

**LA CONSTITUCIONALIZACION DEL PROCESO ARBITRAL EN COLOMBIA,
DESDE LOS LAUDOS ARBITRALES 2010-2012
PROFERIDOS POR LOS TRIBUNALES DE ARBITRAMENTO EN LA CAMARA
DE COMERCIO DE BUCARAMANGA**

ERNESTO RUEDA PUYANA

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA
MAESTRIA EN HERMENEUTICA JURIDICA Y DERECHO
BUCARAMANGA**

2015

**LA CONSTITUCIONALIZACION DEL PROCESO ARBITRAL EN COLOMBIA,
DESDE LOS LAUDOS ARBITRALES 2010-2012
PROFERIDOS POR LOS TRIBUNALES DE ARBITRAMENTO EN LA CAMARA
DE COMERCIO DE BUCARAMANGA**

ERNESTO RUEDA PUYANA

**Trabajo de grado para optar al título de Magister en Hermenéutica Jurídica y
Derecho**

**DIRECTOR
DR. CESAR AUGUSTO ROMERO
DOCTOR EN DERECHO**

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA
MAESTRIA EN HERMENEUTICA JURIDICA Y DERECHO
BUCARAMANGA
2015**

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN.	9
1.- ORIGEN HISTÓRICO	12
1.1. GRECIA Y ROMA	15
1.2. EL ARBITRAJE EN LA EDAD MEDIA	22
1.3. LA REVOLUCIÓN FRANCESA.	24
1.4. ANTECEDENTES HISTÓRICOS EN EL DERECHO COLOMBIANO.	27
2. CONCEPTOS BASICOS DEL ARBITRAMENTO	30
2.1. CONCEPTO GENERAL	30
2.2. CONCEPTO DEL ARBITRAJE	31
2.3. CLASIFICACION DEL ARBITRAJE	37
2.4. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL ARBITRAJE	44
2.4.1. Principio de la Jurisdiccionalidad	44
2.4.2. Principio De La Naturaleza Procesal	45
2.4.3 Principio de Temporalidad:	46
2.4.4. Principio de la Habilidad	46
2.4.5. Principio de la Voluntariedad	47
2.4.6. Principio de Legalidad	48
2.5. NATURALEZA JURIDICA DEL ARBITRAJE	48
2.5.1. Escuela Contractualista.	48
2.5.2. Escuela Procesalista.	49
2.5.3. Escuela Mixta o Ecléctica	49
3. EL NEOCOSNTITUCIONALISMO	51

3.1. CONCEPTO	51
3.2. LA CONSTITUCION Y EL SISTEMA DE FUENTES	58
3.2.1. La Constitución como fuente de Derecho	59
3.2.2. Regulación constitucional de las fuentes del Derecho.	62
3.2.3. Reglas, principios y valores.	63
3.2.4. Las fuentes de Derecho y su jerarquía según la jurisprudencia.	65
3.3. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD PRIVADA Y LA LIBERTAD CONTRACTUAL SEGÚN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL	71
4. ANALISIS DE LOS LAUDOS ARBITRALES PROFERIDOS ENTRE LOS AÑOS 2010 A 2012. CENTRO DE COENCILIACION Y ARBITRAJE, CVAMARA DE COMERCIO, BUCARAMANGA	84
5. CONCLUSIONES	93
BIBLIOGRAFIA:	95

RESUMEN

TITULO: LA CONSTITUCIONALIZACION DEL PROCESO ARBITRAL*

AUTOR: ERNESTO RUEDA PUYANA**

PALABRAS CLAVES: ARBITRAMIENTO, NEO CONSTITUCIONALISMO, INTERPRETACION, HERMENEUTICA, ARGUMENTACION.

DESCRIPCION:

El presente trabajo pretende desarrollar una investigación desde la hermenéutica constitucional, y los elementos teóricos adoptados desde la Constitución de 1991, para identificar los fundamentos y el peso de la argumentación utilizada por los árbitros dentro de los procesos arbitrales celebrados por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bucaramanga, dentro del periodo comprendido entre los años de 2010 a 2012.

Como herramienta metodológica para profundizar en el estudio, se ha recurrido, como marco teórico, a las teorías que se identifican con los postulados sostenidos por la nueva comprensión del derecho, inmersa en los principios y valores, como complemento a una visión limitada a las reglas. Así, se toman a los diversos autores, como Carbonell, Arango, López Medina, Dworkin o Alexy, de un lado, y desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia.

La base del estudio se centra en la lectura crítica de los diversos laudos proferidos dentro de los tribunales de arbitramento celebrados dentro del periodo descrito, en la Cámara de Comercio de Bucaramanga, habiéndose podido evidenciar, que no obstante el precedente judicial, sea una fuente obligatoria del derecho en nuestro medio, las referencias argumentativas evidenciadas, siguen teniendo como fundamento, casi exclusivo a la ley. Solo se hacen referencias a las reglas contenidas en los Códigos Civil y de comercio, o las cláusulas de los contratos, entendidas como ley para las partes.

* Trabajo de Grado

**Facultad de Ciencias Humanas. Escuela de Derecho y Ciencia Política. Maestría en Hermenéutica Jurídica y Derecho. Director. Cesar Augusto Romero

SUMMARY

TITLE: THE CONSTITUTIONALIZATION OF THE ARBITRAL PROCESS*

AUTHOR: ERNESTO RUEDA PUYANA**

KEYWORDS: ARBITRATION, NEO CONSTITUTIONALISM, INTERPRETATION, HERMENEUTICS, ARGUMENTATION.

DESCRIPTION:

This paper aims to develop a research from the constitutional hermeneutics, and theoretical elements adopted from the 1991 Constitution, to identify the fundamentals and the weight of the argument used by the arbitrators in arbitration proceedings held by the Centre of Arbitration in the Chamber of Commerce of Bucaramanga, in the interval between the years of 2010-2012 period.

As a methodological tool to deepen the study, it has been used as a theoretical framework, the theories that are identified with the postulates nominated by the new understanding of the law, immersed in the principles and values, in addition to a limited view of the rules. Thus, various authors, including Carbonell, Arango Lopez Medina, Dworkin and Alexy, on one side, and from the jurisprudence of the Constitutional Court of Colombia are taken.

The basis of the study focuses on the critical reading of the various proffered awards in arbitration courts held within the prescribed period, the Chamber of Commerce of Bucaramanga, having been able to show, that despite the legal precedent, is a mandatory source right in our midst, argumentative references evidenced, remain as the basis, almost exclusively to the law. Only references to the rules contained in the Civil and Commercial Code, or the terms of contracts, law understood as parts are made.

* Work Degree

** Faculty of Humanities. School of Law and Political Science. Master of Law and Legal Hermeneutics. Director. Augusto Cesar Romero

INTRODUCCIÓN.

Se pretende realizar un estudio de la figura arbitral, como mecanismo alternativo para la resolución de conflictos, entendiendo su naturaleza jurídica, sustancial y procedimental, desde la Constitución de 1991 –art.,116- y los elementos argumentativos presentes en los laudos proferidos por los Tribunales de Arbitraje institucional, de conformidad con los reglamentos del Centro de Arbitramento, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Bucaramanga, en el periodo comprendido entre los años 2010 a 2012.

El trabajo hace énfasis desde la hermenéutica, en los argumentos sustentados por las partes -convocante y convocado- así como las bases fácticas, jurídico-legales y constitucionales sobre los que se construyen los laudos proferidos por los árbitros, dentro de los procesos arbitrales surtidos ante la Cámara de Comercio de Bucaramanga dentro del periodo señalado.

Con este trabajo pretendo demostrar que la actividad jurisprudencial de los árbitros, en los laudos proferidos, por los Tribunales instalados y tramitados, ante la Cámara de Comercio de Bucaramanga, así como los fallos del Tribunal Superior de Bucaramanga, no han logrado superar el textualismo jurídico, de corte claramente positivista, haciendo de esta figura, procesalmente, no un mecanismo alternativo para solucionar conflictos, sino un procedimiento abreviado, dejando a un lado el mandato constitucional que determina, la prevalencia del derecho sustancial, sobre el procesal.

Quiero establecer el peso que los derechos fundamentales tienen en trámite y desenvolvimiento de los procesos arbitrales en Bucaramanga, y tratar de identificar las fuentes del derecho, los autores que a nivel doctrinario utilizan los

árbitros, en sus argumentación para fallar. De otro lado se quiere establece las referencias jurisprudenciales utilizadas, para si es el caso, establecer una línea jurisprudencial.

Así las cosas, se desarrolla el estudio en cuatro capítulos. El primero, se encarga de hacer un estudio histórico de la figura, entendida como surgida de un proceso., hasta su consolidación legislativa, tratando de determinar su naturaleza. El segundo capítulo estudia la figura, como surgida desde la habilitación de la voluntad de las partes manifestada a partir de la inclusión de una clausula –compromisoria- dentro de un contrato, o como producto de un contrato principal –transacción-. Figura que excluye la competencia del aparato judicial público, como órgano competente poa resolver una litas, trasladando esa competencia a unos particulares, que transitoriamente asumen funciones jurisdiccionales, por voluntad de las partes.

El tercer Capítulo, se encarga de realizar un estudio conceptual del Estado Social de Derecho, a la luz de una democracia constitucional, desde la Constitución Política de 1991, desarrollada por vía jurisprudencial, y su incidencia en el procedimiento arbitral. Para ello realizaremos un estudio desde la doctrina y la jurisprudencia, para determinar conceptualmente el significado del Estado Social de Derecho, de la Constitución Política. De los Principios y Valores sobre los que el juez constitucional fundamenta sus fallos; el rol de los derechos fundamentales frente a la acción de tutela. La concepción de la separación de funciones entre los órganos del estado desde el neo constitucionalismo. Es de vital importancia, realizar una aproximación al tema desde las fuentes del derecho, para entender la función del juez como intérprete o creador de derecho, y su criterio frente a la ley.

Y un cuarto capítulo que se encarga de realizar un estudio hermenéutico de los laudos arbitrales, proferidos por los tribunales de arbitramento, adscritos a la cámara de comercio de Bucaramanga, dentro del periodo comprendido entre los

años 2010 a 2012, así como los argumentos recurridos con más frecuencias al interponer acciones de tutela, así como las bases legales constitucionales y argumentativas para interponer y fallar acciones de nulidad contra los fallos proferidos.

1.- ORIGEN HISTÓRICO

“El arbitraje es una de las formas más antiguas utilizadas para resolver conflictos, siendo la doctrina unánime en ubicar su génesis en aquellos tiempos en que las *relaciones humanas se encontraban en un estado primario, en los cuales aún imperaba el sistema de la venganza* El arbitraje es una de las formas más antiguas utilizadas para resolver conflictos, siendo la doctrina unánime en ubicar su génesis en aquellos tiempos en que las relaciones humanas se encontraban en un estado primario, en los cuales aún imperaba el sistema de la venganza”¹. Así las cosas, debemos entender a la figura del arbitraje, como aquella en la que los particulares, asumen por sí mismos, la resolución de sus conflictos.

Y es apenas natural, que esta institución, sea históricamente la primera en surgir dentro de las comunidades de cazadores y recolectores o al interior de las civilizaciones sedentarias. Nos dice el profesor Marquard, al establecer las relaciones jurídicas propias de las comunidades de cazadores y recolectores: “La categoría del derecho está presente, aunque sin distinción de las dimensiones de justicia, religión, moral o costumbre. No se basaba en una legislación planeada del grupo, sino que era considerada como una categoría estatua e inmutable, en una eterna reproducción cíclica. Era considerada como un orden en armonía con la naturaleza **La resolución de conflictos se realiza informalmente en discusiones comunes y abiertas. Existía una identidad entre el grupo y su “consejo de justicia”, en la que primaban los ancianos quienes fueron vistos como la memoria del derecho**” (negritas, fuera de texto)²

¹ VILLALBA CUELLAR, Juan Carlos, Moscoso Valderrama Adres. Orígenes y panorama actual del arbitraje. Prolegómenos: Derechos y Valores, Universidad militar Nueva Granada Colombia Vol. XI, Núm. 22, julio-diciembre, 2008, pp. 141-170.

² MARQUARD, BERND. Historia Universal del Estado, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, primer edición, pág. 16. 1996

Vemos como las primeras “instituciones” establecidas por los cazadores y recolectores para resolver sus conflictos, son conformadas por miembros de la comunidad, no se requería políticamente una autoridad exógena supra social. La simplicidad de la organización social requería soluciones rápidas y efectivas, que no afectaran el funcionamiento del grupo, pues su necesidad fundamental era la de sobreponerse al medio, desconocido y hostil, y poder seguir siendo un grupo exitoso, es decir, seguir existiendo como grupo social.

Una vez se da la transición a una nueva forma de organización socio económica, conocida, como sociedades agrarias simples, momento histórico del que se puede afirmar:” Tampoco se puede sobreestimar el grado de innovación respecto al carácter pre-estatal del derecho, pues éste todavía se basaba en la autorregulación y en el consenso del colectivo sin legislación Las estrategias para solucionar conflictos aún tenían un carácter compensatorio en lugar de punitivo con la amenaza subsidiaria de la venganza de sangre entre las familias”³

Patricio Aylwin Azocar, explica: “después de alguna evolución se empieza a renunciar al derecho de decidir disputas a mano armada y se las somete, para su fallo, a terceros elegidos entre las personas más importantes de la comunidad. Ofendido y ofensor recurren ante el individuo designado de común acuerdo para que se regule la composición que el segundo deberá pagar al primero; o en otros casos, ese tercero ofrece a los litigantes su mediación y los exhorta a someterse al arreglo pacífico. Este componedor, aunque sea el propio rey o jefe de grupo, no tiene ninguna jurisdicción obligatoria, sólo interviene en los asuntos que las partes le someten voluntariamente y compromiso contraído por los contendores de acatarlos”⁴

³ Ibíd. Pág. 19

⁴ AYLWIN AZOCAR Patricio citado en Monroy. Cabra, Marco Gerardo, Arbitraje comercial nacional e internacional, (2a. ed., Legis Editores, Bogotá D.C., 1998

En este orden de ideas, podemos entender como las comunidades iniciales, recurren a los miembros de su grupo, no institucionalizados, para que sean ellos, pares e iguales, los que presenten una solución al conflicto y es un momento adecuado para detenernos y entender lo que un reconocido escritor y neurólogo afirma en brillante artículo: “Somos biología pero también cultura que fue posible por el lenguaje, el mismo que nos constituyó como Homo Sapiens. Discutir, por tanto, un problema tan grave como es el de la violencia al cual sólo se puede enfrentar por una cultura de la conciliación”⁵ Y en este momento el poeta Pérez Ordoñez me arrebató la pluma, para exponer sus tesis

”Conocer como fue el proceso evolutivo de nuestro cerebro, deriva filogenética de un cerebro reptilico emotivo hasta el desarrollo del neocórtex donde se halla el asiento biológico para las funciones superiores que nos constituye, tales como: la atención, la previsión del futuro, las zonas lingüísticas y la memoria entre otras.

Saber que la violencia es hija legítima de la cultura y que los mandatos lingüísticos que le damos al cerebro son los responsables que esas improntas se devuelvan como conductas violentas ante nuestra sociedad”⁶

Hago referencia a este texto, porque entiendo que debemos pensar, al menos en la etiología del conflicto, ya que la figura arbitral, pretende solucionar conflictos sociales, y que este encargo se hace a un particular. Así, el particular debe entender mínimamente, no solo el contexto jurídico-constitucional, sino el origen mismo del conflicto social.

Don Manuel Colmeiro, uno de los juristas más destacados del siglo XIX, escribía:

⁵ PÉREZ ORDOÑEZ, Miguel Ángel. Convivencia: Armonía entre nuestra biología y cultura., Revista DIXXI, Universidad Cooperativa de Colombia, Facultad de Derecho, abril 2008, pág. 35-43

⁶ *Ibíd.* Pág.35

“Investigar los orígenes de la sociedad política sería suponer un absurdo y pretender un imposible. Un absurdo porque significaría que los hombres no siempre vivieron en común, y que la sociedad de un modo u otro constituida no es ley constante de la naturaleza o la forma necesaria de nuestra existencia. Un imposible, porque ni la historia ni la tradición, ni los monumentos más antiguos alcanzarán jamás a disipar las espesas nubes que rodean la cuna de los pueblos, cuando viven en tiempos remotos.”⁷

Debemos entonces partir de las sociedades políticamente organizadas para encontrar evidencias de la figura arbitral, como respuesta a los procedimientos formalmente establecidos, como instituciones valida y legítimamente aceptadas por las comunidades para obtener respuestas justas a los conflictos surgidos al interior de esas comunidades. Es importante rastrear la existencia de un procedimiento judicial, legitimado y validado por la sociedad, como pertinente y eficaz para la solución de los conflictos de intereses y visualizar, si el mecanismo arbitral primigenio, subsiste frente a la creación de procedimientos públicos y oficiales.

1.1. GRECIA Y ROMA

“Los estudiosos de la historia del proceso judicial griego generalmente sostienen que la administración de justicia se originó en el hábito prehistórico de resolver disputas entre individuos, renunciando voluntariamente a la auto tutela y recurriendo al arbitraje”⁸

⁷ M. COLMEIRO, Elementos de Derecho Político y Administrativo. Sucesores de Escribano, Madrid, 1881. P. 10. Citado por Capela Juan Ramón, La Fruta Prohibida, Editorial Trota. S.A, 1997. Pág.18

⁸ WOLFF, HANS julius, EI ORIGEN DEL PROCESO ENTRE LOS GRIEGOS. Pág. 335-374. [en línea] [Consultado, enero 25 de 2013] Disponible en: www.juridicas.unam.mx.

Esta situación, hace que en la Grecia clásica, sea tardío el surgimiento del proceso judicial, con formas aceptadas por el demos, pues la solución arbitral era de fuerte raigambre.

La historia de los pueblos comerciantes de la antigüedad narra litigios entre mercaderes griegos y fenicios, que recurrían a la figura del arbitramento para solucionar conflictos. “Demóstenes refiere que en Atenas, Solón expidió leyes reconociendo el arbitraje, cuyo laudo no era susceptible de recursos”⁹

Pero teniendo en cuenta que dentro de la sociedad Griega, el derecho fue de preferencia consuetudinario, las raíces de un incipiente legislación que diera forma a la figura arbitral, las habremos de encontrar en Roma, al establecer un sistema organizado para impartir una solución pacífica a las controversias surgidas entre familiares, o entre familias, mediante la decisión de terceros imparciales, los cuales una vez conocidas las causas del conflicto decidían la última palabra¹⁰.

En Roma, la institución del arbitraje surge como consecuencia de la necesidad de solucionar conflictos que se suscitaban entre particulares, en épocas en las que no había surgido aún, el proceso judicial de carácter oficial. El arbitraje, en estas circunstancias, se resumía como la situación en la que los particulares en conflicto solo estaban de acuerdo en elegir al tercero imparcial investido de *auctoritas*, con la finalidad de que solucione la controversia, por la que la decisión de este tercero debía ser obedecida por los litigantes.

En un inicio, según precisa Freixas Pujadas¹¹ el paterfamilias –jefe del grupo familiar– era quien actuaba como el tercero imparcial. Posteriormente, este papel fue atribuido a un árbitro al que recurrían voluntariamente las partes para

⁹ VARGAS Fernando, *Naturaleza Jurídica del Arbitramento Civil*. Tesis para optar el grado académico de Doctor en Ciencias Jurídicas. Bogotá; Pontificia Universidad Javeriana, 1964, p.15

¹⁰ *Ibidem* p.16

¹¹ FREIXAS PUJADAS, J. «Consideraciones procesales sobre la transacción en el Derecho Romano». En *Revue International des Droits de l'Antiquité*, 1980, p. 163

plantearle los conflictos o disputas mediante una ordalía, llena de ritos y reglas con un fuerte carácter religioso. Finalmente, se aceptó que las partes en conflicto eligieran libremente al tercero imparcial que resolvería sus discrepancias.

Cabe resaltar que es en la Ley de las XII Tablas donde aparece el procedimiento y la intervención de un magistrado, cuya función era impedir el ejercicio de la justicia privada basada en la venganza, a través de la imposición de pactos entre las partes. Es así que el establecimiento de una composición pecuniaria fija sustituye a la venganza, y determina como obligatorio un arbitraje que se pronuncia sobre la justicia o injusticia de los reclamos formulados. De esta manera, se intentaba alcanzar la justicia desde los inicios del Derecho Romano, sin suprimirle su carácter privado y voluntario.¹²

Esta primera fase del arbitramento dentro de las instituciones jurídicas romanas, operó en tanto la comunidad era pequeña, pero frente a una mayor complejidad social, los conflictos se incrementan, evento que determina el surgimiento de un sistema oficial para la solución de conflictos, dando origen al proceso ordinario, el que se nutría del antiguo proceso arbitral, pero no quiero esto decir que el tradicional procedimiento arbitral hubiere entrado en desuso, pues eran considerables las ventajas que presentaba.

