

**DESNATURALIZACIÓN DEL ARBITRAJE POR LA INTERPOSICIÓN INDEBIDA
DEL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA EL LAUDO PRETENDIENDO
CONFIGURAR UNA SEGUNDA INSTANCIA EN EL PROCESO ARBITRAL**

**POR
LUCIA CRISTINA CARVAJAL JIMÉNEZ**

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA
BUCARAMANGA, OCTUBRE 2010**

**DESNATURALIZACIÓN DEL ARBITRAJE POR LA INTERPOSICIÓN INDEBIDA
DEL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA EL LAUDO PRETENDIENDO
CONFIGURAR UNA SEGUNDA INSTANCIA EN EL PROCESO ARBITRAL**

POR

LUCIA CRISTINA CARVAJAL JIMÉNEZ

Trabajo de grado para optar al título de Abogada

DIRECTORA

DRA. MARÍA VICTORIA GÓMEZ POSSE

ABOGADA – DOCENTE UNIVERSITARIA

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA
BUCARAMANGA, OCTUBRE 2010**

AGRADECIMIENTOS

A Dios por ser mi ayuda, guía y consuelo en todo momento, y por darme la fuerza y sabiduría para culminar el pregrado. A Él sea la honra y la gloria.

A mis padres, y familiares como agradecimiento a su esfuerzo, amor y apoyo incondicional, durante mi formación tanto personal como profesional.

A mi Directora de proyecto y docentes, por brindarme su guía y sabiduría en el desarrollo de este trabajo.

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCCIÓN	11
1. RESEÑA HISTORICA DEL ARBITRAJE	12
2. EL ARBITRAJE Y SU PRESENCIA EN EL ORDENAMIENTO COLOMBIANO. DESARROLLO CONSTITUCIONAL Y LEGAL	17
3. EL ARBITRAJE Y SU DESARROLLO JURISPRUDENCIAL	25
4. CONCEPTUALIZACION DEL ARBITRAJE. ASPECTOS GENERALES	30
5. CONEPTO DE ARBITRAJE	32
5.1. EN LA NORMA	32
5.2. LA DOCTRINA	32
5.3. EL DERECHO COMPARADO	34
5.4. LA JURISPRUDENCIA	36
6. CLASIFICACION DEL ARBITRAJE	40
6.1. SEGÚN LOS PRINCIPIOS:	40
6.1.1. En derecho:	40
6.1.2. En nonciencia o equidad:	41
6.1.3. Técnico	43
6.2. EN RAZÓN DE SU ORIGEN.	43
6.2.1. Voluntario:	44
6.2.2. Forzoso:	44
6.3. DE ACUERDO CON LA FORMA DE FUNCIONAMIENTO:	45
6.3.1. Independiente:	46
6.3.2. Institucional:	46
6.3.3. Legal:	47
6.4. SEGÚN EL ÁMBITO TERRITORIAL:	47

6.4.1. Nacional o doméstico:	47
6.4.2. Internacional:	47
7. VENTAJAS DEL ARBITRAJE	49
7.1. CELERIDAD:	49
7.2. ECONOMÍA:	50
7.3. UNIVERSALIDAD	51
7.4 EFICACIA	51
7.5. RESERVA	53
7.6. IDONEIDAD	53
7.7. EQUIDAD	54
7.8. INMEDIACIÓN	54
7.9. INFORMALIDAD	54
8. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL ARBITRAJE	56
8.1. PRINCIPIO DE LA JURISDICCIONALIDAD	56
8.2. PRINCIPIO DE LA NATURALEZA PROCESAL	57
8.3. PRINCIPIO DE TEMPORALIDAD	58
8.4. PRINCIPIO DE LA HABILITACIÓN	59
8.5. PRINCIPIO DE LA VOLUNTARIEDAD	59
8.6. PRINCIPIO DE LEGALIDAD	60
9. NATURALEZA JURIDICA DEL ARBITRAJE	62
9.1. ESCUELA CONTRACTUALISTA	62
9.2. ESCUELA PROCESALISTA	63
9.3. ESCUELA MIXTA O ECLÉCTICA	63
10 ¿ES EL ARBITRAJE UNA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL?	65
11. EL RECURSO DE ANULACION DE LOS LAUDOS ARBITRALES.	78
12. EL RECURSO DE ANULACION EN EL DERECHO COMPARADO	89
13. COMENTARIOS ACERCA DEL RECURSO DE APELACIÓN	96

14. ALGUNAS DIFERENCIAS ENTRE EL RECURSO DE ANULACIÓN DE LOS LAUDOS ARBITRALES Y EL RECURSO DE APELACIÓN DE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA	98
15. APLICACIÓN DEL RECURSO DE ANULACION DE LAUDOS ARBITRALES COMO SEGUNDA INSTANCIA PROCESAL	100
16. TEORIA FAVOR ARBITRIS Y TEORIA FAVOR DEL FALLO.	104
17. LA ACCIÓN DE TUTELA COMO MECANISMO PARA RECURRIR EL LAUDO ARBITRAL	106
18. CAUSALES DE ANULACIÓN DE LOS LAUDOS ARBITRALES	119
19. CONCLUSIONES GENERALES	145
BIBLIOGRAFIA	148

RESUMEN

TITULO: Desnaturalización del arbitraje por la interposición indebida del recurso de anulación contra el laudo pretendiendo configurar una segunda instancia en el proceso arbitral.

AUTOR: Lucía Cristina Carvajal Jiménez. Facultad de ciencias humanas. Escuela de Derecho y Ciencia Política. Director: Dra. María Victoria Gómez Posse. **

PALABRAS CLAVES: Arbitraje, Laudo arbitral, Recurso de anulación, Causales de anulación, Recurso de apelación, Segunda instancia procesal.

CONTENIDO: En el trabajo de investigación realizado, se encontrarán las teorías que han surgido en torno al tema del recurso de anulación de los laudos arbitrales, haciendo un estudio de la doctrina nacional e internacional, como también de la jurisprudencia emanada por las altas cortes, y del marco normativo que rige al arbitraje y su recurso extraordinario de anulación. También, se realiza un análisis de porqué el recurso de anulación que procede contra los laudos no puede ser entendido como segunda instancia procesal, a partir del estudio de cada una de sus causales, señalando de estas la norma que la rige y un ejemplo tomado de laudos emanados por tribunales de arbitramento locales y nacionales, con el fin de lograr obtener un acercamiento con la aplicación del recurso y la forma en cómo es sustentado. Se hace mención a la acción de tutela como forma de recurrir el laudo arbitral, así como también a las vías de hecho de que deben configurarse para que proceda. Dentro del estudio realizado se hace alusión a las teorías españolas del Favor Arbitris y del Favor del Fallo, así como también la teoría de la acción de anulación y no del recurso de anulación, las cuales resultarían ser una inclusión novedosa dentro del marco jurídico colombiano, si llegasen a tenerse en cuenta dentro de las directrices sobre las cuales se traza el arbitraje en Colombia. Por último se señalan las conclusiones que surgieron luego de desarrollar uno a uno los objetivos propuestos.

* Proyecto de Grado

** Facultad de Ciencias Humanas. Escuela de Derecho y Ciencia Política. Director Maria Victoria Gómez Posse.

SUMMARY

TITLE: Denaturalization of the arbitration for the undue interposition of the resource of cancellation against the award trying to form the second instance in the arbitral process.*

AUTHOR: Lucía Cristina Carvajal Jiménez. Faculty of human sciences. School of Law and Political Science. The director: Dra. Maria Victoria Gómez Posse. **

KEY WORDS: Arbitration, arbitral Award, Resource of cancellation, Grounds of cancellation, Resource of appeal, The Second procedural instance.

CONTENT: In the work of investigation realized, they will find the theories that have arisen concerning the topic of the resource of cancellation of the arbitral awards, doing a study of the national and international doctrine, since also of the jurisprudence come by the high courts, and of the normative frame that applies to the arbitration and his extraordinary resource of cancellation. Also, an analysis is realized of porqué the resource of cancellation that proceeds against the awards cannot be understood as the second procedural instance, from the study of each one of his grounds, indicating of these the norm that governs it and an example taken of Awards come by courts of arbitramento places and natives, in order to manage to obtain an approximation with the application of the resource and the form in how it is sustained. It is mentioned to the action of guardianship as way of appealing the arbitral award, as well as also to the routes of fact of which they must be formed in order that it proceeds. Inside the realized study allusion is done to the Spanish theories of the Favor Arbitris and of the Favor of the Failure, as well as also the theory of the action of cancellation and not of the resource of cancellation, which would turn out to be one New incorporation inside the juridical Colombian frame, if they were managing to be born in mind inside the directives on which the arbitration is planned in Colombia. Finally distinguish themselves the conclusions that arose after one developed to one the proposed aims.

** Faculty of Human Sciences. School of Law and Political Science. The director Maria Victoria Gómez Posse.

* *Project of Degree*

** *Faculty of Human Sciences. School of Law and Political Science. The director Maria Victoria Gómez Posse.*

INTRODUCCIÓN

El recurso de anulación de los laudos arbitrales como figura jurídica, permite indagar dentro su naturaleza y señalar las particulares características que lo revisten. Viéndose en algunos casos en medio de una discusión legal, doctrinal y jurisprudencial que lo muestra como una figura que puede llegar a ser entendida de diferentes maneras. Es así como, con el desarrollo de la investigación que a continuación se presenta, se pretende ir un poco más allá y establecer la naturaleza jurídica del recurso en estudio, sus principales características y la evolución de éste dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

A partir del estudio de la ley, de la interpretación emanada por las altas cortes y de los aportes dados por la doctrina nacional como por la extranjera, se señalará cuál es la línea jurídica que actualmente tiene aplicación, en lo concerniente al recurso anulación de los laudos arbitrales y su puesta en marcha en el trámite arbitral.

Además, también se hace interesante ver como la acción de tutela ha sido implementada como un mecanismo para recurrir laudos, sin tenerse en cuenta muchas veces, el fin para el cual esta figura fue creada e incluida, dentro del marco jurídico constitucional.

En este orden de ideas, será esta investigación un primer acercamiento al recurso de anulación de los laudos arbitrales, sus causales, y el desarrollo legal que ha tenido la figura en estudio durante los últimos años, citando algunos ejemplos y dejando ver con ellos hasta qué punto se ha llegado a desnaturalizar el trámite arbitral, en razón, de la indebida aplicación del recurso como si se tratara de una segunda instancia procesal.

1. RESEÑA HISTORICA DEL ARBITRAJE

“El procedimiento arbitral antecedió más o menos a la justicia impartida por el Estado, fue una etapa ya superada del dinamismo histórico. Pero no de manera absoluta, pues logró sobrevivir a la sombra y con el beneplácito del mismo Estado”¹.

La figura del arbitraje, como muchas otras que se encuentran enmarcadas dentro del ámbito jurídico, tiene su origen en las sociedades primitivas, constituyendo una de las primeras formas de resolver los conflictos jurídicos que surgían entre las personas, por lo que históricamente, esta evolución tuvo lugar antes de existir cualquier organización judicial. *“Después de alguna evolución se empieza a renunciar al derecho de decidir las disputas a mano armada y se las somete, para su fallo, a terceros elegidos entre las personas más importantes de la comunidad”².*

De tal manera que, lo anterior dio pie a que se entendiera el arbitraje como artífice de la formación de la institución judicial como expresión de una actividad primordial del estado. Empero, el hecho de que el Estado asumiera la administración de la justicia, no sustituyó ni lo ha hecho hasta ahora el arbitraje, conservándose en casi todos los sistemas jurídicos³.

¹ Duque E., J. Emilio, Del arbitramento mercantil, Primera edición, Editorial Beta, Medellín, 1976, pág. 14

² Monroy Cabra, Gerardo, Arbitraje Comercial nacional e internacional, segunda edición, Legis, Bogotá, 1998, pág 37, cita de Aylwin Azócar, Op. Cit., pág. 67.

³ Benetti Salgar, Julio, El arbitraje en el derecho colombiano, segunda edición, Temis, Bogotá, 2001, pág. 1

“El arbitraje no se trata de algo dado a priori, sino de una figura cambiante, resultado del variado entorno social y del juego de intereses de ciertos grupos sociales”⁴, cada grupo social construye su propia cultura y costumbres, siendo estas su mayor rasgo característico, haciéndolos pertenecientes a determinado grupo y no ha otro, dotando a este y a quienes lo conforman del sentimiento de identidad, pero siempre existiendo similitudes con otros grupos que por pequeños que parezcan resultan siendo primordiales a la hora de querer crear alianzas o simples intercambios; es este el caso de sociedades tan antiguas como la hebrea, griega, romana, etc.

Un punto en el que convergen las sociedades que han habitado la tierra, ha sido la implementación de mecanismos para dar solución a los conflictos que surgen entre las personas, es así como vemos que en la sociedad hebrea se practicaba *“un tipo de justicia humana no institucional en la que se defiere la solución de un conflicto a un tercero particular”⁵*

Así como la anterior, también se conocen antecedentes de la sociedad romana en la que *“el arbitraje privado fue utilizado como un modo extrajudicial de terminar los litigios. Las personas por simple acuerdo entre ellas, pueden encargar el fallo de una contienda a un particular cualquiera”⁶. “Ese carácter arbitral permitió a la justicia primitiva cumplir su misión social, porque si hubiera intentado imponerse coercitivamente no habría hallado quien la respetara”⁷*

⁴ Merino Merchán, José F. y Chillón Medina José M. Tratado de Derecho Arbitral, Tercera edición, Thomson Civitas, Navarra, España, 2006, pág. 110.

⁵ Pineda Gomez, C. C. y Lizarazo Reyes, C.A. (2009). 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, pág 27.

⁶ Monroy Cabra, Gerardo, Arbitraje Comercial nacional e internacional, segunda edición, Legis, Bogotá, 1998, pág 38.

Cabe resaltar que “*en este proceso el árbitro no está obligado a aceptar, pero si lo hace queda comprometido con las partes a cumplir con su función, so pena de ser sancionado. La sentencia arbitral es irrevocable e inapelable, sin que se pueda rehusar su cumplimiento, porque a ello se han obligado las partes*”⁸.

Dentro de los estudiosos romanos que analizaron con especial dedicación la figura del arbitraje, se destaca Cicerón quien hacía énfasis en “*las inestimables ventajas de acudir al arbitraje para escapar de la dura ley y resolver la cuestión por la quantum aequius et melius sit, así como para sustraer de la publicidad la contienda entre las partes y evitar la apelación propia de la sentencia judicial*”⁹.

El arbitraje privado se verifica en virtud de dos pactos pretorios: *el compromiso* y *el receptum arbitrii*. El compromiso es un pacto con cláusula penal, mediante el cual los dos contendores acuerdan encomendar la solución de su litigio, no al fallo de la autoridad pública competente –pretor o magistrado municipal- sino a la decisión de un particular de su confianza, de un árbitro. *El receptum arbitrii* consiste en aceptar el papel de árbitro entre las dos partes litigantes. Nadie tiene el deber de aceptar ese cargo, pero si acepta queda obligado a desempeñarlo¹⁰.

Por otra parte, en Grecia en el periodo clásico, existieron los *Tesmotetes*, personas facultadas para examinar los hechos motivo de los litigios que, con base en esos análisis, procuraban convencer a las partes de resolverlos a través de acuerdos transaccionales¹¹.

⁷ Merino Merchán, José F. y Chillón Medina José M. Tratado de Derecho Arbitral, Tercera edición, Thomson Civitas, Navarra, España, 2006, pág. 111.

⁸ Bentti Salgar, Julio, El arbitraje en el derecho colombiano, segunda edición, Temis, Bogotá, 2001, pág 3.

⁹ Merino Merchán, José F. y Chillón Medina José M. Tratado de Derecho Arbitral, Tercera edición, Thomson Civitas, Navarra, España, 2006, pág. 111

¹⁰ Pineda Gomez, C. C. y Lizarazo Reyes, C.A. (2009). 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, pág 29

¹¹ Ibid.

Más adelante ya en la edad media, “*los burgueses, artesanos y comerciantes buscaban justicia bien fuera, en sus agremiaciones y corporaciones, “por la seguridad y rapidez que encontrará (el comerciante) en la resolución de los conflictos frente a la arbitrariedad y lentitud de la justicia regia”*¹²; *en los grandes señores o en el rey y sus delegados*”¹³. Este auge se dio con mayor trascendencia en Italia, Francia y España¹⁴, en donde se formaron las corporaciones de oficios que agrupaban a artesanos y empresarios de diferente índole.

En las Partidas se consolida definitivamente la función judicialista del arbitraje; siendo su aportación más importante la división¹⁵ que hace en la institución: entre *avenidores* que resolvían en derecho y *arbitradores* que decidían como simples amigables componedores.

Las Partidas reforzaron la eficacia del laudo añadiendo a la pena establecida como cláusula sancionadora al que incumpliese lo establecido por el árbitro, lo que ya había previsto Justiniano¹⁶ para el compromitente renuente: la presunción legal de una afirmación tácita de la sentencia, por el silencio durante el breve plazo de diez días.

En España se presentó un desarrollo especial del arbitraje, durante los últimos años de la edad media y más aun luego del descubrimiento de América, normas que rigieron en el continente americano durante la época de la conquista, fueron

¹² Merino Merchán, José F. y Chillón Medina José M. Tratado de Derecho Arbitral, Tercera edición, Thomson Civitas, Navarra, España, 2006, pág. 113, cita de Menthon, ob. Cit., págs. 57 y 58.

¹³ Monroy Cabra, Gerardo, Arbitraje Comercial nacional e internacional, segunda edición, Legis, Bogotá, 1998, pág. 39.

¹⁴ Benetti Salgar, Julio, El arbitraje en el derecho colombiano, segunda edición, Temis, Bogotá, 2001, pág. 4

¹⁵ Merino Merchán, José F. y Chillón Medina José M. Tratado de Derecho Arbitral, Tercera edición, Thomson Civitas, Navarra, España, 2006, pág. 113

¹⁶ *Ibidem*.

producto de la herencia legislativa española, pero fue en la *“Constitución de Cádiz de 1812 que se considera al arbitraje un derecho fundamental y se eleva a rango constitucional”*¹⁷.

Ya para los años de la revolución francesa se extiende el arbitraje y se considera *“el medio más razonable de terminar los litigios entre ciudadanos y lo eleva a principio constitucional en 1791 como principio de los ciudadanos para terminar definitivamente sus litigios por vía de arbitraje, no pudiendo sufrir restricción alguna por actos del poder legislativo... Pese a lo anterior, y luego de muchos años fueron derogados todos los casos de arbitraje obligatorio, quedando vigente solamente la Ordenanza de 1973 relativa a los socios comerciantes”*¹⁸.

La figura del arbitraje, como se expresó desde un principio, ha estado presente en toda la evolución de la sociedad, convirtiéndose muchas veces en protagonista y llegando a ser considerada como la única forma de solucionar las controversias, esto demuestra la importancia de la figura, como parte fundamental de la creación de las instituciones para la administración de justicia.

¹⁷ *Ibíd*em, pág. 5.

¹⁸ Monroy Cabra, Gerardo, Arbitraje Comercial nacional e internacional, segunda edición, Legis, Bogotá, 1998, pág. 39.

2. EL ARBITRAJE Y SU PRESENCIA EN EL ORDENAMIENTO COLOMBIANO. DESARROLLO CONSTITUCIONAL Y LEGAL

En el desarrollo constitucional y legal que se ha dado en Colombia, ha estado presente desde sus inicios la figura del arbitraje como una forma de solucionar los conflictos surgidos entre las partes de manera tal que permitiera la intervención de un tercero sin necesidad de acudir al aparato judicial.

En este orden de ideas, vemos como el arbitraje fue reconocido tanto en el país como en el resto del continente, ya que desde la época de la colonia y hasta tiempo después de la independencia, por virtud del influjo, aplicación y vigencia de las legislaciones de las metrópolis europeas que adelantaron la colonización la institución arbitral se desarrolló y aplicó con suficiente amplitud.

De esta manera puede dejarse claro que la figura como tal no es reciente, sino todo lo contrario, viene desde años inmemoriales lo que permite establecer su trascendencia e importancia en el desarrollo legal del Estado colombiano.

Aun después de 1810 y solo hasta la ley 153 de 1887 se rompió de tajo con la legislación española, la cual regulaba lo concerniente a la organización social por medio de las leyes de la Regulación de Indias, la Nueva Recopilación de Castilla, y las Siete Partidas en las que se incluye las Nuevas Ordenanzas de Bilbao de 1737¹⁹.

Se ha sostenido a lo largo de los años que, el arbitraje no se tuvo en cuenta dentro del rango constitucional en las diferentes Constituciones que se suscribieron a lo largo del siglo XIX, es decir en estas no se hizo mención alguna al arbitraje.

¹⁹ Benetti Salgar, Julio, El arbitraje en el derecho colombiano, segunda edición, Temis, Bogotá, 2001, pág. 44

En este orden de ideas, se señala: *“Colombia, no solo desde la tradicional legislación española sino desde la que se produjo en los albores de la post-independencia, registró dentro de su legislación procesal el arbitraje. Lo desarrolló de manera simple y poco fue, en verdad, lo que se logró en el país con largos periodos de letargo en la materia. Ese desarrollo precario, como se ha indicado, hizo que durante mucho tiempo, los embates sobre la figura fueran aislados y poco significativos”*²⁰

Por otra parte, se sostiene: *“en efecto, la Constitución Colombiana de 1886 nunca tuvo en cuenta el arbitraje como mecanismo alternativo de justicia, a pesar de que la legislación lo contemplaba tiempo atrás y que tanto la jurisprudencia como la doctrina lo reconocían como mecanismo alternativo de solución de conflictos”*²¹.

