (1991; 46).

Si bien al abarcar la temática de la transacción podemos concluir que ésta determina el origen convencional del arbitraje (2006, 27), no se puede asimilar

por completo el contrato de transacción al mecanismo del arbitraje, pues existen claras diferencias de las cuales nos ocuparemos más adelante.

Métodos alternativos de solución conflictos

- Concepto

En la actualidad al plantear la naturaleza jurídica del arbitraje nos encontramos que al ser una justicia de carácter privado¹², surge como un mecanismo alternativo de solución de conflictos (MASC) frente a la institucionalización de la justicia estatal y como consecuencias de varias causas¹³.

Es importante en primer lugar tener un acercamiento a los MASC para así luego entender la modalidad del arbitraje.

Así tenemos que se entiende por MASC:

“el conjunto de fórmulas que se encuentran reglamentadas legalmente, mediante las cuales se administra justicia a la generalidad de los ciudadanos, no están integradas en la justicia ordinaria y sus actos no se imponen a través de la fuerza coactiva del Estado”.

En relación con la implementación de los MASC la Corte Constitucional en Sentencia C-037 de 1996¹⁴, manifiesta que estos atienden el postulado constitucional de administración de justicia, en la medida, en que no sólo el juez puede cumplir con tal propósito, de modo que son una forma alternativa de solución de conflictos.

Reitera lo anterior en sentencia C-163 de 1999¹⁵ al sostener:

“...4. Además, estos mecanismos alternativos de resolución de conflictos encuentran base constitucional no sólo en su reconocimiento expreso en el artículo 116 superior 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 (CP art. 228). Además, y más importante aún, la Carta establece un régimen democrático y participativo (CP art. 1º), 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”.

Legislación

En materia normativa el legislador a través de varias normas ha establecido la implementación de mecanismo de justicia alternativa, así tenemos:

La **Ley 13 de 1834**, fue la primera norma en establecer la resolución directa de los conflictos a través de la figura de los jueces de paz.

El **Decreto 2279 de 1989**, como el primer estatuto en que se implementan sistemas de solución de conflictos entre particulares,

en este se trata el arbitramento en sus disposiciones generales.

El fundamento constitucional de estos mecanismos consagrado en la Constitución Política dio lugar a su posterior desarrollo: **Artículo 116, inciso 3; 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.**

Con la expedición de la **Ley 23 de 1991** se crean mecanismos que tienen por finalidad la descongestión del aparato judicial, concretamente se instituye la conciliación como una forma de arreglo en materia laboral, que a su vez juega como requisito de procedibilidad para acudir ante los jueces; de igual manera se estipuló en los asuntos de familia; en las controversia que conozca la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo de carácter privado y contenido pecuniario proporcionó la posibilidad de conciliar ya sea de forma total o parcial.

En materia de contratación pública la **ley 80 de 1993** en lo atinente a la resolución de controversia surgidas de la actividad contractual reconoce la utilización de los mecanismos de solución directa de tal forma que se llegue a una solución *ágil, rápida y directa*.

De gran importancia también fue la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, **Ley 270 de 1996**¹⁶, en la que se plasma el Principio de Alternatividad en la administración de Justicia, en los siguientes términos; *Artículo 8º. La ley podrá establecer mecanismos diferentes al proceso judicial para solucionar los conflictos que se presenten entre los*

asociados y señalará los casos en los cuales habrá lugar al cobro de honorarios por estos servicios.

En relación con el principio de alternatividad, la Corte sostuvo en relación con su exequibilidad, su defensa como instrumento en la realización de los fines del Estado y su utilidad en la solución de controversias de una forma pacífica y amistosa¹⁷.

Así también a la hora de establecer las autoridades encargadas del ejercicio de la función jurisdiccional le reconoce tal facultad a los particulares, en este sentido:

Artículo 13.- Ejercen función jurisdiccional de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política... numeral 3. *Los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en asuntos susceptibles de transacción, de conformidad con los procedimientos señalados en la ley. Tratándose de arbitraje, las leyes especiales de cada materia establecerán las reglas del proceso, sin perjuicio de que los particulares puedan acordarlas. Los árbitros, según lo determine la ley, podrán proferir sus fallos en derecho o en equidad.*

La Ley 446 de 1998, en la que se estipuló normas aplicables a la conciliación y arbitraje, en tal sentido modificó y derogó muchas disposiciones contenidas en la ley 23 de 1991; en relación con la conciliación y del Decreto 2279 de 1979; en lo que respecta al arbitramento, también instituyó la Amigable Composición como un nuevo mecanismo de solución de conflictos, por último en su artículo 166 dispuso:

“Se faculta al Gobierno Nacional para que, dentro de los dos (2) meses siguientes

a la expedición de esta ley, compile las normas aplicables a la conciliación, al arbitraje, a la amigable composición y a la conciliación en equidad, que se encuentren vigentes en esta ley, en la Ley 23 de 1991, en el Decreto 2279 de 1989 y en las demás disposiciones vigentes, sin cambiar su redacción, ni contenido, la cual será el Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos”.

De lo anterior se desprende la expedición del **Decreto 1818 de 1998**, que compila las leyes 446 de 1998, 23 de 1991 y el decreto 2279 de 1989.

- Modalidades

Los MASC podrán ser de dos clases heterocompositivos y autocompositivos.