Cabe anotar que, en Derecho Romano el *ius privatum*, como lo anota Juan Iglesias¹³ era zona reservada, por lo que el ámbito normativo estatal (*la lex, el senatusconsultum constitutio principis*) raramente intervenía en su formación y desarrollo. La razón de esta mínima intervención, de acuerdo al citado autor, radica en que el territorio del Derecho privado parte de la concepción de este Derecho como familiar. En este sentido, las familias –cada una desde su núcleo–, logran mantener su propio ordenamiento jurídico, al amparo de unos mores, cuya

¹² FELDSTEIN, Sara y Hebe LEONARDI. El arbitraje. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998, p. 37

¹³ IGLESIAS, Juan. Las fuentes del Derecho romano. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1989, pp. 32-34

ancestral sacralidad nadie puede cuestionar, ni siquiera el propio Estado. Esta situación explica por qué el Derecho romano, en todo su decurso histórico, tiene por protagonistas a los paterfamilias.

Con respecto al proceso público, en Roma éste tenía dos características fundamentales; a saber: era iniciado siempre por un magistrado o por cualquier ciudadano que representara en ese momento el interés público, en la medida que este proceso tenía como finalidad defender el interés de la comunidad a través de la aplicación de sanciones ante la vulneración del Derecho. La segunda característica del proceso público romano radicaba en que la decisión final en torno al conflicto correspondía a un órgano público con competencia jurisdiccional lo que en la actualidad sería equiparable al proceso penal.

En la etapa procesal de la *legis actiones* el proceso estaba dividido en dos etapas perfectamente diferenciadas: una primera, *in iure*, que se seguía ante el magistrado investido de *iurisdictio* o *ius*, y una segunda fase, *apud iudicem*, ante un juez o un árbitro elegido por las partes, encargado de la *iudicatio* o *iudicium*. El proceso se iniciaba ante el pretor, dotado de *irisdictio*

El proceso se iniciaba ante el pretor, dotado de *iurisdictio*, quien mediante una serie de actos solemnes y en presencia de testigos (*litis contestatio*) decidía si el actor podía o no actuar, demandando en el supuesto concreto que planteaba. Posteriormente, en la siguiente fase del proceso civil, el pretor otorgaba, bien a un *iudex*, bien a un *arbitrer*, el mandato de juzgar. La misión de éstos, aunque respaldada por la *iurisdictio* pretoria que había ratificado su nombramiento, suponía una actuación libre, no sometida a ningún tipo de limitación. Solamente debían comprobar el cumplimiento exacto de la fórmula por parte de los litigantes y, dentro de ese marco, quedaban sujetos únicamente a las reglas de la moral, el honor y la buena fama

Cabe resaltar que lo descrito era el procedimiento oficial que debe diferenciarse del arbitraje propiamente dicho. Al arbitraje se le denominaba *compromissum* y, al tercero designado por las partes para resolver la controversia suscitada entre ellas, se le llamaba *arbiter ex compromisso*.

A la luz de las fuentes del derecho, no resulta clara la diferencia entre *iudex*, *arbiter* y *arbiter ex compromisso*, confusión que ha dado origen a diversas interpretaciones, hay quienes sostienen que cuando en un litigio se reclame dinero concreto y cierto, debía nombrarse in *iudex* único, y cuando la reclamación fuera incierta, debían ser árbitros los juzgadores. En sentido similar, se entiende que se sometían al *arbiter* primordialmente los procesos que requerían considerable discreción, así como los asuntos que, a pesar de formar parte del *ius civile*, para ser resueltos necesitaban que se dejara un amplio margen de libertad de apreciación, al que hubiera de resolverlos. Por lo tanto, se considera que las facultades del *arbiter –arbitrium–* eran, sin duda, más amplias para el desempeño de su encargo.

Con respecto a los asuntos que eran resueltos por el *arbiter*, se pueden mencionar los siguientes: la división de una comunidad familiar (*arbitrum familiae erciscundae*), la división de una cosa común (*arbitrum commumni dividundo*) y la asignación de partes en una cosa o comunidad patrimonial (*aestimatio*).¹⁴

Silvia Gaspar considera que lo que resulta claro es que el *iudex* y el *arbiter* a los que se refería la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* de las XII Tablas no guardaban relación con el *arbiter ex compromisso*. El *compromissum* traía causa de dos o más estipulaciones de las partes con carácter absolutamente privado, de manera que en la formación y perfeccionamiento de dicho compromiso no intervenía en ningún momento la autoridad pública del pretor. En consecuencia, este árbitro no quedaba sometido a la plantilla *formularia*; así, aun cuando tuviera

¹⁴ GASPAR, Silvia. El ámbito de aplicación del arbitraje. Navarra: Editorial Aranzadi, 1998, p. 27.

que decidir sobre reclamaciones de derecho estricto, el *arbiter ex compromisso* podía llevar a cabo las compensaciones que considerara oportunas entre las partes y, en general, asumir la misma actitud que desempeñaba el juez en los *udicia bonae fidei*. Asimismo, el *arbiter ex compromisso* gozaba de plena libertad para dictar sentencia. La única limitación al respecto estaba representada por el contenido del *compromissum* celebrado voluntariamente entre las partes. Y es que, en estos casos, el *compromissum* consistía en el presupuesto necesario de su actuación ulterior. Según preciso Cicerón: «nadie podía actuar como Juez, sobre cuestiones que afectaran no ya a la reputación de una persona, sino incluso a sus más pequeños intereses pecuniarios, a menos que las partes convinieran en aceptarlo».¹⁵

De esta manera, Silvia Gaspar²² considera que «puede afirmarse que la estipulación del *compromissum* se verificaba fundamentalmente para las reclamaciones no previstas en el Edicto pretorio y para las que el pretor no daba acción decretal».

Asimismo, recuerda la citada autora que las sentencias que emitían el *iudex* o el *arbiter* en el procedimiento ordinario eran vinculantes por la intervención del magistrado. A pesar de ello, cabe resaltar que constituyó un requisito esencial del *compromissum* el agregar una estipulación penal, recíprocamente acordada por las partes, con la finalidad de que la sentencia obtenida como resultado del mismo tuviera fuerza vinculante plena.¹⁶

Cabe señalar que contra la sentencia dictada por el **arbiter**, no existía la posibilidad de apelación. En este sentido, una vez dictada esta sentencia, incurría en pena *qui contra sententia arbitrii petit*. Ello no sólo respecto de pedir cosa distinta, sino también en el de reclamar cuando el conflicto ya se había resuelto.

¹⁵ Ibid.p.31

¹⁶ Ibid.loc.cit

La única posibilidad para oponerse a la sentencia de un *arbiter ex compromisso* fue la *exceptio doli*¹⁷

Por otro lado, en la etapa del procedimiento formulario se mantiene el *iudicium privatum*, el mismo que tiene naturaleza arbitral, pero se sustituye la forma oral por la escrita. Asimismo, se establece el control de la autoridad estatal, aunque éste se hallaba reducido a impedir que se sometieran al *iudex* o al *arbiter* relaciones no protegidas por el derecho objetivo; así como a conminar sanciones contra quienes se negasen a acudir a este procedimiento cuando, previamente, se hubieran comprometido al mismo; y a garantizar que la controversia sometida a resolución fuera adecuadamente concluida.¹⁸

Junto con el proceso descrito, continuó existiendo la posibilidad de que las partes en conflicto resolvieran sus diferencias por sí mismas, sometiéndose a la resolución de un amigo elegido de común acuerdo y sin intervención alguna del Estado. Esto hace evidente que la vigencia del procedimiento oficial del *ordo*, no constituyó un obstáculo para que los particulares resolvieran sus discrepancias recurriendo al arbitraje puramente privado. Asimismo, la decisión obtenida por esta vía continuaba siendo inatacable, por lo que se excluía la apelación.¹⁹

Con respeto a los diferentes tipos de procesos que aparecieron en el Derecho Romano, Silvia Gaspar²⁰ considera que tanto el sistema litigioso del *ordo iudiciorum privatorum* como el del *cognitio* convivieron juntos dentro de la misma legalidad procesal, siendo factible –seguramente a instancia de los interesados– litigar válidamente por cualquiera de los dos sistemas. Sin embargo, al margen de los mismos, el arbitraje puro (*compromissum*), de la manera que se venía concibiendo, no dejó de existir. Asimismo, Justiniano dictó medidas en apoyo de la

¹⁷ TALAMANCA, M. L'arbitrato romano dai veteres a Giustiniano. Citado por: GASPAR, Silvia. Op. cit., pp. 31 y 32.

¹⁸ Ibid. loc. cit

¹⁹ Ibid. loc. cit

²⁰ Ibid. P. 33

eficacia de las decisiones de los *arbiter ex compromissum*, ya que estableció la presunción legal de que las partes confirmaban tácitamente la decisión arbitral, una vez transcurridos diez días desde que ésta fuera emitida

1.2. EL ARBITRAJE EN LA EDAD MEDIA

Por carecer los Estados de una organización política estable, dentro de un territorio determinado, es en la Edad Media donde la Justicia tiene un marcado carácter arbitral. Los Burgueses, Artesanos y Comerciantes, buscan una administración de justicia al interior de sus Gremios y Corporaciones, en los grandes señores o en el Rey, ya sea personalmente o por delegación, las más de las veces; los Señores se hacen justicia por si mismos o someten sus litigios a sus pares o al *primus inter pares* en calidad de árbitros²¹

A medida que se concentra el poder en cabeza de un monarca absoluto, el arbitraje tiende a ser sometido a la jurisdicción real, o practicarse bajo su autorización y en varios casos a ser la figura sustituida por la justicia pública.

Pero se debe tener en cuenta la Institución de papado como la iniciadora y promotora del arbitraje, pues la función de la Iglesia no estaba limitada a la difusión de la fe y la moral cristiana, sino que abarcaba el ejercicio de su autoridad tutelar sobre los poderes temporales, en virtud de la cual pretendía resolver conflictos tanto internos como internacionales

Paralelamente, frente a los conflictos que se suscitaban entre los burgueses, artesanos y comerciantes, surge la tendencia de resolver estas controversias en el seno de sus propios gremios o corporaciones, con la finalidad de lograr una solución más rápida y efectiva. Esta situación se comprende mejor si se toma en

²¹ PETIT Eugen, Tratado Elemental de Derecho Romano, Argentina, 1939, pp.759-760

cuenta que la justicia del monarca se caracterizaba por la lentitud y por los complicados mecanismos procesales que entrampaban a los litigantes en procesos interminables. Este contexto resultó favorable para que los nuevos comerciantes optaran por dejar de lado la justicia del monarca y diesen prioridad al mecanismo del arbitraje.²²

Por otra parte, debemos recordar también que el Fuero Juzgo²³ regula el arbitraje. Asimismo, en el Breviario de Alarico y en el *Liber Iudiciorum*²⁴ no se registran normas específicas sobre dicha institución, aunque este último cuerpo normativo establece una equivalencia entre los árbitros y los jueces, en lo que respecta al ámbito de responsabilidad; tal vez fue este escrito el que influyó para que el Fuero Juzgo recogiera el principio de considerar al árbitro como una especie de juez.

Bajo este contexto empieza a predominar una tendencia que concibe al arbitraje desde la perspectiva judicial, en desmedro de su naturaleza contractual. Finalizando la Edad Media surge el procedimiento de la Homologación del fallo arbitral ante un Juez, así el magistrado otorgará a la providencia arbitral formula ejecutiva.

²² CHARRY URIBE, Leonardo. Arbitraje mercantil internacional. Comentarios y legislación. Tesis para optar el grado académico en Derecho. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1988, p. 13

²³ El Fuero Juzgo es la versión en lengua romance de una compilación de leyes visigodas reunidas en doce libros y un exordio o apéndice de dieciocho leyes más. Para superar la multiplicidad de legislaciones en vigor en el reino visigodo, al aplicarse los Códigos de Eurico, Alarico, Recesvinto y Ervigio, Flavio Egica, inspirándose, además, en el Derecho romano, presentó este fuero al XVI Concilio de Toledo, que lo aprobó en el año 681. El texto que ha llegado hasta nosotros es la versión que mandó hacer Fernando III el Santo, para darlo como fuero a la ciudad de Córdoba (1241), y más tarde a la de Sevilla (1248), ordenando que se tradujera al romance vulgar, momento en el que tomó el nombre por el que hoy es conocido. Antes de esto, dicha compilación era conocida como Código de las Leyes o Libro de los godos (DOVAL, Gregorio. Nuevo Diccionario de Historia. Términos, Acontecimientos e Instituciones. Madrid: Ediciones Temas de Hoy, S.A., 1995, pp. 183 y 184.)

²⁴ Liber Iudiciorum es, literalmente, Libro de los jueces. Es considerado una de las denominaciones del Fuero Juzgo (CABANELLAS, Guillermo. Repertorio Jurídico de Locuciones, Máximas y Aforismos Latinos y Castellanos. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1959, p. 190).

1.3. LA REVOLUCIÓN FRANCESA.

La presencia de la institución del arbitraje en Francia antes de la Revolución de 1789 se aprecia a través del Edicto de Francisco II, que data de agosto de 1560, confirmado por la Ordenanza de Moulins, donde se establecía la obligación de recurrir al arbitraje forzoso en los supuestos de conflictos entre mercaderes, demandas de partición entre parientes próximos y las cuentas de tutela y administración. En caso de presentarse cualquiera de los asuntos mencionados, estos conflictos debían ser solucionados –sumariamente– por tres o más personas, elegidas por las partes, o a falta de esta elección, por el juez

Como consecuencia de la Revolución Francesa se proclama la famosa Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, habiéndose consagrado principios de razón y de justicia, conocidos como los Principios de 1789. Así, sobre la base del principio de la soberanía del pueblo se erigieron los principios de igualdad civil e igualdad ante la justicia. Este último principio implicaba que tanto los nobles como los villanos, los católicos como los protestantes, debían litigar ante los mismos tribunales. Es decir, las distinciones sociales que anteriormente otorgaban privilegios de impunidad eran dejadas de lado, para ser reemplazadas por principios más justos, como es el caso del de igualdad ante la justicia

El sistema de justicia se organiza sobre la base de la supresión de los parlamentos,²⁵ prebostazgos,²⁶ bailías²⁷ y justicias señoriales. De esta manera, se

²⁵ Los Parlamentos, bajo el Antiguo Régimen, eran cortes soberanas de justicia, que juzgaban en última instancia y registraban las leyes, los edictos, y las ordenanzas del rey. Al lado del Parlamento de París, considerado como el más importante por la extensión de su jurisdicción y por su zona de influencia, existía una docena de parlamentos. Tienen su origen en la Curia Regis, la corte del rey, órgano normal de justicia real, el Parlamento es finalmente organizado en 1278 y está compuesto por cuatro salas o cámaras: la Gran Cámara o Cámara de los *pairs* decide directamente en los asuntos relacionados con la Corona, delitos de lesa majestad, procesos de los grandes oficiales del rey, de los miembros del Parlamento, de los pares, etcétera; la Cámara de las encuestas que preparan los asuntos que necesitan una instrucción previa, que juzga en apelación la mayor parte de las causas y prepara el trabajo de la Gran Cámara; ella es la que realiza el gran trabajo parlamentario; la Cámara de apelación es la que se encarga de examinar las apelaciones presentadas por las partes, por los querellantes, es la que juzga igualmente en primera instancia los procesos de las personas vinculadas al servicio del rey; la Tournelle criminal, que juzga en apelación los delitos de sangre. Existían 164 parlamentarios en el Parlamento de París en 1789, disfrutando de una posición social altísima e ingentes recursos. Los parlamentarios muy

instituye la autoridad del juez de paz para la solución de pequeños conflictos entre los ciudadanos de un cantón, la autoridad de un tribunal civil en cada distrito, la autoridad de un tribunal criminal con asistencia del jurado por departamento, y la autoridad de un tribunal de casación o tribunal supremo, cuya función sería la de velar por la exacta aplicación de la ley. Asimismo, el arbitraje surge como la institución que refleja, en el ámbito del Derecho, el ideal de justicia entre los hombres

Dentro de este orden de ideas, resulta pertinente destacar que en la Francia post revolucionaria se reaccionó contra la corriente de pensamiento que propugnaba conceder poco o ningún valor a la institución del arbitraje, ya que esta tendencia se hallaba notablemente inspirada en los regímenes despóticos y absolutistas reinantes en Francia antes de la Revolución.

Asimismo, es de recordar que en el antiguo sistema judicial francés imperaban la complejidad y la lentitud, por lo que la institución del arbitraje se erige como una

pronto fueron tentados a interferir en los asuntos de Estado, utilizando, para ello, la obligación que tenía el rey de someterles el registro de sus leyes, edictos y ordenanzas. Asimismo, a partir del siglo XIV, el Parlamento de París adquirió la costumbre de enviar amonestaciones, es decir observaciones críticas en torno a la forma en que el rey administraba el reino. Los parlamentarios se aprovecharon de todas las épocas de caos, con la finalidad de intentar afirmar su poder a expensas del poder del rey, especialmente durante las guerras de Religión y durante la Frontera. Luis XIV contuvo drásticamente a los parlamentarios hasta el punto de silenciarlos por más de cuarenta años. Estos se tomaron revancha tras su muerte, al anular su testamento y dar la regencia al duque de Orléans. Este duque devolvió a los parlamentarios su derecho de amonestación. Durante todo el siglo XVIII los parlamentarios practicaron una constante oposición al poder real. El Parlamento de París fue varias veces desterrado durante el reinado de Luis XV y, en 1771, Maupeou desmembró su poder en seis consejos superiores, suprimió la venalidad de los oficios y las especies, dictando justicia gratuita, con lo que dañó de manera absolutamente severa los intereses financieros de los parlamentarios. Luis XVI, por su parte, cometió el error de restablecer el Parlamento de París, creyendo, de esta manera atraerse las buenas gracias. La obstinación de los parlamentarios en defender los privilegios abusivos les hizo preferir el camino revolucionario. El rey Luis XVI se hallaba impedido, por la oposición del parlamento, de reformar la fiscalidad y ampliarla a la nobleza y al clero, por lo que fue obligado a convocar los estados generales. Finalmente, la Revolución Francesa no sólo trajo consigo la muerte de este rey sino, entre otras cosas, la pérdida de la posición social de los parlamentarios. Asimismo, estos fueron despedidos por la Asamblea constituyente el 3 de noviembre de 1789 y definitivamente suprimidos el 24 de marzo de 1790 (TULARD, Jean y otros. Historia y Diccionario de la Revolución Francesa. Madrid: Ediciones Cátedra S.A., 1989, pp. 917 y 918)

²⁶ Prebostazgo es considerado como el oficio de preboste (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. Vigésima Segunda Edición. Madrid: Editorial Espasa Calpe S.A., 2001, p. 1233.). Al respecto, se entiende por preboste de los mercaderes al primer magistrado municipal de París. Éste era elegido cada tres años y asistido por siete échevins (concejales). El último preboste de los mercaderes fue Jacques Flesselles, intendente de Lyon, nombrado de hecho por el rey; el mismo que fue asesinado por el populacho, el 14 de julio de 1789. Al día siguiente, Bailly se convertía en el primer alcalde de París (TULARD, Jean y otros. Op. cit., p. 934).

²⁷ Las Bailías y Senescalías son circunscripciones judiciales del Antiguo Régimen, que sumaban 373 en el año 1789; servían de circunscripciones electorales a las elecciones de los estados generales; sin embargo, tan sólo 198 de esas circunscripciones fueron sede de elecciones a la diputación, ya que las bailías más pequeñas fueron integradas en unidades más grandes y sólo hacían elecciones secundarias, es decir que elegían a electores que iban a votar en la bailía principal (Op. cit., p. 567).

reacción contra lo que significaba la administración de justicia del antiguo régimen. Esta situación se ve reforzada si se aprecia que este tipo de justicia se concebía como más directa, simple y clara. Es por tal razón que la Asamblea Constituyente consagra en el artículo 1 del Título I de la Ley del 16 y 24 de agosto de 1790 que: «El arbitraje es el modo más razonable de concluir las cuestiones entre los ciudadanos, los legisladores no pueden hacer ninguna disposición tendiente a disminuir el valor o la eficacia de los compromisos»

.En este sentido, podían ser susceptibles de arbitraje todas las materias que involucraran el interés privado de las partes en conflicto. Asimismo, en el artículo 4 de la citada Ley se proscribe que las partes apelen de la sentencia arbitral, salvo en el supuesto en que éstas lo hubieran estipulado en el compromiso arbitral. En tal contexto se creó un tribunal arbitral particular, conocido con el nombre de Tribunal de Familia, encargado de resolver conflictos familiares o controversias sobre tutela que les presentaran los particulares.