De acuerdo a los textos de carácter legal, el arbitraje se enmarcó por primera vez dentro de una ley de la república en el *“Código Judicial de 1890 en la Ley 105, autorizando que fueran sometidas a la decisión de arbitradores las controversias suscitadas entre personas capaces de transigir, en los casos en que la ley permite la transacción, y fijó el procedimiento respectivo”*²².

Los principios trazados en la ley antes mencionada se mantuvieron vigentes durante las leyes 103 de 1923 y la ley 105 de 1931 en las que se estableció un procedimiento para el proceso arbitral²³, siendo modificada esta última por la ley 2 de 1938²⁴ en lo referente a la cláusula compromisoria.

²⁰ Cámara de Comercio de Bogotá, Notas de Arbitraje, Bogotá, 2008, pág. 139 y 140.

²¹ Molina, Carlos Mario, Aspectos constitucionales del arbitraje en Colombia, en Silva Romero, Eduardo, y otros, El contrato de Arbitraje, primera edición, Legis, Bogotá, 2005, pág. 53.

²² Duque E., J. Emilio, Del arbitramento mercantil, Primera edición, Editorial Beta, Medellín, 1976, pág. 9.

²³ Monroy Cabra, Gerardo, Arbitraje Comercial nacional e internacional, segunda edición, Legis, Bogotá, 1998, pág. 57

²⁴ Duque E., J. Emilio, Del arbitramento mercantil, Primera edición, Editorial Beta, Medellín, 1976, pág. 10.

Durante el siglo XX, el arbitraje fue un punto de discusión tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, de ahí que se destaquen pronunciamientos al respecto por parte de las altas Cortes, siendo el caso de la Corte Suprema de Justicia, la cual en fallo pronunciado en 1969, como resultado de una demanda contra los artículos 1214 y 1217 del Código Judicial y la integridad de la Ley 2 de 1938 que regulaban el arbitraje y la cláusula compromisoria y el arbitraje internacional en su orden, señaló cómo *“desde el comienzo de los tiempos, la visión del arbitraje ha sido la de un método de corte particular y privado, anclado profundamente en la autonomía de la voluntad de las partes que da fuerza a la decisión allí adoptada y que, desde esa perspectiva, en tanto los involucrados cuenten con la voluntad necesaria y la materia sobre la que verse se encuentre dentro del alcance de las partes, lo allí resuelto es de obligatorio cumplimiento con fuerza de sentencia otorgada por la ley no por la intervención de los árbitros y no comporta el ejercicio de una función judicial, ni actúan los árbitros o deciden en nombre de la República de Colombia sino en ejercicio de la autónoma decisión de los particulares de otorgarles a ellos tal facultad... ateniéndose al texto constitucional del artículo 58, en cuanto este, en su parte final, señalaba de manera clara que la función jurisdiccional podría ejercerla a más de las Cortes y los Tribunales existentes en la época, los demás tribunales y juzgados que establezca la ley, caso en el cual la ley 105 de 1931 y la 2 de 1938, tan solo eran desarrollo de dicha disposición constitucional”*²⁵

En el mismo tenor se manifiesta: *“si el constituyente dispuso que administran justicia, la Corte Suprema, los Tribunales Superiores de Distrito y los demás Tribunales y Juzgados que establezca la ley, no estarían excluidas del artículo en*

²⁵ Cámara de Comercio de Bogotá, Notas de Arbitraje, Bogotá, 2008, pág. 140 y 141.

*mención los tribunales arbitrales. Si la ley, por disposición de la constitución, podía organizar los diferentes juzgados y tribunales del país, no podría negársele la competencia al legislador para constituir tribunales de arbitramento, como efectivamente se hizo a partir de 1932, sin ningún reparo del juez constitucional de la época*²⁶.

Una vez emitido este trascendental fallo, en el cual se dejaba clara la ubicación en el ordenamiento jurídico nacional del arbitraje y como si hubiese servido de premonición para su regulación, en 1970 se expide el Código de Procedimiento Civil, mediante el Decreto 1400, en el que se reguló el arbitraje a partir del artículo 663 al 677 del mismo. En igual sentido y un año después, se promulgó el “*Código de Comercio dentro del cual se repitieron las normas de arbitraje contenidas en el Código de Procedimiento Civil de 1970*”²⁷.

Luego de un poco más de tres décadas de regir el procedimiento arbitral establecido en el Código de Procedimiento Civil de 1970, se promulgó el Decreto 2279 de 1989, dictado por el gobierno nacional en uso de las atribuciones que le confirió la ley 30 de 1987. Aquel derogó las disposiciones sobre arbitraje de los años 1970 y 1971 contenidas en los Códigos de Procedimiento Civil y el Código de Comercio respectivamente. Pero pese a la intención de reunir en una sola norma todo lo relacionado con el arbitraje de forma integral, no se pudo llegar a tan alto objetivo, ya que el Decreto de 1989 tenía una vacíos que lo único que consiguieron fue hacer más nebuloso el marco jurídico del arbitraje en ciertos puntos.

²⁶ Molina, Carlos Mario, Aspectos constitucionales del arbitraje en Colombia, en Silva Romero, Eduardo, y otros, El contrato de Arbitraje, primera edición, Legis, Bogotá, 2005, pág. 54.

²⁷ Monroy Cabra, Gerardo, Arbitraje Comercial nacional e internacional, segunda edición, Legis, Bogotá, 1998, pág. 57

Una vez establecidos los ítems que no gozaban de total claridad se dictó la ley 23 de 1991 mediante la cual se reglamentó el arbitraje institucional, modificó algunas normas del Decreto 2279, entre otros temas. Con esta ley lo que se hizo en términos generales fue volver a lo que se había reglamentado mediante el Decreto 1400 de 1970 y el Código de Comercio de 1971.

Después de recorrer todo ese largo camino legislativo del arbitraje, en la última década del siglo XX como resultado de la Asamblea Constituyente, se promulga la Constitución Política de Colombia de 1991, en la que “*con el mejor ánimo de consolidar el arbitraje y evitar que desde la óptica constitucional y por no existir en la Carta un texto expreso que hablara de él de manera clara y enfática, se consideró que lo razonable y cuerdo era incluirla en ella y así dar por sentada su absoluta viabilidad y pertinencia... por lo anterior, el sucedáneo del artículo 58 de la anterior Constitución, o sea el artículo 116, al hablar del ejercicio de la función judicial, estableció de manera rotunda y contundente que:*

La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar.

(...)

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley. (subrayado fuera de texto). ”²⁸

Así las cosas, puede afirmarse que la puesta en práctica del arbitraje como mecanismo alternativo para la solución de controversias goza del visto bueno de la

Constitución que nos rige actualmente, manifestándose expresamente la facultad para administrar justicia por parte de los árbitros a partir de las leyes que rijan lo referente al arbitraje.

En este orden de ideas se puede afirmar que el *“tribunal arbitral se conforma por voluntad de las partes y por un tiempo específico el cual desaparece al momento de haber emitido el laudo arbitral para el que fue creado. Como lo establece claramente la Corte Constitucional: al resolverse el conflicto para lo cual están siendo llamados los árbitros, desaparece automáticamente la razón de ser de la función arbitral”*²⁹.

A renglón seguido, como lo señala el mismo autor, *“el arbitraje ha querido más que remplazar la justicia oficial, servir como un mecanismo de ayuda transitoria y de auxilio al proceso judicial”*³⁰.

Una vez entrada en vigencia la Ley 23 de 1991 y la Constitución Nacional del mismo año, se expidió el Decreto 2651 también de 1991, el cual tuvo una vigencia de 42 meses con varias prorrogas. Por medio de este, se dictaron normas para descongestionar los despachos judiciales y se modificó de forma transitoria el régimen arbitral. La prorrogas sucesivas fueron hasta el año de 1997, ya para el año de 1998 fue expedida la Ley 446, *“en la que se hicieron numerosas referencias a los mecanismos de conciliación, amigable composición y arbitraje... por último, adoptó como normas permanentes varios artículos del Decreto 2651, derogó otros del Decreto 2279 de 1989 y de la Ley 23 de 1991. Concluye concediendo facultades al gobierno nacional por el término de dos meses para que compile las normas aplicables a estos temas, sin cambiar su redacción ni*

²⁸ Cámara de Comercio de Bogotá, Notas de Arbitraje, Bogotá, 2008, pág. 140 y 141

²⁹ Molina, Carlos Mario, Aspectos constitucionales del arbitraje en Colombia, en Silva Romero, Eduardo, y otros, El contrato de Arbitraje, primera edición, Legis, Bogotá, 2005, pág. 55.

³⁰ *Ibidem*.

contenido, con el objeto de formar un estatuto sobre mecanismos alternativos de solución de conflictos”³¹.

Mediante el Decreto 1818 de 1998, se cumplió lo ordenado por la ley, pero no con los resultados que se esperaban, pues pretendiendo abarcarse de forma exhaustiva el tema, lo que se logra es crear un conjunto de norma vigentes y derogadas que no aportan en nada a la reglamentación de la figura en estudio ni mucho menos llega a ser realmente un estatuto de los mecanismos de solución de conflictos, configurándose un verdadero “*Quasimodo legal*”³²

También se dio dentro del marco de la normatividad del arbitraje, lo relacionado al arbitraje en controversias de tipo hipotecario por medio de la Ley 510 de 1999.

Con el fin de organizar en mayor medida la administración de justicia en 1996 fue promulgado el Estatuto de Administración de Justicia en la ley 270³³, en esta norma se hace alusión tanto de forma directa como de forma indirecta al arbitraje, dentro del contenido de los artículos 8 y 13, los cuales expresan:

ARTICULO 8º. Modificado por el art. 3, Ley 1285 de 2009. El nuevo texto es el siguiente: *Mecanismos Alternativos*. La ley podrá establecer mecanismos alternativos al proceso judicial para solucionar los conflictos que se presenten entre los asociados y señalará los casos en los cuales habrá lugar al cobro de honorarios por estos servicios.

(...)

³¹ Bentti Salgar, Julio, El arbitraje en el derecho colombiano, segunda edición, Temis, Bogotá, 2001, pág 47

³² Cámara de Comercio de Bogotá, Notas de Arbitraje, Bogotá, 2008, pág. 146.

³³ Ley 270 de 1996, a 17 de marzo de 2010 en:
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6548>.

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

ARTICULO 13. Del ejercicio de la función jurisdiccional por otras autoridades y por particulares. Modificado por el art. 6, Ley 1285 de 2009. El nuevo texto es el siguiente: Ejercen función jurisdiccional de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política:

(...)

3. Los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en los términos que señale la ley. Tratándose de arbitraje, en el que no sea parte el estado o alguna de sus Entidades, los particulares podrán acordar las reglas de procedimiento a seguir, directamente o por referencia a la de un Centro de Arbitraje, respetando, en todo caso los principios Constitucionales que integran el debido proceso.

En resumen, con respecto a los mecanismos alternativos de solución de controversias y más específicamente lo relativo al arbitraje, su verdadero estatuto es el Decreto 2279 de 1989, con las normas que lo han modificado hasta ahora, debido a que la compilación que se intentó por medio del Decreto 1818 de 1998 no ha alcanzado el objetivo propuesto con su promulgación.

3. EL ARBITRAJE Y SU DESARROLLO JURISPRUDENCIAL

De la mano con el desarrollo constitucional y legal se han proferido toda una serie de sentencias de las altas cortes enriqueciendo el panorama conceptual e interpretativo de las normas que rigen el arbitraje en el país, de esta manera se pueden resaltar fallos emitidos como por ejemplo, la sentencia C-592 de 1992, en esta se hace un estudio a una demanda interpuesta en contra de buena parte de la normatividad relativa al arbitraje contenidas en el Decreto 2651 de 1991 por el cual se reguló la descongestión judicial y se hizo mención al arbitraje, se consideró que el arbitraje y su regulación no tiende a ello ni apunta al propósito buscado por el Decreto.

Por su parte, la *“Corte considera habida cuenta de la posibilidad de que se delegue en particulares, en los términos de la ley, el ejercicio de la función jurisdiccional, basta por tener por ajustadas a la Constitución las normas acusadas por cuanto se limitan a desarrollar el artículo 116 dentro del espíritu de la misma. De otra parte, estima que no hay contravención alguna en relación con el objetivo de descongestión, sin que exista limitación alguna a las normas que con el objeto de nombrarlas se puedan expedir y ellas incluyen ciertamente, entre otras, las que comportan “redistribución de competencias o desjudicialización de conflictos jurídicos con el fin de que sean asumidos total o parcialmente por particulares o funcionarios no judiciales”³⁴.*

También se encuentra la sentencia C-431 de 1995, en ella la Corte reitera la importancia de la función jurisdiccional que ejercen los árbitros en la medida en que, *“conforme lo señala el artículo 116 y se retoma un fallo de 1991 para resaltar*

*que aun cuando los árbitros ejercen dicha función por la designación de los particulares, la ejercen en los términos de la ley y a partir de una habilitación de rango constitucional, de la cual surge al que puedan predicarse de sus decisiones los efectos similares a las del juez ordinario. Desde este punto de vista, la función que ejercen los árbitros es función pública*³⁵.

Se destaca la sentencia C-672 de 1999³⁶, en esta considera el demandante que la ley que debe regular la materia debe ser una ley estatutaria, por lo anterior, considera que las normas de la ley 446 de 1998 que rigen el arbitraje no se ajustan a la Constitución. La Corte Constitucional considera equivocado el planteamiento y señala que corresponde al legislador definir cuándo ha de echarse mano a ese tipo de normas legales, como lo afirmó la sentencia C-037 de 1996.

Otro pronunciamiento de suma importancia en el marco jurídico del arbitraje es la sentencia C-1038 de 2002, en este pronunciamiento se *“consagra de manera contundente la jurisdiccionalidad absoluta del trámite arbitral y, por ende, blindada de manera sólida el proceso de acorazamiento constitucional de la figura en Colombia*”³⁷.

Se señala en el texto de demanda que la participación o mejor, delegación en la función judicial que se hace a los directores de los centros a los cuales se da el conocimiento del asunto, sobrepasa la facultad otorgada por la Constitución, en el sentido en que el artículo 116 de la Carta reconoce a los árbitros como administradores de justicia sin mencionar en su contenido la posibilidad de delegar esta en los otros que no estén revestidos con dicha facultad.

³⁴ Cámara de Comercio de Bogotá, Notas de Arbitraje, Bogotá, 2008, pág. 147

³⁵ *Ibíd.* pág. 148

³⁶ *Ibíd.* pág. 149

³⁷ *Ibíd.* pág. 151.

La Corte considera que lo referente a la etapa prearbitral hace trámite inescindible del trámite arbitral y comporta el ejercicio de la función jurisdiccional en tanto implica limitaciones al acceso a la administración de justicia, está destinada a impulsar el proceso arbitral, que es jurisdiccional, y en su fondo y forma está regulada por el Código de Procedimiento Civil. Aclara la corporación que la ley no puede llegar al extremo de sobrepasar los alcances del texto constitucional y otorgar en quienes la Carta no ha permitido hacerlo, el ejercicio de funciones que son del Estado y de manera excepcional y transitoria se permite sean ejercidas por particulares en su condición de árbitros habilitados por las partes³⁸.

Dado que el poder habilitante surge de las partes, no hay lugar a la habilitación que la ley otorgaba a los centros para suplir la falta de actividades de estas y, por ende, decide que en todos estos eventos ha de acudir al juez para el logro de la configuración del tribunal, si bien el pacto arbitral mantiene su validez y efectos³⁹.

Así las cosas los centros solo pueden prestar funciones de apoyo administrativo para el debido desarrollo de los trámites arbitrales, sin que en momento alguno puedan ejercer funciones que impliquen el ejercicio de jurisdicción, en tanto ellas están reservadas a los árbitros.

En el 2007, se profirió la sentencia SU-174, en la cual se unifican temas de gran importancia acerca del arbitraje, haciendo un recuento de ellos se expresa la Corte así: *"... Para dar respuesta a este interrogante, es necesario que la Corte se pronuncie sobre varios temas conexos. En primer lugar, se hará referencia al origen voluntario de la vía arbitral para resolver conflictos y a la naturaleza jurisdiccional del arbitraje, resaltando sus fundamentos constitucionales. Posteriormente, se hará referencia a los límites que pesan sobre los asuntos que*

³⁸ *Ibidem*, pág. 151.

³⁹ *Ibidem*, pág. 151

son susceptibles de resolución por un tribunal arbitral, y los sujetos que pueden recurrir al arbitramento para resolver sus disputas. Posteriormente se aludirá a la fuerza vinculante del laudo arbitral y la restricción en las vías judiciales para controvertirlo, para luego explicar las hipótesis de procedencia excepcional de la acción de tutela contra laudos arbitrales”⁴⁰.

Así como las anteriores, también se puede encontrar una serie de pronunciamientos que además de abarcar temas de orden procedimental, aportan valiosas herramientas para la interpretación de los conceptos; su campo de aplicabilidad; etc., es este el caso de la sentencia C-431 de 1995 se define el acto arbitral así: *“el acto arbitral puede definirse como aquel por medio del cual una persona o varias a nombre del Estado, en ejercicio de una competencia atribuida por éste y consultando solo el interés superior del orden jurídico y la justicia, definen el derecho aplicable a un evento concreto, luego de haber comprobado los hechos y de inferir una consecuencia jurídica, cuyo rasgo esencial es el efecto del tránsito a cosa juzgada”⁴¹.*

Otra sentencia que también aporta definiciones a propósito del tema de arbitraje es la C-242 de 1997, en la que se señala: *“El arbitramento consiste en 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. Adicionalmente, la doctrina constitucional lo ha definido. De la regulación constitucional y de su interpretación se infiere, adicionalmente, que dicha figura presenta límites respecto de su ámbito material y temporal, en razón a que no todos los asuntos pueden ser sometidos genéricamente a su conocimiento,*

⁴⁰ Sentencia SU-174 de 2007 Corte Constitucional M.P: Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴¹ Sentencia C-431 de 1995 Corte Constitucional M.P: Hernando Herrera Vergara.

*como por ejemplo, los relacionados con el estado civil de las personas, ya que detenta un carácter transitorio para su realización*⁴².

En la Sentencia C-098 de 2001, también se encuentra otra definición de arbitramento expuesto por la Dra. Martha Victoria Sáchica Méndez, y manifiesta: *“El arbitramento como mecanismo alternativo de resolución de conflictos, 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*⁴³.

Así las cosas, como puede observarse, dentro de la evolución de la figura en el ordenamiento colombiano se presentan aspectos de todos los bemoles tanto en el campo constitucional, legal y jurisprudencial aportando cada uno de ellos en su momento las principales bases para llegar a lo que se conoce hoy en día como arbitraje.

⁴² Sentencia C-242 de 1997 Corte Constitucional M.P: Hernando Herrera Vergara.

⁴³ Sentencia C-098 de 2001, Corte Constitucional, M.P: Martha Victoria Sáchica Méndez.

4. CONCEPTUALIZACION DEL ARBITRAJE. ASPECTOS GENERALES

Para iniciar un estudio en el que el arbitraje será el mayor protagonista de toda la serie de párrafos que conformen este trabajo, es menester señalar los aspectos principales de dicha figura, de tal manera que permita formarse una idea general de lo que es el arbitraje en el ordenamiento jurídico colombiano y sus principales características.

Como un primer acercamiento al tema, puede decirse que los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos han sido creados y adoptados por el sistema jurídico colombiano con el fin de dar por terminado de forma expedita los conflictos o controversias que surjan entre las personas, bien sean estas naturales o jurídicas, pero siempre con el ánimo de que la diferencia que pudo llegar a producir efectos negativos para alguna de las partes pueda ser solucionado de la mejor manera posible, sin tener la necesidad de acudir a estrados judiciales que pueden generar mayores pérdidas para las partes intervinientes en el proceso, además de el tiempo que conlleva un proceso de esta índole, eso sin siquiera pensar en la situación actual de congestión del aparato judicial.

Pero, para llegar a concebir la idea de aplicar el arbitraje es porque entre la partes que han intervenido en una relación contractual se ha dado origen a un conflicto, entendido este vocablo, como *“una situación en la que un actor (una persona, una comunidad, un Estado), se encuentra en oposición corriente contra otro actor (del mismo o diferente rango), a partir del momento en que persiguen objetivos incompatibles (o estos son vistos como tales), lo que los conduce a una oposición,*

enfrentamiento o lucha. Es, en resumen, un proceso de poderes que se encuentra y se equilibran."⁴⁴

En párrafos posteriores el mismo autor comenta: *"el conflicto es un aspecto omnipresente de conducta entre los grupos humanos y dentro de estos, y crece o se encona, las más de las veces, no por el valor que tenga la cosa o el asunto por el que se lucha, sino por la importancia psicológica que se concede al perder o ganar"*⁴⁵.

Una vez ubicado el concepto que da pie para pensar en el arbitraje como mecanismo alternativo de solución de un posible conflicto que pueda llegar a darse, podría entrar a definirse lo que se entiende por arbitraje, desde la raíz del vocablo.

*"La palabra arbitraje, proviene del latín "arbitratus", de árbitro: arbitraje, por lo que data de la antigua Roma, Grecia y Persia, aunque se encuentran referencias históricas acerca de la existencia de esta institución en las civilizaciones más antiguas en donde se aludía a un tercero para resolver las disputas, hecho que permitía abrogar el empleo de la justicia por la propia mano, sin que por ello se hablara de la existencia de una organización judicial; gramaticalmente, se define el arbitramento como la mediación, juicio y sentencia de árbitros aceptados"*⁴⁶.

⁴⁴ Robayo Castillo, Gustavo Adolfo. Mecanismos de resolución de conflictos, Defensoría del Pueblo, Bogotá, 2003, Pág.17.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ 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. 27.