Los autocompositivos se refieren a aquellos mecanismos en que las partes involucradas en un conflicto, en virtud del principio de autonomía de la voluntad¹⁸, deciden resolverlo de forma directa, puede incluso intervenir la labor de acercamiento de un tercero neutral, pero finalmente en la disposición de las partes está el arreglo definitivo de desavenencias. En esta modalidad encontramos: la conciliación, mediación, la transacción, la amigable composición¹⁹.

En los heterocompositivos interviene un tercero calificado que tendrá la facultad, otorgada por las partes, de dar por terminado el conflicto a través de su decisión. En tal sentido se instituye el arbitraje, y por tanto cuenta como la primera diferencia frente a los demás MASC.

En ambos la decisión que pone fin al conflicto, ya sea la que toman las partes o la que toma el tercero, tendrá el efecto de cosa juzgada.

En este punto es importante distinguir el arbitraje de todas aquellas nociones que hacen parte de los mecanismos alternativos de conflictos ya que esto permitirá un entendimiento claro del concepto de arbitraje.

Así en nuestra legislación contamos con una serie de figuras que ofrecen soluciones alternativas en los conflictos. En este ensayo solo haremos referencia al arbitraje y dentro de sus tres modalidades; legal, institucional e independiente nos concentraremos en la suerte que viene corriendo del institucional.

En la modalidad del **contrato de transacción**, es importante detenernos, puesto que se configura como un elemento estructural en el tema de debate de este escrito. Es así que la transacción, como se anota en parte inicial, se configura como el origen de la institución del arbitraje.

Nuestro Código Civil lo define como “un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual”²⁰.

En el contrato de transacción se puede derivar tres elementos; una relación jurídica litigiosa o susceptible de controversia, la intención de los contratantes de componer el litigio y las recíprocas concesiones de las partes²¹.

Siguiendo la tesis planteada por el doctrinante Alejandro Venegas tenemos que existen tres presupuestos de validez, a saber; en primer lugar la capacidad de las partes, que se traduce en la absoluta disposición, en segundo el poder de disposición y por último la idoneidad de objeto.

Al tener claro el concepto de contrato de transacción, es preciso anotar que se

diferencia de la figura del arbitraje, pues si bien es el carácter transigible el que materia de arbitraje define la competencia de los árbitros, son modalidades enteramente diferentes.

Respecto a este último punto, carácter transigible, el Decreto 1818 de 1998 lo dispone en su artículo 115²² y a su vez lo expresa la Corte Constitucional en Sentencia No. C- 1436 de 2000²³.

“La competencia de los árbitros está limitada no sólo por el carácter temporal de su actuación sino por la naturaleza del asunto sometido a su conocimiento, pues sólo aquellas materias susceptibles de transacción pueden ser definidas por los árbitros”.

De lo anterior podemos concluir que si bien en los mecanismos en que interviene un tercero en la solución del conflicto, sólo en el arbitraje se encuentra facultado para dirimirlo directamente a través de su decisión, a la que se le da el carácter de cosa juzgada.

- Jurisprudencia acerca de los métodos alternativos de conflictos

Resulta de gran importancia en este punto entrar a analizar el marco jurisprudencial que ha desarrollado la Corte Constitucional respecto de los mecanismos alternativos de solución de conflicto.

La Corte Constitucional en diferentes fallos ha abordado la temática de los mecanismos alternativos de conflictos, en sus distintos pronunciamientos ha enfatizado sobre los siguientes aspectos respecto de los mismos;

- En primer lugar ahonda en el mandato constitucional bajo el cual se origina

los mecanismos alternativos y concede a los particulares la función de administrar justicia, destaca asimismo que la administración de justicia "... es una función pública estatal de naturaleza esencial, porque aparte de ser una actividad estatal continua e ininterrumpida que se configura unos de los pilares fundamentales del Estado democrático social de derecho, al garantizar que una persona investida de autoridad pública y con el poder del Estado para hacer cumplir sus decisiones, resuelva, de manera responsable, imparcial, independiente, autónoma, ágil, eficiente y eficaz, los conflictos que surjan entre las personas en general, en virtud de los cuales se discute la titularidad y la manera de ejercer un específico derecho, consagrado por el ordenamiento jurídico vigente".

- Define estos mecanismos como aquellos "en virtud de los cuales los ciudadanos son investidos ocasionalmente por la ley de la función de impartir justicia, en condición de árbitros o conciliadores"
- Reconoce que dicha facultad asignada a los particulares goza esencialmente de dos características; ocasional y voluntaria, y que dicha voluntariedad obedece en principio al principio de colaboración; "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 (C.P. art 113).

- Destaca que estos además de ser considerados como un mecanismo de descongestión judicial se consolidan como un herramienta de participación de los ciudadanos, y por tanto resalta su índole democrático; "...es incuestionable su stirpe democrática, en la medida en que generan espacios de intervención de la comunidad en el desarrollo de la función jurisdiccional evitando la conflictivización de la sociedad y logrando, por ende, el fortalecimiento de la legitimidad del aparato de justicia estatal en la medida en que éste puede dedicarse a resolver aquellos asuntos que son de verdadera trascendencia social..."

Arbitraje

Naturaleza jurídica del arbitraje

Con respecto de la naturaleza jurídica del arbitraje surge el tema de estudio de este ensayo.