Esta tendencia fue seguida por la Constitución de 1791, en la que se reconoció como derecho natural el derecho de comprometerse, de tal forma que este derecho no podía ser restringido o disminuido por el Poder Legislativo. Cabe señalar que esta medida conllevó a excesos, los mismos que se tradujeron en la imposición del arbitraje para todos los negocios, razón por la cual los jueces llegaron a ser llamados árbitros públicos. Este contexto resultó favorable para que en el debate en torno al nuevo Código de Procedimiento Civil de 1806, se contemplara la posibilidad de excluir esta figura. Sin embargo, felizmente dicho intento no prosperó y el arbitraje continuó teniendo vigencia como una institución voluntaria²⁸

²⁸ MONTGALVG. *Traité de L'arbitrage en matière civile et commercial*. París, 1852, num. 1. Citado por: CHARRY URIBE, Leonardo. *Op. cit.*, p. 14.

1.4. ANTECEDENTES HISTÓRICOS EN EL DERECHO COLOMBIANO.

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico la figura del arbitramento no se puede considerar nueva, pues el procedimiento arbitral ha sido consagrado en el ordenamiento Constitucional y legal, como mecanismo alternativo para la solución de conflictos, en razón de constituirse como un procedimiento ágil y eficaz.

Los textos Constitucionales en los que se previó el arbitraje son: el acta de la Federación de Provincias Unidas de la Nueva Granada, suscrita el 27 de noviembre de 1811, la que en su artículo 65 otorgó la facultad a los ciudadanos de la Nueva Granada para que decidieran sus controversias por árbitros y al mismo tiempo estableció los parámetros bajo los cuales se asignaban dichos árbitros, pero con la limitación de no causar perjuicio alguno a la Unión. En el Decreto Orgánico de la Dictadura (1828) se crearon los Tribunales de Comercio, aunque no se conoce nada al respecto pues no se tuvo aplicación. Sin embargo en la Constitución de 1830 se concedió la potestad a los colombianos para que sus diferencias fueran decididas por árbitros, en cualquier estado de los pleitos, con la limitación de observar las formalidades legales y de hacer todo lo que no esté prohibido por las leyes.

Con la Constitución de 1832, los granadinos podían comprometer sus diferencias en árbitros en cualquier estado de los pleitos, pero con el deber de observar las formalidades legales; en la Constitución de 1853, se mantiene el derecho de acceder a Tribunales Arbitrales, al establecer que la Constitución no inducirá variación alguna en las personas; la Constitución Política de la Confederación Granadina de 1858, no se pronuncia al respecto; en el Pacto de la Unión y en la Constitución de los Estados Unidos de Colombia de 1863, no se dice nada sobre el procedimiento arbitral. Finalmente en la Constitución de 1886, se establece la posibilidad de crear Tribunales de Comercio, en su artículo 163.

En desarrollo de lo previsto por las constituciones señaladas se encuentra que en 1834 se hace la primera mención al arbitraje, se autoriza a los particulares actuar, al igual que un juez en derecho o en equidad, siempre y cuando las partes se encuentren en capacidad de transigir y sobre materias susceptibles de transacción. En esta Ley no había limitación alguna sobre el número de los jueces. Cuando el arbitraje era en derecho el compromiso debía constar en un instrumento público y, el trámite a seguir en desarrollo del proceso era el del procedimiento ordinario; la decisión de los árbitros podía ser susceptible del recurso de queja, dependiendo de la cuantía de las pretensiones, o de los recursos ordinarios, previa la cancelación de una multa.

En la Ley 105 de 1890, se estableció por primera vez el procedimiento arbitral y se consagra la figura del árbitro dirimente, a la cual se acudía ante empate en las decisiones de los árbitros iniciales; pero su decisión tenía límites muy particulares, como lo son que no podía exceder del que más hubiera concedido, ni rebajar más del que menos conceda. Finalmente, no era necesario el derecho de postulación, dado que las partes podía comparecer por si mismas al proceso.

En el Código Arbeláez (Ley 103 de 1923) se hacía obligatorio el laudo arbitral a las partes y a sus sucesores desde el momento mismo en que se elevaba el compromiso a Escritura Pública. El compromiso sólo podía ser atacado por vía de nulidad, al igual que el laudo, pero como excepción en el proceso ejecutivo.

En la Ley 105 de 1931, se establece la formalidad del compromiso –escritura pública- y el contenido del mismo: objeto del arbitraje, indicación de los nombres de los árbitros –tres personas con capacidad para comparecer-, el modo de fallar –en derecho en equidad-, el tipo de pronunciamiento –absolutorio o condenatorio- y la facultad de transigir pretensiones opuestas, so pena de nulidad del compromiso. El término probatorio establecido era de doce (12) días y se otorgaba a los árbitros un término máximo de veinte (20) días. El laudo podía ser aclarado,

corregido o adicionado. Se establece la protocolización del mismo en una notaría del lugar en que fuera emitido. Las partes no tenían la potestad de recusar los árbitros.

La Ley 2ª de 1938, reconoce la eficacia, validez y cobertura internacional de la Cláusula Compromisoria: los árbitros pueden ser designados por las partes o por un tercero, que puede ser una persona natural o jurídica: el laudo arbitral era una providencia inexpugnable y debía pronunciarse en Derecho, salvo autorización expresa de las partes.

2. CONCEPTOS BASICOS DEL ARBITRAMENTO

2.1. CONCEPTO GENERAL

Haremos una aproximación teórica a la figura del Arbitraje, evaluando su origen y sus características como mecanismo alternativo de solución de conflictos, las ventajas y su consagración en el ordenamiento jurídico

El arbitraje se debe enmarcar dentro de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC), como herramientas que permiten dirimir diferencias sin intervención del aparato estatal; y dentro de estos, existen dos categorías: La autocomposición y la heterocomposición.

La *autocomposición* supone que los involucrados en un conflicto encaminen sus actos a la solución del mismo. La herramienta utilizada para ello es la *negociación* (o arreglo directo), según el cual las partes en disputa solucionan directamente el conflicto por medio de un convenio. Cuando es necesaria la intervención de un tercero para facilitar el acercamiento de las partes y para crear un ambiente adecuado que permita solucionar la diferencia, el mecanismo toma el nombre de *buenos oficios*. Este tercero neutral no puede intervenir en la negociación, es imperante que las partes sean las que pongan fin al conflicto, su labor, su tarea es acercar a las partes²⁹

La *heterocomposición* presenta varias modalidades que serán explicadas más adelante. Todas ellas tienen una característica en común, la intervención de un tercero para lograr la solución de la diferencia. Veamos cuales son.

²⁹ BENETTI SALGAR, Julio, El Arbitraje en el Derecho Colombiano, Segunda Edición, Bogotá: Temis, 2001, p 6-7

La *Conciliación*, es un mecanismo por medio del cual las partes buscan la solución más acorde con sus intereses, guiados por un tercero neutral, llamado conciliador, que debe desplegar toda su actividad, para que las partes por si mismas diriman la controversia, incluso proponiendo fórmulas de solución, pero en últimas son las partes las que deciden acoger o no las propuestas del conciliador³⁰

La *Mediación* en la que el tercero mediador tiene un rol limitado en comparación con el conciliador, pues su papel es mediar entre las partes para que estas encuentren la solución, no puede proponer soluciones.

Los *jueces de paz* consagrados en el artículo 247 de la Constitución Política y la Ley 497 de 1999. Estos jueces son elegidos por votación popular para periodos de cinco años. Su función es resolver conflictos que las personas sometan a su consideración siempre y cuando sean “susceptibles de transacción, conciliación o desistimiento y que no estén sujetos a solemnidades conforme a la ley, cuya cuantía no sea superior a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, y que no se refieran a acciones constitucionales, contencioso-administrativas o civiles que versen sobre la capacidad o el estado civil de las personas, salvo el reconocimiento voluntario de los hijos extramatrimoniales.”³¹

2.2. CONCEPTO DEL ARBITRAJE

La primera definición que encontramos de la figura la podemos encontrar en el artículo 111 de la ley 446 de 1998, la expresamente señala “*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*

³⁰ Ibid. P.8

³¹ Ibid. P.9

*transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral*³²

Para desentrañar la naturaleza conceptual de la institución arbitral, debemos recurrir a la doctrina, como fuente de derecho, así tenemos la opinión de El profesor Jorge Hernán Gil expresa con respecto al arbitraje: *“El arbitraje es un procedimiento jurisdiccional, sui géneris, mediante el cual, por expresa voluntad de las partes, se defiende la solución de conflictos privados transigibles a un cuerpo igualmente colegiado integrado por árbitros, quienes transitoriamente quedan investidos de jurisdicción para proferir un laudo con la misma categoría jurídica y los mismos efectos que una sentencia judicial”*³³

De otro lado señala el profesor Benetti Salgar: *“El arbitramento es, pues, uno de los medios previstos en la ley para que los particulares puedan obtener la solución de sus conflictos o diferencias de carácter transigible, para lo cual se requiere la manifestación expresa de los contendientes de someterse a este mecanismo, solución que se materializa en un laudo proferido por terceros que actúan en calidad de árbitros y para ello la ley los inviste transitoriamente de la facultad de administrar justicia”*³⁴

Adicionalmente, señala que la *“doctrina constitucional ha definido el arbitraje como Aquel por medio del cual una persona o varias a nombre del Estado, en ejercicio a una competencia atribuida por este y consultando solo el interés superior del orden jurídico y la justicia, define el derecho aplicable a un evento concreto, luego*

³² COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 446 DE 1998. por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia. Junio 7 de 1998. [en línea] [citado 12 de mayo de 2015] disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=3992>

³³ GIL ECHEVERRI, Jorge Hernán, Nuevo régimen de arbitramento. Manual práctico, tercera edición, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 2005, pág. 33.

³⁴ BENETTI SALGAR, Julio. El arbitraje en el derecho colombiano, segunda edición, Temis, Bogotá, 2001, Pág. 14

*de haber comprobado los hechos y de inferir una cosa jurídica, cuyo rasgo esencial es el efecto del tránsito a cosa juzgada*³⁵

Uno de los Doctrinantes pioneros en la construcción de la teoría contemporánea del derecho civil en nuestro medio es sin duda el profesor Monroy Cabra que entiende el arbitraje como *“un método de resolver extrajudicialmente las controversias que pueden ocurrir, o que hayan surgido entre dos o más partes, mediante la actuación de una o varias personas, los cuales derivan sus poderes del acuerdo de las partes, así como del reconocimientos que la Ley hace de su función*”³⁶

Adicionalmente, señala que la *“doctrina constitucional ha definido el arbitraje como aquel por medio del cual una persona o varias a nombre del Estado, en ejercicio a una competencia atribuida por este y consultando solo el interés superior del orden jurídico y la justicia, define el derecho aplicable a un evento concreto, luego de haber comprobado los hechos y de inferir una cosa jurídica, cuyo rasgo esencial es el efecto del tránsito a cosa juzgada*”³⁷

Pero debemos mirar el panorama desde la doctrina extranjera, fuente indudable de la nuestra. En otras latitudes se entiende el arbitraje como *“aquella institución jurídica por la que dos o más personas establecen que una cierta controversia específicamente determinada o por determinar, existente o futura entre ellas, sea resuelta, conforme a un procedimiento legalmente establecido, por tercero o terceros, a rosque se designan voluntariamente y a cuya decisión expresamente se someten, ya sea esta dictada conforme a Derecho, ya conforme a equidad, y a la que el ordenamiento le otorga el carácter de título decisorio y ejecutivo*”³⁸

³⁵ ibídem

³⁶ MONROY CABRA, Gerardo, Arbitraje Comercial nacional e internacional, segunda edición, Legis, Bogotá, 1998, Pág. 23.

³⁷ Ibídem.

³⁸ MERINO MERCHÁN, José F. y Chillón Medina José M. Tratado de Derecho Arbitral, Tercera edición, Thomson Civitas, Navarra, España, 2006, pág. 213.

Señala el autor de esta teoría que lo interesante de este concepto es la categoría de institución y no solo de figura negocial más o menos compleja. Agrega que *“la institución es un organismo que tiene fines de vida y medios de acción superiores en poder y duración a los individuos que lo componen. O dicho de otra manera, es un conjunto de actividades relacionadas entre sí por el vínculo de una idea común y objetiva a la que figuran adheridas diversas voluntades particulares”*³⁹. Es importante señalar que los autores citados hacen énfasis en el carácter de institución de la figura estudiada.

Para Francia, *“el arbitraje es una forma de juicio sometido a la ley y al control de la judicatura”*⁴⁰, además no se autoriza sino en materia patrimonial en litigios que no contravengan el orden público.

En los Estados Unidos de Norte América, *“aunque surgido del grupo del “common law” apoyan su regulación arbitral, no solo en las decisiones de los tribunales sino también en las leyes federales estatales”*⁴¹, de tal manera que *“el arbitraje comercial les permite a las partes, en un negocio jurídico, deferir a uno o varios árbitros particulares la resolución de los conflictos generales o específicos que pudieren surgir por razón de tal negocio”*⁴²

Canadá por su parte, *“es un estado federal con 10 provincias y dos territorios, cuyas competencias están determinadas en la ley del ordenamiento británico de 1867. En términos generales el arbitraje comercial es, por tanto, de la atribución exclusiva de las legislaturas provinciales, cuyas leyes y ordenanzas se basan en el concepto inglés”*. Allí se entiende el arbitraje como *“Medio de solución de*

³⁹ ibídem

⁴⁰ BRISEÑO SIERRA, Humberto. El arbitraje comercial, segunda edición, Noriega editores, 1999, pág.

⁴¹ Ibídem, pág. 73.

⁴² PALMITER, ALAN R., Arbitraje comercial y otros mecanismos de resolución de conflictos societarios en Estados Unidos, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 2001, pág. 26.

*controversias, producto de un acuerdo entre las partes, por el que convienen que determinadas disputas se resolverán según determine un tribunal arbitral*⁴³

En México se concibe el arbitraje como un *“proceso jurídico tramitado, desarrollado y resuelto por particulares... estructuralmente es una relación jurídica triangular, en cuyo vértice superior se encuentra el árbitro, que es el sujeto ajeno a los intereses en disputa, y llamado por las mismas partes para componer las diferencias que les separan es más dúctil y maleable abarca la mera intermediación a aún el dictamen de un experto”*⁴⁴

De acuerdo a juristas peruanos, el arbitraje es *“un medio de solución de conflictos por el cual dos partes enfrentadas por una controversia acuerdan someter dicha diferencia a un proceso en el cual un tercero –árbitro- neutral e imparcial en el que confían determinará la solución definitiva de la diferencia, asumiendo las partes dicha solución como de obligatorio cumplimiento”*⁴⁵

Por su parte en el Ecuador se establece el arbitraje como un sistema, así: *“El sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias”*⁴⁶

⁴³ SOLÓRZANO, Carlos, Alternativas para la solución de controversia, Seminario: "Establecimiento y Operación del Negocios en Canadá: Aspectos Prácticos y Jurídicos - Exportaciones e Inversiones", [en línea] [citado 18 de Marzo de 2013] disponible en: http://www.bancomext.com/Bancomext/aplicaciones/directivos/documentos/SemCanada_AlternativasSolucionControversias_CS.pdf

⁴⁴ BRISEÑO SIERRA, Humberto. El arbitraje comercial, segunda edición, Noriega editores, 1999, pág. 12.

⁴⁵ GUZMÁN BARRÓN, Cesar., y Prez N., Fabián. El arbitraje. Conceptos generales,[en línea] [citado 18 de marzo de 2013] disponible en: <http://www.orbisinformatica.com/minjus3/documentos/PublicacionesConceptosGenerales.pdf>

⁴⁶ SICE. ECUADOR - Ley De Arbitraje Y Mediacion. Ley No. 000. RO/145 de 4 de septiembre de 1997 Artículo 1, Ley de Arbitraje y Mediación No. 000. RO/145 de 4 de septiembre de 1997, [en línea] [citado 18 de Marzo de 2013] disponible en: <http://www.sice.oas.org/dispute/comarb/Ecuador/larbymed.asp>

Más importa para el objeto de nuestro estudio, es la argumentación que emplean los Altos Tribunales en su labor de fortalecer un medio hermenéutico, tradicionalmente pobre; veamos una muestra de su labor.

De acuerdo a lo señalado por la Corte Constitucional el arbitraje 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”*⁴⁷ *“constituyendo una figura de orden constitucional de excepción a la regla general que consagra la administración de justicia por parte de los jueces de la República, que tiene claros límites materiales y formales tanto en mandatos constitucionales como legales”*⁴⁸

En otro pronunciamiento se definió el arbitraje *“como mecanismo alternativo de resolución de conflictos, que ha de entenderse como la derogación que hacen las partes involucradas en un conflicto o precaviendo su existencia, de la jurisdicción en cabeza del Estado y en favor de un particular (árbitro), quien queda investido de la facultad temporal de resolver con carácter definitivo y obligatorio, a través de una decisión denominada laudo arbitral, las diferencias que se susciten entre ellos”*⁴⁹

La Corte Constitucional en fallo C-713 de 2008, ha señalado las principales características de la figura, dentro de las que señala: Es un mecanismo alternativo de solución de conflictos autorizado por la Constitución, a través del cual, previa autorización del Legislador, las partes pueden investir a los particulares de la función de administrar justicia; Se rige por el principio de voluntariedad o libre habilitación que 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; Es un mecanismo de carácter temporal, porque su existencia se da solamente para la

⁴⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-242 de 1997, M.P: Hernando Herrera Vergara.

⁴⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-349 de 2009, M.P: Luis Ernesto Vargas Silva.

⁴⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 098 de 2001, M.P: Martha Victoria Sáchica Méndez.

resolución del caso específico sometido a consideración de los árbitros; Es excepcional, característica que se explica si se tiene en cuenta que existen bienes jurídicos cuya disposición no puede dejarse al arbitrio de un particular, así haya sido voluntariamente designado por las partes enfrentadas; Es una institución de orden procesal, lo cual significa que el arbitramento garantiza los derechos de las partes enfrentadas disponiendo de una serie de etapas y oportunidades para la discusión de los argumentos, la valoración de las pruebas aportadas y, aún, la propia revisión de los pronunciamientos hechos por los árbitros.⁵⁰

2.3. CLASIFICACION DEL ARBITRAJE

Encontramos diversas categorías para clasificar el proceso arbitral, que por no hacer referencia explícita al núcleo central de este trabajo solo nos detendremos para enunciarlos y hacer unos breves comentarios.

En primer lugar, según los principios o fundamentos a partir de los cuales que los árbitros adoptan y argumentan su fallo; lo hay en derecho, en equidad y técnicos.

Los arbitramentos en Derecho son aquellos en los que para adoptar una decisión los árbitros se ciñen a los preceptos legales sustantivos y procesales, siguiendo lo establecido por la tarifa legal. El texto legal expresa que “*el arbitraje en derecho es aquel en el cual los árbitros fundamentan su decisión en el derecho positivo vigente. En este evento el Arbitro deberá ser Abogado inscrito*”⁵¹. Este apego al derecho positivo vigente, como lo señala el texto legal, en la práctica forense, nos puede estar conduciendo a equiparar el proceso arbitral, con un procedimiento judicial abreviado, desnaturalizándolo como mecanismo alternativo, de un lado, y a

⁵⁰ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIA C-713 de 2008, M.P: Clara Inés Vargas Hernández.. [en línea] [citado 14 de abril de 2014] Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=36232>

⁵¹ COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 446 de 1998, artículo 111, inciso tres. [en línea] [citado 14 de abril de 2014] Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=3992>

un lego centrismo textualista de otro, evento que se estudiara oportunamente en otro acápite de esta propuesta

Por su parte el doctrinante Monroy Cabra⁵² manifiesta con respecto al arbitraje en derecho que, en el evento en que las partes no expresen que clase de arbitraje se aplicará se deberá entender que el arbitraje es en derecho.