5. CONEPTO DE ARBITRAJE

5.1. EN LA NORMA

De acuerdo al artículo 111 de la ley 446 de 1998, *“el arbitraje es un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral”*⁴⁷.

Tanto el Decreto 2279 de 1989 y la ley 23 de 1991 no traen en su contenido una definición de arbitraje, por lo que esta ha sido inserta en la Ley 446 y el Decreto 1818 de 1998, pero este último siendo como un simple reflejo del concepto consagrado en la Ley arriba mencionada.

5.2. LA DOCTRINA

La doctrina en este caso ha servido para interpretar e incluso ampliar el concepto legal, es así como el jurista y doctrinante Gerardo Monroy Cabra 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”*⁴⁸

⁴⁷ Ley 446 de 1998.

En la misma obra, Monroy Cabra cita los conceptos de arbitraje construidos por una serie de doctrinantes extranjeros, entre ellos sobresale Mongalvy quien señala: *“el arbitraje es una jurisdicción que la voluntad de las partes o la ley da a simples particulares para pronunciarse sobre una o más controversias siempre que no sean de aquellas que por su naturaleza no puedan someterse a compromiso”*⁴⁹.

También se menciona a Miranda con su concepto de arbitraje, entendiéndose este como: *“una contienda entre partes sometida voluntaria o forzosamente al conocimiento y resolución de terceros elegidos por ellos o por la autoridad judicial en subsidio”*⁵⁰.

Por otra parte, el Dr. Julio Benetti Salgar señala que:

*“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”*⁵¹.

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*

⁴⁸ Monroy Cabra, Gerardo, Arbitraje Comercial nacional e internacional, segunda edición, Legis, Bogotá, 1998, Pág. 23.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ 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*⁵²

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 defiere 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”*⁵³.

5.3. EL DERECHO COMPARADO

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 los que 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”*⁵⁴.

Señala el autor de esta teoría que lo interesante de este concepto es la categoría de institución y no solo de figura comercial 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*

⁵² *Ibidem.*

⁵³ Gil Echeverri, Jorge Hernán, Nuevo régimen de arbitramento. Manual práctico, tercera edición, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 2005, pág. 33.

⁵⁴ Merino Merchán, José F. y Chillón Medina José M. Tratado de Derecho Arbitral, Tercera edición, Thomson Civitas, Navarra, España, 2006, pág. 213.

*un conjunto de actividades relacionadas entre sí por el vínculo de una idea común y objetiva a la que figuran adheridas diversas voluntades particulares*⁵⁵.

Para Francia, *“el arbitraje es una forma de juicio sometido a la ley y al control de la judicatura*⁵⁶, 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*⁵⁷, 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*⁵⁸

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 controversias, producto de un acuerdo entre las partes, por el que convienen que determinadas disputas se resolverán según determine un tribunal arbitral*⁵⁹

⁵⁵ *Ibidem*, pág. 214.

⁵⁶ Briseño Sierra, Humberto. *El arbitraje comercial*, segunda edición, Noriega editores, 1999, pág. 55.

⁵⁷ *Ibidem*, pág. 73.

⁵⁸ 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.

⁵⁹ Solórzano, Carlos, *Alternativas para la solución de controversia*, Seminario: "Establecimiento y Operación de Negocios en Canadá: Aspectos Prácticos y Jurídicos - Exportaciones e Inversiones", al 18 de Marzo de 2010 en:

http://www.bancomext.com/Bancomext/aplicaciones/directivos/documentos/SemCanada_AlternativasSolucionControversias_CS.pdf

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 mas dúctil y maleable... abarca la mera intermediación a aún el dictamen de un experto”*⁶⁰.

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”*⁶¹.

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”*⁶².

5.4. LA JURISPRUDENCIA

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*

⁶⁰ Briseño Sierra, Humberto. El arbitraje comercial, segunda edición, Noriega editores, 1999, pág. 12.

⁶¹ Guzmán Barrón, Cesar., y Prez N., Fabián. El arbitraje. Conceptos generales, al 18 de marzo de 2010 en <http://www.orbisinformatica.com/minjus3/documentos/PublicacionesConceptosGenerales.pdf>

⁶² Artículo 1, Ley de Arbitraje y Mediación No. 000. RO/145 de 4 de septiembre de 1997, a 18 de Marzo de 2010 en: <http://www.sice.oas.org/dispute/comarb/Ecuador/larbymed.asp>

*diferencias a la decisión de un tercero, aceptando anticipadamente sujetarse a lo que allí se adopte*⁶³, “*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*”⁶⁴.

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*”⁶⁵.

También ha dicho la Corte que el arbitraje “*es una de las posibilidades a través de las cuales los particulares administran justicia, pues se les confiere la atribución de resolver conflictos jurídicos, previo acuerdo de voluntades entre las personas que discuten un derecho*”⁶⁶.

En igual sentido, se expresa la Corte en los pronunciamientos como las sentencias C-378 de 2008; T-121 de 2002; T-311 de 2009; C-1038 de 2002; SU-174 de 2007, entre muchas otras.

Por otra parte, el Consejo de Estado ha definido el arbitraje como “*un mecanismo alternativo de solución de conflictos por medio del cual las partes sustraen del*

⁶³ Corte Constitucional, Sentencia C-242 de 1997, M.P: Hernando Herrera Vergara.

⁶⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-349 de 2009, M.P: Luis Ernesto Vargas Silva.

⁶⁵ Corte Constitucional, Sentencia C- 098 de 2001, M.P: Martha Victoria SÁCHICA Méndez.

⁶⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-330 de 2000, M.P: Carlos Gaviria Días.

conocimiento de la jurisdicción natural del asunto, controversias jurídicas susceptibles de transacción”⁶⁷

Además de establecerse la definición de arbitramento que ha señalado la Corte, en el fallo C-713 de 2008⁶⁸, se destacan sus principales características entre las que se mencionan:

- (i) 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;
- (ii) 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;
- (iii) Es un mecanismo de carácter temporal, porque su existencia se da solamente para la resolución del caso específico sometido a consideración de los árbitros;
- (iv) 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;
- (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

⁶⁷ Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección tercera, 8 de Febrero de 2001, C.P: María Elena Giraldo Gómez.

⁶⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-713 de 2008, M.P: Clara Inés Vargas Hernández.

las pruebas aportadas y, aún, la propia revisión de los pronunciamientos hechos por los árbitros.

Como puede notarse, la definición misma del arbitraje ha sido acreedora a una especial dedicación tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, lo cual denota su importancia en el sistema colombiano. También debe señalarse que los conceptos adoptados por los países mencionados como un breve recuento de derecho comparado tienen aspectos en común, como por ejemplo la mención de ser un mecanismo alternativo de solución de controversias; que se da según la voluntad y autonomía de las partes en el sentido de escoger ese mecanismo y no otro; sobresale el llamamiento a acatar la decisión que llegase a ser adoptada por los árbitros que compongan el tribunal; entre otras que confirman lo dicho al principio de este trabajo acerca de las similitudes existentes entre las sociedades que se ven reflejadas en sus figuras, teniendo esto gran trascendencia para su futura interrelación.

6. CLASIFICACION DEL ARBITRAJE

El dentro del marco jurídico, la figura del arbitraje se encuentra clasificado bajo una serie de categorías que lo identifican de acuerdo a su aplicación, a su origen, a los principios que lo fundamentan, etc., permitiendo de esta forma vislumbrar de manera más acertada, cada uno de sus componentes conceptuales.

Es así como la ley, la doctrina y la jurisprudencia han establecido dichas categorías de la siguiente manera:

6.1. SEGÚN LOS PRINCIPIOS⁶⁹:

De acuerdo con los principios en que se fundamentan los árbitros para proferir su decisión, el arbitraje puede ser:

6.1.1. En derecho: Es aquel en el cual los árbitros deben fundamentar su laudo teniendo en cuenta las normas sustantivas vigentes y las reglas de derecho probatorio.

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”*⁷⁰, además *“cuando se trate de arbitraje en derecho,*

⁶⁹ Gil Echeverri, Jorge Hernán, Nuevo régimen de arbitramento. Manual práctico, tercera edición, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 2005, pág. 33

⁷⁰ Ley 446 de 1998, artículo 111, inciso tres.

*las partes deberán comparecer al proceso arbitral por medio de abogado inscrito, a menos que se trate de asuntos exceptuados por la ley*⁷¹.

En este sentido el Dr. Benetti Salgar manifiesta que esta clase de arbitramento, llamado *arbiter iuris* “es aquel en que el laudo se dicta aplicando reglas de derecho a la solución del conflicto”⁷².

Por su parte el doctrinante Monroy Cabra⁷³ 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.

6.1.2. En conciencia o equidad: Es aquel en el cual los árbitros profieren su fallo sin sujeción a la tarifa legal probatoria ni al derecho sustantivo. En esta modalidad los árbitros deciden según su leal saber o entender, aplicando los principios de la equidad, el sentido común y la verdad sabida y buena fe guardada, y pueden conciliar las pretensiones opuestas.

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.

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*

⁷¹ Ley 446 de 1998, artículo 118, inciso dos.

⁷² Benetti Salgar, Julio. El arbitraje en el derecho colombiano, segunda edición, Temis, Bogotá, 2001, Pág. 26.

⁷³ Monroy Cabra, Gerardo, Arbitraje Comercial nacional e internacional, segunda edición, Legis, Bogotá, 1998, Pág. 34

*considere que la legislación coincide con la idea de justicia concebida por el juez*⁷⁴.

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”*⁷⁵.

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 (“ex aequo 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*

⁷⁴ *Ibidem*, pág. 34, cita de Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, Sentencia de diciembre 19 de 1996.

⁷⁵ Guzmán Villalobos, Andrés Felipe. (2003). El arbitraje en equidad en el derecho colombiano. Tesis de grado. Pontificia universidad Javeriana. Bogotá, Colombia, Pág. 65.

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”⁷⁶

6.1.3. 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.

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”⁷⁷*. Además de recibir esta denominación también es conocido como *“peritaje decisorio”⁷⁸*.

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 árbitro⁷⁹.

6.2. EN RAZÓN DE SU ORIGEN⁸⁰.

En esta categoría se desprenden subcategorías como las siguientes:

⁷⁶ Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, 10 de marzo de 2005, C.P: María Elena Giraldo Gómez.

⁷⁷ Ley 446 de 1998, artículo 111, inciso dos.

⁷⁸ Benetti Salgar, Julio. El arbitraje en el derecho colombiano, segunda edición, Temis, Bogotá, 2001, Pág. 26.

⁷⁹ Gil Echeverri, Jorge Hernán, Nuevo régimen de arbitramento. Manual práctico, tercera edición, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 2005, pág. 49.

⁸⁰ *Ibíd.*

6.2.1. 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"⁸¹

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 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"*⁸².

6.2.2. Forzoso: 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

⁸¹ 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).

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*⁸³. 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”*⁸⁴. No obstante, mediante pronunciamiento⁸⁵ 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 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”*⁸⁶.

6.3. DE ACUERDO CON LA FORMA DE FUNCIONAMIENTO⁸⁷:

Esta clase de arbitramento está definido por la norma en el artículo 116 del Decreto 1818 de 1998, aunque no lo identifica con este título en específico, siendo este realmente asignado por la doctrina, se señala como tales los siguientes:

⁸² Corte Constitucional, sentencia C-330 de 2000, M.P: Carlos Gaviria Días.

⁸³ Monroy Cabra, Gerardo, Arbitraje Comercial nacional e internacional, segunda edición, Legis, Bogotá, 1998, Pág. 34.

⁸⁴ 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.

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

⁸⁶ Corte constitucional, sentencia C-466 de 2008, M.P: Jaime Araujo Rentería.

6.3.1. Independiente⁸⁸: El arbitraje independiente es aquel en que las partes acuerdan autónomamente las reglas de procedimiento aplicables en la solución de su conflicto.

La doctrina⁸⁹ 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 efectuar las 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.

6.3.2. Institucional⁹⁰: 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”⁹¹*.

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 solo para una tarea en específico, debe darse cabal cumplimiento al reglamento que para la materia tenga el Centro.

⁸⁷ Gil Echeverri, Jorge Hernán, Nuevo régimen de arbitramento. Manual práctico, tercera edición, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 2005, pág. 51.

⁸⁸ Decreto 1818 de 1998, artículo 116.

⁸⁹ Gil Echeverri, Jorge Hernán, Nuevo régimen de arbitramento. Manual práctico, tercera edición, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 2005, pág. 51 y 52.

⁹⁰ Decreto 1818 de 1998, artículo 116.

⁹¹ Gil Echeverri, Jorge Hernán, Nuevo régimen de arbitramento. Manual práctico, tercera edición, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 2005, pág. 56.

6.3.3. Legal⁹²: 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.

6.4. SEGÚN EL ÁMBITO TERRITORIAL⁹³:

Esta categoría corresponde más a una clasificación de carácter doctrinal que legal, refiriéndose a si el arbitraje se va a desarrollar en el país o fuera de este, explicándolo de la siguiente manera:

6.4.1. 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 cual se lleva a cabo dentro de dicho país y con sujeción a su propia legislación”⁹⁴.*

6.4.2. 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 involucradas personas o bienes de distintos países o sujetos a legislaciones de diferentes Estados,*

⁹² Ibídem, pág. 57.

⁹³ Gil Echeverri, Jorge Hernán, Nuevo régimen de arbitramento. Manual práctico, tercera edición, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 2005, pág. 58.

*adelantándose el proceso en cualquier lugar y con sujeción al derecho internacional*⁹⁵.

⁹⁴ Benetti Salgar, Julio. El arbitraje en el derecho colombiano, segunda edición, Temis, Bogotá, 2001, Pág. 27.

⁹⁵ *Ibíd.*

7. VENTAJAS DEL ARBITRAJE

Las ventajas que puedan llegar a proporcionar las figuras jurídicas dentro del sistema colombiano, son las características que los hacen atractivos para su puesta en práctica. La aplicación del arbitraje como mecanismo alternativo para la solución de controversias de carácter contractual, cumple con estas características pero de forma particular, por lo cual contiene en sí mismo una serie de aspectos que motivan a las partes para que opten por su utilización. En este orden de ideas, esta figura ofrece un esquema de diferentes matices para que las partes lo prefieran sobre otros.

Es así como se pueden señalar las siguientes como las principales ventajas del arbitraje:

7.1. CELERIDAD⁹⁶:

El arbitraje es una opción rápida para resolver cualquier conflicto de intereses, si se tiene en cuenta que el término para producir el fallo es el que las partes prevean; subsidiariamente, el término será de 6 meses, contados a partir de la primera audiencia de trámite. Esta ventaja se presenta tanto para los asuntos sencillos como para los complejos, que perfectamente podrían agotar la vida útil de un abogado, como ocurre en algunos procesos ordinarios o liquidaciones, tramitados ante la justicia ordinaria.

⁹⁶ Gil Echeverri, Jorge Hernán, Nuevo régimen de arbitramento. Manual práctico, tercera edición, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 2005, pág. 58.

El doctrinante Benetti Salgar⁹⁷ señala que esta característica le permite al tribunal que se constituye, dedicarse con exclusividad al proceso respectivo que tenga en su conocimiento, teniendo un plazo fijo señalado en la ley o en el convenio arbitral para adelantar y fallar el proceso.

Por otra parte el profesor Monroy Cabra⁹⁸ expresa que esta es una de las razones por las cuales las partes en la controversia prefieren el arbitraje, porque el tiempo que demanda un proceso ordinario constituye en perjuicio para las partes.

La celeridad permite a las partes poder tener una solución rápida a sus controversias, de tal manera que se pueden proteger los intereses económicos de cada una de ellas, ya que el tiempo que requieren los procesos dirigidos por funcionarios del Estado desgastan a las partes, creando en torno a ellas una serie de perjuicios representados muchas veces en pérdidas de carácter pecuniario, de ahí que se dé la escogencia del arbitraje. Lo anterior sumado al carácter temporal de la figura, lo cual es importante destacar, además que *“su existencia se da solamente para la resolución del caso específico sometido a consideración de los árbitros”*⁹⁹ de forma exclusiva.

7.2. ECONOMÍA¹⁰⁰:

De la celeridad surge la economía del proceso arbitral, si se tiene en cuenta que resulta más oneroso para las partes el transcurso del tiempo que los costos y

⁹⁷ Benetti Salgar, Julio. El arbitraje en el derecho colombiano, segunda edición, Temis, Bogotá, 2001, Pág. 20.

⁹⁸ Monroy Cabra, Gerardo, Arbitraje Comercial nacional e internacional, segunda edición, Legis, Bogotá, 1998, Pág. 28.

⁹⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-713 de 2008, M.P: Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁰⁰ Gil Echeverri, Jorge Hernán, Nuevo régimen de arbitramento. Manual práctico, tercera edición, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 2005, pág. 59.

gastos procesales que se ocasionen con motivo del proceso arbitral. Como ya se mencionó, *“a pesar de que la justicia arbitral es pagada por las partes la rapidez del proceso permite ahorrar tiempo y por ende dinero”*¹⁰¹.

7.3. UNIVERSALIDAD¹⁰²:

Por medio de esta justicia puede resolverse toda serie de conflictos, con la condición de que estos sean transigibles, por tal motivo la mayoría de procesos que pueden desarrollarse en la justicia ordinaria pueden conocerse por medio de arbitramento. Esta ventaja permite la acumulación de causas en un mismo proceso, así se trate de demandas o pretensiones que de tramitarse ante la justicia ordinaria desencadenarían diversos y excluyentes procesos judiciales.

7.4 EFICACIA¹⁰³:

Los laudos arbitrales producen los mismos efectos que las sentencias proferidas por los jueces de la República, pero no están sometidos a apelación y casación.

El explicar el laudo arbitral como semejante a las decisiones judiciales tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado han dedicado toda una serie de jurisprudencias, que han servido como valiosos aportes para su mejor entendimiento.

¹⁰¹ Benetti Salgar, Julio. El arbitraje en el derecho colombiano, segunda edición, Temis, Bogotá, 2001, Pág. 20.

¹⁰² Gil Echeverri, Jorge Hernán, Nuevo régimen de arbitramento. Manual práctico, tercera edición, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 2005, pág. 59.

En un primer término, se encuentra un pronunciamiento de la Corte Constitucional en la cual manifiestan: *“El laudo arbitral se equipara a una sentencia judicial por cuanto pone fin al proceso y desata de manera definitiva la cuestión examinada”*¹⁰⁴. La misma corporación en fallo de 2008 expresó: *“Los laudos arbitrales se asimilan a sentencias judiciales, lo cual implica que también son susceptibles de ser impugnados a través de la acción de tutela, bajo las reglas de procedencia excepcional que ha fijado la jurisprudencia de esta Corporación”*¹⁰⁵.

Es menester reiterar la importancia que dentro del proceso arbitral se le otorga al laudo, en el sentido que es este el portador de la decisión que sobre el caso en concreto a tomado el tribunal arbitral, y al estar ejerciendo los jueces función jurisdiccional el laudo estará revestido con los mismos efectos de las sentencias de los jueces de la república.

En este sentido señala la Corte: *“El laudo, que es la decisión que profieren los árbitros, resuelve el conflicto suscitado entre ellas, tiene fuerza vinculante para las partes y hace tránsito a cosa juzgada”*¹⁰⁶. Bajo tales consideraciones, es una decisión judicial exigible y ejecutable, que resulta ser además un medio para materializar el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia de las personas involucradas. Así, el laudo arbitral, sea en derecho o en equidad, *“es eminentemente jurisdiccional y equivale a una providencia judicial, en cuanto resuelve el litigio suscitado entre las partes, pronunciándose sobre los hechos, resolviendo sobre las pretensiones, valorando las pruebas y declarando el derecho a la luz de los mandatos constitucionales y legales o atendiendo a los principios de equidad”*¹⁰⁷.

¹⁰³ Ibídem, pág. 61

¹⁰⁴ Corte Constitucional, sentencia C-378 de 2008, M.P: Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁰⁵ Corte Constitucional, sentencia C-713 de 2008, M.P: Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁰⁶ Sentencia SU-174 de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Ver además la sentencia C-426 de 1994. M.P: José Gregorio Hernández Galindo.

¹⁰⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-443 de 2008, M.P: Mauricio Gonzales Cuervo.

7.5. RESERVA¹⁰⁸:

Así es como se mantiene el desenvolvimiento de todo el proceso arbitral, esto es un aporte en el sentido de que el nombre de las partes no se vaya a ver afectado o perjudicado por el hecho del litigio. Algo a lo que por supuesto estarían expuestos en la jurisdicción ordinaria.

EL doctrinante Julio Benetti¹⁰⁹ ha manifestado que es importante señalar que esta ventaja no tiene carácter absoluto en nuestro medio, debido a que generalmente se ha sostenido que la publicidad en este proceso se da cuando se protocoliza el expediente del proceso en una notaría del lugar donde funcione el tribunal.

7.6. IDONEIDAD¹¹⁰:

En el arbitraje las calidades y conocimientos de los árbitros, siendo estos especialistas en la materia que se decide, y en quienes se deposita la confianza para adoptar la solución más conveniente, aseguran de esta manera la calidad del fallo.

Esto se evidencia aun más, cuando las partes deciden intervenir en la designación de los árbitros, escogiendo a estos de acuerdo a sus conocimientos y a las necesidades de las partes, sobre todo cuando se trata de arbitraje de carácter técnico. Al tener las partes esa oportunidad de designación, “*se tiene al mismo*

¹⁰⁸ Gil Echeverri, Jorge Hernán, Nuevo régimen de arbitramento. Manual práctico, tercera edición, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 2005, pág. 61

¹⁰⁹ Benetti Salgar, Julio. El arbitraje en el derecho colombiano, segunda edición, Temis, Bogotá, 2001, Pág. 20.