En la actualidad existen dos grandes corrientes que explican la naturaleza jurídica del arbitraje.

En tal sentido encontramos la corriente contractualista, con base en el principio de autonomía de la voluntad se considera al arbitraje como un mecanismo a través del cual las partes involucradas en un conflicto por medio de un pacto arbitral²⁴ someten su solución a la decisión de un árbitro, es así que ese convenio entre las partes la base del arbitraje y por ende se tiene como una institución privada.

Por lo anterior el elemento que determina la naturaleza jurídica del arbitraje es el pacto, y por tanto, la convergencia de las voluntades en determinar que la solución de su conflicto estará a cargo de una justicia privada.

Al respecto la Corte Constitucional en Sentencia C-163 de 1999 sostiene:

“...es fácil concluir que el sustento de la justicia arbitral es el acto voluntario y libre de los contratantes de acudir a los árbitros, como quiera que “el arbitramento tiene que partir de la base de que es la voluntad de las partes en conflicto, potencial o actual, la que habilita a los árbitros para actuar...”

En tal sentido tenemos que en la autonomía de la voluntad de los contratantes determina la naturaleza jurídica del arbitraje, y se convierte a su vez en un requisito esencial para su existencia.

Por su lado la corriente procesalista, defiende al arbitraje como un proceso, en el que el pacto no determina su naturaleza, sino que es un proceso en el que las partes difieren la solución de su conflicto a los árbitros que están facultados por la ley para administrar justicia, en tal sentido se entiende como una institución de derecho público.

En este punto resulta importante confrontar el principio de autonomía de voluntad y el principio de debido proceso, pues en gran medida estos postulados determinan

- **Fundamento Constitucional.** El fundamento constitucional es el artículo 116 de nuestra Carta Política que establece:

“ARTICULO 116. *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.”

Respecto del fundamento constitucional la Corte Constitucional ha manifestado aquellos derechos fundamentales que encuentra involucrados a la hora de hablar de los mecanismos alternativos de solución de conflictos;

El desarrollo legal de la institución arbitral tiene un claro fundamento

constitucional -ya referido-, que permite la atribución de funciones judiciales a los particulares (Artículo 116 C.P.). Dicha autorización no puede concebirse como una forma de limitar el derecho fundamental de acceso a la justicia que el propio ordenamiento superior reconoce a todos los ciudadanos -Artículo 229 C.P.-; en primer lugar hay que recordar que cualquier regulación en materia de arbitraje debe fundarse en el respeto estricto de derechos fundamentales como el debido proceso y la igualdad entre todas las personas; por otro lado, en razón de que los árbitros -como los jueces ordinarios- deben (i) cumplir con términos perentorios y (ii) que sus pronunciamientos están sometidos a la revisión eventual por parte de otras autoridades además de contar con el poder vinculante de cualquier sentencia, y, por tanto, no puede decirse que la utilización del arbitramento constituye un atentado al principio que asegura pronta y cumplida justicia para todos los ciudadanos²⁵.

· Concepto

Nuestra legislación en el Decreto 1818 de 1998 en su artículo 115 lo define 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”*.

Definir el arbitraje implica asumir como tal una posición respecto de su naturaleza jurídica, basta tener en cuenta su origen mismo, la transacción, y por tanto puedo sostener, que el arbitraje consiste en un mecanismo a través del cual partes involucradas en un conflicto a través de

un pacto arbitral, confían la solución del mismo a un tribunal arbitral.

De igual manera la H. Corte Constitucional Colombiana, en reiterada jurisprudencia ha definido el arbitraje en los siguientes términos:

“...es 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...”²⁶.

A renglón seguido ha establecido cinco características que se desprenden del arbitramento:

“...Mecanismo que tiene ciertas características básicas: (i) es uno de los instrumentos autorizados para que los particulares puedan administrar justicia; (ii) está regido por el principio de habilitación o voluntariedad, pues el desplazamiento de la justicia estatal por el arbitramento tiene como fundamento “un acuerdo previo de carácter voluntario y libre efectuado por los contratantes”.

Además (iii) el arbitramento es temporal, pues la competencia de los árbitros está restringida al asunto que las partes le plantean. El arbitramento (iv) es también de naturaleza excepcional pues la Constitución impone límites materiales a la figura, de suerte que no todo “problema jurídico puede ser objeto de un laudo”, ya que “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”. Finalmente,

(v) la Corte ha destacado que la voluntariedad del arbitramento no excluye que la ley regule la materia, pues el arbitramento es un verdadero proceso, a pesar de que sea decidido por particulares, y por ello está sujeto a ciertas regulaciones legales, en especial para asegurar el respeto al debido proceso... ”²⁷.

Clases: independiente, institucional y legal

Nuestra legislación establece que pueden existir tres clases de arbitraje determinadas por las reglas que rigen el procedimiento.

De acuerdo con lo anterior el arbitraje puede ser independiente, cuando las partes de forma autónoma determinan las reglas aplicables, mientras que en el Institucional se someten a las reglas que establece como tal la institución a la cual eligieron, y por último en el evento que no se acuerde respecto de tales, lo será en derecho.