Otra modalidad es la posibilidad de que el fallo se profiera en equidad o en conciencia y no con fundamento en el ordenamiento positivo, La ley 446 de 1998 en su artículo 111 inciso segundo consagra que el arbitraje en equidad es aquel en que los árbitros deciden según el sentido común y la equidad.

Este tipo de fallos puede generar alguna inquietud y no pocos equívocos si piensa que los árbitros al no estar sometidos a la tarifa legal probatoria no al ordenamiento positivo, pueden actuar sin limitación alguna. Por su parte la Corte en su jurisprudencia a manifestado sobre el fallo en equidad que: *“es el fallo en que el juez no está subordinado a la idea de justicia que el Estado ha consagrado en la legislación positiva, sino que el juez puede crear la norma más equitativa para juzgar el asunto (...) y por ello no se excluye, que en un fallo en equidad el juez aplique el ordenamiento positivo del país cuando considere que la legislación coincide con la idea de justicia concebida por el juez”*⁵³

Cuando se hace referencia a un laudo en equidad, no quiere decirse con esto que se aparta al concepto de justicia o a la administración de la misma, por lo cual debe anotarse que *“no por tratarse de una obligación de este tipo se torna en una solución extrajurídica”*⁵⁴

⁵² MONROY CABRA, Gerardo, Arbitraje Comercial nacional e internacional, segunda edición, Legis, Bogotá, 1998, Pág. 34

⁵³ MONROY CABRA, Gerardo, Arbitraje Comercial nacional e internacional, segunda edición, Legis, Bogotá, 1998, Pág. 34

⁵⁴ GUZMÁN VILLALOBOS, Andrés Felipe.. El arbitraje en equidad en el derecho colombiano. Tesis de grado. Pontificia universidad Javeriana. Bogotá, Colombia, Pág. 65. 2003

Sobre este aspecto ha señalado el Consejo de Estado en fallo de 2005 que *“El fallo en conciencia se caracteriza porque el juez dicta la providencia sin efectuar necesariamente razonamientos de orden jurídico, prescindiendo de las normas jurídicas y de acuerdo con su íntima convicción en relación con el deber ser y la solución recta y justa del litigio, luego de examinar los hechos, las pruebas y de valorar bajo su libre criterio y el sentido común las circunstancias de tiempo, modo y lugar que dieron lugar a la controversia. Es decir, de conformidad con reiterada jurisprudencia, el fallo en conciencia se presenta cuando el juez toma determinaciones siguiendo lo que le dicta su propio fuero interno, según su leal saber y entender, basado o no en el principio de la equidad, de manera que bien puede identificarse con el concepto de verdad sabida y buena fe guardada (“exaequo et bono”). El fallo en conciencia no es sólo aquel que no se ha constituido sobre normas jurídicas, sino que puede presentarse cuando se falla sin pruebas de los hechos que originan las pretensiones o las excepciones, esto es, con pretermisión de la totalidad de las pruebas que obran en el proceso. Sin embargo, la posición de la Sala ha dejado a salvo la libertad de valoración de las pruebas de que gozan los árbitros, sin que sea posible, a través de este recurso y a partir de la discusión del tema probatorio, cuestionar sus apreciaciones al respecto, pues sólo cuando se está en presencia de un claro y manifiesto desconocimiento del acervo probatorio, se podría predicar que se presentó un fallo en conciencia”*⁵⁵

Tenemos finalmente al arbitramento Técnico: Es aquel en el cual los árbitros pronuncian su fallo con fundamento en especiales conocimientos que deben tener sobre determinada ciencia, arte o profesión, los que deberán aplicar para resolver un conflicto de índole técnica, cuya solución se les defiere en la pacto arbitral.

⁵⁵ CONSEJO DE ESTADO, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, 10 de marzo de 2005, C.P: María Elena Giraldo Gómez.

En el mismo tenor se expresa la norma cuando señala: “*Cuando los árbitros pronuncian su fallo en razón de sus específicos conocimientos en una determinada ciencia, arte u oficio, el arbitraje es técnico*”⁵⁶ Además de recibir esta denominación también es conocido como “*peritaje decisorio*”⁵⁷. Se ha afirmado que el arbitraje técnico, a pesar de no estar señalado de esa manera en la norma constitucional, no la viola, solamente constituye una modalidad especial de arbitraje en conciencia, en la cual se aplica el sentido técnico, conforme a la íntima convicción técnica del árbitro⁵⁸.

Otra categorización que efectúa la Doctrina en Razón de su Origen, esto es, si es un mecanismo Voluntaria o es forzosa la integración del Tribunal.

El Voluntario: Es aquel que tiene su origen en el pacto arbitral suscrito libremente por las partes, con el fin de resolver sus conflictos de intereses presentes o futuros.

Como puede anotarse, esta clase de arbitraje es el que surge del Pacto arbitral para el cual es menester, que las partes intervinientes en la relación jurídica estén completamente de acuerdo en dejar en manos de terceros (árbitros) la solución a las controversias que entre ellos puedan surgir, por tal motivo podría decirse que la voluntad en el arbitraje está inmersa en el contenido de las normas de esta materia que definen lo que es el “Pacto arbitral”⁵⁹

En la sentencia C-330 de 2000 la Corte Constitucional ha señalado que: “*La decisión de presentar las disputas surgidas en una relación jurídica ante un*

⁵⁶ COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 446 de 1998, artículo 111, inciso dos. [en línea] [citado 14 de abril de 2015] disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=3992>

⁵⁷ BENETTI SALGAR, Julio. El arbitraje en el derecho colombiano, segunda edición, Temis, Bogotá, 2001, Pág. 26.

⁵⁸ GIL ECHEVERRI, Jorge Hernán, Nuevo régimen de arbitramento. Manual práctico, tercera edición, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 2005, pág. 49.

⁵⁹ Decreto 1818 de 1998, 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).

*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 contratantes. El arbitramento, al ser un instrumento jurídico que desplaza a la jurisdicción ordinaria en el conocimiento de ciertos asuntos, "tiene que partir de la base de que es la voluntad de las partes en conflicto, potencial o actual, la que habilita a los árbitros para actuar"... Así, el fundamento de esta figura procesal es, entonces, la determinación voluntaria de acudir a una forma alternativa de resolver conflictos, con la garantía de que, como acontece en los demás procesos, los derechos consagrados en la Constitución y la ley tienen plena vigencia"*⁶⁰

En tanto el forzoso, conocido como arbitraje obligatorio Tiene su origen en la ley, como instancia obligatoria en la solución de conflictos. En Colombia se presenta únicamente en materia laboral, pero para resolver conflictos colectivos de trabajo; es una figura totalmente diferente del proceso arbitral regulado en el estatuto de los sistemas alternos de solución de conflictos.

Se da el arbitraje forzoso *cuando la ley obliga a utilizarlo para decidir las controversias sobre ciertas materias*⁶¹ Expresa Benetti Salgar que: *"el arbitraje es forzoso, si la ley impone de manera obligatoria esta clase de composición, por cuanto está de por medio el interés público y es necesaria una rápida solución al problema, como ocurre en los aspectos económicos de los conflictos colectivo de trabajo"*⁶². No obstante, mediante pronunciamiento⁶³ de la Corte Constitucional fue declarado inexecutable con respecto a los servicios públicos domiciliarios.

En este orden de ideas, en jurisprudencia de la Corte, esta ha señalado que: *"Evidencia que es el propio legislador el que ha establecido los casos en los cuales procede el arbitramento de manera obligatoria, en contravía de la regla*

⁶⁰ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-330 de 2000, M.P: Carlos Gaviria Díaz.

⁶¹ MONROY CABRA, Gerardo, Arbitraje Comercial nacional e internacional, segunda edición, Legis, Bogotá, 1998, Pág. 34.

⁶² BENETTI SALGAR, Julio. El arbitraje en el derecho colombiano, segunda edición, Temis, Bogotá, 2001, Pág. 26. Benetti Salgar, Julio. El arbitraje en el derecho colombiano, segunda edición, Temis, Bogotá, 2001, Pág. 26.

⁶³ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-242 de 1997, M.P: Hernando Herrera Vergara.

*general de la voluntariedad del tribunal de arbitramento, esto es, en aquellos casos en que no se hubiere podido llegar a ningún acuerdo en la etapa de arreglo directo*⁶⁴

De acuerdo con la forma en que funcionan, podemos encontrar tres categorías: Independiente, Institucional y legal.

La Ley define al primero, así⁶⁵: El arbitraje independiente es aquel en que las partes acuerdan autónomamente las reglas de procedimiento aplicables en la solución de su conflicto.

La doctrina⁶⁶ ha señalado que dentro de las libertades de esta clase de arbitraje se destacan: la forma de integración del tribunal y nombramiento de los árbitros; la forma y contenido de la demanda arbitral y la contestación; la forma de efectuarlas notificaciones y demás etapas procesales; la posibilidad de que el laudo no sea motivado; la no protocolización del proceso arbitral; la consagración de multas o cláusulas penales en contra de la parte que no cumpla el laudo; entre otras.

En este tipo de procedimientos, es importante hacer un llamado de atención, porque es por esta vía por donde puede penetrar libremente la Doctrina Constitucional, sobre el respeto a los derechos fundamentales. Pues el principio dominante en el proceso arbitral en general, y en éste en particular, es el de la libertad y autonomía de la voluntad de las partes, las que únicamente tendría como límite el respeto a los derechos constitucionales inmanentes a todo procedimiento, como son: El derecho a la defensa, la igualdad de las partes, la publicidad de la prueba, el debido proceso etc. Sobre este tópico se habrá de volver, en un apartado más detallado.

⁶⁴ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-466 de 2008, M.P: Jaime Araujo Rentería.

⁶⁵ COLOMBIA, PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA. Decreto 1818 de 1998, artículo 116. Por medio del cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos. [EN LINEA] [CITADO 15 DE MAYO DE 2015] DISPONIBLE EN: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6668>

⁶⁶ GIL ECHEVERRI, Jorge Hernán, Nuevo régimen de arbitramento. Manual práctico, tercera edición, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 2005, pág. 51 y 52.

Institucional⁶⁷: Es aquel en el que las partes se someten a un procedimiento establecido por el Centro de Arbitraje, *“que sea nacional que sea elegido para dicho fin y además que el tribunal funcione en ese centro, que tendrá el carácter de administrador del proceso”*⁶⁸

Lo que identifica esta clase de arbitraje es el sometimiento a las reglas establecidas para el proceso arbitral que se hayan estatuido en el Centro de Arbitraje que sea escogido por las partes para dicho fin. Para que sea institucional la aplicación del procedimiento señalado por el Centro escogido debe ser completo, no parcial, es decir no puede establecerse un arbitraje institucional solapara una tarea en específico, debe darse cabal cumplimiento al reglamento que para la materia tenga el Centro.

Y, finalmente, el legal⁶⁹: Es aquel que se desarrolla conforme con las normas vigentes, por no haberse remitido a un procedimiento especial, es decir independiente o en su defecto institucional. Esta clase de arbitraje es de carácter residual, esto quiere decir que opera solo cuando las partes no han remitido a las reglas de una institución arbitral o no han diseñado su propio procedimiento.

Finalmente lo podemos dividir en dos categorías, de conformidad con el ámbito de competencia territorial⁷⁰, así: Nacional o Doméstico: Es aquel que se desarrolla en Colombia, con sujeción a la ley colombiana, para resolver litigios sobre derechos y obligaciones que producen efectos jurídicos en territorio colombiano. A esta explicación podría agregarse lo señalado por Benetti Salgar cuando dice: *“este se presenta cuando se refiere a conflictos entre partes sujetas a determinada ley nacional y respecto de bienes o intereses radicados en el país de que se trate, el*

⁶⁷ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, Decreto 1818 de 1998, artículo 116. Por medio del cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos. [en línea] [citado 12 de mayo de 2015] disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6668>

⁶⁸ GIL ECHEVERRI, Jorge Hernán, Nuevo régimen de arbitramento. Manual práctico, tercera edición, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 2005, pág. 56.

⁶⁹ *Ibíd*em, pág. 57.

⁷⁰ GIL ECHEVERRI, Jorge Hernán, Nuevo régimen de arbitramento. Manual práctico, tercera edición, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 2005, pág. 58.

*cual se lleva a cabo dentro de dicho país y con sujeción a su propia legislación*⁷¹. Internacional: Es aquel que se rige de conformidad con el derecho internacional y produce efectos jurídicos en diferentes estados. En relación a este agrega la doctrina señalando que *“esta clase se da si están involucrados personas bienes de distintos países o sujetos a legislaciones de diferentes Estados, adelantándose el proceso en cualquier lugar y con sujeción al derecho internacional”*⁷²

2.4. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL ARBITRAJE

El carácter constitucional del proceso arbitral le reviste de una serie de principios que dan a entender su importancia dentro del marco jurídico colombiano, dada la trascendencia de la Carta Política y que el arbitraje esté dentro esta. La mención que a continuación se hará de estos principios será con el fin de resaltar su importancia y cómo estos aportan al desarrollo del concepto jurídico del arbitraje.

2.4.1. Principio de la Jurisdiccionalidad⁷³: *Este principio se manifiesta a partir del artículo 116 de la norma de normas en la que se establece la administración de justicia por parte de árbitros habilitados para ello, constituyéndose una jurisdicción especial y diferente de la ordinaria y la de lo contencioso. Lo anterior con la convicción del deber de garantizar el derecho constitucional del debido proceso a las partes, “puesto que se han establecido etapas perentorias en las que la lealtad procesal y la igualdad jurídica de las partes ha de ser una realidad”*⁷⁴En jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se ha señalado que *“la atribución de poderes jurisdiccionales a los árbitros para que ejerzan la función jurisdiccional, como efecto de derecho público, opera por ministerio de la ley y no por voluntad de las partes, pues si bien estas dan el modo para que se produzcan*

⁷¹ BENETTI SALGAR, Julio. El arbitraje en el derecho colombiano, segunda edición, Temis, Bogotá, 2001, Pág. 27.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ GIL ECHEVERRI, Jorge Hernán, Nuevo régimen de arbitramento. Manual práctico, tercera edición, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 2005, pág. 63

⁷⁴ LÓPEZ JAIMES, E. H. y Palacios Grozo, M. L. (2005). La etapa prearbitral en el procedimiento arbitral. Tesis de grado, derecho, Universidad Industrial de Santander. Bucaramanga, Colombia, pág. 25.

*tales efectos jurídicos, no los producen ellas mismas mediante sus declaraciones de voluntad*⁷⁵. En el mismo sentido la Corte Constitucional ha expresado “*el arbitramento es una institución que implica el ejercicio de una actividad jurisdiccional con carácter de función pública y se concreta en la expedición de fallos en derecho o en equidad*”⁷⁶

2.4.2. Principio De La Naturaleza Procesal⁷⁷: El arbitraje se erige en un verdadero proceso judicial sui géneris. De aquí que el hecho de que pueda ser escogido por las partes para la solución de sus controversia y que gocen de prerrogativas con respecto a la informalidad de su desarrollo, no quiere esto decir bajo ninguna situación particular que no cumpla con el esquema de proceso que se ha señalado para los de carácter ordinario, o sus similares.

En pronunciamiento C-330 de 2000 la Corte sostuvo: “*Cuando la Constitución defiere a los particulares la función de administrar justicia en calidad de árbitros, les confía, como a todos los demás jueces, la solución de contenciones jurídicas entre las partes en concordancia con la Constitución y las leyes. De ahí que la institución arbitral en nuestro ordenamiento tenga el carácter de un proceso, que garantiza los derechos de las partes enfrentadas disponiendo de una serie de etapas y oportunidades para la discusión de los argumentos, la valoración de las pruebas aportadas y, aun, la propia revisión de los pronunciamientos hechos por los árbitros. 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*

⁷⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Plena, Sentencia de marzo 21 de 1991.

⁷⁶ GIL ECHEVERRI, Jorge Hernán, Nuevo régimen de arbitramento. Manual práctico, tercera edición, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 2005, pág. 64.

⁷⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-330 de 2000, M.P: Carlos Gaviria Días.

alternativos al sistema ordinario contemplado en la legislación, si su aplicación se traduce en el desconocimiento de derechos constitucionales fundamentales”⁷⁸

2.4.3 Principio de Temporalidad: Los árbitros y el mismo proceso son temporales, perdiendo la cávida adquirida en el momento de que se dé por vencido el término legal o convencional establecido por las partes o por la ley.

Al respecto la jurisprudencia a dicho: *“No es posible pensar que las atribuciones judiciales que se confieren a particulares en calidad de árbitros, puedan ejercer sede manera indefinida, pues de la naturaleza del arbitramento se deriva la existencia de una jurisdicción meramente transitoria, limitada en el tiempo, a la resolución del conflicto específico que las partes deciden llevar ante el tribunal. De no ser así, se crearía una jurisdicción paralela a la ordinaria que, con grave perjuicio del orden público, debilitaría la estructura estatal y menoscabaría la función pública de administrar justicia. En palabras de la Corte: “no es concebible que el ejercicio de la jurisdicción, como función estatal, se desplace de manera permanente y general a los árbitros y conciliadores”⁷⁹*

2.4.4. Principio de la Habilitación⁸⁰: Este principio surge a raíz del pacto o convenio arbitral, por medio de los cuales se le otorga jurisdicción y competencia a los árbitros, para que conozcan un caso determinado. De tal manera que es a partir de voluntad de las partes reflejada en la asignación de árbitros que se configura la habilitación para que estos puedan desarrollar plenamente el proceso arbitral.

⁷⁸ GIL ECHEVERRI, Jorge Hernán, Nuevo régimen de arbitramento. Manual práctico, tercera edición, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 2005, pág. 65

⁷⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-330 de 2000, M.P: Carlos Gaviria Días. En igual sentido la Corte se pronunció en la sentencia C-242 de 1997.

⁸⁰ GIL ECHEVERRI, Jorge Hernán, Nuevo régimen de arbitramento. Manual práctico, tercera edición, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 2005, pág. 65

2.4.5. Principio de la Voluntariedad⁸¹: Esta característica fue mencionada como ventaja, pero aquí vale la pena agregar que aunque se incluyó el arbitraje forzoso como una de las clases de arbitraje, en función de este principio en Colombia el arbitraje no puede llegar a ser forzoso, únicamente en los asuntos señalados expresamente en la ley.

En este orden de ideas, ha señalado la Corte: *“La voluntad de las partes se manifiesta en diferentes aspectos del sistema arbitral: por medio de su acuerdo, deciden libremente que no acudirán a la justicia del Estado para resolver sus diferendos, establecen cuáles controversias someterán al arbitraje, determinan las características del tribunal, designan los árbitros e incluso fijan el procedimiento arbitral a seguir, dentro del marco general trazado por la ley. **La voluntad de las partes es, así, un elemento medular del sistema de arbitramento diseñado en nuestro ordenamiento jurídico, y se proyecta en la estabilidad de la decisión que adoptará el tribunal arbitral...** Más aún, como consecuencia del acuerdo de voluntades reflejado en el pacto arbitral, las partes aceptan por anticipado que se **Sujetarán a lo decidido por el tribunal de arbitramento**”*⁸² (resaltado fuera de texto).

De igual manera se ha sostenido que: *“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 contratantes. El arbitramento, al ser un instrumento jurídico que desplaza a la jurisdicción ordinaria en el conocimiento de ciertos asuntos, tiene que partir de **la base de que es la voluntad de las partes en conflicto, potencial o actual, la que habilita a los árbitros para actuar**”*⁸³ (negritas fuera de texto).

⁸¹ *Ibidem*, pág. 66.

⁸² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU-174 de 2007, M.P: Manuel José Cepeda Espinosa

⁸³ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-330 de 2000, M.P: Carlos Gaviria Días.

2.4.6. Principio de Legalidad⁸⁴: Si bien es cierto que el arbitraje puede llegar a tener de algún modo un toque de informalidad, es claro que el proceso como tal, así sea de aquellos que son pactados en el convenio arbitral suscrito por las partes, debe desarrollarse apegado a los términos que determine la ley, facultándose al legislador para disponer la amplitud, restricción o modificación de la técnica arbitral, en los términos y cuando lo considere prudente. Al respecto la Corte ha dicho:

*“Las características básicas constitucionales de la actuación arbitral han sido ampliamente examinadas en la doctrina constitucional, en los términos que se sintetizan a continuación:(...) Corresponde a la Ley definir los términos en los cuales se ejercerá dicha función pública, lo que supone que el legislador adopte las formas propias del proceso arbitral”*⁸⁵

2.5. NATURALEZA JURIDICA DEL ARBITRAJE

La figura del arbitraje evolucionó junto a las sociedades humanas, sirviendo como apoyo en el crecimiento de los grupos humanos, en el sentido de aportar sus características en la solución de los conflictos que haya surgido en estos. A raíz de esa evolución se empezaron a dar diferentes teorías alrededor del arbitraje en relación a cuál era su verdadera naturaleza, es decir de dónde proviene la facultad para poder aplicarlo, de ahí que se desprendan tres corrientes doctrinales que han pretendido explicar este punto.