¹¹⁰ Gil Echeverri, Jorge Hernán, Nuevo régimen de arbitramento. Manual práctico, tercera edición, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 2005, pág. 62

tiempo la posibilidad de esperar una mayor garantía en la decisión, sin que ello signifique ningún perjuicio respecto de la jurisdicción ordinaria”¹¹¹

7.7. EQUIDAD¹¹²:

Esto se traduce en la producción de fallos fundamentados en los hechos y pruebas en el marco de la justicia, cumpliendo de esta manera el precepto constitucional de la administración de justicia.

7.8. INMEDIACIÓN¹¹³:

La interrelación de los árbitros con las partes es permanente, lo que sin duda conduce más fácilmente a la verdad. Los árbitros surten cada una de las etapas del proceso, redundando esto a favor de la lealtad procesal, además al ser constituido el tribunal única y exclusivamente para conocer y estudiar un caso en concreto esto permite mayor y mejor dedicación y análisis a los argumentos, las pruebas, etc.

7.9. INFORMALIDAD¹¹⁴:

El proceso arbitral como tal está enmarcado dentro de una serie de prerrogativas que, pese a su legalidad, tiene total discrecionalidad para la instrucción del

¹¹¹ Monroy Cabra, Gerardo, Arbitraje Comercial nacional e internacional, segunda edición, Legis, Bogotá, 1998, Pág. 27

¹¹² *Ibíd.*

¹¹³ *Ibíd.*

¹¹⁴ *Ibíd.*

proceso. Lo anterior se debe a la flexibilidad normativa que permite el proceso arbitral a comparación con aquellos que se siguen en la jurisdicción ordinaria.

“Esta característica permite mayor libertad a las partes y para el árbitro sin el formalismo y ritualidad de los procesos judiciales que las partes evitan recurriendo a este sistema”¹¹⁵.

¹¹⁵ Benetti Salgar, Julio. El arbitraje en el derecho colombiano, segunda edición, Temis, Bogotá, 2001, Pág. 20.

8. 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.

8.1. PRINCIPIO DE LA JURISDICCIONALIDAD¹¹⁶:

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”*¹¹⁷.

En 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 tales efectos jurídicos, no los producen ellas mismas mediante sus declaraciones*

¹¹⁶ Gil Echeverri, Jorge Hernán, Nuevo régimen de arbitramento. Manual práctico, tercera edición, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 2005, pág. 63

*de voluntad*¹¹⁸. 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*”¹¹⁹.

8.2. PRINCIPIO DE LA NATURALEZA PROCESAL¹²⁰:

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*

¹¹⁷ 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.

¹¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia de marzo 21 de 1991.

¹¹⁹ Corte Constitucional, sentencia C-242 de 1997, M.P: Hernando Herrera Vergara

¹²⁰ Gil Echeverri, Jorge Hernán, Nuevo régimen de arbitramento. Manual práctico, tercera edición, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 2005, pág. 64.

material- y, como tal, está sometido en todas sus etapas a la estricta aplicación de las normas que regulan este tipo de actuaciones tanto desde el punto de vista formal como material. Se trata de un mecanismo en el que han de aplicarse con rigor las garantías del debido proceso aplicables a toda actuación judicial, pues de nada sirve la inclusión de mecanismos de solución de litigios, adicionales y alternativos al sistema ordinario contemplado en la legislación, si su aplicación se traduce en el desconocimiento de derechos constitucionales fundamentales”¹²¹.

8.3. PRINCIPIO DE TEMPORALIDAD¹²²:

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 ejercerse de 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”¹²³.*

¹²¹ Corte Constitucional, sentencia C-330 de 2000, M.P: Carlos Gaviria Días.

¹²² Gil Echeverri, Jorge Hernán, Nuevo régimen de arbitramento. Manual práctico, tercera edición, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 2005, pág. 65

8.4. PRINCIPIO DE LA HABILITACIÓN¹²⁴.

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.

8.5. PRINCIPIO DE LA VOLUNTARIEDAD¹²⁵.

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*

¹²³ Corte Constitucional, sentencia C-330 de 2000, M.P: Carlos Gaviria Díaz. En igual sentido la Corte se pronunció en la sentencia C-242 de 1997.

¹²⁴ Gil Echeverri, Jorge Hernán, Nuevo régimen de arbitramento. Manual práctico, tercera edición, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 2005, pág. 65

¹²⁵ Ibídem, pág. 66.

*voluntades reflejado en el pacto arbitral, las partes aceptan por anticipado que se sujetarán a lo decidido por el tribunal de arbitramento*¹²⁶ (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”*¹²⁷.

8.6. PRINCIPIO DE LEGALIDAD¹²⁸:

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:(...)”

¹²⁶ Corte Constitucional, Sentencia SU-174 de 2007, M.P: Manuel José Cepeda Espinosa

¹²⁷ Corte Constitucional, sentencia C-330 de 2000, M.P: Carlos Gaviria Díaz.

¹²⁸ Gil Echeverri, Jorge Hernán, Nuevo régimen de arbitramento. Manual práctico, tercera edición, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 2005, pág. 68.

*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*¹²⁹.

¹²⁹ Sentencia C-242 de 1997, Corte Constitucional, M.P: Hernando Herrera Vergara.

9. 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.

9.1. 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 mandatario de las partes además la decisión arbitral no sería propiamente una sentencia sino la ejecución de un mandato por un compromisario”*¹³⁰.

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”*¹³¹.

¹³⁰ Monroy Cabra, Gerardo, Arbitraje Comercial nacional e internacional, segunda edición, Legis, Bogotá, 1998, pág. 34.

¹³¹ Merino Merchán, José F. y Chillón Medina José M. Tratado de Derecho Arbitral, Tercera edición, Thomson Civitas, Navarra, España, 2006, pág. 222.

9.2. 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”¹³².

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.

9.3. ESCUELA MIXTA O ECLÉCTICA ¹³³.

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 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

¹³² Gil Echeverri, Jorge Hernán, Nuevo régimen de arbitramento. Manual práctico, tercera edición, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 2005, pág. 78

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”¹³⁴.

¹³³ *Ibidem*, pág. 79
¹³⁴ *Ibidem*, pág. 80.

10 ¿ES EL ARBITRAJE UNA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL?

El tema que propone el cuestionamiento que inicia este acápite ha sido centro de una serie de discusiones que siempre han llegado a conclusiones encontradas, las cuales han señalado por una parte que si es así, en el sentido de entender el arbitraje como una especie de jurisdicción, no obstante ser la vigencia del tribunal solamente transitoria; por otra parte hay quienes han dicho que no puede otorgársele dicha denominación toda vez que se trata de una función que surge única y exclusivamente de la voluntad de las partes.

La jurisdiccionalidad del arbitraje se dio desde los inicios de esta figura dentro de las sociedades primitivas, es así como *“desde una perspectiva histórica, encontramos un extenso periodo en que las autoridades dejaban en manos de los particulares la solución de sus conflictos mercantiles, periodo que se extiende desde el siglo XI y pasando por el siglo XIX, llegando hasta las tres primeras décadas del siglo XX en que el Estado comienza a abandonar paulatinamente la filosofía del Estado Gendarme para legislar en campos en que la voluntad de los particulares era ley”*¹³⁵.

Antes de continuar con el tema propuesto, considero pertinente que definamos que se entiende por jurisdicción. El profesor Hernando Devis Echandía señala que: *“en sentido estricto por jurisdicción se entiende la facultad de administrar justicia, función pública encomendada a un órgano del Estado, que tiene por fin la*

¹³⁵ Aljure Salame, Antonio. (comp.) (2007). Perspectiva del arbitraje de derecho privado en Colombia. Bogotá, Colombia. Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia. Pág 122.

*realización o declaración del derecho mediante la actuación de la ley a casos concretos*¹³⁶.

Por otra parte, también se ha entendido que la *“función jurisdiccional se identifica con la actividad encaminada a comprobar y hacer valer concretamente, en los casos particulares, el ordenamiento jurídico estatal. Al mismo tiempo, tutela los intereses que, aun siendo protegidos por normas de derecho objetivo, han quedado insatisfechos, sea porque hay incertidumbre sobre los términos de la norma que deberá tutelarlos, sea porque esta última, aun siendo reconocida por todos, no se ha repetido en la hipótesis examinada*¹³⁷.

Además, se considera que *“de la actividad jurisdiccional, resulta también una actividad sustitutiva y subrogatoria, en cuanto que el Estado-Juez se mueve solo porque aquellos que deberían realizar espontáneamente determinados intereses, actuando así la voluntad de la ley, no lo han hecho*¹³⁸

Así las cosas, en un primer momento podría asegurarse que efectivamente el desarrollo del proceso arbitral se entiende como una actividad jurisdiccional en el sentido en que se está administrando justicia, siguiendo la teoría procesalista del arbitraje, que ya fue explicada en el capítulo anterior, el doctor Calos Mario Molina señala: *“la categoría de juez reconocida constitucionalmente a los árbitros, les brinda la calidad de jurisdicción... según jurisprudencia de las altas Cortes, así no sea esta permanente, la fuerza jurisdiccional de los laudos arbitrales es reconocida, por cuanto sus decisiones son expresiones de función pública en derecho o en equidad y, además, son decisiones que terminan un conflicto, luego de surtidas las respectivas impugnaciones, son pronunciamientos que hacen*

¹³⁶ Devis Echandía, Hernando, *Nociones generales de derecho procesal civil*, Segunda edición, Temis, Bogotá, 2009, pág 77.

¹³⁷ Santos Silva, F. (1973). *Comentarios sobre la naturaleza jurídica del arbitraje*. Tesis de grado, derecho, Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia, pág. 66.

*tránsito a cosa juzgada y sobre los cuales no cabe en principio ningún recurso. Por ello no se debe entender su carácter jurisdiccional en el sentido de hacer parte de las jurisdicciones ya existentes, sino en el entendido del artículo 13 de la ley 270 de 1996, por ser estas jurisdicciones especiales de tipo transitorio con estatus constitucional particular*¹³⁹.

En opinión del doctor Antonio Aljure Salame¹⁴⁰, el arbitraje en Colombia tiene la categoría de función jurisdiccional por mandato constitucional, pero gracias a esta categorización el proceso arbitral se ha visto más intervenido por el Estado ahora que en años anteriores, cuando aun no gozaba de ese privilegio legal. Además manifiesta que por considerarse el arbitraje de naturaleza judicial, se ha visto truncada la implementación de otros tipos de arbitraje que pueden enriquecer las opciones de que disponen las partes para resolver sus conflictos.

Además propone que el arbitraje judicial colombiano que comprende todas las calificaciones internas, requiere una menor intervención de la ley y del poder judicial para desarrollarse.

Más adelante, agrega el Dr. Aljure Salame que *“el carácter jurisdiccional de nuestro arbitraje hace que los laudos sigan la suerte de la sentencia judicial, en el sentido de que pueden ser impugnados por tutela*¹⁴¹.

¹³⁸ *Ibidem*.

¹³⁹ Molina, Carlos Mario, Aspectos constitucionales del arbitraje en Colombia, en Silva Romero, Eduardo, y otros, El contrato de Arbitraje, primera edición, Legis, Bogotá, 2005, pág 55.

¹⁴⁰ Aljure Salame, Antonio. (comp.) (2007). Perspectiva del arbitraje de derecho privado en Colombia. Bogotá, Colombia. Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia. Pág 119.

¹⁴¹ Aljure Salame, Antonio. (comp.) (2007). Perspectiva del arbitraje de derecho privado en Colombia. Bogotá, Colombia. Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia. Pág 128.

En lo atinente al uso de la Tutela como mecanismo para impugnar la decisión que adoptan los árbitros, se ha dado todo un desarrollo jurisprudencial que será abarcado más adelante.

En este orden de ideas, es interesante ver como la naturaleza misma del arbitraje, entendido como jurisdicción especial, ha permitido darle un lugar dentro del sistema jurídico colombiano, mostrándose como una figura que ha evolucionado junto con las sociedades y que ha sido merecedora a un gran protagonismo en las diferentes etapas por las que han pasado los grupos sociales, desde los más primitivos, sirviendo como eje, en muchos de ellos, para la construcción de las instituciones que administrarían justicia dentro de cada conglomerado social.

Por otra parte, se ha expuesto por la Corte Constitucional en numerosos pronunciamientos que *“no obstante la consagración constitucional de arbitraje, la Corte ha vacilado en reconocer que se configure una verdadera jurisdicción arbitral. En los casos en que la ha reconocido, es evidente al propio tiempo su recelo a que se consolide como tal, porque solo en la jurisdicción estatal encuentra el respeto a las garantías propias de la administración de justicia... Finalmente, todo lleva a concluir que, en criterio de esa corporación, lo que ejercen los árbitros es solo una función accesoria, limitada y, en síntesis, una justicia informal”*¹⁴².

En otras latitudes, la naturaleza del arbitraje se sustrae a características más de tipo contractual, es así como la práctica del arbitraje si bien tiene importancia dentro del marco jurídico, la forma cómo será puesto en marcha depende de las especificaciones que sobre el asunto se hayan estipulado en el contrato que dio origen a la relación jurídica existente entre las partes. Es este el caso del ordenamiento norteamericano, según el cual se respeta la voluntad de las partes

en la decisión de utilizar el arbitraje como la forma más propicia de solucionar los conflictos que se susciten, de acuerdo a lo señalado en la cláusula compromisoria que se haya estipulado, sin poder mediar ninguna clase de intervención por la jurisdicción ordinaria, cabe resaltar que el proceso arbitral debe llevarse de acuerdo a como lo establecieron las partes.

En este orden de ideas, se ha expresado: *“En el sistema estadounidense, los procedimientos arbitrales están definidos por el pacto expreso de las partes interesadas o, aun con mayor frecuencia, por las reglas establecidas por una organización neutral de arbitraje escogida por los contratantes”*¹⁴³.

Es así como, aunque exista la jurisdicción esta debe ser desarrollada como lo hayan dispuesto las partes intervinientes en el conflicto.

Por su parte, en el sistema jurídico mexicano¹⁴⁴ se entiende el arbitraje como un proceso jurídico, que es tramitado, desarrollado y resuelto por particulares. Aunque se considera un procedimiento de carácter privado, por su convencionalismo, también se enmarca en una forma de administrar justicia escogida por las partes intervinientes en el proceso debidamente regulada tanto por el Código de Comercio de 1890 como por otra serie de leyes que rigen de forma más específica la materia.

En España, así como en otras latitudes han surgido corrientes que entienden la naturaleza de arbitraje tanto como actividad jurisdiccional, como aquella que lo

¹⁴² Mejía Martínez, Carmenza. (comp.) (2007). El arbitraje: ¿justicia informal? Análisis de las sentencias de la Corte Constitucional. Bogotá, Colombia. Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia. Pág 166.

¹⁴³ Palmiter, Alan R., Arbitraje comercial y otros mecanismos de resolución de conflictos societarios en Estados Unidos, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 2001, pág. 39.

¹⁴⁴ Briseño Sierra, Humberto. El arbitraje comercial, segunda edición, Noriega editores, 1999, pág. 12.

vislumbra como un mero reflejo de la voluntad privada. En este sentido se ha expresado: *“lo que se discute en torno al tema es si el arbitraje pertenece a las concepciones normativas públicas o, por el contrario, a las privadas. Aquel que mantenga posiciones teórico-públicas acerca del arbitraje afirmará que el arbitraje es una institución pública al beneficio de intereses privados, cuyos árbitros ejercen temporalmente funciones soberanas. Es, en definitiva, una postura jurisdiccional ante el arbitraje privado. Pero si lo que se sustenta son concepciones privadas se afirmará que estamos ante un verdadero contrato”*¹⁴⁵.

Dentro del panorama doctrinal, se encuentra lo señalado por el francés Bruno Oppetit quien sostiene que *“el arbitraje ya no puede reducirse a un puro fenómeno contractual, como lo reclaman los apasionados discursos críticos de Merlin: su naturaleza jurisdiccional hoy no es puesta en duda, aunque su origen siga siendo contractual; el arbitraje es una justicia, privada, es cierto, pero una justicia al fin y al cabo: esta proviene de la voluntad de las partes de confiar a un tercero el poder de juzgar: el árbitro se ve investido de la jurisdicción en toda su plenitud, con la flexibilidad que autoriza el marco dentro del que es ejercida; este marco procesal se parece cada vez más al de los tribunales estatales, en virtud de un proceso habitual a toda institución”*¹⁴⁶.

En párrafos posteriores, el autor señala que sin duda hay dos rasgos distintivos entre lo que se conoce como justicia arbitral y justicia estatal, perteneciendo a la primera dos aspectos fundantes: por una parte el lugar de jurisdicción y por otra el origen de su función jurisdiccional. El árbitro por su parte, *“no es servidor público por lo que no tiene ningún vínculo orgánico con el soberano, no se incorpora en ningún establecimiento preestablecido y goza de una total autonomía dentro del*

¹⁴⁵ Merino Merchán, José F. y Chillón Medina José M. Tratado de Derecho Arbitral, Tercera edición, Thomson Civitas, Navarra, España, 2006, pág. 221.

¹⁴⁶ Oppetit, Bruno. Teoría del Arbitraje, primera edición, Legis, Bogotá, 2006, pág. 57.

*marco de las reglas contractuales, estatutarias y legales que la rigen*¹⁴⁷. “El árbitro, como juez privado que es, sólo ha recibido de las partes una misión de naturaleza jurisdiccional para dirimir el litigio o la categoría de litigios para los cuales fue instituido”¹⁴⁸. “La misión conferida al árbitro va más allá del marco de la función jurisdiccional clásica, que le es ordinariamente otorgada. El árbitro tiende a convertirse en una especie de regulador de un contrato en proceso de formación o de ejecución, respecto del cual se le encomienda, según el caso, completarlo, adaptarlo a las nuevas situaciones o ajustarlo para que supere las divergencias que existen entre las partes”¹⁴⁹.

Y más adelante citando a Motulsky se afirma: “el carácter jurisdiccional de arbitraje exige la necesidad de emplearlo únicamente, a condición que se trate, en verdad, de resolver una controversia; la búsqueda de la solución pacífica debe limitarse a la transacción, cuyas posibilidades aumentan gracias a la mediación”¹⁵⁰.

Dentro del marco jurídico colombiano, el arbitraje tiene naturaleza jurisdiccional. Esto se concluye a partir del tratamiento legal que se le ha dado al tema a partir del artículo 116 de la Constitución Nacional, el artículo 114 de la Ley 23 de 1991¹⁵¹ el cual vino a modificar el inciso 1 del artículo 45 del Decreto 2279 de 1989¹⁵².

En lo atinente al artículo 116 de la Constitución, este ya ha sido mencionado en el capítulo correspondiente a “El arbitraje y su presencia en el ordenamiento

¹⁴⁷ Ibídem, pág. 62.

¹⁴⁸ Ibídem, pág. 67.

¹⁴⁹ Ibídem, pág. 162-163.

¹⁵⁰ Ibídem, pág. 86.

¹⁵¹ Ley 23 de 1991, a 18 de Marzo de 2010 en

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6546> .

¹⁵² Monroy Cabra, Gerardo, Arbitraje Comercial nacional e internacional, segunda edición, Legis, Bogotá, 1998, pág 77.

colombiano. Desarrollo constitucional y legal”¹⁵³, especificándose allí su contenido y alcance; por otra parte y en relación con la otra norma mencionada, se consagra:

“ARTICULO 114. El inciso 1 del artículo 45 del Decreto 2279 de 1989, quedará así:

Los árbitros tendrán los mismos deberes, poderes y facultades que para los jueces se consagran en el Código de Procedimiento Civil, y responderán civil, penal y disciplinariamente en los términos que la ley establece para los jueces civiles del circuito, a quienes se asimilan”¹⁵⁴.

Así mismo, la jurisprudencia también ha hecho grandes aportes al tema que ahora se estudia. Es el caso de la sentencia C-431 de 1995¹⁵⁵, en ella la Corte señala:

“El artículo 116 de la Carta Política establece quienes administran justicia en el territorio colombiano. Esta norma ha tenido pleno desarrollo jurisprudencial, del cual cabe destacar el pronunciamiento efectuado por la Sala Plena de la Corte Constitucional en la sentencia No. C-226 de junio 17 de 1993, donde se expresó:

“De la lectura de la norma transcrita puede subrayarse que no sólo los organismos judiciales como tales, señalados en el inciso 1º, ejercen funciones jurisdiccionales. Conviene entonces precisar el contenido de la disposición transcrita para explicar sus alcances, así:

1) Es claro según el tenor del inciso primero que los organismos allí enunciados son los que constituyen la rama jurisdiccional como tal; es decir, los organismos que de manera ordinaria, permanente y habitual administran justicia, y cuya competencia es genérica, propia y de orden constitucional.

¹⁵³ *Página 15 del texto.*

¹⁵⁴ Ley 23 de 1991.

¹⁵⁵ Sentencia C-431 de 1995, Corte Constitucional, M.P: Hernando Herrera Vergara.

....

2) Ejercen igualmente la función jurisdiccional en Colombia los siguientes órganos diferentes a los judiciales:

....

c) Los particulares, quienes pueden ser investidos transitoriamente de esta función en la única condición de conciliadores o árbitros, habilitados por las partes. Esta facultad otorgada a los particulares tiene entre otras las siguientes características: es esencialmente ocasional o transitoria; es voluntaria por cuanto son las partes quienes habilitan al particular para resolver la controversia; y sólo puede hacerse en la calidad de conciliador o de árbitro, manifestándose en fallos en derecho o en equidad.