Al respecto la ley 446 de 1998 estableció:

“Artículo 116. Clases. El arbitraje podrá ser independiente, institucional o legal. El arbitraje independiente es aquel en que las partes acuerdan autónomamente las reglas de procedimiento aplicables en la solución de su conflicto; institucional, aquel en el que las partes se someten a un procedimiento establecido por el Centro de Arbitraje; y legal, cuando a falta de dicho acuerdo, el arbitraje se realice conforme a las disposiciones legales vigentes. (Artículo 112 de la Ley 446 de 1998 que modifica el artículo 90 de la Ley 23 de 1991)”.

Análisis de las tensiones

En esta parte de mi estudio me dedicaré a analizar las distintas tensiones que surgen al abordar la institución del arbitraje. Es conocido a nivel nacional como internacional el planteamiento de dos corrientes respecto de la interpretación del arbitraje, son éstas la corriente contractualista y la procesalista.

Teoría contractualista

La corriente contractualista también llamada por algunos autores consensualista defiende la institución arbitral desde sus orígenes como una *transactio*, es decir, un acuerdo libre de voluntades, en donde prima justamente el consentimiento de las partes en someterse a la decisión de un árbitro a los que la ley lo facultad para administrar justicia en determinados asuntos y por ende el origen mismo de la institución arbitral. Los doctrinantes que adoptan ésta postura encuentran respaldo en aquellos otros doctrinantes internacionales como lo son Alfredo Rocco y Chioyenda y Betti, entre otros.

El arbitraje es de naturaleza contractual o de derecho privado ya que el convenio es el elemento esencial e indispensable dentro del proceso, así como lo expone el doctrinante español Guasp, cuando afirma que “ni el árbitro es Juez, ni el arbitraje un proceso judicial”, “para concluir que el pacto arbitral es un contrato de tracto procedimental mediante el cual se tramita una etapa posterior y jurisdiccional, pero que necesariamente supone el desarrollo de un procedimiento anterior”²⁸.

Teoría procesalista

La doctrina y la jurisprudencia fundamentan su posición frente a la tesis

procesalista en que *“es la misma Ley la que admite la posibilidad de que, en virtud de sus disposiciones, la jurisdicción pueda ser ejercida en casos particulares bajo ciertos y determinados presupuestos y condiciones por otros órganos que no sean de la jurisdicción ordinaria, por ello la atribución de poderes jurídicos a los árbitros para que ejerzan la función jurisdiccional, como efecto de derecho público, opera por ministerio de la Ley y no por la voluntad de las partes, pues si bien estas dan el modo para que se produzcan estos efectos jurídicos, no los producen ellas mismas mediante sus declaraciones de voluntades...”*²⁹.

Los doctrinantes Julio Benedetti Salgar, Marco Gerardo Monroy Cabra, Hernando Morales y Gilberto Peña Castrillón, han optado por esta tesis argumentando que: *“los árbitros obran similar a cualquier juez ya que mediante un procedimiento preestablecido deben comprobar los hechos planteados por las partes valorar las pruebas aportadas, y extraer de este acervo una consecuencia definitiva, que formal y materialmente revestido de las características de verdadera sentencia, pues se trata de un verdadero acto de declaración de certeza de derecho”*³⁰.

La corriente procesalista considera al arbitraje como una institución inherente al procedimiento judicial y por tanto como un proceso al cual se le aplican todas aquellas reglas formales como cualquier otro tipo de proceso, en el que el árbitro es un juez y por ende el elemento que destacan no es el acuerdo de las partes que da origen al arbitraje sino a la facultad de jueces del cual queda investido el árbitro y por ende el seguimiento de todo un proceso judicial. Al igual que la corriente cuenta con el sustento de doctrinantes como Carreras, Fenech, Serra Domínguez,

Wach y Hellwing, Bonforte, Moriara, entre otros.

Es importante resaltar que en el marco jurídico de las tesis contractualista y procesalista se pronunció recientemente la Corte Suprema de Justicia mediante fallo de tutela del 12 de Julio de 2010, proferida por la Sala de Casación Civil, con ponencia del Magistrado William Namén Vargas, radicado 11001220300020100054501, en donde:

“...El problema Jurídico planteado en esta sentencia se centró en determinar cuál es la oportunidad procesal para que en los arbitrajes institucionales se fije el monto de los honorarios y gastos. Igualmente la Corte fijó su atención en lo relacionado con el hecho de que en asuntos de esta naturaleza sí es factible tramitar y decidir alguna circunstancia constitutiva de nulidad...”

Sobre el particular, estimo que la posición de la Corte es contraria, pese a que el artículo 113 de la ley 23 de 1991 establece que *“en el proceso arbitral no se admitirán incidentes”*, ello no es óbice para pronunciarse en torno de las nulidades que se puedan configurar, ya que de antaño el inciso quinto del artículo 142 del Código de Procedimiento Civil dispone que una solicitud de este tipo *“se resolverá previo traslado por tres días a las otras partes, cuando el juez considere que no es necesario la práctica de alguna prueba que le haya sido solicitada y no decreta otra de oficio; en caso contrario se tramitará incidente”*.

Lo anterior significa que: si para dilucidar el asunto no es necesario practicar pruebas distintas de las que obran en el plenario, la solicitud de nulidad se resolverá de plano, previo el respectivo traslado a favor de la contraparte y, que única y exclusivamente

en caso contrario será menester acudir a la vía incidental.