2.5.1. Escuela Contractualista. Quienes defienden esta escuela afirman que por ser el convenio el elemento esencial e indispensable en el proceso, el arbitraje es de naturaleza contractual o de derecho privado. *“Consideran al árbitro como*

⁸⁴ Gil Echeverri, Jorge Hernán, Nuevo régimen de arbitramento. Manual práctico, tercera edición, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 2005, pág. 68.

⁸⁵ Sentencia C-242 de 1997, Corte Constitucional, M.P: Hernando Herrera Vergara.

*mandatario de las partes además la decisión arbitral no sería propiamente una sentencia sino la ejecución de un mandato por un compromisario*⁸⁶

En otras latitudes se entiende esta escuela como *“una institución de derecho material, para la que se entiende que la jurisdicción es función exclusiva de la soberanía; no considerándose el laudo como acto jurisdiccional, ni como declaración de derecho, y que el árbitro no es, desde luego un funcionario del Estado*⁸⁷

2.5.2. Escuela Procesalista. En esta escuela lo realmente importante no es el convenio arbitral sino la actuación por intermedio de los árbitros, cumpliendo las etapas procesales debido a que se entiende la práctica del arbitraje como un verdadero proceso, siendo el resultado de este un laudo con todos los efectos que puede llegar a producir una sentencia proferida por un juez de la república.

*“Los árbitros no son mandatarios, sino jueces independientes que resuelven un conflicto de intereses con efectos de cosa juzgada”*⁸⁸

En el derecho colombiano el arbitraje ha sido observado a la luz de esta teoría en reiterados pronunciamientos de las altas corporaciones, pero este punto será tratado con mayor profundidad en párrafos posteriores.

2.5.3. Escuela Mixta o Ecléctica⁸⁹: En esta convergen las escuelas anteriores en el sentido en que se ha manifestado por la doctrina que en el arbitraje están presentes tanto la naturaleza contractual como la procesal, distinguiendo el arbitraje en dos etapas, la primera como la de carácter contractual en la que se

⁸⁶ MONROY CABRA, Gerardo, Arbitraje Comercial nacional e internacional, segunda edición, Legis, Bogotá, 1998, pág. 34.

⁸⁷ MERINO MERCHÁN, José F. y Chillón Medina José M. Tratado de Derecho Arbitral, Tercera edición, Thomson Civitas, Navarra, España, 2006, pág. 222.

⁸⁸ GIL ECHEVERRI, Jorge Hernán, Nuevo régimen de arbitramento. Manual práctico, tercera edición, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 2005, pág. 78

⁸⁹ *Ibidem*, pág. 79

suscribe el pacto arbitral y la segunda de carácter procesal por que se pone en marcha un proceso con el fin de administrar justicia en un caso en específico.

Esta escuela cuenta con el aval y respaldo de la legislación colombiana, debido a que en el artículo 116 de la Constitución Nacional se dejó manifestado el carácter contractual en el sentido en que se consagra la autonomía como fuente de jurisdicción o sumisión del arbitraje; y por otro lado el carácter procesal “se hace evidente en la medida en que el legislador le otorga al arbitraje la calidad de proceso judicial”⁹⁰

⁹⁰ Ibídem, pág. 80.

3. EL NEOCOSNTITUCIONALISMO

3.1. CONCEPTO

A partir de la segunda guerra mundial, la teoría del derecho y en particular la teoría constitucional ha sufrido un cambio fundamental a partir de una nueva concepción del derecho, la que se nutre desde el concepto de los derechos fundamentales, como base de las nuevas Constituciones políticas, hecho que ha generado un nuevo paradigma, correspondiente a un modelo de organización política históricamente diferente, y que se ha denominado “Estado constitucional de Derecho”, concepto algo diferente al Estado de Derecho.

Este nuevo paradigma se ha venido denominando “Neoconstitucionalismo”, entendido como el término o concepto que explica un fenómeno relativamente reciente dentro del Estado Constitucional contemporáneo, el que pretende explicar un conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir a partir de la segunda guerra mundial, cuya característica principal es que no se limitan a establecer competencias que delimitan los poderes públicos, “sino, que contienen altos niveles de normas materiales o sustantivas que condicionan la actuación del estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos”⁹¹, con un amplio catálogo de derechos fundamentales, que dan un amplio significado a las relaciones entre el estado y los particulares, así mismo como a las relaciones entre éstos.

⁹¹ CARBONELL, Miguel, El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis, pág. 162, en El canonon, Neoconstitucional, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010

Siguiendo a GUASTINI⁹², las principales condiciones de la constitucionalización de un ordenamiento jurídico, son:

1. La existencia de una constitución rígida, que incorpora los derechos fundamentales.
2. La garantía jurisdiccional de la Constitución.
3. La fuerza vinculante de la constitución, que no es un conjunto de normas programáticas, sino preceptivas.
4. La sobreinterpretación de la constitución. Se le interpreta extensamente y de ella se deducen principios implícitos.
5. La aplicación directa de las normas constitucionales, también para regular las relaciones entre particulares.
6. La interpretación adecuada de las leyes.
7. La influencia de la constitución sobre el debate político.

Como puede verse el ordenamiento jurídico debe estar dotado de una constitución rígida y garantizada, pero esos elementos por si mismos no son determinantes para configurar el proceso de constitucionalización. No obstante es necesario tener presente, en primer lugar, que la consolidación de cierta concepción de constitución determina exigencias interpretativas específicas, y en segundo lugar, que el uso de técnicas particulares, tales como la ponderación de principios constitucionales, que se convierten en prácticas constantes utilizadas por los operadores judiciales. SUSANNA POZZOLO⁹³, señala que la unión de tales prácticas termina por conformar al Estado de derecho Constitucional, adecuando la realidad a la idea muy presente del canon constitucional, desde los derechos fundamentales.

⁹² R. GUASTINI, La constitucionalización del ordenamiento, El caso Italiano. En Estudios de Teoría Constitucional, México, DF, UNAM-Fontanamarra, 2001

⁹³ SUSANA PEZZOLO, Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista en la constitución, en El Canon Neoconstitucional, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, pág 210

Esta nueva concepción de la Constitución y de la Teoría del Derecho, acarrea una conceptualización del modelo positivista de las fuentes del derecho, superando al sistema positivista de raigambre francesa, que entronizó la supremacía de la ley, como fuente privilegiada y preponderante.

Dentro del sistema de fuentes y el impacto que el neoconstitucionalismo conlleva, debemos tener en cuenta el lugar que la jurisprudencia logra, en parte, como consecuencia de la expedición y entrada en vigencia de este modelo sustantivo de textos constitucionales, en el que la práctica jurisprudencia ha ido cambiando de forma relevante. Los jueces constitucionales han tenido que aprender a realizar funciones bajo parámetros interpretativos nuevos, a partir de los cuales el razonamiento judicial se hace más complejo. Entran en juego las técnicas interpretativas propias de los principios de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto de irradiación, la proyección horizontal de los derechos, etc.⁹⁴

En el paradigma Neoconstitucional los jueces cobran gran relevancia, pues el ordenamiento jurídico debe estar garantizado en todas sus partes por medio de mecanismos jurisdiccionales⁹⁵. Del mismo modo que la constitución del neoconstitucionalismo, es una constitución “invasora” o “entrometida”, también la tarea judicial tiene que ver con muchos aspectos de la vida social, comportando lo que se ha dado en llamar, activismo judicial.

No es difícil observar que, en la práctica los ordenamientos jurídicos contemporáneos han sido modificados por una serie de cambios que guardan cierta relación con el fenómeno que se ha conocido “constitucionalización del ordenamiento jurídico”.

⁹⁴ CARBONLE MIGUEL, El neocostitucionalismo: significado y nivel de análisis., en el Canon Neoconstitucional, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, pág. 162

⁹⁵ FEERAJOLI LUIGI, Sobre los derechos fundamentales y sus garantías, México, 2006, pág 29 ss.

De acuerdo con GUASTINI, por constitucionalización de un ordenamiento jurídico, podemos entender, un proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente “impregnado” por las normas constitucionales. Un ordenamiento constitucionalizado, se caracteriza por una constitución extremadamente invasora, “entrometida”, capaz de de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales.⁹⁶ Dicha constitucionalización no es un proceso bipolar (verdadero-falso), sino que se puede ir dando conforme cada ordenamiento vaya reuniendo algunas características.⁹⁷

Sobre el contenido de los derechos fundamentales, elemento básico de los ordenamientos jurídicos neo constitucionales, es importante tener presente el aporte que sobre el tema nos trae el profesor Robert ALEXY⁹⁸, cuando señala que hay dos construcciones diferentes que son esenciales respecto de los derechos fundamentales, a saber: una estrecha y estricta, y otra lata y amplia. La primera puede ser denominada “construcción de reglas” y la segunda “construcción de principios”. Ambas construcciones no se han verificado de forma genuina en ninguna parte. Sin embargo representan diferentes tendencias básicas, y la pregunta acerca de cuál de ellas es la mejor, es la cuestión nuclear e la hermenéutica de cada constitución que caracteriza los derechos fundamentales y la jurisdicción constitucional.

Entiende, a partir del estudio de la jurisprudencia alemana, que la idea básica es que los derechos fundamentales no tienen sólo el carácter de reglas, sino también de principios, y que los valores o principios de los derechos fundamentales, no

⁹⁶ RICARDO GUASTINI, Estudios de Teoría Constitucional, México, DF, UNAM-Fontanarra, 3ª. Ed., 2007, pág. 153

⁹⁷ *Ibíd.* Pág., 154.

⁹⁸ ROBER ALEXY, Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad, en el Canon Neoconstitucional, Universidad Externado de Colombia, 2010, pág. 99

solo tienen aplicación a la relación entre el Estado y los ciudadanos, sino, mucho más lejos, a todos los ámbitos del derecho⁹⁹

La tesis básica sostenida por la concepción de ALEXY¹⁰⁰, es el entendimiento de los derechos fundamentales como principios o mandatos de optimización, que ordenan la realización de su contenido en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Esta comprensión de los derechos fundamentales implica además la idea de que no existen derechos absolutos, de que en la vida social es imprescindible coexistir con las exigencias que se derivan de unos y otros, y que las intervenciones estatales en los mismos son una cuestión legítima de la democracia y son válidas mientras respeten el principio de proporcionalidad.

De este modo la tesis de ALEXY también tiene profundas implicaciones en el ámbito de la interpretación jurídica, pues realza el principio de proporcionalidad y sobre todo su tercer sub principio, la ponderación, mecanismo que comienza ocupar un sitio privilegiado en la metodología jurídica. Anota el autor: Una constitucionalización adecuada sólo puede construirse por el camino pedregoso y arduo de la dogmática de los márgenes de acción. Al igual que el problema de la constitucionalización, esta dogmática se extiende más allá del ámbito de los derechos fundamentales. Sin embargo, ella tiene aquí su núcleo y su punto de partida.¹⁰¹

Así las cosas, el problema básico de esta dogmática constitucionalizada, se halla en encontrar los mecanismos idóneos para resolver el conflicto entre principios, entendidos éstos como mandatos de optimización facticos y jurídicos, toda vez que los conflictos surgidos cuando se pretende aplicar reglas, se resuelva por el

⁹⁹ Ibid. Pág. 101

¹⁰⁰ ROBERT ALEXY, Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios, Universidad Externado de Colombia, 2003, pág. 15

¹⁰¹ Ibid., pág.52

concepto de “todo o nada”, las reglas se aplican o se excluyen, no existiendo así un real conflicto entre sus contenidos. El mecanismo propuesto por ALEXY, es el de la ponderación de principios, sin que sus contenidos resulten excluyentes. Que la teoría de los principios implique el principio de proporcionalidad significa que sus tres subprincipios, idoneidad, necesidad y proporcionalidad, en sentido estricto, se sigan lógicamente.¹⁰²

Debemos darle una mirada a los planteamientos de RONALD DWORKIN¹⁰³, quien inicia el debate central sobre el contenido del derecho, desde las reglas y los principios, con su profesor H.L.A. HART, resaltando la importancia de los derechos individuales, desde una concepción liberal, propia del pensamiento anglo-americano, y a partir de las posibilidades del bienestar general, afirma que si los derechos se señalan como triunfos frente a los intereses generales, entonces el derecho a la libertad no es un auténtico derecho que compita con el derecho a la igualdad.

El modelo de DWORKIN, de la única respuesta correcta, metodología desde la que el juez –Hércules- siempre encuentra la respuesta correcta en derecho preestablecido, parte de la premisa que el juez, carece de discrecionalidad a la hora de adoptar la decisión judicial, y por lo tanto de poder político, pues sería inaceptable que el juez reconociera derechos con carácter retroactivo. La verdadera respuesta correcta, es la capaz de justificar del mejor modo posible, los materiales jurídicos vigentes.¹⁰⁴

Pero retomemos el estudio del neoconstitucionalismo. Las distintas manifestaciones o formas de entender el neoconstitucionalismo, tienen un sustrato común y es la forma de entender el Estado constitucional de Derecho, principalmente el modelo que se desarrolla en Europa, a partir de la segunda

¹⁰² *Ibíd.*, pág. 101

¹⁰³ RONALD DWORKIN, *Los derechos en serio*, Ariel Derecho, Barcelona, 2010, pág. 24

¹⁰⁴ *Ibíd.*, pág. 277 y ss.

guerra mundial, y en algunos países de Iberoamérica, en las dos últimas décadas del siglo pasado, aunque no resulta extraño a la tradición norteamericana, como lo demuestra el ejemplo sobresaliente de DWORKIN, uno de los más acreditados neoconstitucionalistas, que expresamente construye su teoría a partir de la experiencia norteamericana.¹⁰⁵

El profesor PRIETO SANCHIS, señala como elementos característicos del marco jurídico-político que se denomina neoconstitucionalismo de los derechos, los siguientes:

- a. El reconocimiento de la incuestionable fuerza normativa de la constitución como norma suprema. En el marco del constitucionalismo de los derechos, la constitución no se concibe en absoluto como un ejercicio de retórica política o como expresión de un catálogo de buenas intenciones, sino como una norma jurídica con la misma vocación conformadora que cualquier otra; mejor dicho, no con la misma, sino con una fuerza superior indiscutible.
- b. La rematerialización de la constitución, esto es, la incorporación al texto no solo de normas formales, de competencia o procedimiento destinadas a regular el ejercicio de los poderes y la relación entre los mismos, sino también, y sobre todo de normas sustantivas que pretenden trazar límites negativos y vínculos positivos a lo que dichos poderes están en condición de decidir legítimamente.
- c. La garantía judicial y la aplicación directa de la constitución. La garantía judicial no es más que una consecuencia de tomarse en serio la fuerza normativa suprema de la constitución: si ésta es una norma, su exigibilidad puede hacerse valer ante los órganos específicamente encargados de esta tarea, es decir ante los jueces, que a su vez han de ostentar competencia para el control sobre las demás normas del sistema.¹⁰⁶

¹⁰⁵ LUIS PRIETO SANCHIS, *El constitucionalismo de los derechos*, Ed. Trotta, Madrid, 2013, pág. 24

¹⁰⁶ *Ibíd.*, pág. 25

3.2. LA CONSTITUCION Y EL SISTEMA DE FUENTES

Con la expedición de la Constitución de 1991, y la definición del modelo político Estado Social de Derecho, Colombia entra dentro de un nuevo paradigma jurídico interpretativo, abriéndose el espacio a la Hermenéutica Constitucional desde el nuevo derecho.

El Estado Social, se encuentra determinado por el concepto de los derechos fundamentales, los que se constituyen, sin lugar a dudas, en la columna vertebral del Estado constitucional, ya que este modelo no se propone como un fin en si mismo, sino como un instrumento para que los individuos disfruten de sus derechos en la mayor medida posible.

La Conciencia jurídica tradicional en Colombia, se formó durante muchos años, a partir de un ejercicio lego céntrico, desde la Escuela Francesa, teniendo como fuentes principales del derecho, la Ley y dentro de estas El Código Civil y la Ley 153 de 1887; fue desde la civilística que se realizaron las primeras actividades hermenéuticas, estableciéndose en modelo a seguir para las diferentes ramas del derecho.

Así las cosas, la autonomía de la voluntad, ha venido siendo el eje para el funcionamiento de la figura arbitral en Colombia, acogiéndose la tradición civilística nacional de las fuentes desde la Ley.

Se requiere, entonces, realizar un estudio de las fuentes del Derecho desde la Constitución, para entender como la jurisprudencia constitucional ha enfrentado el análisis, tanto de la autonomía de la voluntad de los particulares, dentro del procedimiento arbitral, como el posible impacto que el precedente judicial en dicho procedimiento.

3.2.1. La Constitución como fuente de Derecho. La adopción del Estado Social de Derecho, desarrolla el concepto de estado Constitucional, en el que la Constitución viene a ser norma suprema que tiene primacía sobre todas las demás normas, lo que significa una modificación en el sistema de fuentes del Derecho.

Es evidente que el Derecho Constitucional ha llegado a ser lo que era en otro momento el Derecho Civil. Es lo que se ha venido denominando “la constitucionalización del derecho”, pues las normas, valores y principios constitucionales son aplicables a las distintas ramas del derecho.

El hecho de que la ley ya no tenga supremacía sino que ésta corresponda a la Constitución ha llevado a que la Constitución no sólo se considere como fuente de Derecho sino que delimita el sistema de fuentes.

Dentro del concepto moderno de fuentes subsiste la concepción sociológica, que se refiere al conjunto de factores que constituyen la realidad social, que son los que conducen a la creación del Derecho, porque el concepto de las fuentes no puede reducirse a un concepto meramente jurídico, ya que se deben tener en cuenta las estructuras políticas y socioeconómicas que sirven de sustrato a las formulaciones jurídicas.

Las fuentes suponen que el Derecho nace en la sociedad y que cada sociedad en especial tienen unas estructuras que dan origen a la formulación de las normas. “La manifestación de las fuerzas sociales a las que el ordenamiento jurídico y la Constitución califican como creadoras de mandatos jurídicos obligatorios dentro del Estado” ¹⁰⁷

¹⁰⁷ A. CARRETERO PEREZ, El concepto constitucional de fuentes del derecho, en AAVV., La Constitución española y las fuentes del derecho, Madrid, 1979

Para nuestro estudio, se partir del mandato constitucional contenido en su artículo cuarto que señala:

“La **Constitución es norma de normas**. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de nacionales y extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer las autoridades” (Negrillas fuera del texto).

La supremacía de la Constitución se ve reforzada por la existencia de la Corte Constitucional, que tiene competencia para declarar inexequibles o invalidar leyes que contraríen los preceptos constitucionales, además de ser el intérprete autorizado de las normas constitucionales.

Se desprende de lo establecido por el artículo 4 de la CP, que los mandatos constitucionales son normas de eficacia directa, lo que supone que el operador jurídico y los particulares pueden apoyar su argumentación jurídica en las normas de la constitución, sin que medie ley para su aplicación material a los casos concretos.

La consecuencia del principio de eficacia directa de la Constitución, por ser norma de normas, vincula a todos los jueces y tribunales, los que interpretarán y aplicarán las leyes, según las normas, valores y principios constitucionales, conforme a la interpretación de éstos que resulte en las sentencias dictadas por la Corte Constitucional. La supremacía de la Constitución y el principio de la seguridad jurídica implican la uniformidad de la jurisprudencia, evento por el que se ha desarrollado el sistema de la obligatoriedad de los precedentes.

El Código civil colombiano contiene un título preliminar que regula la ley, normas sobre interpretación de la ley, efectos de la ley en el tiempo (ley 153 de 1887) y

efectos de la ley en el espacio. Conforme a los artículos 4, 5, 6, 7, 8 y 13 de la Ley 153 de 1887, se establecen algunos principios: i la costumbre “siendo general y conforme a la moral cristiana, constituye derecho a falta de legislación positiva”(ar.13 L.153/87); ii cuando no haya ley aplicable al caso controvertido, “se aplicaran las leyes que regulan casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional, y las reglas generales de derecho”(art. 8, L. 153/87); iii la Constitución “es ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente” (art. 9 L. 153/87); iiii hay que tener en cuenta “la equidad natural y la doctrina constitucional, la crítica y la hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar y armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes” (art. 5 L. 153/87).