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

De esta manera, se concibe el arbitramento como un acto eminentemente jurisdiccional, en cuanto expresa el ejercicio de una función pública esencial del Estado, que excepcionalmente permita a los particulares -como lo dispone el artículo 116 de la Carta Política-, impartir justicia cuando las partes quieren poner término a sus diferencias en forma personal y amigable”.

Del mismo ponente, también se destaca el pronunciamiento C- 242 de 1997¹⁵⁶ en el que señala: “La decisión arbitral concretada en un laudo arbitral, bien sea en derecho o en equidad, es eminentemente jurisdiccional y equivale a una providencia judicial, en cuanto resuelve el litigio suscitado entre las partes,

pronunciándose sobre los hechos, resolviendo sobre las pretensiones, valorando las pruebas y declarando el derecho a la luz de los mandatos constitucionales y legales o atendiendo a los principios de equidad. Claro está, que la ejecución y control de ese laudo corresponde a la jurisdicción ordinaria permanente. No cabe, entonces, duda alguna de que el arbitramento constituye una institución importante para la obtención de una eficaz administración de justicia”.

Si bien es importante resaltar la jurisdiccionalidad del proceso arbitral, es menester señalar que este no podría ser posible sin la intervención de la voluntad de las partes, así lo ha manifestado la Corte en su jurisprudencia cuando expresa: *“Los árbitros también ejercen una función pública, establecida en el inciso cuarto del artículo 116 de la Constitución, y en las leyes que regulan el arbitramento. Pero en cada caso concreto tienen que ser “habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad”. Dicho en otros términos: según la Constitución, las leyes que regulen el arbitramento tienen 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”*¹⁵⁷.

Se ha hecho mención en reiteradas oportunidades, si el arbitramento busca de una forma u otra reemplazar la justicia estatal hasta dejarla en su mínima expresión, y si además esta desvirtúa de algún modo las instituciones judiciales existentes, pero la Corte ha sido clara al explicar la interpretación que de la norma hacen, en los siguientes términos: *“no desvirtúa el principio de la separación de poderes (art. 113 de la C.N.), ni la autonomía de la Rama Judicial del poder público (art. 228 de la C.N.), ni el debido proceso por falta de juez competente, el traslado a tribunales de arbitramento en los que los particulares desarrollan la función arbitral de tipo jurisdiccional, ni las funciones que defiere el Decreto 2651 a*

¹⁵⁶ Sentencia C-242 de 1997, Corte Constitucional, M.P: Hernando Herrera Vergara.

¹⁵⁷ Sentencia C – 294 de 1995, Corte Constitucional, M.P: Jorge Arango Mejía.

los Centros de Arbitraje para admitir la solicitud de arbitramento, ni la posibilidad de que estos designen árbitros, por cuanto, se ha visto, la Constitución Política autoriza a la ley para investir transitoriamente de la función de administrar justicia a los particulares”¹⁵⁸.

En fallo de 1999, la Corte señaló: *“la justicia arbitral implica la suscripción voluntaria de un contrato o negocio jurídico, por medio del cual las partes renuncian a la jurisdicción ordinaria y acuerdan someter la solución de cuestiones litigiosas, que surgen o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas, a la decisión de árbitros, para lo cual determinan un procedimiento que ellos establecen o se remiten al previsto en la ley”¹⁵⁹.*

Más recientemente, en un fallo pronunciado en el 2007, la Corte ha reiterado su teoría en torno al tema tratado de la siguiente manera:

“La naturaleza jurisdiccional del arbitramento y sus principales manifestaciones: El artículo 116 superior no deja duda sobre la naturaleza jurisdiccional de las atribuciones que se confieren a los árbitros, al disponer que éstos pueden ser investidos excepcional y transitoriamente de la función de administrar justicia; esta Corporación ha reconocido en anteriores pronunciamientos que el arbitramento es “un acto eminentemente jurisdiccional, en cuanto expresa el ejercicio de una función pública esencial del Estado, que excepcionalmente permite a los particulares -como lo dispone el artículo 116 de la Carta Política-, impartir justicia cuando las partes quieren poner término a sus diferencias en forma personal y amigable” (subrayado fuera de texto).

¹⁵⁸ Corte constitucional, Sentencia C-592 de 1992, M.P: Fabio Morón Días

¹⁵⁹ Corte Constitucional, sentencia C-163 de 1999, M.P: Alejandro Martínez Caballero.

El carácter jurisdiccional de la función arbitral se deriva, a su vez, del hecho de que mediante el pacto arbitral, las partes sustraen el caso concreto de la competencia del sistema estatal de administración de justicia, que es sustituida por el tribunal de arbitramento – el cual no constituye una jurisdicción autónoma y permanente, sino una derogación del sistema estatal de administración de justicia para el negocio en cuestión.

La doctrina constitucional ha examinado las características básicas del arbitramento en tanto acto jurisdiccional, así:

- (i) Los particulares únicamente pueden administrar justicia en calidad de árbitros o de conciliadores;*
- (ii) El arbitramento implica el ejercicio de una actividad jurisdiccional como función pública, y se traduce en la expedición de fallos en derecho o en equidad, según lo hayan previamente determinado las partes;*
- (iii) Los particulares deben haber sido habilitados por las partes en cada caso concreto para ejercer la función pública de administrar justicia en su condición de árbitros mediante un procedimiento arbitral diferente y especial;*
- (iv) Los árbitros administran justicia de manera transitoria y excepcional en relación con un determinado conflicto, por lo cual su competencia cesa una vez han proferido el laudo; y*
- (v) Es competencia del legislador definir los términos en que se administrará justicia por los árbitros, lo cual incluye la fijación de las normas propias del juicio arbitral, lo cual no obsta para que en virtud del principio de voluntariedad las partes también acuerden cuáles serán las reglas del*

procedimiento arbitral con miras a obtener una decisión justa, pronta y sin formalismos innecesarios.

También ha explicado que, como consecuencia de su naturaleza jurisdiccional, el arbitramento constituye un medio para materializar el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia.

El elemento jurisdiccional del arbitramento tiene dos aspectos centrales:

(a) la decisión de los árbitros, plasmada en un laudo, debe resolver efectivamente la disputa, tiene fuerza vinculante para las partes, y hace tránsito a cosa juzgada; y

(b) el arbitraje tiene naturaleza procesal, y como tal está sujeto a un marco legal, así como a lo dispuesto por las partes sobre el procedimiento a seguir. Estos dos elementos diferencian al arbitramento de otros mecanismos alternativos de resolución de conflictos, tales como la conciliación, la mediación o la amigable composición. Cada uno de estos elementos ha sido señalado en anteriores pronunciamientos de esta Corporación”¹⁶⁰.

Una vez realizado el presente análisis, puede concluirse que dentro del ordenamiento jurídico colombiano el arbitraje corresponde a una función jurisdiccional, establecida constitucionalmente que deviene de la voluntad de quienes hacen parte de la relación jurídica, pero apegada a la norma que rige el procedimiento cuando esté no haya sido estipulado expresamente en la cláusula compromisoria por los intervinientes en el negocio.

¹⁶⁰ Corte Constitucional, Sentencia SU-174 de 2007, M.P: Manuel José Cepeda Espinosa.

11. EL RECURSO DE ANULACION DE LOS LAUDOS ARBITRALES.

Luego de haber realizado un recuento de la definición de arbitraje y sus principales componentes, llega el momento de señalar específicamente lo que será materia de este trabajo, es decir del recurso de anulación que puede llegar a interponerse contra los laudos arbitrales, únicamente en la medida en que se den las circunstancias descritas en la ley, para que puedan ser estas esgrimidas como fundamento para sustentar el recurso.

Es menester precisar que, debido a la naturaleza misma del proceso arbitral, en este no cabe la opción de acudir a una segunda instancia, de ahí que el recurso en comento no se tenga la posibilidad de una segunda instancia procesal, como sucede en el caso de la jurisdicción ordinaria. El hecho de ser el proceso arbitral de carácter privado y de única instancia le da un valor agregado para que sea tenido en cuenta en mayores proporciones por quienes constituyen relaciones de carácter contractual, para que sus controversias puedan ser resueltas de forma rápida y precisa, lo cual redundaría en proteger sus intereses económicos.

En la normatividad nacional que ha desarrollado la figura del arbitraje se ha destacado una de sus principales características, cual es la de ser una institución jurídica de única instancia, lo cual impide que la decisión que en esta clase de proceso se tome pueda llegar a ser estudiada por un superior jerárquico que, por ser tan especial este proceso, no existe dentro del mismo.

La discusión en torno al proceso arbitral ya no radica en establecer si es de única instancia o no, debido a que esto ya ha quedado claro por la ley, la doctrina y la jurisprudencia, tal como se explicará en los párrafos que siguen, la verdadera discusión radica en establecer si con el uso indebido del recurso de anulación

como si fuera un recurso de apelación se ha desviado y por ende pretendido instituir una segunda instancia en el proceso arbitral.

“El arbitraje según se ha dicho, es un proceso de única instancia, y, por tanto, el laudo arbitral no es susceptible de los recursos que ordinariamente se puedan interponer contra las sentencias de los jueces estatales... En primer término, por que quienes se acogen a este mecanismos están deseosos en obtener una solución rápida y eficiente, lo que no se lograría con la interposición de recursos que dilatan la decisión final de la controversia”¹⁶¹.

De tal manera, puede establecerse que para Benetti Salgar¹⁶² el recurso de anulación no se configura como una segunda instancia viable en el arbitraje, más aun cuando él mismo señala que la posibilidad de interponer los recursos dilatarían el proceso restándole la aplicación de uno de sus principios fundantes y es la celeridad con que las partes puedan dirimir su controversia.

No obstante, el legislador previó que en el evento en que se presentaran ciertas y determinadas condiciones, podría interponer el recurso de anulación, el cual sería estudiado por parte de una instancia de la justicia ordinaria de acuerdo a la competencia que fuera otorgada teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de las partes.

Es por ello que, se consagró en la legislación que rige el arbitraje, la posibilidad de poner en marcha la utilización del recurso de anulación como mecanismo por medio del cual pueda intentar la parte interesada hacer retroceder la decisión tomada por el tribunal, pero, como ya se mencionó antes, para que pueda

¹⁶¹ Benetti Salgar, Julio, El arbitraje en el derecho colombiano, segunda edición, Temis, Bogotá, 2001, pág. 210.

¹⁶² Ibid.

perfeccionarse su uso, se deben presentar algunos de los casos previstos en la norma.

En este orden de ideas, el recurso de anulación está consagrado en el artículo 37 del Decreto 2279 de 1989, en el que se expresa:

“Contra el laudo arbitral procede el recurso de anulación. Éste deberá interponerse por escrito presentado ante el presidente del tribunal de arbitramento dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del laudo o de la providencia que lo corrija, aclare o complemente.

El recurso se surtirá ante el tribunal superior del distrito judicial que corresponda a la sede del tribunal de arbitramento, para lo cual el secretario enviará el escrito junto con el expediente”.

“No obstante, la creación del recurso de anulación contra laudos arbitrales, el proceso arbitral sigue siendo básicamente de única instancia, respecto a los aspectos sustantivos”¹⁶³. Es un recurso extraordinario que procede por excepción.

El doctor Jorge Hernán Gil¹⁶⁴ señala que la interposición del recurso no corresponde a una segunda instancia en razón a que el tribunal superior no hace las veces de superior jerárquico del tribunal de arbitramento. Este recurso se estatuyó para corregir las violaciones graves, mayores e importantes que ocurran respecto al procedimiento. Por eso, nunca procede contra los yerros o equívocos

¹⁶³ Gil Echeverri, Jorge Hernán, Del recurso de anulación de los laudos arbitrales, primera edición, Cámara de Comercio de Barranquilla, Bogotá, 1998, pág. 2

¹⁶⁴ _____. Nuevo régimen de arbitramento. Manual práctico, tercera edición, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 2005, pág. 429.

en que puedan incurrir los árbitros, al interpretar las normas meramente sustantivas.

En la misma obra, pero párrafos más adelante el autor señala: *“el recurso de anulación de los laudos arbitrales es sui generis, excepcional, de carácter restrictivo y extraordinario. Esta clasificación supone que las causales están previamente señaladas en la ley de manera taxativa y limitada. (...) En materia sustantiva, el proceso arbitral sigue siendo de única instancia. De esta suerte, no existe remedio judicial para corregir el desafuero cuando el tribunal arbitral falla, aun de manera grosera, porque deja de aplicar las normas sustantivas que evidentemente correspondían al caso debatido; porque entendida correctamente la norma, se da aplicación al caso controvertido, siendo manifiestamente impertinente; o cuando habiéndose invocado en el laudo la norma correcta, se le da un alcance sustancialmente diferente al que naturalmente le corresponde”*¹⁶⁵.

Otros autores también han desarrollado el tema del recurso de anulación en términos similares a los ya mencionados, en este orden de ideas se destaca el estudio realizado por el doctor Jaime Tovar Ordóñez, quien desde un primer momento señala que: *“Como quiera que el trámite arbitral es de única instancia y que por lo tanto, los tribunales de arbitramento no tienen superior jerárquico, y además, que el recurso de anulación procede con base en unas causales taxativas, de carácter restrictivo, de contenido específico, en donde solo se analizan errores de procedimiento y no errores sustantivos, podemos afirmar, sin ambigüedades, que este recurso tiene naturaleza extraordinaria, a pesar de que legalmente no esté clasificado como tal”*¹⁶⁶.

¹⁶⁵ *Ibíd.* pág 9.

¹⁶⁶ Tovar Ordóñez, Jaime, *El recurso de anulación de los laudos arbitrales en Colombia y su tratamiento en la jurisprudencia*, en *Temas estructurales en torno al arbitraje, la conciliación y la negociación*, Universidad del Rosario Facultad de Jurisprudencia, Bogotá, 2007. Pág. 167.

De tal manera que, se tiene otra teoría que se apega a la general en el sentido de entender el recurso de anulación no como una segunda instancia sino como la forma de atacar el laudo a partir de los errores de procedimiento que pudo haber tenido.

También se tiene la posición del doctor Luis Augusto Cangrejo Cobos, quien señala: *“De esta realidad incontrovertible surge la noción del recurso como un acto jurídico procesal a cargo de la parte interesada, que, en su dinámica, es un acto de impugnación de resoluciones judiciales. En su esencia, es una facultad, un derecho subjetivo del litigante, un derecho de la parte que interviene en el proceso; no es un deber. No hay obligación de recurrir; en nuestro sistema, si la parte no recurre nadie puede hacerlo. En últimas, es una manifestación del principio dispositivo rector del proceso civil que, al igual que otros actos del proceso como la demanda, la contestación, el señalamiento del tema de decisión para el juez y los actos de disposición del derecho, entraña necesariamente una manifestación de voluntad de la parte”*¹⁶⁷.

Más adelante agrega: *“El recurso de anulación es un recurso extraordinario que procede sólo por excepción; el proceso arbitral es de única instancia y a través del recurso no se abre una segunda instancia, pues el tribunal al que compete conocer el recurso no es superior jerárquico del tribunal de arbitramento. Por la especialidad del recurso y las causales taxativamente consagradas, la jurisprudencia nacional lo ha asimilado al recurso de casación por errores in procedendo. (...) La anulación se estatuyó para corregir las violaciones flagrantes, las violaciones importantes a las normas procesales. Por eso, nunca procede*

¹⁶⁷ Cangrejo Cobos, Luis Augusto. El recurso de anulación de los laudos arbitrales, en Revista de Derecho Privado, número 28, septiembre 2002, Universidad de los Andes, Bogotá. Pág. 86.

*contra los yerros en que puedan incurrir los árbitros al interpretar las normas meramente sustantivas*¹⁶⁸.

Por su parte el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en sala civil mantiene la siguiente tesis:

*“el recurso extraordinario de anulación del laudo arbitral, como con insistencia lo han pregonado jurisprudencia y doctrina, no es una segunda instancia, en la cual pueda el Tribunal libremente hacer todo tipo de consideraciones de derecho para fallar el asunto de manera diversa o para confirmar lo decidido por los árbitros. Por el contrario, es un mecanismo procesal necesariamente restringido, sujeto a unas causales taxativas y con unas consecuencias jurídicas precisas*¹⁶⁹

Mediante la jurisprudencia, las altas cortes colombianas han expresado sus teorías con respecto al tema del arbitraje en general, así como también se han referido al recurso de anulación de forma más específica. Es así como, la Corte Suprema de Justicia en fallo de la Sala Civil de Junio 13 de 1990 expresó: *“Acerca de este medio de impugnación es preciso señalar que su procedencia está restringida en gran medida, y de manera particular porque solo es dable alegar a través de él las precisas causales que taxativamente señala la ley, con lo que es bastante para destacar que se trata de un recurso limitado y dispositivo. (...) No se trata pues de un recurso para revisar o plantear lo que ya fue objeto de decisión mediante arbitramento... si tal se permitiese, ciertamente en nada se habría avanzado.... Ha de subrayarse entonces, que el tribunal superior a quien*

¹⁶⁸ *Ibíd*em, Pág. 87.

¹⁶⁹ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, sala civil, sentencia del 18 de Diciembre de 2000, M.P: Antonio Bohórquez Orduz.

corresponda decidir el recurso de anulación del laudo, tiene en verdad una competencia específica, limitada y restringida acorde con la naturaleza indicada de la impugnación de que conoce”.

El Consejo de Estado por su parte a sostenido que: *“el recurso de anulación de laudos arbitrales, tanto el que se surte en la jurisdicción ordinaria, como el de competencia de esta jurisdicción especializada, no constituye ni desata el trámite de una segunda instancia, toda vez que, las causales que legalmente sirven de fundamento para su interposición versan sobre hechos relativos a defectos o irregularidades en la tramitación del proceso, con la sola excepción de la causal del numeral 1 del artículo 38 del decreto 2279 de 1989 que, en principio, tiene por contenido vicios o defectos del pacto arbitral mismo, pero que, como se ha precisado, afecta de modo directo y necesario un aspecto vital de orden procesal, como lo es la competencia del juez arbitral”¹⁷⁰.*

La misma corporación ha manifestado en otro fallo que: *“En términos generales el recurso de anulación respecto de laudos arbitrales es un medio de impugnación especial que tiene por objeto controvertir la decisión arbitral por errores taxativos de procedimiento, in procedendo, en que haya podido incurrir el Tribunal de Arbitramento, y por errores substantivos precisos, in iudicando”¹⁷¹.*

En sentencia del 11 de noviembre de 1993, el Consejo de Estado a dicho: *“el recurso extraordinario de anulación, reitera la sala, está concebido fundamentalmente para corregir yerros de procedimiento y excepcionalísimamente para hacer correcciones de orden puramente aritméticas o de cálculo, como también para subsanar omisiones en las determinaciones depreciadas al Tribunal*

¹⁷⁰ Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, primero de agosto de 2002, C.P: Germán Rodríguez Villamizar.

¹⁷¹ Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, mayo 20 de 2004, C.P: María Elena Giraldo Gómez.

de arbitramento surge de lo anterior la conclusión elemental consistente en que el juez de anulación no es superior jerárquico del tribunal de arbitramento y por consiguiente no podrá afrentarse en el laudo. ... en otros términos, a través del recurso de anulación no podrá revocarse determinaciones basadas en razonamientos, conceptos o alcances emitidos sobre los hechos controvertidos y sus consecuencias jurídicas”.

En otro pronunciamiento el Consejo ha dicho: *“por sus características y conforme al sistema legal establecido en la materia, su operancia se asegura con una única instancia y de ahí que los recursos propios oponibles a los laudos no puedan ejercerse ni entenderse como otra instancia y mucho menos que se asimilen a otro género de recursos de naturaleza absolutamente disímil como el recurso de casación”*¹⁷².

El Consejo de Estado¹⁷³, además de establecer la definición del recurso de anulación, también ha estudiado las características de este, precisando que:

- i. “El recurso de anulación es de naturaleza extraordinaria, de carácter excepcional y procede contra laudos ejecutoriados, sin que constituya una instancia más dentro del correspondiente proceso.*
- ii. La finalidad de este recurso extraordinario se dirige a la verificación y corrección de errores in procedendo (por violación de leyes procesales), en que haya incurrido el respectivo tribunal de arbitramento y que comprometen la forma de los actos, por apartarse de los medios procesales, por desviar el juicio o por vulnerar las garantías del derecho de defensa y del debido proceso; pero no por errores in iudicando (por violación de leyes sustantivas); de tal*

¹⁷² Consejo de Estado, sección tercera, sentencia de septiembre 14 de 1995.

suerte que mediante este recurso no es posible impugnar el laudo por aspectos de mérito o de fondo, ni plantear o revivir un nuevo debate probatorio o

- iii. considerar si hubo o no un yerro en la valoración de las pruebas o conclusiones adoptadas por el respectivo Tribunal.*
- iv. Excepcionalmente, el juez de anulación podrá corregir o adicionar el laudo si prospera la causal de incongruencia, por no haberse decidido sobre cuestiones sometidas al arbitramento o por haberse decidido sobre puntos no sujetos a la decisión de árbitros o por haberse concedido más de lo pedido, de conformidad con lo previsto en los numerales 4º y 5º del artículo 72 de la Ley 80 de 1993.*
- v. Los poderes del juez del recurso de anulación están limitados por el llamado “principio dispositivo”, según el cual es el recurrente quien delimita, con la formulación y sustentación del recurso, el objeto que con él se persigue y ello, obviamente, dentro de las precisas y taxativas causales que la ley consagra; en consecuencia, no le es dable interpretar lo expresado por el recurrente para entender o deducir la causal invocada y menos aún pronunciarse sobre aspectos no contenidos en la formulación y sustentación del correspondiente recurso extraordinario de anulación.*
- vi. La procedencia del recurso está condicionada a que se señalen y se sustenten, debidamente, las causales expresamente señaladas en la ley para ese efecto y, por disposición del artículo 128 de la ley 446 de 1998, el juez de la anulación debe rechazar de plano el recurso cuando las causales que se invoquen o se propongan no correspondan a alguna de las señaladas en la ley”.*

¹⁷³ Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, 4 de diciembre de 2006, C.P: Mauricio Fajardo Gómez.