Por consiguiente, es claro que en el asunto que dio lugar al amparo constitucional que suscitado, para decidir la nulidad procesal no era necesario valerse de probanzas diversas de las que inmersas en el expediente, por lo que, siendo así la discusión alrededor del trámite incidental pierde contundencia en la medida en que no hay ningún obstáculo legal que impida pronunciarse de fondo sobre la materia.

Con este pronunciamiento se deja de presente la naturaleza del arbitraje y por consiguiente a la posibilidad de ejercer acciones de tutela contra los árbitros, en la medida en que ejercen función jurisdiccional, se refiere a las normas sobre la fijación de honorarios y a la jurisprudencia que la propia Corte había fijado en el año 2005 en este punto y de ello concluye:

“En este contexto, instalado el Tribunal de Arbitramento, adquiere jurisdicción y competencia por mandato de la Constitución Política, el pacto arbitral y la instalación para surtir todas las etapas del trámite inicial, pero los honorarios y gastos arbitrales sólo pueden fijarlos después de la admisión, traslado y contestación de las demandas principal y de mutua petición, así como las excepciones perentorias respectivas, sin que esta competencia se extienda al conocimiento de las controversias sometidas a juzgamiento que de conformidad con el numeral 2º del artículo 124 de la Ley 446 de 1998 compilado por el artículo 147 del Decreto 1818 de 1998, debe analizar y decidir en forma expresa en la primera audiencia de trámite “mediante auto que sólo es susceptible de recurso de reposición”.

“Consecuentemente, emerge palmario el dislate del Tribunal de Arbitramento, al fijar los honorarios y costos del arbitramento antes de la constitución de la relación jurídica procesal, admisión y réplica de la demanda inicial y, en su caso, la de mutua petición, en contravención con la previsión expresa del Decreto 4089 de 2007, norma vigente y de obligatorio cumplimiento en los arbitrajes institucionales...”

Adicionalmente señala la Corte que en el proceso arbitral es perfectamente posible tramitar y decidir una nulidad procesal, aun cuando el artículo 113 de la ley 23 de 1991 disponga que en el proceso arbitral no se admitirán incidentes.

“Solicita la accionante ordenar al Tribunal anular la providencia censurada y la actuación surtida después de ésta. A este respecto, en “el proceso arbitral no se admitirán incidentes” (artículo 113 de la Ley 23 de 1991, norma no derogada ni expresa, ni tácitamente, por la Ley 446 de 1998) y la nulidad procesal en la codificación procesal civil actual se decide previo traslado a las partes o por trámite incidental. Empero, en el arbitraje, nada se opone a la formulación, traslado y decisión en audiencia de la nulidad procesal, según corresponde a la dinámica y celeridad del arbitramento, el deber de las partes y de los jueces de velar por la regularidad del proceso, evitar causas de anulación y garantizar el debido proceso”.

Respecto de planteamiento de estas dos corrientes me propongo revisar algunos aspectos que resultan en contraposición de estas dos corrientes que finalmente me conducirán a plantear la gran cuestión; ¿es el arbitramento un mecanismo o un proceso?

Justicia formal vs. justicia informal

El arbitraje al pertenecer al conjunto de mecanismos alternativos de solución de conflicto es considerado como una forma de justicia informal, así lo ha expresado la Corte;

En Sentencia C-893 de 2001

“...En este contexto resulta, pues, claro que la justicia informal proveniente de la aplicación de los mecanismos alternativos de solución de conflictos no es sustitutiva sino complementaria de la justicia estatal formal...”

Una de las finalidades al expedir la ley 446 de 1998 es que los mecanismos alternativos de solución de conflictos se convirtieran en una herramienta esencial en la descongestión de los despachos judiciales y por ende impulsar la agilidad en los procesos, pero tal no era su único propósito³¹; pues resalta su contenido democrático logrando así que la misma sociedad participe en aquellos mecanismos legitimados que permite solucionar su conflicto de esta manera se ha considerado como una herramienta con múltiples ventajas prácticas, en este sentido la Corte desde sus primeros pronunciamiento ha sostenido;

“...El arbitramento, por su parte, es una de las instituciones más sólidamente establecidas en el derecho, no sólo porque siempre se le ha considerado como una forma eficaz de dirimir conflictos, sino porque tiene evidentes ventajas prácticas para quienes lo utilizan y para el orden social mismo, en cuyo mantenimiento o restablecimiento

colaboran de una manera oportuna y objetiva”³².

Única instancia vs. múltiples instancias

Respecto de este punto vale la pena anotar la gran diferencia del proceso de jurisdicción ordinaria con el arbitraje, pues en este último el laudo arbitral sólo puede ser objeto de un recurso que surtirá ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial, el recurso de anulación contemplado en el artículo 161 que dispone: *Contra el laudo arbitral procede el recurso de anulación* bajo determinadas causales previstas en el artículo 163 que comentaré a continuación.

Las causales previstas para que proceda el recurso de anulación son: cuando por causa u objeto ilícito se da lugar a la nulidad absoluta del pacto arbitral, cuando no se hayan convalidado o saneado durante en el proceso aquellos motivos de nulidad absoluta o ya sea relativa, que habiéndose expresado no la constitución del Tribunal no haya sido conforme a la ley, en el evento en que no se hayan decretado y practicado aquellas pruebas allegadas en forma debida y esto tenga la virtualidad de incidir en la decisión, expiración de término y prórrogas que se le concede a los árbitros para que fallen, cuando se falló en conciencia y se debió haber fallado en derecho, en el caso de contener la decisión errores aritméticos o ya sea contradictorios y por último si el laudo es ultrapetita o infra petita.