La entrada en vigencia de la Constitución de 1991, no dispuso la derogación de estos principios contenidos en la Código Civil, que como se analizará más adelante fueron objeto de estudio por la Corte Constitucional, sino que se generó la coexistencia de distintas regulaciones de fuentes, unas de rango constitucional y otras de origen legal, lo que no debe conllevar a problemas hermenéuticos, si se le da una lectura correcta a los postulados del nuevo Derecho.

Así las cosas, el termino ley, que utiliza el Código Civil hay que entender que comprende la Constitución. La costumbre prevista en el Código Civil y no prevista en la Constitución, es válida siempre que no contrarié el espíritu de la Constitución. La norma sobre el valor de la jurisprudencia consagrada por el artículo 10 de la Ley 153 de 1887, hay que entenderla con la interpretación constitucional de esta norma. La Corte declaró inconstitucional la doctrina legal más probable. Además, esta norma debe ser interpretada de conformidad al artículo 243 de la Carta (cosa juzgada constitucional) y teniendo en cuenta el valor del precedente, de acuerdo a lo interpretado en la Sentencia C-836 de 2001.

La fuente de los principios generales de Derecho hay que interpretarla conforme a los principios fundamentales constitucionales consagrados en el título I de la Constitución Política de 1991.

3.2.2. Regulación constitucional de las fuentes del Derecho. La Corte Constitucional, en la sentencia C-479 de 1992, le dio carácter vinculante al preámbulo de constitución. Señala:

“El Preámbulo da sentido a los preceptos constitucionales y señala al Estado las metas hacia las cuales debe orientar su acción; el rumbo de las instituciones jurídicas.

Lejos de ser ajeno a la Constitución, el Preámbulo hace parte integrante de ella. Las normas pertenecientes a las demás jerarquías del sistema jurídico están sujetas a **toda** la Constitución y, si no pueden contravenir los mandatos contenidos en su articulado, menos aún les está permitida la transgresión de las bases sobre las cuales se soportan y a cuyas finalidades apuntan.

Considera la Corte que la preceptiva constitucional ha sido enderezada por el propio Constituyente a la realización de unos fines, al logro de unos cometidos superiores ambicionados por la sociedad, que cabalmente son los que plasma el Preámbulo y que justifican la creación y vigencia de las instituciones. Quitar eficacia jurídica al Preámbulo, llamado a guiar e iluminar el entendimiento de los mandatos constitucionales para que coincida con la teleología que les da sentido y coherencia, equivale a convertir esos valores en letra muerta, en vano propósito del Constituyente, toda vez que al desaparecer los cimientos del orden constitucional se hace estéril la decisión política soberana a cuyo amparo se ha establecido la Constitución.

Juzga la Corte Constitucional que el Preámbulo goza de **poder vinculante** en cuanto sustento del orden que la Carta instaure y, por tanto, toda norma -sea de índole legislativa o de otro nivel- que desconozca o quebrante cualquiera de los fines en él señalados, lesiona la Constitución porque traiciona sus principios”

Por lo tanto, todas normas de la Constitución, incluido el Preámbulo, son vinculantes tanto para los servidores públicos como para los particulares. En la Constitución hay que distinguir principios, valores y reglas constitucionales.

3.2.3. Reglas, principios y valores. Señala Dworkin (R. Dworkin, 2010), que el ordenamiento jurídico no se agota en estándares que funcionan como reglas, sino que en él es posible encontrar otros que operan como “principios, directrices políticas y otro tipo de pautas”, a los cuales llamó genéricamente *principios*. Estos tipos de estándares jurídicos, o bien proponen objetivos que han de ser alcanzados, o bien contienen exigencias de justicia, equidad o alguna otra dimensión de la moralidad.

La diferencia entre principios y reglas es para Dworkin una diferencia lógica. Las reglas son aplicables “a la manera disyuntiva. Si los hechos que estipula una regla están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión” (R. Dworkin, 2012), en cambio, los principios “no establecen consecuencias jurídicas que sigan automáticamente cuando se satisfacen las condiciones previstas”, puesto que ellos sólo enuncian razones pero no exigen decisiones particulares.

Los valores son considerados como normas abstractas y de tipo abierto que orientan la producción e interpretación de las demás normas, y en tal virtud fijan criterios de contenido para otras normas y por lo tanto prevalecen sobre los principios y sobre las reglas. Otra parte de la doctrina estima que los valores, son

normas que, al igual que los principios, determinan el contenido de las normas, y sólo se diferencian de éstos por su menor eficacia directa, aplicándose estrictamente en el momento de la interpretación. Los valores están formulados como cláusulas generales que determinan los criterios interpretativos del resto del ordenamiento (L. Parejo Alfonso 2001).

Los principios son normas que condicionan las demás normas, pero su grado de concreción y eficacia es mayor, al tener por si mismos carácter normativo. Por lo tanto los valores son más abstractos y abiertos que los principios.

En cuanto a las reglas, son disposiciones jurídicas en las que se “define, en forma general y abstracta, un supuesto de hecho y se determina la consecuencia o consecuencias jurídicas que se derivan de la realización del mismo; una disposición, pues, derechamente construida para regular u ordenar de forma directa la vida humana, la realidad social”(L. Parejo Alfonso, 2001).

Sobre la distinción entre reglas y principios, establece Alexy: “...las reglas son normas que, cuando se cumple el tipo de hecho, ordenan una consecuencia jurídica definitiva; es decir cuando se cumplen determinadas condiciones, ordenan, prohíben o permiten algo definitivamente o autorizan definitivamente hacer algo. Por lo tanto pueden ser llamados “mandatos definitivos”. Su forma de aplicación característica es la subsunción. En cuanto a los principios son mandatos de optimización. En tanto tales, son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, según las posibilidades fácticas y jurídicas. Esto significa que pueden ser realizados en diferente grado y que la medida d su realización depende no sólo de las posibilidades fácticas sino también jurídicas. Las posibilidades jurídicas de realización de un principio están determinadas esencialmente, a más de por las reglas, por los principios opuestos. Esto significa que los principios dependen de y requieren ponderación. La ponderación es la forma característica de aplicación de los principios.” (R. Alexy, 1994).

Según Alexy, la diferencia entre valores y principios se encuentra en que los primeros tienen un carácter axiológico, los segundos lo tienen deontológico. Los principios expresan un deber ser y se manifiestan a través de mandatos, prohibiciones, permisiones o derechos. Señala Alexy: “Lo que en el modelo de valores es *prima facie* lo mejor es, en el modelo de los principios, *prima facie* lo debido; y lo que en el modelo de los valores es definitivamente lo mejor es, en el modelo de los principios, definitivamente lo debido”. (Alexy, 1994).

Los valores representan, como lo ha dicho la Corte Constitucional “el catálogo axiológico a partir del cual se deriva el sentido y la finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico”. Los principios constitucionales, “a diferencia de los valores que establecen fines, consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional” (Sentencia C-546 de 1992)

Cuando se presentan antinomias constitucionales hay que tratar de armonizar los principios o las normas en conflicto, cuando surgen conflictos entre principios se debe acudir a la ponderación para lograr la armonización (Sentencia C-1287 DE 2001). El título I consagra los *principios fundamentales* como las bases de la organización política, los fines esenciales del Estado, la misión de las autoridades constituidas, el concepto de soberanía, la primacía de los derechos inalienables de las personas, etc. afirmaciones hechas por la corte en reiteradas jurisprudencias, tales como T-406 de 1992, C-546 de 1992, T-079 de 1995, C-445 de 1999, C-690 de 1996 y C-126 de 1998.

3.2.4. Las fuentes de Derecho y su jerarquía según la jurisprudencia. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido que la Constitución y las Sentencias de la Corte Constitucional que la interpretan constituyen fuente de

Derecho. Ha señalado la Corte: “La Constitución está concebida de tal manera que la parte orgánica de la misma solo adquiere sentido y razón de ser como aplicación y puesta en obra de los principios y de los derechos inscritos en la parte dogmática de la misma. La carta de derechos, la nacionalidad, la participación ciudadana, la estructura del Estado, las funciones de los poderes, los mecanismos de control, las elecciones, la organización territorial y los mecanismos de reforma, se comprenden y justifican como transmisión instrumental de los principios y valores constitucionales. No es posible, entonces, interpretar una institución o un procedimiento previsto por la Constitución por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales” (Sentencia T-406 de 1992).

Ahora bien, frente al contenido del artículo 230 de la C.P., que establece: “Los jueces en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.”

La jurisprudencia constitucional se ha encargado de precisar este artículo. Sus principales interpretaciones respecto de las fuentes del Derecho y su jerarquía, se pueden resumir en los siguientes términos:

1. Sentencia C-486 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.- La corte señaló que al decir el artículo 230 superior, que los jueces sólo están sometidos al imperio de la ley, incluye desde luego a la Constitución como norma de normas de conformidad con lo señalado por el artículo 4 de la C.P. Además que esa norma no busco finalidad excluir la costumbre. Por lo tanto el artículo 230 de la Constitución incluye como fuentes del Derecho, a la Constitución, la Ley y la costumbre supletoria.
2. Sentencia 224 de 1994 M.P Jorge Arango Mejía. La Corte declaro exequible el artículo 13 de la Ley 153 de 1887, y afirmó:” Negarle al pueblo la posibilidad de

crear el derecho objetivo representado en la costumbre, sería ir en contra de los principios de la Constitución de 1991 en lo relativo a la democracia participativa. Y sería paradójico que la costumbre, permitida por las constituciones anteriores que consagraban la democracia representativa, estuviera proscrita en la actual. Hay quienes sostienen que la costumbre alcanza a derogar la ley que le es contraria. Entre nosotros, como ya se advirtió, esto no es posible, por expresa prohibición legal, aunque fácilmente puede comprobarse la existencia de leyes que el paso del tiempo ha excluido de la vida social. Para la Corte Constitucional es claro que el inciso primero del artículo 230 no tuvo la finalidad de excluir la costumbre del ordenamiento jurídico. Lo que se buscó fue afirmar la autonomía de los jueces, poner de presente que su misión se limita a aplicar el derecho objetivo, haciendo a un lado toda consideración diferente y todo poder extraño. No sobra advertir que habrá casos en que el juez deba aplicar los principios generales del derecho, que el inciso segundo llama criterios auxiliares, haciendo a un lado el texto de la ley, para no incurrir en el pecado que señala el aforismo latino: derecho estricto, injusticia suprema. Se dice esto para indicar que no puede considerarse al juez como un autómatas, esclavo de la norma estricta. Por ley debe entenderse el ordenamiento jurídico como un todo. Lo dicho hasta ahora permite afirmar que el artículo 13 de la ley 153 de 1887 en cuanto reconoce fuerza de la ley a la costumbre *praeter legem*, no es contrario a la Constitución. Y con mayor razón puede decirse que la costumbre **secundan legem** se ajusta a la Constitución, porque en este caso su fuerza proviene de la propia ley que se remite a ella.”

3. Sentencia C-113 DE 1993. M.P. Jorge Arango Mejía, sobre el contenido del artículo 21 del decreto 2067 de 1991, aclaro el valor de la cosa juzgada constitucional, al señalar:” La facultad de señalar los efectos de sus propios fallos, de conformidad con la Constitución, nace para la Corte Constitucional de la misión que le confía el inciso primero del artículo 241, de guardar

la "integridad y supremacía de la Constitución", porque para cumplirla, el paso previo e indispensable es la interpretación que se hace en la sentencia que debe señalar sus propios efectos. No hay que olvidar que, según el artículo 5 de la Constitución, el Estado reconoce la primacía de los derechos inalienables de la persona, reconocimiento obligatorio para la Corte Constitucional, como para todas las autoridades pero con mayor fuerza. Por ello, recortar, mediante una norma de inferior jerarquía, la facultad que la Corte tiene de fijar el contenido de sus sentencias, podría impedirle defender los derechos de los súbditos frente a las autoridades. Salta a la vista que el Presidente de la República se excedió en el ejercicio de las facultades que le confirió la Asamblea Nacional Constituyente, pues éstas se le confirieron para dictar el "régimen procedimental", dentro del cual, como se explicó, no están, no pueden estar, comprendidos los efectos de las sentencias ejecutoriadas dictadas en asuntos de constitucionalidad.

Si al aclarar la sentencia se restringen o se amplían los alcances de la decisión, o se cambian los motivos en que se basa, se estará en realidad no ante una aclaración de un fallo, sino ante uno nuevo. Hipótesis esta última **que pugna con el principio de la cosa juzgada, y atenta**, por lo mismo, **contra la seguridad jurídica**. Hay que tener en cuenta que ninguna de las normas de la Constitución que reglamentan la jurisdicción constitucional, confiere a la Corte la facultad de aclarar sus sentencias. Ni en las once funciones descritas en el artículo 241, ni en ninguna otra norma constitucional, se asigna a la Corte Constitucional la facultad de servir de órgano consultivo a los jueces. Y tampoco hay norma constitucional que les permita a éstos elevar tales consultas. De otra parte, la posibilidad de aclarar " los alcances de su fallo ", no sólo **atenta contra la cosa juzgada**, sino que **es contraria a la seguridad jurídica**, uno de los fines fundamentales del derecho. Además, la existencia de múltiples aclaraciones, haría desordenada y caótica la jurisprudencia de la Corte. Sin que sobre

advertir que si la ley, según la ficción universalmente aceptada, es conocida por todos, con mayor razón hay lugar a presumir que los jueces, generalmente graduados en Derecho, tienen la suficiente formación jurídica para leer y entender las sentencias de la Corte. Lo cual explica porqué la norma comentada, a más de ser inexecutable, es inútil.”

4. La sentencia C-131 de 1993. M.P. Alejandro Martínez Caballero, se pronunció sobre el artículo 23 del decreto 2067 de 1991, que estableció que “La doctrina constitucional enunciada en las sentencias de la Corte Constitucional, mientras no sea modificada por ésta, será criterio auxiliar obligatorio para las autoridades y corrige la jurisprudencia”

La Corte afirmó en esa oportunidad: “La sentencia de la Corte Constitucional es para un juez fuente obligatoria. Únicamente una parte de sus sentencias posee el carácter de cosa juzgada. Poseen tal carácter algunos apartes de las sentencias en forma explícita y otros en forma implícita. Goza de cosa juzgada explícita la parte resolutive de las sentencias, por expresa disposición del artículo 243 de la Constitución y goza de cosa juzgada implícita los conceptos de la parte motiva que guarden una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia, de tal forma que no se pueda entender éste sin la alusión a aquéllos. La parte motiva de una sentencia de constitucionalidad tiene en principio el valor que la Constitución le asigna a la doctrina en el inciso segundo del artículo 230: criterio auxiliar -no obligatorio-, esto es, ella se considera obiter dicta. Distinta suerte corren los fundamentos contenidos en las sentencias de la Corte Constitucional que guarden relación directa con la parte resolutive, así como los que la Corporación misma indique, pues tales argumentos, en la medida en que tengan un nexo causal con la parte resolutive, son también obligatorios y, en esas condiciones, deben ser observados por las autoridades y corrigen la jurisprudencia. La ratio iuris se encuentra en la fuerza de la cosa juzgada implícita de la parte motiva de las

sentencias de la Corte Constitucional, que consiste en esta Corporación realiza en la parte motiva de sus fallos una confrontación de la norma revisada con la totalidad de los preceptos de la Constitución Política. La palabra "obligatorio" del artículo 23 del Decreto 2067 de 1991 se opone a los artículos 241 y 230 de la Constitución”.

5. La sentencia C-083 de 1995 M.P. Carlos Gaviria Díaz, LA Corte al estudiar la exequibilidad del artículo 8 de la Ley 153 de 1887, distinguió entre jurisprudencia constitucional y doctrina constitucional:

“Al señalar a las normas constitucionales como fundamento de los fallos, a falta de ley, se agregue una cualificación adicional, consistente en que el sentido de dichas normas, su alcance y pertinencia, hayan sido fijados por quien haga las veces de intérprete autorizado de la Constitución. Que, de ese modo, la aplicación de las normas superiores esté tamizada por la elaboración doctrinaria que de ellas haya hecho su intérprete supremo. Como la Constitución es derecho legislado por excelencia, quien aplica la Constitución aplica la ley, en su expresión más primigenia y genuina. Es preciso aclarar que no es la jurisprudencia la que aquí se consagra como fuente obligatoria. Si el juez tiene dudas sobre la constitucionalidad de la ley, el criterio del intérprete supremo de la Carta deba guiar su decisión. Es claro eso sí que, salvo las decisiones que hacen tránsito a la cosa juzgada, las interpretaciones de la Corte constituyen para el fallador valiosa pauta auxiliar, pero en modo alguno criterio obligatorio, en armonía con lo establecido por el artículo 230 Superior.”

6. Sentencia C-037 DE 1996. M.P. Vladimiro Naranjo Meza, la Corte se pronuncia sobre el artículo 48 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270 de 1996), que establecía:”Solo la interpretación que por vía de autoridad hace el Congreso de la República tiene carácter obligatorio general”. La Corte

en su pronunciamiento, declaro inconstitucional las expresiones “solo” y el “Congreso de la República”, por lo cual actualmente tanto la Corte Constitucional como el Congreso interpretan por vía obligatoria la ley. En cuanto a los efectos de las sentencias de la Corte, dijo que las sentencias de tutela tienen efectos interpartes, pero la doctrina constitucional que define el alcance de los derechos constitucionales debe ser seguida por los jueces en virtud del principio de igualdad en la aplicación del Derecho. Si los jueces se separan de la doctrina constitucional deben indicarlo expresamente, so pena de infringir el principio de igualdad, dando origen a la obligatoriedad del precedente judicial.

7. En la sentencia SU-047 de 1999, MM. PP., Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero, la Corte hace un estudio de los elementos que constituirían el fundamento del precedente, haciendo una distinción entre la parte resolutoria de la sentencia (decisum) que es obligatoria y los dicta, que son las argumentaciones que no inciden definitivamente en la decisión y que no son obligatorias, y ratio decidendi, el principio esencial que es el fundamento de la decisión. Lo que obliga como precedente según la Corte es únicamente la ratio decid

3.3. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD PRIVADA Y LA LIBERTAD CONTRACTUAL SEGÚN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Veamos a continuación el recuento de la posición de la Corte, expresado en la Sentencia C-186 de 2011, M.P. Humberto Sierra Porto:

“En reiteradas ocasiones esta Corporación se ha pronunciado sobre la autonomía la voluntad privada. A continuación se hará una breve síntesis de los principales pronunciamientos sobre la materia.

En primer lugar la jurisprudencia se ha referido al origen de la figura y ha señalado se trata de un postulado formulado por la doctrina civilista francesa a mediados de los Siglos XVIII y XIX, que ha sido definido como “[E]l poder otorgado por el Estado a los particulares para crear, dentro de los límites legales, normas jurídicas para la autorregulación de sus intereses” (Luigi Ferri. La autonomía privada. *Revista de Derecho Privado. Madrid.1957. Pág. 8*) Igualmente ha indicado que esta institución tiene claros fundamentos filosóficos pues se trata de una expresión del pensamiento liberal de la segunda mitad del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX,(El tratado de *La théorie des obligations* de Jean Pineau atribuye completamente esta teoría a Kant, mientras que el Tratado en derecho de las obligaciones de Jean-Louis Baudouin ve en los enciclopedistas, específicamente en Diderot y Rousseau, sus creadores, a los cuales posteriormente agregaría Hobbes, Voltaire y Grocio. Veronique Ranouil (*L'autonomie de la volonté: naissance et évolution d'un concept*, Paris, Presses Universitaires de France, 1980 p. 13), hace remontar la aparición de este concepto al siglo XVI con Suárez y su desarrollo a al siglo XVII con Grocio, Hobbes, Pufendorf, Locke y Thomassius.) cuyo punto de partida era la teoría de los derechos naturales del individuo, es decir, la idea de unas libertades previas a la existencia del Estado. Desde la perspectiva liberal se consideró que la autonomía de la voluntad privada era el mejor medio para establecer relaciones útiles y justas entre los individuos. En efecto se consideraba que los individuos libres e iguales están en plena capacidad de velar por sus propios intereses, en consecuencia las reglas consentidas por ellos serían las mejores para asegurar su propio bienestar.