Por su parte, la Corte Constitucional a sostenido en su línea jurisprudencial lo relacionado con el arbitramento, más específicamente en lo referente al uso de la acción de tutela como forma de dejar sin efectos los laudos arbitrales invocando la vía de hecho que implique vulneración a un derecho fundamental, que *“en consonancia con lo establecido, la jurisprudencia constitucional ha señalado reiteradamente que, por regla general, la acción de tutela no procede ni contra los laudos arbitrales, ni contra el procedimiento que se adelanta ante los tribunales de arbitramento, ni contra las decisiones judiciales que resuelven los recursos de anulación, salvo que se incurra en dichas actuaciones en una vía de hecho que implique una vulneración directa de un derecho fundamental.”*

En tal medida, las hipótesis de procedencia de la acción de amparo constitucional contra estas actuaciones son excepcionales y exigen la configuración de vías de hecho, o sea, de una actuación por fuera del derecho que vulnera en forma directa derechos fundamentales. Esta postura jurisprudencial se deriva de (a) la estabilidad jurídica de la que gozan los laudos arbitrales, (b) la naturaleza excepcional de la resolución de conflictos mediante el arbitraje, (c) el respeto por la voluntad de las partes de someter la resolución de sus controversias a un particular específicamente habilitado para ello y no a los jueces estatales, y (d) la procedencia restrictiva de las vías judiciales para controlar las decisiones proferidas por los árbitros.

(...)

“por la naturaleza especial del arbitramento, la acción de tutela solo es procedente contra laudos arbitrales en circunstancias realmente excepcionales”, dada la existencia de mecanismos específicos provistos por el ordenamiento jurídico para controlar tales decisiones judiciales. Las vías de hecho que se pueden predicar de

*un laudo arbitral para hacer procedente la acción de tutela en su contra deben implicar la vulneración directa de un derecho fundamental*¹⁷⁴.

De tal manera que, la Corte Constitucional también guarda respeto ante la conservación de la naturaleza propia del recurso de anulación y de la no existencia de una segunda instancia en el proceso arbitral, pero, de igual forma, sigue protegiendo los derechos constitucionales aunque en esta protección se queden sin efectos pronunciamientos arbitrales, sin la intención de que esto se interprete como una forma de atacar los laudos y de lograr por esta vía lo que no pudo llegar a conseguirse con el recurso de anulación.

¹⁷⁴ Sentencia SU-174 de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

12. EL RECURSO DE ANULACION EN EL DERECHO COMPARADO

Por otra parte, legislaciones de otras latitudes han desarrollado también la figura del recurso de anulación, explicándolo de acuerdo a como lo conciben en cada ordenamiento jurídico.

Con respecto a este punto, ha comentado el profesor Jorge Hernán Gil que *“la mayoría de legislaciones de Iberoamérica, contemplan la posibilidad de renunciar, en el pacto arbitral mismo, a cualquier recurso de impugnación, situación no aceptada por la doctrina. Empero, el artículo 13 de la ley estatutaria sobre la administración de justicia, que permite a las partes establecer libremente las reglas procesales, permite dicha renuncia, como acuerdo válido”*¹⁷⁵

En este orden de ideas, el doctrinante Monroy Cabra manifiesta acerca del recurso en otros ordenamientos que: *“En algunas legislaciones se establecen contra el laudo arbitral recursos de apelación o de casación, o la integración de un segundo tribunal arbitral que se encargue de tramitar una nueva instancia”*¹⁷⁶

Es así como puede observarse que la doctrina española expresa del recurso que: *“el recurso de anulación no es una instancia más en la que se haya de examinar el fondo del asunto, sino una vía para comprobar que el laudo no va contra el orden público y se ajusta a los puntos sometidos a decisión arbitral y a las normas básicas por las que se rige la institución... a tenor de lo dispuesto en el art. 45 LA (Ley Arbitral), el laudo solo podrá anularse atendiendo a las causales previstas en*

¹⁷⁵ Gil Echeverri, Jorge Hernán, Del recurso de anulación de los laudos arbitrales, Cámara de Comercio de Barranquilla, Bogotá, 1998, pág. 268.

¹⁷⁶ Monroy Cabra, Marco Gerardo, Recursos contra el laudo arbitral, en Silva Romero, Eduardo, y otros, El contrato de Arbitraje, primera edición, Legis, Bogotá, 2005, pág. 671.

*la ley. La utilización del adverbio solo indica el carácter taxativo de los motivos de anulación*¹⁷⁷.

El jurista Jorge Mario Bunch Higuera en un artículo de su autoría hace alusión al recurso de anulación en el derecho comparado de la siguiente manera: *“Para ampliar el tema de la naturaleza jurídica del recurso de anulación y, realizando un estudio comparado del tema, es menester acudir a la obra española coordinada por Silvia Barona Vilar denominada Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60 de 2003, de 23 de diciembre), en la cual se establece al respecto de este tema que, el recurso de anulación no es una segunda instancia puesto que para que así fuera debería ser competente un tribunal superior dentro de la misma jurisdicción, lo que en el caso de la jurisdicción arbitral no existe*¹⁷⁸

El catedrático español Antonio María Lorca Navarrete en su obra La Anulación del Laudo Arbitral hace mención al recurso estudiado, y acerca de este plantea como primer punto la diferencia existente entre los términos recurso y acción, para lo cual se basa en los comentarios a la ley de arbitraje española, que señalan: *“técnicamente la petición de anulación del laudo arbitral no es un recurso... por tal motivo resulta técnicamente incorrecta. Lo que se inicia con la acción de anulación es un proceso de impugnación de la validez del laudo.*¹⁷⁹

Y más adelante agrega, *“lo que se inicia es un proceso de impugnación de la validez del laudo arbitral como una primera y única instancia que implicaría que, antes de la petición de anulación del aludo arbitral, no existe actividad*

177 Chocrón Giráldez, Ana María, Los principios procesales en el arbitraje, José María Bosch Editor, Barcelona, 2000, pág. 211.

178 Bunch Higuera, Jorge Mario. El recurso de anulación de los laudos en Colombia Su naturaleza jurídica y su trámite, pág. 3. A 30 de enero de 2010 en:

www.devisabogados.com/.../ANULACION%20DE%20LOS%20LAUDOS.doc

179 Lorca Navarrete, Antonio María, La anulación del laudo arbitral, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2008, pág. 55.

jurisdiccional alguna. ... y lo que se tramita no es una instancia ad quem, sino propiamente a quo relativa al examen en única instancia de una decisión, que, por no ser sentencia sino laudo arbitral, no podría acceder al recurso; es decir no sería recurrible puesto que lo que se recurren son sentencias judiciales; esto es actividad judicial”¹⁸⁰

De acuerdo a esto, puede concluirse que, el autor que ahora se estudia también se apega al sentido que le otorga la ley de arbitraje vasca a la anulación de los laudos arbitrales y, más aun, con la explicación de la utilización de los términos de forma debida, todo con el fin de que exista claridad en que el proceso arbitral no goza de una doble instancia, es más, entendiendo el fin de las palabras de Lorca Navarrete, podría llegarse a pensar que la categoría que es otorgada al arbitraje no está revestida como función jurisdiccional, como ocurre el Colombia.

En este orden de ideas, el autor señala al respecto: *“No me cabe duda que el laudo arbitral no subraya función jurisdiccional alguna que justifique el recurso. No existe solución de continuidad entre arbitraje y anulación del laudo arbitral que justifique la jurisdiccionalidad del recurso”¹⁸¹.*

Más adelante en el mismo párrafo cita a la ponente María José Pueyo Mateo quien en sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias del 16 de septiembre de 1998 expresa: *“el llamado recurso de anulación (...) a pesar de su denominación, se estima que se trata de una acción de impugnación por la que se lleva a cabo el control judicial del laudo arbitral, en orden a comprobar la validez del mismo; (...) d) porque aun cuando el legislador emplee el término “recurso de anulación”, lo cierto es que el recurso en si mismo exige: preexistencia de una relación jurídica procesal y la precedencia de una acto procesal contra el que se interpone el*

¹⁸⁰ *Ibidem*, pág. 57.

¹⁸¹ *Ibidem*, pág 58.

*recurso, ninguna de cuyas premisas concurren en el supuesto llamado recurso de anulación, toda vez que el laudo antes de adquirir firmeza es un acto de naturaleza extrajudicial*¹⁸².

Julio Benetti Salgar, haciendo un estudio de derecho comparado en relación con la utilización de recursos contra laudos arbitrales señala: “*en otros países existente en materia arbitral diferentes tendencias, pues en algunos son posibles los recursos normales que caben contra las decisiones judiciales, como la apelación o la casación, por ejemplo, en Chile, Paraguay o Perú, recursos que se tramitan ante los tribunales ordinarios competentes, aunque en este último país el laudo es inapelable, salvo que en compromiso se haya establecido la posibilidad de recurrirlo; ... en Chile, Perú y Venezuela se permite también la integración de un segundo tribunal arbitral que se encargue de tramitar una segunda instancia, si no se desea que lo hagan los tribunales estatales*”¹⁸³.

Por su parte, Jorge Hernán Gil Echeverri¹⁸⁴ también hace un tratamiento del derecho comparado así: con respecto a Italia se hace una mención general a las causales que deben darse para la interposición del recurso, y hace énfasis en la causal novena de dicha normatividad ya que esta señala de manera imprecisa, según el autor, que se permite la anulación del laudo cuando los árbitros han fallado en conciencia, sin estar autorizados para ello. Entendiéndose lo anterior como una forma de estudiar el fondo del asunto, no permitiéndose esto en la legislación nacional.

¹⁸² *Ibidem*.

¹⁸³ Benetti Salgar, Julio, *El arbitraje en el derecho comparado*, segunda edición, Temis, Bogotá, 2001, pág. 211.

¹⁸⁴ Gil Echeverri, Jorge Hernán, *Del recurso de anulación de los laudos arbitrales*, Cámara de Comercio de Barranquilla, Bogotá, 1998, pág. 275.

También se hace mención que frente al proceso arbitral italiano se consagró la impugnación por revocación y oposición de un tercero, siendo estas figuras completamente ajenas a nuestro derecho.

En cuanto a México, allí se reglamentó dentro de su Código de Comercio el proceso arbitral que establece de forma textual la ley modelo o uniforme de Uncitral. Argentina por su parte, permite la renuncia a los recursos de apelación y anulación contra el laudo arbitral, siendo los recursos que se pueden interponer aquellos que proceden contra cualquier decisión judicial.

En cuanto lo referente a Ecuador, el jurista Andrés Ortiz Herbener señala: *“debo dejar en claro que no es correcto manifestar que el Presidente de la Corte Superior actúa en las acciones de anulación de laudo arbitral como Juez de primera instancia. Según el Art. 31 el Presidente de la Corte Superior tramitará en una sola única instancia, en el término máximo de 30 días, esta sui géneris “acción”. Entender que el Presidente estaría actuando como Juez de primera instancia, significaría entonces que también prosperaría la apelación de la decisión del Presidente de la Corte Superior para ante una de las Salas, lo que no se puede compartir ya que la Ley de Arbitraje y Mediación ha sido muy clara al manifestar, por una parte, que sólo existen dos vías o recursos que pueden interponerse contra el laudo arbitral: el recurso de aclaración o ampliación y la “acción” (recurso) de anulación; y, por otra, que no cabe presentar más recursos sobre el laudo que los contemplados en la LAM (Ley de Arbitraje y Mediación). Es más, no está contemplado bajo ningún aspecto que del auto resolutivo del Presidente de la Corte, se puede apelar ante una de las Salas”*¹⁸⁵

¹⁸⁵ Ortiz Herbener, Andrés, Acción de nulidad de los laudos arbitrales en el derecho procesal Ecuatoriano, Pág. 28. A 30 de enero de 2010 en Revista en Línea edición 25 , http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2009/25/25_accion_de_nulidad_de_laudos.pdf

También en Ecuador, Galo Pico Mantilla, haciendo un análisis del recurso de casación y haciendo mención al recurso de anulación se acoge a lo señalado en un pronunciamiento de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil de 2002, en la que se consagra:

“Respecto de la procedencia del recurso de casación propuesto sobre un auto que resuelve la solicitud de anulación de un laudo arbitral, la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, dentro del expediente No. 217-2001 que siguió La Ganga RCA Cía. Ltda., contra Colonial de Seguros y Reaseguros S.A., entre otros criterios sostiene que: “... la Corte Suprema de Justicia como Tribunal de Casación, no tiene competencia para conocer vía casación la acción de anulación de un laudo arbitral, acción de anulación que tiene como antecedente la vigencia de un laudo arbitral acordado por las partes ...”. En consecuencia, sería ilógico creer que las partes habiéndose sometido voluntariamente a una decisión arbitral, excluyendo por sí la vía jurisdiccional, ahora se quieran someter a esta vía para anular precisamente una secuela de un acto voluntario que no admite recurso alguno, cuya efectividad de dicho laudo proviene del compromiso de las partes de acatarlo, que no es un proceso o juicio al tenor del Art. 61 del Código de Procedimiento Civil, por tanto la decisión carece de las características propias de una sentencia judicial, que es a la que alude el Art. 2 de la Ley de Casación”¹⁸⁶.

¹⁸⁶ Pico Mantilla, Galo, Jurisprudencia ecuatoriana de casación civil, primera edición, Impreseñal editores, Quito, 2006, pág. 272.

Por otra parte, el doctrinante Pedro Pablo Cardona Galeano, citando a un tratadista italiano en lo referente a la finalidad del recurso a señalado: la finalidad del recurso de anulación *“es la de provocar un juicio de control a posteriori, mejor dicho a tergo, sobre la existencia de los presupuestos y de los caracteres funcionales y formales que la ley exige para la eficacia y validez de los procedimientos y de las decisiones arbitrales”*¹⁸⁷.

En ese orden de ideas, y viendo como es el trato al recurso de anulación tanto en Colombia como en otros países, es posible advertir como a evolucionado la figura en los ordenamientos jurídicos tanto en Latinoamérica como en algunos países europeos.

El recurso de anulación goza de respaldo legal, doctrinal y jurisprudencial pero siempre y cuando no pierda su esencia fundante, en el sentido de servir más como medio para hacer que el laudo se ajuste a los parámetros legales, así sean estos solo aquellos relacionados con la forma del laudo y no con el fondo de la decisión del asunto, aportando con esto a la esencia procesal del arbitraje como de única instancia.

De ahí que pueda asegurarse con vehemencia que, definitivamente en el proceso arbitral no cabe la posibilidad de una segunda instancia, como sí ocurre, por el contrario, con la jurisdicción ordinaria, en la cual se tiene el recurso de apelación, siempre y cuando la naturaleza del asunto y la cuantía lo permitan, aunque han habido teorías que asemejan la anulación del laudo con la casación civil, estas figuras tienen diferencias evidentes que ayudan a identificar cuando se está ante la una y cuando ante la otra.

¹⁸⁷ Cardona Galeano, Pedro Pablo, Los recursos extraordinarios en el derecho procesal civil, primera edición, Leyer, Bogotá, 1998, pág. 232.

13. COMENTARIOS ACERCA DEL RECURSO DE APELACIÓN

Cuando se habla de apelación nos referimos al recurso de carácter ordinario, que está señalado en la norma procesal civil, a partir del artículo 350 y siguientes de la misma codificación. El contenido del artículo establece:

“El recurso de apelación tiene por objeto que el superior estudie la cuestión decidida en la providencia de primer grado y la revoque o reforme.

Podrá interponer el recurso la parte a quien le haya sido desfavorable la providencia...”

La doctrina entiende la apelación como: *“el medio ordinario por excelencia para hacer actuar el principio de las dos instancias, y tiene por finalidad llevar al discernimiento de un juez de superior jerarquía llamado ad quem la decisión judicial de uno inferior llamado a quo, con la finalidad de que revoque o modifique las irregularidades o agravios en que se hubiere incurrido al emitir la providencia impugnada”¹⁸⁸.*

El mismo autor más adelante agrega: *“este recurso es en esencia, un acto jurídico en el trámite del proceso que auxilia tanto a las partes como al Estado en la obtención y aplicación de una más pronta nutrida justicia; es, por tanto, un derecho eminentemente procesal... la apelación es el recurso ordinario por antonomasia, pues no exige causales específicas para su formulación, ni limita las facultades del*

¹⁸⁸ Canosa Torrado, Fernando, Manual de Recursos Ordinarios, segunda edición, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2003, pág. 226.

*juez de segunda instancia en su revisión, salvo el principio prohibitivo de la reformatio in pejus*¹⁸⁹.

Por su parte el doctrinante Hernán Fabio López Blanco, señala con respecto al recurso de apelación que: *“el recurso de apelación sirve más efectivamente para remediar los errores judiciales, pues, a diferencia de la reposición donde decide la misma persona siendo lo usual que tienda a mantener su opinión, lo resuelve otro funcionario de mayor categoría, en quien se supone mayor experiencia y versación en la ciencia jurídica”*¹⁹⁰.

Este recurso ordinario, de acuerdo a lo señalado por la ley puede ser interpuesto, no solamente contra sentencias judiciales sino también contra autos proferidos en primera instancia, según se señala en el artículo 351 de la norma procesal civil, obedeciendo a una serie de etapas de índole procesal tal como las señala el artículo en mención, pero no existe limitación en su uso por cuestiones de forma o de fondo, dotándolo del privilegio de poderse aplicar en cualquier situación, bajo cualquier panorama.

Agrega la doctrina con respecto a este recurso que: *“por razones de fondo, tampoco es procedente la apelación (en lo que al proceso arbitral se refiere), pues este recurso de índole vertical fue consagrado con el fin de que el superior jerárquico reestudie la cuestión debatida, lo cual está vedado frente al laudo arbitral, sin perder de vista que el tribunal superior de distrito judicial tampoco ocupa el papel de superior jerárquico del tribunal arbitral”*¹⁹¹.

¹⁸⁹ Ibídem, pág. 227.

¹⁹⁰ Lopez Blanco, Hernan Fabio, Procedimiento Civil, Tomo 1 General, Editorial Dupre, Bogotá, 2009, pág. 762.

¹⁹¹ Gil Echeverri, Jorge Hernán, Nuevo régimen de arbitramento. Manual práctico, tercera edición, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 2005, pág. 271

14. ALGUNAS DIFERENCIAS ENTRE EL RECURSO DE ANULACIÓN DE LOS LAUDOS ARBITRALES Y EL RECURSO DE APELACIÓN DE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA

Del contenido del artículo 350 del C.P.C. puede destacarse un aspecto que marca la pauta de su diferencia con el recurso de anulación, se trata de la finalidad del recurso de apelación, debido a que es el estudio por parte del superior jerárquico de la providencia de primer grado, es decir, desde el primer momento está reconociendo la existencia de un superior, el cual en el proceso arbitral no tiene cabida debido al carácter especial y exclusivo del tribunal arbitral, no pudiéndose establecer un superior para éste dentro de una actividad jurisdiccional que es transitoria y no requiere de la conformación de toda una estructura de administración de justicia más allá de la necesaria.

Además, como pudo observarse, el caso del recurso de anulación es completamente inverso, debido a que es de carácter extraordinario, no obedece a una segunda instancia, y puede llegar a ser impetrado si y solo si se configuran las causales taxativamente señaladas en la ley.

Otra diferencia que vale la pena mencionar, es el referente a los efectos que causa la interposición del recurso de apelación, según lo señala la ley y lo explica la doctrina; Estos efectos pueden variar entre suspender el trámite del proceso hasta tanto se conozca la decisión del juez que conoce el recurso (efecto suspensivo); continuar con el trámite independientemente de cual sea la decisión del superior que conoce la apelación (efecto devolutivo); o continuar con el proceso pero solo respecto de aquellas etapas o trámites en los que la decisión del *a quem* no tenga incidencia (efecto diferido). Caso contrario ocurre con el recurso de anulación, ya que este no suspende total ni parcialmente la ejecución

del laudo arbitral. Permitiendo que el proceso cumpla con todas sus etapas, y se extinga una vez se haya decidido la diferencia generada.

15. APLICACIÓN DEL RECURSO DE ANULACION DE LAUDOS ARBITRALES COMO SEGUNDA INSTANCIA PROCESAL

La segunda instancia procesal está señalada dentro del marco jurídico colombiano, en el texto constitucional del artículo 31 cuando expresa: “*toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley*”¹⁹². De tal manera que, la misma carta política prevé la existencia de una segunda instancia procesal que permita a las partes, continuar con el debate jurídico con el fin de lograr sus pretensiones. Pero hace una salvedad en el sentido en que la posibilidad de interponer el recurso será observada, a no ser que la ley consagre excepciones a ello.

En este orden de ideas, podría considerarse al proceso arbitral como una de las excepciones señalada en el artículo en comento, toda vez que desde su origen y naturaleza esta doble instancia procesal no esta prevista.

Ahora bien, una vez realizada la exposición teórica de lo que se entiende por la doctrina nacional y extranjera como recurso de anulación de los laudos arbitrales, y habiendo entendido la importancia de la doble instancia procesal dentro del marco jurídico colombiano, es a todas luces evidente que, el recurso en estudio, no puede llegar a ser tenido como una segunda instancia en el proceso arbitral, toda vez que si fuera así iría en contra vía de la naturaleza misma de este, de sus principios fundamentales, y de las razones por las cuales fue estatuido dentro del sistema jurídico colombiano de la forma como está previsto.

¹⁹² Constitución Política de Colombia, artículo 31, Editorial Leyer, 2008, pág. 24.