La Sala de lo contencioso administrativo del Consejo de Estado es competente respecto del recurso de anulación cuando se trate “...de los laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos estatales, por las causales

y dentro del término prescrito en las normas que rigen la materia. Contra esta sentencia sólo procederá el recurso de revisión. (Artículo 36 -inciso 5- <sic> de la Ley 446 de 1998 que modifica el artículo 128 del Código Contencioso Administrativo)”.

Basta contar con que recursos cuento para impugnar el laudo proferido por un tribunales y las causas que me llevan a legitimarlo para concluir que el arbitramento es un mecanismo que plenamente garantiza que el asunto que someta a la decisión no se convierta en una tema de lleva y trae entre distintas instancias que finalmente en algunos caso terminan por socavar el principio de la seguridad jurídica.

- Autonomía de la voluntad vs. reglamentación

El principio de autonomía de voluntad reconocido de tiempo atrás es el sustento jurídico que permite a las partes involucradas en un conflicto apelar a la figura del árbitro como a cualquier otro mecanismo que me permita una solución alternativa del mismo.

La materialización del principio de autonomía de voluntad en la institución arbitral es el pacto arbitral que en nuestra legislación inviste dos modalidades: cláusula compromisoria y compromiso.

Se entiende por cláusula compromisoria aquel pacto contenido en un contrato o en documento anexo a él, en virtud del cual los contratantes acuerdan someter las eventuales diferencias que puedan seguir con ocasión del mismo, a la decisión de un Tribunal Arbitral³³. A su vez tal norma reitera la autonomía de la misma respecto de la existencia y validez del contrato del

cual hace parte y en efecto establece que “...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. ...”

Por otro lado reconoce al compromiso la naturaleza de un negocio jurídico a través de cual *las partes involucradas en un conflicto presente y determinado, convienen resolverlo a través de un tribunal arbitral. El compromiso podrá estar contenido en cualquier documento como telegramas, télex, fax u otro medio semejante.* Con el requerimiento de que el contenido de tal compromiso contengan: el nombre y domicilio de las partes, la indicación de las diferencias y conflictos que se someterán al arbitraje y por último la indicación del proceso en curso cuando a ello hubiere lugar.

Respecto del origen voluntario del arbitramento la Corte Constitucional ha sido enfática en sostener:

✓ “La decisión de presentar las disputas surgidas en una relación jurídica ante un tribunal de arbitramento (antes que acudir a los jueces ordinarios), es el resultado de un acuerdo previo de carácter voluntario y libre efectuado por los contratantes³⁴.

✓ “tiene que partir de la base de que es la voluntad de las partes en conflicto, potencial o actual, la que habilita a los árbitros para actuar”³⁵

A partir del planteamiento del origen voluntario del arbitraje surge la necesidad de delimitar su campo de acción y por tanto es preciso anotar que si bien

como lo reconoce la Corte³⁶ y como es bien sabido al analizar los orígenes del arbitraje, es necesario que la institución se encuentre debidamente regulada porque de igual forma implica el ejercicio de la administración de justicia y quizás en este punto en donde se confunde la naturaleza jurídica del arbitraje.

Si bien como lo ha reconocido la Corte Constitucional "...la función de administración de justicia por árbitros deberá desarrollarse en los términos que determine la ley' (C.P. art. 116)"³⁷, lo anterior no es óbice para argumentar que es un proceso en el sentido estricto de la palabra.

Por lo anterior considero de gran relevancia explorar el cuestionamiento que sugiero a continuación;

- ¿El arbitramento Mecanismos o Proceso?

Respecto de este punto tanto la normatividad, la jurisprudencia como la doctrina no han fijado una posición certera acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje y han vacilado entre una y otra corriente.

A la luz de nuestra normatividad se establece que el arbitraje "*es 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*".

Si bien es claro que nuestra normatividad establece que el arbitramento es un mecanismo a nivel jurisprudencial la

Corte Constitucional no ha mantenido una postura coherente a la normatividad y muy poco uniforme al determinar su naturaleza jurídica; al referente puedo citar:

*"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"*³⁸.

En el congreso cursó un proyecto de ley, actualmente fue retirado, con miras a regular el arbitraje nacional e internacional y derogar algunas de sus disposiciones con una clara tendencia a la corriente procesalista, pues así se logra vislumbrar con la sola intención de ya no considerar al arbitraje como un mecanismo sino como un proceso,

"Artículo 1. Definición y modalidades. El arbitraje es un proceso 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. ..."

BIBLIOGRAFÍA

Aljure Salame, A. 2004. *Ámbito de aplicación de las convenciones de Nueva York y de Panamá sobre arbitraje internacional*, en: *Revista Internacional de Arbitraje*, Junio-Diciembre 2004, pp. 105-121.

Arroyo Martínez, I. 1992. *Legislación Arbitral*, Editorial Tecnos, S.A., Madrid.