El principio de autonomía de la voluntad así formulado sería rápidamente reconocido por los ordenamientos jurídicos, especialmente por el *Code Civil* francés y tendría consecuencias inmediatas en materia contractual: las condiciones de fondo y de forma de los contratos, se edifican sobre la expresión del consentimiento, igualmente la fuerza obligatoria de los convenios privados se explica por el respeto de las voluntades individuales. Las intervenciones externas

ajenas a la voluntad de las partes, tales como políticas legislativas o la revisión judicial se veían como una amenaza al equilibrio inherente de los intereses privados presentes en los acuerdos privados. Finalmente, todo contrato libremente consentido se consideraba por definición conforme a la justicia y al interés general, porque “*Qui dit contractuel dit juste*”-(*Quien dijo contractual, dijo justo*”, expresión atribuida al filósofo francés Alfred Fouillée, al respecto puede consultarse a Louise Rolan, «*Qui dit contractuel, dit juste.*» (*Fouillée*) ... *en trois petits bonds, à reculons*, en *Mc Gill Law Journal* V.51, 2006.) Como ha señalado esta Corporación esta *concepción racionalista* de la autonomía de la voluntad privada, edificada alrededor de los postulados del *Estado liberal*, se manifestaba en las siguientes características: (i) El reconocimiento de una plena libertad para contratar o no, en principio en virtud del solo consentimiento; (ii) la libertad de los individuos de determinar el contenido de sus obligaciones y de los derechos correlativos, con el límite del orden público, entendido de manera general como la seguridad, la salubridad y la moralidad públicas, y de las buenas costumbres; (iii) la actividad comercial se dirigía exclusivamente a la regulación de los intereses particulares, es decir, a la consecución de un estado de felicidad individual; (iv) en caso de duda, en la interpretación de una manifestación de voluntad, siempre debía estarse a la voluntad de los contratantes, sin que el juez pudiese proceder a determinar otro tipo de efectos jurídicos. Desde esta perspectiva el rol estatal se limitaba a: (i) la consagración de una cláusula general que permitiera a los particulares ejercer su libertad contractual; (ii) la interpretación de la voluntad de los agentes en caso de duda o ambigüedad en los acuerdos de voluntades celebrados por los particulares y; (iii) la sanción coercitiva en caso de su incumplimiento. (Cfr. Sentencias C-341 de 2006 f. j. 14 y T-668 de 2003 f. j. 14.)

Empero desde la segunda mitad del siglo XIX, con la paulatina evolución del modelo de Estado liberal de derecho al Estado social de derecho, y el reconocimiento de un creciente poder de intervención estatal en la economía para proteger el interés general y los derechos de los sectores más necesitados de la

población, se ha ido limitando de manera creciente el principio de autonomía de la voluntad y de contera la libertad contractual de los particulares. Por tanto, según ha dicho la Corte Constitucional *“se puede afirmar que en la actualidad el principio de la autonomía de la voluntad privada mantiene su vigencia pero con restricciones o, visto de otro modo, se conserva como regla general pero tiene excepciones.”*(Sentencias C-341 DE 2006 Y t-668 DE 2003)

Surge entonces lo que se ha denominado la *concepción moderna* de la autonomía de la voluntad privada-(Sentencia T-668 de 2003), que supone la existencia de un *poder dispositivo* de regulación, pero sometido a la intervención normativa del Estado, de suerte que *“lejos de entrañar un poder absoluto e ilimitado de regulación de los intereses de los particulares, como era lo propio del liberalismo individualista, se encuentra sometido a la realización de la función social de la propiedad privada y de las libertades básicas de la economía de mercado.”* (Sentencia T-668 de 2003)

Así, según ha reconocido esta Corporación actualmente la autonomía de la voluntad privada se manifiesta de la siguiente manera: (i) En la existencia de libertad contractual sujeta a especiales restricciones cuando por ejemplo están en juego derechos fundamentales-(sentencia C-1158 DE 2008), se trata de servicios públicos-(Sentencias T-668 DE 2003, C-341 Y C-993 DE 2006), una de las partes ocupe una posición dominante o los acuerdos versen sobre prácticas restrictivas de la competencia; (ii) se entiende que el ejercicio de la autonomía de la voluntad y la libertad contractual persigue no sólo el interés particular sino también el interés público o bienestar común; (iii) corresponde al Estado intervenir para controlar la producción de efectos jurídicos o económicos, con el propósito de evitar el abuso de los derechos; (iv) el papel del juez consiste en velar por la efectiva protección de los derechos de las partes, sin atender exclusivamente la intención de los contratantes-(sentencia T-668 de 2003)

El ordenamiento jurídico colombiano no ha sido ajeno a esta evolución, inicialmente la autonomía de la voluntad privada no aparecía reconocida en las constituciones del siglo XIX, no obstante se entendía que se derivaba del conjunto de libertades reconocidas en dichos cuerpos normativos. Así por ejemplo, la Constitución de 1886 en su texto original reconocía en el artículo 31 *“los derechos adquiridos con justo título con arreglo a las leyes civiles”*, el artículo 37 establecía que no habría en el territorio nacional *“bienes raíces que no sean de libre enajenación ni obligaciones irredimibles”* y el artículo 44 consagraba la libertad de ocupación u oficio pero otorgaba a las autoridades la facultad de inspección en lo relativo a la moralidad, la seguridad y la salubridad públicas.

El reconocimiento más claro de la autonomía de la voluntad, al menos en su manifestación como libertad contractual, aparece en el artículo 1602 del Código Civil, cuyo tenor literal es el siguiente: *“todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*, el mismo ordenamiento señala límites para su ejercicio pues su artículo 16 indica que *“no podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres”*.

Sin embargo, a partir del Acto Legislativo 01 de 1918 se inicia un creciente reconocimiento de intervención estatal en la economía proceso que recibiría un renovado impulso a partir del Acto Legislativo No. 1 de 1936, que consagró la función social de la propiedad (Art. 10) y creó las bases para la intervención del Estado en las actividades económicas de los particulares (Art. 11) y que luego sería completado por la reforma constitucional de 1968 que, por una parte, reconoce expresamente la libertad de empresa y la libre iniciativa privada, dentro de los límites del bien común (Art. 6 del Acto Legislativo 01 de 1968), pero simultáneamente reserva al Estado la dirección general de la economía y lo

autoriza a intervenir en todas las actividades económicas con el propósito de lograr el desarrollo integral.

Según ha manifestado esta Corporación la autonomía de la voluntad privada goza de sustento constitucional de 1991. En efecto, este principio se deriva de la interpretación sistemática del texto constitucional, a partir de distintos derechos reconocidos en la Carta Política, a saber: el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (Art. 14), el derecho al libre desarrollo de la personalidad (Art. 16)-(Sentencia C-738 de 2002) el derecho a la propiedad privada (Art. 58), la libertad de asociación (Arts. 38 y 39), la libertad económica, la libre iniciativa privada y la libertad de empresa (Art. 333), los cuales les confieren a los asociados *“la potestad de crear, modificar y extinguir relaciones jurídicas”* (sentencia T-688 de 2003)

Así ha sostenido esta Corporación que *“[d]icha autonomía se convierte en un derecho íntimamente ligado y vinculado a la dignidad de la persona humana, ya que se erige en el instrumento principal e idóneo para la satisfacción de las necesidades básicas, mediante el poder que le otorga el ordenamiento positivo para regular sus propios intereses en el tráfico jurídico. De ahí que, en la actualidad, se estime que es indispensable conferir un cierto grado razonable de autorregulación a los asociados, a través del reconocimiento de un núcleo esencial de libertad contractual, destinado a suplir la imposibilidad física, técnica y jurídica del Estado para prever ex - ante todas las necesidades de las personas”* (sentencia T-668 de 2003)

Ahora bien, bajo el marco normativo de la Constitución de 1991, la autonomía de la voluntad privada no se concibe como un simple poder subjetivo de autorregulación de los intereses privados, *“sino como el medio efectivo para realizar los fines correctores del Estado Social, a través del mejoramiento de la dinámica propia del mercado”* (sentencia T-688 de 2003) de manera tal que debe

entenderse limitada y conformada por el principio de dignidad humana, los derechos fundamentales de las personas, la prevalencia del interés general, la función social de la propiedad (Art. 58), el bien común como límite a la libre iniciativa privada, la función social de la empresa (Art. 333), la dirección general de la economía a cargo del Estado y los poderes estatales de intervención económica (Art. 334).

Sobre este tópico la Corte Constitucional en la sentencia SU-157 de 1999 sostuvo que:

La autonomía de la voluntad privada y, como consecuencia de ella, la libertad contractual gozan entonces de garantía constitucional. Sin embargo, como en múltiples providencias esta Corporación lo ha señalado, aquellas libertades están sometidas a condiciones y límites que le son impuestos, también constitucionalmente, por las exigencias propias del Estado social, el interés público y por el respeto de los derechos fundamentales de otras personas (...)

Por lo tanto en el ordenamiento jurídico colombiano la autonomía de la voluntad privada debe entenderse como un principio que puede ser limitado por causa del interés social o público y el respeto de los derechos fundamentales derivados de la dignidad humana.

De conformidad con el artículo 116 constitucional *“los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de (...) árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”*. El arbitramento constituye 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”*-(sentencia C-242 de 1997) De acuerdo con la jurisprudencia de esta

Corporación, sus características centrales son las siguientes²-(sentencias c-330 de 2000, c-1038 de 2002 y c-713 de 2008, entre otras)

(i) Se trata de un mecanismo alternativo de solución de conflictos autorizado por la Constitución (art.116 CP), por medio del cual, previa autorización del Legislador, las partes pueden investir a los particulares de la función de administrar justicia.

(ii) Se rige por el principio de voluntariedad o libre habilitación (art.116 CP), lo cual supone que *"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"*³-(sentencia c-294 de 1995). De esta manera, *"la voluntad de las partes activa tanto la jurisdicción arbitral como las competencias y atribuciones de las personas que obrarán como árbitros"*-(sentencia c-1038 de 2002). No obstante, la jurisprudencia ha advertido que *"si bien el acceso a la justicia arbitral es voluntario, la función de administración de justicia por árbitros deberá desarrollarse ´en los términos que determine la ley´ (C.P. art. 116)*-(sentencias C-163 de 1999. Posición reiterada, entre otras, en Sentencias C-1038 de 2002 y C-961 de 2006)

(iii) Es un mecanismo de carácter temporal (art.116 CP), porque su existencia se da solamente para la resolución del caso específico sometido a consideración de los árbitros. En palabras de la Corte, *"no es concebible que el ejercicio de la jurisdicción, como función estatal, se desplace de manera permanente y general a los árbitros y conciliadores (C.P. art. 113)"*-(Sentencia T-057 DE 1995)

(iv) Es excepcional, pues así lo establece expresamente el artículo 116 de la Carta. Sin embargo, más allá del argumento normativo, esta característica se explica si se tiene en cuenta que *"existen bienes jurídicos cuya disposición no puede dejarse al arbitrio de un particular, así haya sido voluntariamente designado por las partes enfrentadas"*-(Sentencia C- 060 de 2001)

(v) Es una institución de orden procesal, lo cual significa que el arbitramento *“garantiza los derechos de las partes enfrentadas disponiendo de una serie de etapas y oportunidades para la discusión de los argumentos, la valoración de las pruebas aportadas y, aún, la propia revisión de los pronunciamientos hechos por los árbitros”*(Sentencia C-330 de 2000)

Por otra parte el Constituyente otorgó al Legislador un amplio margen de configuración en materia de arbitraje, pues el artículo 116 de la Constitución es claro en autorizar su existencia *“en los términos que determine la ley”*. Así lo ha reconocido insistentemente esta Corporación-(Sentencias C-242 de 1997, C-098 de 2001, entre otras) Sin embargo, la jurisprudencia constitucional también ha advertido que *“la intervención del legislador en esta materia, pese a ser discrecional, no puede convertir en inane la opción que el Constituyente otorgó a los sujetos involucrados en un conflicto de acceder a mecanismos alternos de administración de justicia”*-(Sentencia C-098 de 2001)

Ahora bien, la jurisprudencia de esta Corporación ha concebido el arbitramento como una modalidad por medio de la cual se ejerce función jurisdiccional, lo que visto desde otra perspectiva significa que se trata un mecanismo que permite la realización material del derecho de acceso a la administración de justicia.

Así, en la sentencia C-014 de 2010 se indica que *“es recurrente encontrar en las sentencias de la Corte afirmaciones en el sentido de que “el arbitraje es una de las posibilidades a través de las cuales los particulares administran justicia”*-(Sentencia C-330/00); *que el arbitramento es un instituto “fundamental dentro de la administración de justicia (Sentencia C-098/01)¹ y “supone el ejercicio de la función jurisdiccional por particulares (Sentencia C-378/08)¹. Los árbitros “una vez integrado o constituido el Tribunal,...quedan investidos de la facultad o poder de administrar justicia (Sentencia C-431/95) Como consecuencia de ello, el laudo arbitral se equipara a un acto jurisdiccional que hace tránsito a cosa juzgada, “es*

eminentemente jurisdiccional y la única diferencia con la justicia administrada por los tribunales y jueces de la república es que en el caso de los árbitros, “tienen que estar habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad”

Por lo tanto el arbitramento es una forma constitucionalmente legítima de ejercer jurisdicción, cuando así lo ha previsto la ley, por lo tanto *“el arbitramento es administración de justicia y una norma que disponga la posibilidad de acudir a él, más que restringir el derecho de acceso a la administración de justicia, lo realiza”*

Así mismo, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que el principio de la autonomía de la voluntad privada es el fundamento del arbitramento, pues *“si los sujetos de derecho, según las regulaciones legales, tienen la capacidad de gobernar sus derechos según les plazca, siéndoles posible adquirirlos, gozarlos, gravarlos, transferirlos, o extinguirlos, posible también les es acordar la solución de los conflictos que comprometen sus derechos subjetivos”* Sobre este particular concluyó la Corte en la sentencia SU-174 de 2007:

El anterior recuento jurisprudencial demuestra, en síntesis, la importancia dada por la Constitución a la autonomía de las partes como fundamento del origen de cada proceso arbitral, y que el principio de habilitación voluntaria de la justicia arbitral por las partes ha sido uno de los ejes cardinales de la doctrina constitucional sobre el tema, en aplicación del artículo 116 de la Carta. Incluso el Legislador debe respetar la autonomía de la voluntad de las partes. La Corte ha concluido que son contrarias a este principio esencial que determina el origen, los alcances, el ámbito y los efectos del arbitramento las normas legales que (i) imponen a los particulares en determinados contextos la obligación de acudir al arbitraje; (ii) exigen a ciertas empresas estatales someter las diferencias que puedan surgir en los contratos que celebran a procesos arbitrales; (iii) obligan a las partes en ciertos tipos de contratos a incluir una cláusula compromisoria; o (iv) atribuyen funciones arbitrales a

entidades o individuos que no han sido expresamente habilitados por las partes en ejercicio de su voluntad libre y autónoma.

En la Sentencia SU-174 de 2007 se hizo un detallado recuento de todos los casos en los que la Corte ha declarado inexecutable normas legales que imponían la obligación de acudir a la justicia arbitral sin que ello dependiera de la voluntad de las partes involucradas. Así lo hizo en casos relativos a las empresas de servicios público¹, a los contratos para créditos de vivienda con entidades financieras, y a las relaciones entre los concesionarios de televisión y las empresas de servicios públicos para el uso de infraestructura pública². También fueron declaradas inexecutable normas que atribuían funciones propiamente jurisdiccionales a los Centros de Arbitraje dentro de la etapa pre-arbitral, porque la Corte consideró que tal atribución de funciones no emanaba directa o tácitamente de la voluntad de las partes en conflicto³.

Por otra, parte no todas las cuestiones litigiosas pueden ser sometidas a arbitramento. Como ha señalado esta Corporación “[e]n términos generales, únicamente se pueden sujetar a este tipo de procedimiento los asuntos de naturaleza transigible, que pueden ser objeto de libre disposición, negociación o renuncia por las partes en conflicto y, en consecuencia, se incluyen dentro de la órbita de su voluntad. En distintas providencias se han identificado algunas controversias reservadas a la jurisdicción permanente del Estado. Por ejemplo, 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 persona. Luego, 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. También han sido incluidos en esta categoría, el conjunto de derechos mínimos de los trabajadores²

Por otra parte con ocasión del examen de constitucionalidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993 (Estatuto de Contratación Estatal), que regulan el tema del arbitramento en los contratos administrativos, la Corte Constitucional en la sentencia C-1436 de 2000 precisó el alcance del arbitramento en esta materia. La Corte reiteró, en primer lugar, que de la definición legal del arbitramento, se infiere que la competencia de los árbitros es restringida por límites materiales atinentes al asunto objeto de arbitramento, dado que sólo pueden pronunciarse sobre materias transigible³. En ese orden de ideas, se afirmó que los árbitros no pueden pronunciarse sobre asuntos que involucran el orden público, la soberanía nacional o el orden constitucional, que están reservados por su naturaleza a la decisión de los órganos jurisdiccionales del Estado⁴.

A continuación, la Corte explicó que el control de legalidad de los actos administrativos es ejercido por el Estado, a través de la jurisdicción contencioso administrativa, la que goza de la autonomía e independencia requeridos para desvirtuar la presunción de legalidad que los cobija. Sostuvo esta Corporación que el control de legalidad de los actos administrativos es una facultad exclusiva del Estado en cabeza de la jurisdicción contencioso administrativa, que no puede ser derogada por los particulares por medio de un pacto arbitral; por lo tanto los árbitros sólo se pueden pronunciar sobre los aspectos de los que pueden disponer las partes en conflicto, que no incluyen este aspecto del orden jurídico, el cual atañe al orden público normativo. Esta postura, afirmó la Corte, ha sido sostenida por la Corte Suprema de Justicia y por el Consejo de Estado.

Se tiene entonces que del mismo modo que la autonomía de la voluntad puede ser limitada en aras de proteger el interés general, el orden público o los derechos fundamentales, los acuerdos que celebren las personas para acudir al

arbitramento como mecanismo de solución de controversias jurídicas están sometidas igualmente a tales restricciones. Las cuales no han de ser impuestas mediante ley estatutaria porque en la mayoría de los casos previamente mencionados la jurisprudencia constitucional avaló la constitucionalidad de las restricciones a la autonomía de la voluntad, en materia de suscribir acuerdos dirigidos a someter conflictos entre particulares a la justicia arbitral, establecidas mediante leyes ordinarias.

4. ANALISIS DE LOS LAUDOS ARBITRALES PROFERIDOS ENTRE LOS AÑOS 2010 A 2012. CENTRO DE COENCILIACION Y ARBITRAJE, CVAMARA DE COMERCIO, BUCARAMANGA

Una vez realizado el estudio del contenido de los laudos arbitrales, proferidos dentro de los Tribunales fallados en la Cámara de Comercio de Bucaramanga, dentro de los años 2010, 2011 y 2012, se pudo evidenciar el trabajo argumentativo y de fundamentación de acuerdo con lo que se exponen en este capítulo.

En primer lugar, se pudo rastrear como evidente, que en la mayoría de los laudos estudiados, los jueces utilizan como única fuente del derecho la ley, sea esta entendida como las cláusulas contractuales, el contrato es ley para las partes, o el contenido de las normas legales que dan un fundamento jurídico al conflicto en estudio, utilizando primariamente las disposiciones pertinentes de los Códigos Civil y Comercial. Esta metodología es la utilizada con mayor frecuencia en los laudos estudiados.

Con menor frecuencia, pero dejando un rastro evidente, pudimos comprobar que los jueces utilizan la jurisprudencia, sobre todo de la Corte Suprema de Justicia, y en menor medida del Concejo de Estado, pero no en un sentido creador de derecho, o buscando un criterio amplio de interpretación de las relaciones jurídicas en estudio, sino fundamentalmente para reforzar el criterio empleado por los árbitros en el momento de aplicar el derecho.

En muy contados casos, se encontró que la labor de los jueces, además de remitirse a la interpretación del contenido de las cláusulas contractuales, de la ley y de la jurisprudencia iusprivatista, acuden a la doctrina, mayoritariamente nacional, para reforzar su manera de entender algunas instituciones jurídicas;

encontramos citas de autores nacionales tales como: Jaime Arrubla, Alberto Tamayo, Antonio Bohorquez, Bonivento Fernandez, Suescún Melo, Narvaez Garcia, Emilsen Gonzalez de Cancino, Guillermo Ospina, entre otros y se destaca como fuente primordial de la doctrina extranjera a Emilio Betti, Ghuestin Jacques.