Una vez establecida la naturaleza del recurso se entra a estudiar si al ser el proceso arbitral de única instancia, este se desnaturaliza al pretender aplicar indebidamente el recurso de anulación de los Laudos Arbitrales, pretendiendo usarlo como si fuera un recurso de apelación en los procesos de dos instancias.

De acuerdo a lo establecido, se considera que la aplicación del recurso de anulación por las partes intervinientes en el proceso arbitral como se conoce, y como está establecido en la norma, no ha pretendido configurar una segunda instancia procesal. Lo que ha ocasionado este aparente desvío ha sido la intención con la cual se ha utilizado por las partes intervinientes en los procesos arbitrales.

Aunque no podría generalizarse, puede considerarse que la puesta en marcha del recurso de anulación de los laudos arbitrales como si se tratara del recurso de apelación propio de la jurisdicción ordinaria, obedece más a la cultura existente dentro de la aplicación del derecho a hacer uso de la segunda instancia procesal, que a la verdadera búsqueda del fin que este conlleva, entendiéndose como la manera de establecer las faltas que contenga el laudo en cuanto a su forma.

Se llega a tener tal convicción en la idea de la segunda instancia en el proceso arbitral, que algunas veces resultan siendo terceras personas quienes sin gran conocimiento del tema *“tildan de negligencia profesional al apoderado que no emplea el recurso por la sola y objetiva circunstancia de no haberlo interpuesto, sin que se le permita demostrar que no lo hizo por cuanto carecía de objeto debido a la razón del fallo del juez a quo, (que en este caso sería por la carencia de la instancia dentro del trámite arbitral)”*¹⁹³

¹⁹³ López Blanco, Hernán Fabio, Procedimiento Civil, Tomo 1 General, Editorial Dupre, Bogotá, 2009, pág. 771.

Por otra parte, puede señalarse que, si bien el laudo llega eventualmente a contener aspectos que puedan entenderse como faltas, desde la perspectiva de las partes, estos desde el mismo momento de aceptar el arbitraje, consideraron que quienes fungirían como árbitros serían las personas idóneas para desempeñar tal labor, por lo que su criterio y la solución que adoptaren para el conflicto, debía ser entendido como el más apegado a lo justo y conveniente para las partes.

Si el interés de las partes, desde el mismo momento de la realización del contrato por medio del cual surge la relación jurídica entre ellas, era tener las herramientas suficientes para poder debatir y agotar todos los recursos necesarios para ser el vencedor en un litigio, lo más aconsejable sería no optar por el arbitraje y someter a la jurisdicción ordinaria las controversias que surjan, ya que con la puesta en marcha del recurso de anulación con el fin de alcanzar un objetivo equivocado, podría considerarse que se logra es deformar el espíritu mismo del proceso arbitral y conseguir su desnaturalización.

El pretender asemejar el recurso de anulación de los laudos arbitrales con el recurso de apelación de la jurisdicción ordinaria, obedece más a la costumbre litigiosa de los profesionales del derecho, quienes en ejercicio de su profesión actuando como parte en un asunto cuyo conocimiento le haya correspondido a la jurisdicción ordinaria, interponen el recurso de apelación con el fin de ser beneficiarios de una modificación en la sentencia proferida por el *a quo*.

Cabe resaltar en este punto lo expresado por el doctrinante Hernán Fabio López cuando señala que: *“Infortunadamente en Colombia existe la mentalidad de que la segunda instancia es un derecho adquirido y que a ella debe acudirse exista o no la razón (en este caso sería exista o no la figura dentro del proceso), y es por eso que siempre el que pierde considera necesario surtir la segunda instancia, máxime*

*cuando sabe que de no resultar exitosa la misma, la única consecuencia sería una irrisoria condena en costas*¹⁹⁴

El comprender el recurso de anulación como equivalente al recurso de apelación, en el trámite arbitral, da a entender el desconocimiento del espíritu de este, cuando se da aplicación al recurso y se espera un pronunciamiento que atienda los aspectos de fondo del laudo, aun cuando esté señalado de forma expresa en la norma, que esto no puede llegar a darse.

La segunda instancia procesal ha sido un término utilizado de forma indiscriminada y fuera de contexto, además que se ha querido ubicar dentro de procesos que no la tienen prevista, siendo esta una imprecisión en la que generalmente suelen incurrir quienes no tienen claro la naturaleza y trámite del proceso arbitral, actuando la mayoría de las veces en contra de la esencia misma de las instituciones jurídicas, atentando contra éstas sin importar el avance o evolución al que se haya llegado en el ordenamiento jurídico

Lo anterior toma fuerza en el caso del arbitraje, cuando se interpone el recurso de anulación con la intención de que con su implementación surta efectos, si no iguales, si por lo menos similares a los obtenidos con una apelación en la jurisdicción ordinaria. Dando a entender con esto la desviación que se ha dado al uso del recurso de anulación, persiguiendo otros fines completamente opuestos a los señalados por el legislador en la norma.

¹⁹⁴ Lopez Blanco, Hernan Fabio, Procedimiento Civil, Tomo 1 General, Editorial Dupre, Bogotá, 2009, pág. 771.

16. TEORIA FAVOR ARBITRIS Y TEORIA FAVOR DEL FALLO¹⁹⁵.

En este orden de ideas, se considera el momento propicio para mencionar la teoría del *favor arbitris*. Esta se manifiesta en la tendencia a proteger o privilegiar la libertad de las partes y por supuesto de la decisión que tomen los árbitros, manifestada dicha protección en la no intervención del fondo del asunto que decidió llevarse ante el tribunal arbitral, dejando a un lado la idea de intentar interponer algún recurso que llegare a modificar lo decidido por los árbitros.

Se hace relevante mencionar dicha teoría, ya que con ella se sustenta esa confianza que debe merecer cada uno de los árbitros que conformen el tribunal arbitral en un proceso en específico, por las partes que convocaron su conformación, en cuanto a la decisión que aquellos adopten para la solución del conflicto.

Esta idea es desarrollada por la doctrina española la que le da tratamiento de principio. Señala la doctrina que: *“de no tenerse en cuenta este principio se propiciaría la existencia de una vía por la que frustrar el arbitraje pactado... en donde la terminología empleada, - favor – recuerda a un trato favorable, a un privilegio o a una tendencia a proteger de modo especial la libertad de las partes, y sin duda pueden encontrarse alusiones singulares destinadas a tal fin”*¹⁹⁶.

En este orden de ideas, el fin de la teoría antes mencionada es la de privilegiar la decisión adoptada por el árbitro, no solo por parte de quienes intervienen en el proceso arbitral sino del proceso en sí mismo, en el sentido en que el mismo

¹⁹⁵ Teoría de origen español.

proceso ha instituido la figura el recurso de anulación, el cual pudiendo proceder contra el laudo arbitral no toca ninguno de los aspectos de la decisión de los árbitros, refiriéndose de forma limitada únicamente a aquellos errores de forma en los que se haya podido incurrir en el momento de proyectar el laudo.

Por otra parte, el favor del fallo es más específico en lo relacionado con la protección al laudo, en el sentido en que señala *“que el control que puede hacerse de la actividad del tribunal arbitral es muy limitado, sin que pueda llegar a analizarse la justicia del laudo o el modo más o menos acertado de resolver la cuestión litigiosa en cuanto a la aplicación de la ley material”*¹⁹⁷.

De ahí que, pueda decirse que las dos teorías estudiadas, tienen una presencia tangencial en el ordenamiento jurídico colombiano cuando se habla del principio de voluntad de las partes, o de autonomía de estas o de los propios árbitros a la hora de tomar la decisión, pero ello se ve llevado a su mínima expresión cuando en una mala interpretación del fin del arbitraje se pone en marcha un recurso que lo que busca no es proteger o favorecer el arbitraje o el fallo obtenido sino, deslegitimizar la decisión adoptada por el tribunal, desviándose su fin o su esencia jurídica.

Por lo anterior, se considera que las teorías mencionadas podrían ser parte del marco jurídico colombiano dentro del cual se mueve el arbitraje, pudiendo llegar a ser un valioso aporte en la tarea de comprensión del arbitraje y su importancia en cuanto a la posición privilegiada que debe tener tanto el criterio de sus árbitros como la decisión por estos adoptada, para que no se vea deformado el proceso arbitral por el desconocimiento de la fuerza vinculante y de única instancia que tienen sus fallos.

196 Chocrón Giráldez, Ana María. Los principios procesales en el arbitraje, primera edición, José María Bosch Editores, Barcelona, 2000. Pág. 56.

17. LA ACCIÓN DE TUTELA COMO MECANISMO PARA RECURRIR EL LAUDO ARBITRAL

Desde la década anterior, se han interpuesto una serie de acciones de tutela que, aunque han intentado derrumbar lo establecido en laudos arbitrales argumentando vías de hecho en la violación de derechos fundamentales, no han conseguido su cometido, y ante ellos puede decirse que, más que ser una garantía a los principios constitucionales, pueden vislumbrarse como una forma de salvaguardar los intereses económicos de quien se vio perjudicado por la decisión plasmada en el laudo arbitral.

En este orden de ideas, puede decirse que no se comparte la utilización de la acción de tutela dentro del proceso arbitral, debido a que quienes intervienen en el proceso optan de forma libre el escoger la manera en cómo solucionarán sus conflictos, escogiendo en algunos de los casos los árbitros que darán solución a la controversia, siendo estas personas merecedoras de la confianza de las partes, además de considerárseles los individuos más idóneos para dirimir las diferencias y lograr una solución acorde con lo esperado.

Es lamentable ver como la acción de tutela, así como el recurso de anulación en el arbitraje, se ha visto deformada en cuanto a su aplicación, debido a que poco a poco ha sido usada con una serie de argumentos y diversos pretextos que lo único que han logrado es desvirtuar su ánimo de protección de derechos fundamentales y lo han llevado a ser considerado como la mejor manera de arremeter contra sentencias y laudos arbitrales, considerándose como una tercera instancia en la

¹⁹⁷ *Ibíd.*, Pág. 60

jurisdicción ordinaria y una segunda instancia en el proceso arbitral cuando con el recurso de anulación no se obtienen los resultados esperados.

En reiterados pronunciamientos de la Corte, se ha señalado que la acción de tutela no procede contra decisiones judiciales a no ser que se configuren en ellas vía de hecho, es decir que se haya dado una actuación por fuera del derecho que vulnere de forma directa derechos fundamentales.

La doctrina ha señalado que: *“la protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente, en todo caso este lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión”*¹⁹⁸.

En medio de los pronunciamientos de tutela que se han dado alrededor del tema en comento, se destaca el fallo proferido por la Corte en el año de 2007¹⁹⁹, en el cual se señaló la improcedencia de la acción de tutela contra los laudos arbitrales, los procedimientos adelantados ante tribunales de arbitramento y las decisiones judiciales que resuelven el recurso de anulación, así como también sobre las reglas para la procedencia de la acción de tutela en los casos de vías de hecho que impliquen vulneración directa de un derecho fundamental. Todo lo anterior de la siguiente manera:

“... la jurisprudencia constitucional ha señalado reiteradamente que, por regla general, la acción de tutela no procede ni contra los laudos arbitrales, ni contra el procedimiento que se adelanta ante los tribunales de arbitramento, ni contra las decisiones judiciales que resuelven los recursos de anulación, salvo que se incurra en dichas actuaciones en una vía de hecho que implique una vulneración directa

¹⁹⁸ Cámara de Comercio de Bogotá, Notas de Arbitraje, Bogotá, 2008, pág. 154

¹⁹⁹ Corte Constitucional, Sentencia SU – 174 de 2007, M.P: Manuel José Cepeda Espinosa.

de un derecho fundamental. En tal medida, las hipótesis de procedencia de la acción de amparo constitucional contra estas actuaciones son excepcionales y exigen la configuración de vías de hecho, o sea, de una actuación por fuera del derecho que vulnera en forma directa derechos fundamentales. Esta postura jurisprudencial se deriva de (a) la estabilidad jurídica de la que gozan los laudos arbitrales, (b) la naturaleza excepcional de la resolución de conflictos mediante el arbitraje, (c) el respeto por la voluntad de las partes de someter la resolución de sus controversias a un particular específicamente habilitado para ello y no a los jueces estatales, y (d) la procedencia restrictiva de las vías judiciales para controlar las decisiones proferidas por los árbitros.

Por la naturaleza especial del arbitramento, la acción de tutela solo es procedente contra laudos arbitrales en circunstancias realmente excepcionales, dada la existencia de mecanismos específicos provistos por el ordenamiento jurídico para controlar tales decisiones judiciales. Las vías de hecho que se pueden predicar de un laudo arbitral para hacer procedente la acción de tutela en su contra deben implicar la vulneración directa de un derecho fundamental.

Las cinco sentencias en las cuales la Corte ha resuelto tutelas interpuestas contra laudos arbitrales, comparten los siguientes cuatro elementos característicos que resaltan el carácter excepcional de la acción de tutela en este ámbito:

(1) 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 directamente sobre el fondo del asunto sometido a arbitramento;

(2) La procedencia excepcional de la acción de tutela exige que se haya configurado una vía de hecho por el laudo arbitral que vulnere de manera directa

derechos fundamentales, condición que no se verificó en ninguna de las sentencias examinadas – es decir, la Corte Constitucional nunca ha concedido una tutela contra un laudo arbitral, porque en ninguno de los casos decididos por esta Corporación se han dado los requisitos para que proceda la acción de amparo constitucional; (resaltado fuera de texto).

(3) La doctrina de las vías de hecho es aplicable a los laudos arbitrales, en las hipótesis en que éstos implican una vulneración directa de derechos fundamentales; y

(4) La acción de tutela tiene un carácter subsidiario en estos casos, ya que sólo procede cuando se ha hecho uso de los recursos provistos por el ordenamiento jurídico para controlar los laudos, y a pesar de ello persiste una vía de hecho por la vulneración directa de un derecho fundamental.

Cabe recordar que la definición de las vías de hecho, en general, ha sido restrictiva para evitar que la acción de tutela se transforme en un recurso ordinario contra las providencias judiciales. Desde 1994 la Corte definió las cuatro vías de hecho según se explica a continuación -definiciones que fueron posteriormente reiteradas mediante sentencias de unificación adoptadas por el pleno de la Corporación-. Tales definiciones han sido consideradas aplicables a los laudos, con las precisiones necesarias para respetar la naturaleza específica del arbitraje ejercido por particulares habilitados libre y autónomamente por las partes de manera excepcional y transitoria, con base en el artículo 116 de la Carta.

1. La vía de hecho por defecto sustantivo “se traduce en la utilización de un poder concedido al juez por el ordenamiento para un fin no previsto en la disposición”, y “se configura siempre que la decisión se encuentre fundada

en una norma claramente inaplicable al caso concreto” o que “la decisión impugnada se funde en una norma evidentemente inaplicable”.

De esta manera, en materia arbitral la vía de hecho por defecto sustantivo surge cuando el laudo, al fundarse en una norma clara y evidentemente inaplicable al caso concreto, ha vulnerado de manera directa un derecho fundamental. Las discrepancias interpretativas o los errores argumentativos no tienen la entidad suficiente para que se configure una vía de hecho. En efecto, las interpretaciones de la ley y del contrato efectuadas por los árbitros gozan, como pudo verse, de una sólida protección constitucional, debido a que las partes de forma voluntaria les han confiado la resolución de sus controversias a pesar de haber podido seguir la regla general de acudir a la justicia estatal. En esa medida, únicamente se configura una vía de hecho por defecto sustantivo cuando con el fundamento esencial del sentido del laudo se vulnera de manera directa un derecho fundamental.

- 2. Existe vía de hecho por defecto orgánico cuando se presenta “el ejercicio de la atribución por un órgano que no es su titular”, que “se refiere a aquellas situaciones en las cuales el funcionario judicial carece absolutamente de competencia para resolver el asunto de que se trate”.*

En el campo del arbitramento, la vía de hecho por defecto orgánico tiene requisitos particularmente exigentes para su configuración, puesto que en virtud de la regla kompetenz-kompetenz, los tribunales arbitrales tienen un margen autónomo de interpretación para determinar el alcance de su propia competencia. En consecuencia, para que se presente este tipo de vía de hecho es necesario que los árbitros hayan obrado manifiestamente por fuera del ámbito definido por las partes, o excediendo las limitaciones establecidas en el pacto arbitral que le dio origen, o en la Constitución y la ley, al pronunciarse sobre materias no transigibles.

Así mismo, dado que las causales de procedencia del recurso de anulación incluyen hipótesis relativas a la falta de jurisdicción o competencia del tribunal, es indispensable que se haya interpuesto dicho recurso en forma oportuna contra el laudo que se ataca, y que luego de su resolución subsista el defecto orgánico. Las meras discrepancias respecto de la interpretación de la propia competencia efectuada por el tribunal arbitral no son suficientes para configurar este tipo de vías de hecho.

3. *Se configura vía de hecho por defecto procedimental “en la actuación por fuera del procedimiento establecido”, la cual “se presenta en aquellos casos en los cuales el juez se desvía por completo del procedimiento fijado por la ley para dar trámite al proceso respectivo”, y que implican “una manifiesta desviación de las formas propias del juicio que conduce a una amenaza o vulneración de los derechos y garantías de alguna de las partes o de los demás sujetos procesales con interés legítimo”.*

En materia arbitral la vía de hecho por defecto procedimental se configura cuando se ha adoptado el laudo en forma completamente por fuera del procedimiento establecido legal o convencionalmente para el proceso arbitral respectivo, y con ello (a) se ha incurrido en una vulneración directa del derecho de defensa y de contradicción de las partes, o de una garantía constitucional integrante del derecho fundamental al debido proceso, y (b) dicha vulneración directa de derechos fundamentales ha sido determinante del sentido del laudo atacado, es decir, si no se hubiera incurrido en ella se habría llegado a una decisión arbitral distinta en ese caso concreto.

4. *La vía de hecho por defecto fáctico se configura mediante “la aplicación del derecho sin contar con el apoyo de los hechos determinantes del supuesto legal”, o en otras palabras, cuando “resulte incuestionable que el juez no*

tiene el apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión”.

Ha explicado la Corte que “los defectos fácticos pueden agruparse en dos clases. La primera, la dimensión omisiva, comprende las omisiones en la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez. La segunda, la dimensión positiva, abarca la valoración de pruebas igualmente esenciales que el juzgador no puede apreciar sin desconocer la Constitución.

En tal medida, en materia arbitral la vía de hecho por defecto fáctico se configura, en eventos en los cuales los árbitros han dejado de valorar una prueba determinante para la resolución del caso, han efectuado su apreciación probatoria vulnerando de manera directa derechos fundamentales, o han fundamentado su valoración de las pruebas con base en una interpretación jurídica manifiestamente irrazonable eventos que conllevan una vulneración directa de derechos fundamentales. Es necesario que en estos casos, el defecto haya sido determinante del sentido de la decisión finalmente plasmada en el laudo. Al igual que con los otros tipos de vía de hecho, es indispensable que las partes interesadas hayan hecho uso de los recursos que consagra el ordenamiento jurídico para controlar el laudo que les afecta, y que con posterioridad a la resolución de dichos recursos, persista el defecto fáctico con clara violación de un derecho fundamental”²⁰⁰.

No obstante, en el año de 2009 se profirió un fallo²⁰¹ de tutela en el cual la Corte Constitucional declaraba la anulación del laudo arbitral proferido el 7 de noviembre de 2007 por el Tribunal de Arbitramento Telefónica Móviles Colombia S.A. Vs.

²⁰⁰ Corte Constitucional, Sentencia SU – 174 de 2007, M.P: Manuel José Cepeda Espinosa

²⁰¹ Corte Constitucional, sentencia T-058 de 2009, M.P: Jaime Araujo Rentería.

Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., dentro del trámite dado a la demanda arbitral instaurada por Telefónica Móviles Colombia S.A. contra la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., de acuerdo a lo señalado en la parte motiva de la providencia, la cual podría resumirse de la siguiente manera:

Algunos de los argumentos esgrimidos por la accionante fueron: “En sentir de la E.T.B., los actos administrativos de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones quedaron sin efectos mediante el laudo arbitral atacado, situación que a su juicio, deriva en la configuración de una vía de hecho por defecto orgánico y procedimental, debido a que de conformidad con la jurisprudencia, los tribunales de arbitramento no pueden decidir la legalidad de los actos administrativos, por ser contrario al debido proceso y menoscabar la competencia exclusiva de la jurisdicción contenciosa administrativa en este sentido”.

En este orden de ideas, la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá sostuvo que el Tribunal de Arbitramento referido incurrió en una vía de hecho por *defecto fáctico*, toda vez que *“dejó de practicar pruebas que pudieran resultar determinantes para dilucidar un punto controversial del proceso y en últimas no tomó todas las medidas que estaban a su alcance para llegar a la verdad de los hechos. Con el fin de validar su dicho, llegó incluso al absurdo de invertir la carga de la prueba, al atribuírsela a la demandada”.*

Por su parte, los árbitros del Tribunal de Arbitramento en mención solicitaron ante el juez de instancia que declarara la improcedencia de la acción interpuesta, o que en su defecto, denegara la tutela estudiada.

Para sustentar su petición, estos señalaron que la acción de tutela interpuesta resultaba improcedente toda vez que incumplía el requisito de subsidiariedad, puesto que existe otro medio de defensa judicial para obtener la protección de los derechos invocados.