Barragán Arango, LA, 2007. *El arbitraje en Estados Unidos*, en: *Temas estructurales en torno al arbitraje, la conciliación y la negociación*, Editorial Universidad del Rosario, pp. 353-373.

Bernal Gutiérrez, R. 2004. *El arbitraje del Estado: la regulación en Latinoamérica*, en: *Revista Internacional de Arbitraje*, Junio-Diciembre 2004, pp. 123-153.

Chillo Medina, J M., Merino Merchán, JF, 1991. *Tratado de Arbitraje Privado Interno E Internacional*. Editorial Civitas, S.A. Madrid.

Cremades, B. 2007. *El arbitraje en la doctrina constitucional española*, en: *Revista Internacional de Arbitraje*, Enero-Junio 2007, pp. 13-60.

Conejeros Roos, C. 2006. *Análisis comparativo de la influencia de la Ley Modelo de la CNUDMI en Latinoamérica*, en: *Revista Internacional de Arbitraje*.

García, R. 2002. *Aproximación a los mecanismos de resolución de conflictos en América Latina*. Artículo publicado en *Pluralismo Jurídico y Alternatividad Judicial*. El Otro Derecho No 26-27. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos.

Herrera Mercado, H. y Mantilla E. F. 2007. *Temas estructurales en torno a la arbitraje, la conciliación y la negociación*. Editorial Universidad del Rosario.

López Blanco, HF. 1991. *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano*, Editorial ABC, Bogotá.

Oppetit, B. 2006. *Teoría del Arbitraje*. Editorial Legis, Bogotá.

Park, W. W. 2005. *Naturaleza cambiante del arbitraje: el valor de las reglas y los riesgos de la discrecionalidad*, en: *Revista Internacional de Arbitraje*, Enero-Junio 2005, pp. 11-53.

Kos-Rabcewicz-Zubkowski, L. 1990. *El arbitramento en la legislación canadiense*. Editorial Temis S.A. Bogotá D.C.

Salcedo Castro, M. 2006. *El Arbitraje en los contratos concluidos por la administración: estudio de derecho comparado francés y colombiano*, Editorial Universidad del Rosario. Bogotá.

Vélez Jaramillo, L. 1981. *Historia del Derecho Romano*, Editorial Bedout, Medellín.

Verdera y Tuells, E. 2006. *La ley de arbitraje española: entre la tradición y la novación*, en: *Revista Internacional de Arbitraje*, Julio-Diciembre 2006, pp. 89-173.

Valdés Sánchez, R. 2002. *Los elementos estructurales para la práctica de la resolución de conflictos*, en: *Revista de acuerdo*, Centro de Arbitraje y Conciliación, CACB, No 7, pp. 151-161.

Webgrafía

<http://www.cacccb.org.co/portal/default.aspx>

<http://www.icespain.org/>

<http://www.ramajudicial.gov.co/>

REFERENCIAS

- 1 Como lo sostienen los autores José María Chillón Medina y José Fernando Merino Merchán "...será el derecho romano quien establecerá las bases doctrinales y jurídicas sobre las que se asentará el arbitraje de forma semejante a como la conocemos hoy...."
- 2 *Mos moris*: costumbre (*more maiorum* según la costumbre de los antepasados; *morest*) costumbre es el modo de vivir (*seu legisbus seu moribus* o de acuerdo con las leyes o la tradición) deseo (*moren alicui gerere*, obrar a gusto de uno).
- 3 Con respecto a éste punto resulta importante señalar como lo anota Lucrecio Jaramillo, que el surgimiento de la justicia pretoriana es en gran parte a las nuevas necesidades del pueblo romano derivadas del ímpetu del comercio, el trato con los demás pueblos extranjeros y en la influencia de la filosofía griega.
- 4 **Transacción.** (*Del lat. transactio, -ōnis*). 1. f. Acción y efecto de transigir. 2. f. Trato, convenio, negocio.
- 5 Artículo 2044 del Código Civil Francés.
- 6 Congreso república de Colombia. Artículo 2469 del Código Civil Colombiano.
- 7 *Idem*.
- 8 Como lo anota Jaramillo Lucrecio, el derecho romano clásico no tiene el carácter territorial, sino personal, es decir, solamente se aplica a los ciudadanos romanos.
- 9 En el primero de ellos, las partes podían delegar la solución de su conflicto a un *arbiter* (tr. m.: árbitro, juez, testigo), en el segundo, se establece la obligación que tiene el árbitro frente a las partes.
- 10 Es importante señalar que el carácter de privada no
- 11 Según Bruno Oppetit, existen tres causas que explican el auge contemporáneo de los métodos alternativos: razones negativas; evitar procedimientos judiciales pesados, largos y costosos, razones propias al mundo de los negocios; resulta mejor evitar la publicidad de los procesos, y razones fundadas en la mentalidad de la época en que vivimos; una búsqueda de soluciones consensuales.
- 12 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 037 de 1996. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa. Febrero 5 de 1996. Revisión constitucional del proyecto de ley número 58/94 Senado y 264/95 Cámara, "Estatutaria de la Administración de Justicia". En ejercicio de sus funciones la Corte Constitucional hace el estudio de constitucionalidad de los proyectos de ley Estatutaria de Administración de Justicia. Se analizará el estudio adelantado con base en el artículo 48 de la misma, como quiera que es el que determina el alcance de las sentencias de la Corte Constitucional.
- 13 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C - 163 de 1999. M. P. Alejandro Martínez Caballero. Santa Fe de Bogotá, diez y siete de marzo de mil novecientos noventa y nueve (1999). Derecho de acceso a la justicia y mecanismos alternativos de resolución de conflictos. *La garantía constitucional de acceso a la justicia no significa que todas las disputas entre los particulares deban ser resueltas por los jueces, pues precisamente 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, esta Corte ha dicho 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, los cuales -no sobra aclararlo- no siempre implican el ejercicio de la administración de justicia."* Norma acusada: artículo 127 de la Ley 446 de 1998. Temas: Acceso a la justicia y mecanismos alternos de solución de conflictos, Necesidad de habilitación de la jurisdicción arbitral, Intervención de terceros en el proceso arbitral.
- 14 Congreso República de Colombia. Ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, reformada por la ley 1285 de 2009. Para el interés de este escrito se transcribirán algunas normas. ARTÍCULO 3o. Modifíquese el artículo 8o. de la Ley 270 de 1996 en los siguientes términos:
"Artículo 8o. *Mecanismos Alternativos.* La ley podrá establecer mecanismos alternativos al proceso judicial para solucionar los conflictos que se presenten entre los asociados y señalará los casos en los cuales habrá lugar al cobro de