Aproximándonos a buscar las causas de que dentro del trámite y resolución de los procedimientos arbitrales, no se haga referencia a los derechos fundamentales, o a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, podríamos señalar en primera instancia, que por tener un origen contractual este procedimiento, de manera particular la cláusula compromisoria, inmersa dentro de un contrato, en la que se establecen los asuntos sometidos a su trámite, las partes y los árbitros enfocan su actividad a determinar la competencia, así como a realizar el estudio de las cláusulas contractuales que han dado origen a la controversia.

En ese orden de ideas, la actividad hermenéutica se centra, casi exclusivamente, a establecer cómo los hechos se subsumen dentro de las normas correspondientes de los Códigos Civil y Comercial, y si bien esta implica de alguna manera una interpretación, no es una labor especialmente rica en argumentación hermenéutica.

De otro lado, puede existir temor infundado de parte de los árbitros, de construir pronunciamientos jurídicos por fuera de las peticiones exegéticamente planteadas por las partes, tanto en la presentación de la demanda, como en la respuesta a la misma, cuidándose de no incurrir en la causal de nulidad contemplada en la causal 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998. Por lo expuesto es clara la actividad abiertamente positivista y legocéntrico que se desarrolla alrededor del procedimiento arbitral.

Esta situación se puede explicar, entre otras razones, por la limitación que tienen los jueces, porque su pronunciamiento está determinado por las peticiones de las

partes, de un lado, y lo que estimo tiene un mayor peso, es la naturaleza misma de la institución arbitral..

El procedimiento arbitral, se origina en la denominada clausula compromisoria, que se pacta dentro de un contrato, el que se rige por la voluntad de la partes, y que en dicha cláusula se especifica de forma taxativa, cuales son las materias que pueden dar inicio a un proceso arbitral, y que la primera actividad hermética que se lleva a cabo por los árbitros, es determinar su competencia a partir de lo que las partes consignan en dicha cláusula y que siempre el objeto versa sobre la interpretación, ejecución, terminación, etc.. del contrato, la fuente prevalente que genera derecho, será, en principio derivada de la autonomía de la voluntad de las partes.

De otro lado, si se pudo establecer, que una vez se termina el procedimiento arbitral, con el correspondiente laudo, surgen dos mecanismos con una presencia cada vez mayor a partir de los años 2011 y 2012; Recurrir al la acción de nulidad ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, y posteriormente acción de tutela contra el fallo del Tribunal que niega el recurso de nulidad.

Anqué no corresponda al periodo propuesto para el estudio, debo hacer referencia, dos procesos fallados ya dentro del año 2013. El primero de ellos es una nulidad parcial, decreta por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, Sala Civil de Familia¹⁰⁸

De otro lado una acción de tutela muy recientemente fallada por el Tribunal Superior de Bucaramanga,¹⁰⁹ se nos muestra como la primera acción de tutela

¹⁰⁸ Sentencia de 24 de julio de 2013, M.P. Antonio Bohórquez Orduz. Recurso de nulidad interpuesto dentro del proceso arbitral de la ORGANIZACIÓN TERPEL contra HEBERT LTDA.

¹⁰⁹ ACCIÓN DE TUTELA, primera instantancia. Radicado 535-2013 . Accionante MIRIAM DIAZ PLATA, Accionados TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE LA CAMARA DE COMERCIO DE BUCARAMANGA.

fallada favorablemente, en esta jurisdicción, la que obliga al tribunal a rehacer el laudo. Correspondiente

Se pregunta el Tribunal al entrar a resolver la acción de tutela, si ella es un medio idóneo para declarar la nulidad del laudo arbitral proferido por el Tribunal de Arbitramento, teniendo en cuenta que ya se interpuso por la parte interesada el recurso de anulación ante el mismo Tribunal y se le resolvió negativamente, para a continuación indagar si la falta de valoración y la valoración inadecuada de las pruebas aportadas al proceso, implican una violación a los derechos fundamentales de la accionante. Estos aspectos son señalados por el Tribunal, como primer problema jurídico.

En su estudio la Sala, analiza, en primera instancia la procedencia de la acción de tutela contra laudos arbitrales, y para ello busca fundamento en la Sentencia T.-790 de 2010, en la que se señala que la justicia arbitral a las reglas básicas de todo proceso, como el respeto a los derechos fundamentales de las partes, especialmente los derechos al debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia, y el acatamiento de las normas de orden público que reglamentan las actuaciones de los árbitros y de las partes¹¹⁰ y con fundamento en el reconocimiento a la voluntad de las partes que deciden someter su controversia a la justicia arbitral, la Corte ha admitido la procedencia excepcional de la acción de tutela contra laudos arbitrales que vulneran las garantías constitucionales de las partes.

De otro lado, y teniendo en cuenta la naturaleza jurisdiccional de los laudos arbitrales, la Corte ha extendido la doctrina de los requisitos de procedencia y procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales a las acciones de tutela contra decisiones arbitrales¹¹¹

¹¹⁰ Ver las sentencias C-163 de 17 de marzo de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-330 del 22 de marzo de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz. SU-174 de 14 de marzo de 2007, M.P. Manuel José Cepeda

¹¹¹ Ver en este sentido la sentencia T-244 de 30 de marzo de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

Ha establecido la Corte en Sentencia SU 174 de 2007, las reglas aplicables a la acción de tutela contra laudos arbitrales, señalando en primer lugar, un respeto por el margen de decisión autónoma de los árbitros, que no ha de ser invadido por el juez de tutela e impide a éste pronunciarse sobre el fondo del asunto sometido a arbitramento; en segundo lugar la procedencia excepcional de la acción de tutela que exige que se haya configurado, en la decisión que se ataca, una vulneración directa de derechos fundamentales. Y como tercera exigencia, señala la Corte, que si bien es posible y procedente aplicar la doctrina de las vías de hecho a los laudos arbitrales, dicha doctrina ha de aplicarse con respeto por los elementos propios de la naturaleza del arbitraje, lo cual implica que su procedencia se circunscriba a hipótesis de vulneración directa de derechos fundamentales, y por último, el carácter subsidiario de la acción de tutela se manifiesta con especial claridad en estos casos, ya que solo procede cuando se ha hecho uso de los recursos provistos por el ordenamiento jurídico para controlar los laudos, y a pesar de ello persiste la violación.

Posteriormente se realiza un estudio, a partir de la sentencia T-808 de 2009, sobre las causales generales y especiales de procedibilidad, las que de conformidad con lo señalado en la sentencia 590 de 2005, deben ser:

- a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional.
- b. Que se hayan agotado todos los medios –ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio infundadamente irremediable.
- c. Que se cumpla con el requisito de inmediatez, es decir, que la tutela se hubiese interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración.
- d. Cuando se trate de irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecte los derechos fundamentales de la parte actora.

- e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible.
- f. Que no se trate de sentencias de tutela.

En la misma providencia se se determinó que luego de verificarse el cumplimiento de los anteriores requisitos generales de procedencia de la tutela, el accionante debía demostrar igualmente la ocurrencia de al menos una de las causales especiales de procedibilidad, o vicios en que pudo incurrir la autoridad judicial al proferir la decisión atacada. Estas condiciones de procedibilidad son las siguientes:

Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para el fallo.

Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en que sustenta la decisión

Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y que ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el

entendido que precisamente en esta motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y un juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En Estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.

Violación directa de la constitución.

En sentencia T-790 de 2010, la Corte ha formulado algunas precisiones sobre cómo deben analizarse estos requisitos teniendo en cuenta las características propias del proceso arbitral. Por ejemplo en materia de agotamiento de los mecanismos ordinarios y extraordinarios de defensa , la Corte ha considerado que es necesario tener en cuenta que aunque las de los árbitros son ejercicio de una función jurisdiccional, por expreso mandato legal no están sujetas a trámite de segunda instancia; contra ellas no procede el recurso de apelación. A demás si bien es cierto los laudos arbitrales son susceptibles del recurso de homologación en materia laboral, o el recurso de anulación en materia civil, comercial y contencioso administrativa, y contra la providencia que que resuelve el recurso de anulación es procedente el recurso extraordinario de revisión, estos mecanismos no siempre son idóneos para garantizar los derechos fundamentales de las partes, debido a su naturaleza restringida. Por esta razón, la Corte ha sostenido que la idoneidad de los mecanismos ordinarios de defensa contra violaciones de derechos fundamentales que tienen lugar en laudos arbitrales debe analizarse en cada caso, teniendo en cuenta los recursos judiciales disponibles y los defectos que se atribuyen al laudo.

Por ejemplo, en la sentencia T- 294 de 1999, la Corte concluyó que la tutela contra un laudo arbitral en materia civil era procedente, pese a que el actor no había

agotado el recurso extraordinario de revisión. La Corte encontró que el defecto orgánico que el demandante le atribuía al laudo -por falta de jurisdicción y competencia- no era una causal de procedencia del recurso extraordinario de revisión según lo dispuesto por el artículo 380 del Código de Procedimiento Civil.

Posteriormente, en la sentencia T-972 de 2007, al abordar una acción de tutela promovida contra un laudo arbitral contra el que el tutelante aún no había interpuesto el recurso de anulación, la Corte consideró que la idoneidad de este recurso como mecanismo de defensa oportuna de los derechos fundamentales de las partes debe analizarse en cada caso, ya que puede prosperar únicamente por las causales previstas en la ley y que se relacionan con asuntos estrictamente procesales.

Se podría inferir, que el ambiente local y de provincia, determina un actividad hermenéutica pobre, pero se logró encontrar la presencia de profesionales del derecho, con gran prestigio a nivel nacional, ya como árbitros, ya como apoderados de las partes, y los resultados no difieren. Hay un trabajo legocéntrico muy marcado, y digamos una actividad exegética clara, que pretende resolver problemas presentados desde la aplicación de la Ley, desde la concepción clásica de la subsunción de los hechos en el contenido de una norma, y prevaleciendo para esta actividad la lógica clásica del silogismo.

Un punto que debe ser objeto de estudio, a partir de los señalamientos reiterados de la corte constitucional, es el referente a las limitaciones que los derechos fundamentales presentan como barrera infranqueable, a la autonomía de la voluntad de las partes, a la luz de la Constitución de 1991, y con ella a la teoría del neoconstitucionalismo.

Pero si hay un aspecto que de verdad merece un estudio, y es el poco avance que desde la civilística se evidencia, no pretendemos hacer evidente la invasión de la

constitución, sino dese las teorías clásicas del derecho civil. Pensemos en la jurisprudencia civil desarrollada por la denominada Corte de Oro, desde una visión antiformalista, basta señalar el enriquecimiento sin justa causa, la teoría de la imprevisión, la buena fe o el error común. Como lo señala un estudio juicioso el profesor Hernández Velazco¹¹².

Como puede verse, el neoconstitucionalismo, solo ha penetrado el procedimiento arbitral, desde la acción de tutela contra los laudos o contra las sentencias del Tribunal Superior que decide el recurso de nulidad; pero dentro del trámite arbitral mismo, que termina, como proceso de única instancia con el Laudo, no se pudo evidenciar su presencia.

Ahora bien, en las acciones de tutela, impetradas contra los laudos, o contra las sentencias que deciden la nulidad, las principales normas invocadas son los artículos 13, 16, 29, 53, 86, 121, 228 y 230

¹¹² HECTOR ELIAS HENANDEZ VELAZCO, El abuso del derecho en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, 1935-2010, Universidad Industrial de Santander, 2010

5. CONCLUSIONES

Esta investigación pudo evidenciar cuales son los criterios argumentativos utilizados de manera recurrente y con mayor frecuencia por los árbitros que laudaron, dentro de los procesos arbitrales surtidos ante el Centro de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bucaramanga, dentro del periodo comprendido entre los años 2010 a 20112.

En primer lugar la investigación encontró, que en la mayoría de laudos estudiados los falladores no hacen uso de ninguna fuente diferente a la ley, para argumentar el sentido del laudo, pudiendo sostener que recurren al procedimiento silogístico propio del positivismo clásico. El debate dentro del proceso se circunscribe a probar hechos, pues parece deducirse un estatismo legal y una plenitud lego céntrica

No se encuentran evidencias de que los árbitros dentro de los laudos estudiados, hagan uso de conceptos propios de la hermenéutica constitucional, que realicen un actividad interpretativa a la luz de las nuevas teorías del derecho; incluso no se encuentran citas que hagan referencias a las sentencias de la corte constitucional y en los pocos casos en que se refiere a la jurisprudencia, como fundamento, se citan jurisprudencias de la H. Corte Suprema de Justicia, y del H. Consejo de Estado. Pero llama la atención que dichas citas no se hacen con la claridad y rigor exigidos para una adecuada argumentación de un fallo, que por su naturaleza es de única instancia.

Pero la crítica no solo radica en cabeza de los operadores judiciales, las partes, convocante o convocada, en la presentación de sus escritos, también adolecen de una adecuada argumentación desde los derechos fundamentales y por supuesto,

desde la constitución. Si llama la atención, que una vez concluido el proceso arbitral, y en sede de nulidad, son generosos los argumentos hermenéuticos propios del neo constitucionalismo; abundan las citas de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y los argumentos centrados en la protección y garantía de los derechos fundamentales

BIBLIOGRAFIA:

ALEXY Robert, Tres escritos sobre los derechos Fundamentales y la teoría de los principios, primera edición, Bogotá, 2003, Universidad Externado de Colombia.

ALJURE SALAME, Antonio. (comp.) Perspectiva del arbitraje de derecho privado en Colombia. Bogotá, Colombia. Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia.2007

ARANGO Rodolfo, Hay respuestas correctas en el derecho, 2ª reimpresión, Bogotá, 2004, Ediciones Uniandes,

BARÍTICA LOAIZA, O. X. y Vesga Gaviria, I. E. Repercusiones del fallo de anulación del laudo arbitral del caso termorio para el arbitraje internacional en Colombia. Tesis de grado. Pontificia universidad Javeriana. Bogotá, Colombia. 2003

BENETTI SALGA, Julio. El Arbitraje en el Derecho Colombiano (segunda edición). Bogotá, Colombia: Temis. 2001

BERNAL PULIDO, Carlos, El neoconstitucionalismo a debate, primera reimpresión, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008

CAAMAÑO MELO, L. M. y Castellanos Ramírez, M. Proyecto de reglamento de arbitraje y amigable composición del centro de arbitraje y conciliación de la cámara de comercio de Bogotá. Tesis de grado. Pontificia universidad Javeriana. Bogotá, Colombia. 2001

CANGREJO COBOS, Luis Augusto. El recurso de anulación de los laudos arbitrales. Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes. [en línea] [citado el 25 de Enero de 2010]. Disponible en: <http://derechoprivado.uniandes.edu.co/contenido/articulos.php?numero=28&idarticulos=67&tipos=Ensayos> Septiembre, 2002

CARBONELL, Miguel, El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis, en El canonon, Neoconstitucional, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010

CARRETERO PEREZ, El concepto constitucional de fuentes del derecho, en AAVV., La Constitución española y las fuentes del derecho, Madrid, 1979

CARRILLO DE LA ROSA Yesid, Teoría de la Argumentación y del razonamiento Jurídico, primera edición, Ediciones Doctrina y Ley, 2009, Bogotá.

CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María, Los principios procesales en el arbitraje (primera edición). Barcelona, España: José María Bosch Editores.2000.

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 446 de 1998, artículo 111, inciso tres. [en línea] [citado 14 de abril de 2014] Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=3992>

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 446 DE 1998. por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia. Junio 7 de 1998. [en línea] [citado

12 de mayo de 2015] disponible en:
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=3992>

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIA C-713 de 2008, M.P: Clara Inés Vargas Hernández. [en línea] [citado 14 de abril de 2014] Disponible en:
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=36232>

COLOMBIA, PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA. Decreto 1818 de 1998, artículo 116. Por medio del cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos. [en línea] [citado 15 de mayo de 2015] disponible en:
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6668>

DWORKIN RONALD, Los derechos en serio, octava edición, Ariel Derecho, Barcelona, 2010

FERNÁNDEZ DE SOTO, Andrés. La batalla jurídica contra los tribunales de arbitramento. Bogota, Colombia: Universidad de los Andes. Septiembre 2002. [en línea] [citado el 25 de Enero de 2010]. Disponible en:
<http://derechoprivado.uniandes.edu.co/contenido/articulos.php?numero=28&idarticulos=67&tipos=Ensayos>

FERRAJOLI Luigi,, Sobre los derechos fundamentales y sus garantías, México, 2006

GAMBOA MORALES, Nicolás. (comp.) Reflexiones sobre algunas tendencias del arbitraje nacional. Bogotá, Colombia. Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia.2007.

GIL ECHEVERRI, Jorge Hernán. Del recurso de anulación de los laudos arbitrales (primera edición). Bogota, Colombia: Cámara de Comercio de Barranquilla.1998.

GIL ECHEVERRI, Nuevo régimen de arbitramento. Manual práctico (tercera edición). Bogotá, Colombia: Cámara de Comercio de Bogotá. 2005.

GUASTINI Ricardo., Estudios de Teoría Constitucional, México, DF, UNAM-Fontanarra, 3ª. Ed., 2007

GUZMÁN VILLALOBOS, Andrés Felipe. El arbitraje en equidad en el derecho colombiano. Tesis de grado. Pontificia universidad Javeriana. Bogota, Colombia. 2003.

HERNANDEZ VELASCO, Hector Helías, El abuso del derecho en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, 1935-2010, Universidad Industrial de Santander, 2010

JIMÉNEZ SANZ, Paula Andrea, El arbitramento como mecanismo de solución de las controversias contractuales. Tesis de grado, derecho, Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia. 1998

LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio, Procedimiento Civil, Tomo 1 General, Editorial Dupre, Bogotá, 2009.

LÓPEZ JAIMES, E. H. y Palacios Grozo, M. L. La etapa prearbitral en el procedimiento arbitral. Tesis de grado, derecho, Universidad Industrial de Santander. Bucaramanga, Colombia. 2005

LORCA NAVARRETE, Antonio María. La anulación del laudo arbitral. (primera edición). San Sebastian, España: Instituto Vasco de Derecho Procesal. 2008.

MERINO MERCHÁN, José F. y Chillón Medina José M. Tratado de Derecho Arbitral (tercera edición). Navarra, España: Thomson Civitas. 2006.

MONROY CABRA, Marco Gerardo. Arbitraje Comercial Nacional e Internacional (segunda edición). Bogotá, Colombia: Legis. 1998.

MORALES ESCALLÓN, Natalia. Acompañamiento en la elaboración del proyecto de ley de arbitraje en Colombia. Tesis de grado, derecho, Universidad de los Andes. Bogota, Colombia. 2007.

NIVIA DUQUE, María angélica. Análisis de laudos arbitrales de la cámara de comercio de bogota en relación con el contrato de fiducia. Tesis de grado, derecho, Universidad de los Andes. Bogotá Colombia. 2005.

PINEDA GOMEZ, C. C. y Lizarazo Reyes, C.A. Condiciones y requisitos para la implementación del Arbitraje Internacional como Mecanismo de Solución de Conflictos en Contrataciones Comerciales Internacionales en la Cámara de Comercio de Bucaramanga. Tesis de grado, derecho, Universidad Industrial de Santander, Bucaramanga, Colombia. 2009.

PRIETO SANCHIS LUIS, El constitucionalismo de los derechos, Ed. Trotta, Madrid, 2013

ROBAYO CASTILLO, Gustavo Adolfo. Mecanismos de solución de conflictos (primera edición). Bogotá, Colombia: Defensoría del Pueblo.2003.

SICE. ECUADOR - Ley De Arbitraje Y Mediacion. Ley No. 000. RO/145 de 4 de septiembre de 1997 Artículo 1, Ley de Arbitraje y Mediación No. 000. RO/145 de 4 de septiembre de 1997, [en línea] [citado 18 de Marzo de 2013] disponible en: <http://www.sice.oas.org/dispute/comarb/Ecuador/larbymed.asp>

SILVA ROMERO, Eduardo. Las normas jurídicas aplicables en el arbitraje comercial internacional. Breve contribución al derecho internacional privado

colombiano.septiembre 2002. Bogota, Colombia: Universidad de los Andes. [en línea] [citado el 25 de Enero de 2010]. Disponible en: <http://derechoprivado.uniandes.edu.co/contenido/articulos.php?numero=28&idarticulos=67&tipos=Ensayos>

TOVAR ORDÓÑEZ, Jaime. (comp.). Temas estructurales en torno al arbitraje, la conciliación y la negociación. Bogotá, Colombia. Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia. 2007.