honorarios por estos servicios.

Excepcionalmente la ley podrá atribuir funciones jurisdiccionales a ciertas y determinadas autoridades administrativas para que conozcan de asuntos que por su naturaleza o cuantía puedan ser resueltos por aquellas de manera adecuada y eficaz. En tal caso la ley señalará las competencias, las garantías al debido proceso y las demás condiciones necesarias para proteger en forma apropiada los derechos de las partes. Contra las sentencias o decisiones definitivas que en asuntos judiciales adopten las autoridades administrativas excepcionalmente facultadas para ello, siempre procederán recursos ante los órganos de la Rama Jurisdiccional del Estado, en los términos y con las condiciones que determine la ley.

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros debidamente habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad.

El Consejo Superior de la Judicatura, en coordinación con el Ministerio del Interior y Justicia, realizará el seguimiento y evaluación de las medidas que se adopten en desarrollo de lo dispuesto por este artículo y cada dos años rendirán informe al Congreso de la República.

- 15 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa. Bogotá.
- 16 Este principio será desarrollado más adelante como elemento estructural en las tensiones existentes en torno a la naturaleza jurídica del arbitraje.
- 17 Respecto de la amigable composición el catedrático Francisco Ternera Barrios, sostiene que "...la amigable composición, puede concebirse como un mecanismo autocompositivos o heterocompositivos...".
- 18 Congreso República de Colombia. Ley 157 de 1887. Código Civil Colombiano. Art. 1602
- 19 Alejandro Venegas Franco.
- 20 Artículo 115. Definición y modalidades. El arbitraje es 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.
- 21 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 1436 de 2000. M. P. Alfredo Beltrán Sierra. Bogotá, D.C., veinticinco (25) de octubre del año dos mil (2000). Demanda de inconstitucionalidad en contra de los artículos 70 y 71 de la ley 80 de 1993 "Por la cual se expide el Estatuto de Contratación de la Administración Pública". **ARBITRO-Límites**. "...Los particulares investidos de la facultad de administrar justicia no pueden pronunciarse sobre asuntos que involucren el orden público, la soberanía nacional o el orden constitucional, asuntos que en razón de su naturaleza, están reservados al Estado, a través de sus distintos órganos.
- 22 "Artículo 117. Pacto arbitral. Por medio del pacto arbitral, que comprende la cláusula compromisoria y el compromiso, las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal Arbitral, renunciando a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. (Artículo 115 de la Ley 446 de 1998 que modifica el artículo 2º del Decreto 2279 de 1989)."
- 23 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-060 de 2001.
- 24 Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-1038 de 2002.
- 25 Ibid
- 26 Jurisprudencia del Tribunal Supremo STS, Diciembre de 1991.
- 27 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-431 del 28 de Septiembre de 1995.
- 28 Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia del 21 de Marzo de 1991
- 29 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-893 de 2001.
- 30 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-431 de 1995. Hay que tener en cuenta que esta clase de fallos han modulado los efectos surgidos a partir de la interpretación y de la intencionalidad de los intérpretes al fundamentar, y sustentar las acciones públicas de inconstitucionalidad que dieron origen a estos fallos.
- 31 Presidencia de la República de Colombia. Decreto Ley 1818 de 1998. Artículo

118. por medio del cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos.

32 Corte Constitucional Sentencia C-060 de 2001.

33 Corte Constitucional Sentencia C-294 de 1995 M.P. Jorge Arango Mejía

34 Corte Constitucional Sentencia C-060 de 2001; "...el acuerdo de voluntades del que surge la jurisdicción arbitral, tiene límites bien definidos, puesto que tras la apariencia de un consenso libremente adoptado, no puede entorpecer el acceso a la justicia, el desconocimiento de derechos irrenunciables de alguna de las partes, o la violación de principios esenciales del orden social como la seguridad jurídica o la igualdad de oportunidades..."

35 Corte Constitucional Sentencia C-163 de 1999. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

36 Corte Constitucional Sentencia C-330 de 2000 M. P. Carlos Gaviria Díaz.