Resaltando el principio de voluntad que impera en la puesta en marcha del arbitraje como medio de solucionar las controversias surgidas entre las partes, y el peso legal que tiene el laudo que a bien tenga en proferir el tribunal, la Corte señala el pronunciamiento realizado en la sentencia T-443 de 2008²⁰², en la cual se afirma:

“Teniendo en cuenta el respeto que merece la voluntad de las partes de someter sus controversias a la justicia arbitral y la procedencia restrictiva de las vías judiciales para controlar las decisiones proferidas por los árbitros, es claro que por regla general, la acción de tutela no procede ni contra los laudos arbitrales ni contra el procedimiento que se adelanta ante los tribunales de arbitramento, ni contra las decisiones judiciales que resuelven los recursos de anulación, salvo que se incurra claramente en una vía de hecho en dichas actuaciones, que implique una vulneración de derechos fundamentales”.

Una vez analizado el caso en concreto, la Corte encontró que la acción interpuesta satisface el principio de subsidiariedad, toda vez que aun que se haya interpuesto el recurso de anulación ante la autoridad competente, este no goza de la facultad de estudiar a fondo las violaciones a los derechos fundamentales que por vía de hecho eventualmente pudieran haberse presentado. Y en este sentido señala la Corte que: *“es claro que las causales para acudir al recurso de anulación son*

²⁰² M.P. Mauricio González Cuervo.

*limitadas y prevén la posibilidad de atacar un laudo arbitral por aspectos de naturaleza esencialmente formal*²⁰³.

En la misma sentencia de tutela, se echa un vistazo a la jurisprudencia de la Corte que ya en ocasiones anteriores se ha referido al mismo tema, dentro de las cuales podría resaltarse la sentencia T-972 de 2007, entre otras, en la cual expresa dicha corporación que: *“Con relación al cumplimiento del requisito de subsidiariedad, en primer lugar, la Corte ha considerado que de conformidad con las normas que regulan la materia, es necesario tener en cuenta que aunque las decisiones de los árbitros son ejercicio de una función jurisdiccional, el carácter transitorio de la actividad arbitral, en el sentido de su limitación en el tiempo en virtud de la solución del conflicto que la origina, y la decisión de las partes de separarse de los medios ordinarios de control de las decisiones jurisdiccionales*²⁰⁴, *por expreso mandato legal los laudos arbitrales **no están sujetos** al trámite de segunda instancia a través del recurso de apelación*²⁰⁵. (Resaltado fuera de texto).

Y más adelante agrega: *“los mecanismos de control del procedimiento arbitral no fueron diseñados por el legislador para revisar integralmente la controversia resuelta por los árbitros, como podría ocurrir si se tratara de una segunda instancia en virtud del recurso de apelación*²⁰⁶. *Es más, por ejemplo, las causales*

²⁰³ Corte Constitucional, sentencia T-058 de 2009, M.P: Jaime Araujo Rentería

²⁰⁴ En la sentencia T-570 de 1994, M.P. Calor Gaviria Díaz, la Corte señaló: “Al hacer uso de esa excepción regulada por la ley en desarrollo del mandato constitucional, los particulares se someten a la decisión judicial de una corporación esencialmente transitoria, que no tiene superior jerárquico y, por ende, quienes a ella acuden, optan por una organización excepcional de la administración de justicia, donde la naturaleza de las cosas hace imposible la aplicación de la regla general de la doble instancia (a través del recurso ordinario de apelación), que rige en la Rama Judicial (artículo 3° del Código de Procedimiento Civil).”

²⁰⁵ Sentencias T-972 de 2007, T-1017 de 2006 y T-1228 de 2003.

²⁰⁶ En la sentencia T-136 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño, la Corte precisó: “Las facultades del juez que conoce del recurso de anulación se limitan a la verificación de las causales de nulidad invocadas por el actor, causales que han sido consagradas por el legislador y que son de interpretación restrictiva. No se trata, entonces, de una nueva oportunidad para revivir el debate planteado ante el tribunal de arbitramento pues al juez ordinario o contencioso le está vedado pronunciarse sobre el fondo del litigio conocido por aquél. Por ello, la labor del juez que conoce del recurso de anulación se circunscribe a la verificación de la validez del compromiso o cláusula compromisoria y del laudo arbitral y ateniéndose siempre a las causales invocadas por el recurrente.”

para acudir al recurso de anulación son limitadas si se comparan con las motivaciones que se pueden alegar y sustentar durante el trámite del recurso de apelación. Incluso, la Corte ha precisado que “los jueces de anulación deben restringir su estudio a las causales específicamente invocadas por los recurrentes, dentro del marco restrictivo fijado por el legislador²⁰⁷.”

El fallo proferido en el año 2009 ha significado la excepción a lo que se había establecido por la Corte, en relación a la acción de tutela contra laudos arbitrales, debido a que en esta providencia prosperaron las pretensiones del accionante y se declaró la anulación del laudo arbitral proferido por el tribunal arbitral que dirimió el conflicto entre Telefónica Móviles Colombia S.A. contra Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P.

Existen una serie de sentencias de tutela que deciden las pretensiones del accionante, la mayoría de ellas de forma negativa por improcedentes, incluyendo los fallos que han decidido tutelas interpuestas contra laudos dados en tribunales de arbitramento convocados en Bucaramanga.

Para citar un ejemplo, se tiene el fallo de tutela resuelto por el Consejo de Estado de fecha 21 de Febrero de 2002, en el cual actuó como accionante la empresa Tecnofiltración Ltda. contra el Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bucaramanga, en este argumentaba el accionante que habían sido vulnerados sus derechos fundamentales a la defensa y debido proceso, debido a que se llevó a cabo un peritaje que según su ver y entender carecía de toda objetividad e idoneidad además de haber sido presentado de forma extemporánea. Además, al interponer el recurso de anulación pertinente, el tribunal que conoció el recurso no lo declaró nulo, por lo que procedió a interponer la acción de tutela.

²⁰⁷ SU-174 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Entre las pretensiones argüidas por el accionante se destaca, la solicitud de que se verificaran, cuantificaran y aplicaran las leyes violadas en el laudo arbitral, es decir que se hiciera un estudio del fondo de asunto y la forma en cómo había sido resuelta por el tribunal Arbitral.

El Consejo de Estado confirmó el fallo impugnado y denegó las pretensiones de la parte accionante esgrimiendo que quedó demostrado como los árbitros que conformaron el Tribunal Arbitral estudiaron cada una de las pruebas y la tuvieron en cuenta a la hora de dirimir el conflicto. Además, también quedó demostrado que el Tribunal decidió sobre algunos gastos que habían sido expuestos en la demanda arbitral, de tal manera que los árbitros en el laudo, abarcaron todos los puntos álgidos del conflicto existente en su momento entre las partes convocantes del Tribunal Arbitral.

Agregó a lo anterior: “esta Corporación ha insistido en que la acción de tutela no puede utilizarse para controvertir una decisión judicial ejecutoriada, o convertirse en una tercera instancia, pues ello a todas luces es un despropósito, ya que se atentaría contra el principio de la seguridad jurídica que impera en nuestro ordenamiento jurídico y además las sentencias judiciales son de obligatorio cumplimiento no solo para la administración, sino también para los particulares”²⁰⁸.

Teniendo en cuenta el aumento en el uso de la acción de tutela contra los laudos arbitrales, se hace interesante ver como, cada vez, este mecanismo es puesto en marcha con el fin de intentar dejar sin efectos el laudo arbitral, pretendiendo mostrar al instrumento de protección constitucional, como una figura que puede cumplir las veces de una segunda instancia procesal, sin importar que este no es su objetivo primordial ni para lo que fue creado.

²⁰⁸ Consejo de Estado, Sentencia del 21 de Febrero de 2002. Consejero Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros.

El uso incorrecto de la acción de tutela, ha dado pie para que cada vez sean más quienes interpongan esta figura con fines completamente distantes para lo que fue concebida por la asamblea constituyente; El considerársele un salvavidas para los procesos de única instancia procesal, denota la errónea interpretación que se le da, deformando su esencia proteccionista y encaminándola hacia rumbos en los que solo se persigue protección, pero de una clase completamente diferente a la que se ha establecido por la norma de normas.

Al no ser el fin de este trabajo el análisis de cada una de las acciones interpuestas, solo se han mencionado algunos pronunciamientos con el fin de citar ejemplos sobre el tema tratado.

18. CAUSALES DE ANULACIÓN DE LOS LAUDOS ARBITRALES

En el presente acápite se pretende estudiar una a una las causales de anulación de los laudos arbitrales señaladas por la ley, con el fin de saber su contenido y las características de cada una de ellas. Sumado a esto se mencionará la visión doctrinal que se tenga sobre estas, y de una vez sea esta la oportunidad para poder analizar los laudos arbitrales contra los cuales se ha interpuesto el recurso en estudio y su correspondiente decisión, bien por el Consejo de Estado o por el Tribunal Superior encargado de su conocimiento.

Para poder establecer los laudos contra los cuales se ha interpuesto el recurso en la ciudad de Bucaramanga, se realizó una actividad investigativa en el archivo del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Bucaramanga. Con esta actividad se pudo conocer que en el lapso comprendido entre 1998 y 2008 se han proferido allí aproximadamente 30 laudos arbitrales, de los cuales han sido recurridos con el recurso en estudio aproximadamente 10, sin que haya prosperado en ninguno de ellos.

La existencia de las causales de anulación de los laudos arbitrales, desde un primer momento da a entender la limitación dentro de la que se enmarca el recurso, teniéndose como parámetros a cumplirse sin los cuales sería infructuosa su aplicación.

Cada una de las causales encierra una situación en particular, que de darse dentro del laudo arbitral recurrido, da pie para que pueda llegar a declararse su anulación y por ende ser modificado según sea necesario, dependiendo de lo que se haya considerado como justo para las partes.

Además, estas causales coadyuvan a mantener la teoría del proceso arbitral como de única instancia procesal, porque con su existencia se demuestra una vez más que la jurisdicción arbitral goza de total respaldo legal, y más aun respeto a sus fallos, porque la interposición del recurso no configura en sí mismo un control de carácter jurisdiccional, en el sentido en que no se observa si los árbitros tomaron la decisión más apegada a la justicia, sino que se analiza es su forma, más no el alcance de su contenido, en lo que sustancia se refiere.

Aunque debe reconocerse que el recurso de anulación de los laudos ha sido empleado con fines opuestos a su creación, como ha sucedido con la acción de tutela interpuesta dentro de un proceso arbitral, cabe resaltar que tanto la doctrina como la jurisprudencia han hecho los mayores esfuerzos posibles por conservar la esencia de cada una de estas figuras jurídicas, y ayudar de esta manera a que no se sigan configurando más yerros jurídicos como los que se han visto en los últimos años.

Las causales de anulación de los laudos arbitrales, están contenidas en diferentes normas jurídicas. Es así como en el Decreto 2279 de 1989 se encuentran señaladas en el artículo 38, también el Decreto 1818 de 1998 las consagra en su artículo 163; en el contexto de los asuntos de carácter administrativo y de contratación estatal dichas causales estaban contenidas en la Ley 80 de 1993 en artículo 72 así como también en el Decreto 1818 de 1998 en el artículo 230; pero a partir de la Ley 1150 de 2007 se unificó el sistemas de las causales para los recursos de anulación contra los laudos ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Aunque los contenidos de cada causal estén señalados en diferentes numerales, la parte sustancial de cada una de ellas podría decirse que es muy similar.

En esta ocasión se estudiarán las causales que ha señalado el Artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, que han sido transcritas del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, estableciendo que son causales de anulación del laudo las siguientes:

1. La nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita. Los demás motivos de nulidad absoluta o relativa sólo podrán invocarse cuando hayan sido alegados en el proceso arbitral y no se hayan saneado o convalidado en el transcurso del mismo.

De acuerdo a lo señalado por el doctrinante Jorge Hernán Gil Echeverri²⁰⁹, esta causal difícilmente se presenta si se tiene en cuenta que el pacto arbitral, manifestado, bien en cláusula compromisoria o en el compromiso, es un acto autónomo e independiente del contrato al cual se refiere, por lo que hablar de esta causal no es tan frecuente como ocurre con las demás causales. De tal manera que, se entiende la existencia de un objeto ilícito cuando esté señalada expresamente en la ley la prohibición de someter los conflictos que puedan surgir a la justicia arbitral. En lo que se refiere a la causa, el mismo doctrinante agrega que difícilmente se da, debido a que la jurisprudencia colombiana reiteradamente ha manifestado que se presume la licitud de esta, por lo que no habría manera de pensar que se trata de una situación jurídica que se enmarca en lo ilícito.

En pronunciamiento del Consejo de Estado, dicha corporación conceptuó esta causal como excepción a los motivos por los cuales puede llegar a ser anulado un laudo, en el sentido en que se ha sostenido que las causales obedecen a errores in procedendo que estén contenidos en el laudo, pero a partir de esta jurisprudencia se estableció que:

²⁰⁹ Gil Echeverri, Jorge Hernán, Nuevo régimen de arbitramento. Manual práctico, tercera edición, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 2005, pág. 436.

“Ella se produce cuando dicho acuerdo se encuentra afectado de alguno de los vicios que genera la nulidad absoluta de los actos o contratos y que se encuentran determinados en el artículo 1741 del CC (...) se trata en consecuencia de una causal de nulidad de naturaleza sustantiva que afecta el pacto arbitral y que se presenta en el momento en que dicho pacto se perfecciona”²¹⁰.

De acuerdo a lo señalado por el doctrinante Jaime Tobar Ordoñez²¹¹, no existe una fórmula ni término para alegar esta nulidad, pero si se considera oportuno alegarla en el momento en el que el tribunal arbitral se declare competente, atacando por vía de reposición tal decisión, apoyado en los fundamentos y pruebas que permitan decidir la nulidad absoluta del pacto arbitral.

También agrega, que esta causal no hace parte de las señaladas por el régimen de contratación estatal, no pudiendo de esta manera invocarse dentro del proceso arbitral o como motivación del recurso de anulación que eventualmente pueda llegar a ser interpuesto contra el laudo.

Como ejemplo de esta causal en la práctica, puede hacerse mención al laudo arbitral proferido por el tribunal de arbitraje que decidió el conflicto surgido entre Electrificadora del Atlántico S.A. E.S.P. y Termorrio S.A. E.S.P. En este caso se atacó el laudo por considerarse que existía una inhabilidad por parte del representante legal de Electrificadora del Atlántico, en el sentido en que se entendía que se estaba actuando en contra de ciertas restricciones establecidas en la Ley 80 para la contratación con personas naturales y no entre personas jurídicas. Este aspecto fue decidido a favor de Electrificadora del Atlántico, estableciéndose que no existía dicha inhabilidad toda vez que en el certificado de

²¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 10 de mayo de 1994.

²¹¹ Tobar Ordoñez, Jaime. (comp.) (2007). Temas estructurales en torno al arbitraje, la conciliación y la negociación. Bogotá, Colombia. Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, pág. 174.

existencia y representación no constan limitaciones al representante legal, por lo que se entiende que actuó dentro del marco de sus facultades. Esta, entre otras circunstancias que se presentaron entre las partes intervinientes en esta relación jurídica.

Es de tener en cuenta que *“la nulidad del pacto arbitral originada por motivos diferentes a la causa u objeto ilícito, se convalida al no ser alegada, a más tardar durante la primera audiencia de trámite; también tácita o expresamente, por el trascurso del proceso, por ejemplo si todos los árbitros fueron nombrados de común acuerdo la irregularidad se tiene por subsanada”*²¹².

2. No haberse constituido el Tribunal de Arbitramento en forma legal, siempre que esta causal haya sido alegada de modo expreso en la primera audiencia de trámite.

El doctrinante Jorge Hernán Gil señala que: *“esta causal es la que con mayor frecuencia se alega y presenta, en razón de que son muchos los pactos arbitrales que prevén la integración del tribunal en la forma regulada por la ley 2ª de 1938, norma que instituyó la fórmula arbitro-parte, es decir que cada parte elige su arbitro”*²¹³.

En fallo del 4 de Junio de 1986 del Tribunal Superior de Medellín, la sala civil expuso:

“No haberse constituido el tribunal de arbitramento en la forma legal. Es decir, cuando su integridad está viciada, porque algunos de los árbitros no reúnen las

²¹² Gil Echeverri, Jorge Hernán, Nuevo régimen de arbitramento. Manual práctico, tercera edición, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 2005, pág. 437.

²¹³ Gil Echeverri, Jorge Hernán, Nuevo régimen de arbitramento. Manual práctico, tercera edición, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 2005, pág. 438.

calidades para hacerlo o no provenir la designación de los árbitros de los establecidos, figura de muy raro acaecer. (...)

Se tiene que concluir que si las partes delegan a un tercero la designación de los árbitros, la manifestación de aceptación del cargo, que los designados han hecho ante ese designado que tal cargo cumple, le es oponible sin más, a las partes que son delegatarias”²¹⁴.

Por su parte el Consejo de Estado expone que: “*el recurso de anulación contra el laudo arbitral es contra este, y no contra el proceso previo de requerimiento y designación de árbitros, por lo cual no puede entenderse que la causal alegada comprenda el problema de la competencia del juez que designó los árbitros a requerimiento de una de las partes de la cláusula compromisoria y por no haberse puesto de acuerdo en su nombramiento”²¹⁵.*

Esta causal puede llegar a ser invocada si se presentan alguna de las siguientes circunstancias²¹⁶:

- a. Porque los árbitros elegidos no reúnen las condiciones legales o contractuales.*
- b. Porque se elige un número de árbitros deferente del previsto en la ley o en el pacto.*
- c. Que se trate de arbitraje institucional y que el árbitro nombrado no forme parte de la lista del respectivo centro.*
- d. Cuando no se designó el número de árbitros requerido para el proceso”²¹⁷.*
- e. Por la aceptación extemporánea, sino se ha ratificado su nombramiento”²¹⁸.*

²¹⁴ Magistrado Ponente: Antonio López Jaramillo.

²¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 27 de agosto de 1990 C.P: Gustavo de Greiff Restrepo.

²¹⁶ Gil Echeverri, Jorge Hernán, Nuevo régimen de arbitramento. Manual práctico, tercera edición, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 2005, pág. 439.

²¹⁷ Tobar Ordóñez, Jaime. (comp.) (2007). Temas estructurales en torno al arbitraje, la conciliación y la negociación. Bogotá, Colombia. Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, pág. 176.

²¹⁸ Ibidem.

EL Doctor Jaime Tobar Ordoñez agrega sobre esta causal que: *“En Colombia existe una libertad restringida para el nombramiento de árbitros, de conformidad con lo señalado en el artículo 7 del Decreto 2279 de 1989, modificado por el artículo 118 de la Ley 446 de 1998 y cualquier fórmula diferente a las señaladas en tales artículos, resulta viciada de nulidad, y origina, por tanto, una debida integración del tribunal de arbitramento”*²¹⁹.

Por su parte expone la Corte Constitucional que: *“en los casos en que las partes no logren ponerse de acuerdo sobre los árbitros, ni hayan delegado directa o indirectamente en el centro de arbitramento la designación de los mismos corresponderá a la partes interesada dirigirse al juez civil del circuito para que éste, a través de un trámite breve y sumario, proceda a realizar dicha designación, de conformidad con las listas de los centros de arbitramento, a fin de asegurar la eficacia del correspondiente pacto arbitral”*²²⁰.

El doctrinante Julio Benetti Salgar en lo atinente a este punto señala que *“la legislación vigente también adicionó esta causal con el requisito de que la indebida constitución del tribunal debe alegarse en la primera audiencia de trámite, pues de lo contrario se pierde la posibilidad de aducir este motivo mediante el recurso de anulación. Además, se sabe que es esta una de las causales que se alega con más frecuencia en razón de que no es uniforme el criterio sobre la forma de integrar el tribunal arbitral”*²²¹.

Como ejemplo de alegación de esta causal tenemos el recurso interpuesto por PLESCOM LTDA contra el Laudo arbitral proferido por el Tribunal de Arbitramento

²¹⁹ Ibidem.

²²⁰ Corte Constitucional, Sentencia C- 1038 de 28 de noviembre de 2002. M.P: Eduardo Montealegre.

²²¹ Benetti Salgar, Julio, El arbitraje en el derecho colombiano, segunda edición, Temis, Bogotá, 2001, pág. 220.

que decidió el conflicto surgido entre el accionante y el Patrimonio Autónomo de Remanentes de Telecom y sus Telesociadas – PAR.

En agosto de 1996 entre TELECOM Y PLESCOM Ltda se suscribió un contrato de riesgo compartido por cuya virtud el primero aportaba una infraestructura de la red de teléfonos públicos y el segundo se encargaba de su administración, operación y mantenimiento, así como del suministro de 1200 teléfonos.

El acuerdo a que se llegó en un comienzo se vio adicionado meses después con un documento que modificaba aspectos financieros con el fin de alcanzar el cumplimiento de las metas trazadas, porque se tenía visto que las proyecciones financieras eran insuficientes y se tendría la necesidad de aumentar costos en ciertos servicios prestados, los cuales serían asumidos por las partes de acuerdo a las utilidades alcanzadas por cada una de estas según el porcentaje fijado al comienzo de suscrito el convenio, todo ello con el fin de poder cumplir con las metas, a lo que las partes estuvieron de acuerdo y no opusieron ningún reparo en esto en los primeros años de cumplimiento del contrato.

Pasados 5 años de desarrollo del convenio, surgieron las diferencias por lo que TELECOM convocó la conformación de un Tribunal de Arbitramento con el fin de dirimir el conflicto surgido con PLESCOM Ltda. El Tribunal dio el trámite correspondiente y luego de analizar las pruebas y los alegatos, profirió laudo arbitral en el que concedió parcialmente tanto las pretensiones del convocante como también aquellas contenidas en la demanda de reconvención.

Por ello PLESCOM Ltda formuló recurso de anulación invocando 5 causales, dentro de las cuales solamente se mencionará la correspondiente al numeral 2 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998.

Argumentó el censor, que no se cumplieron los requisitos señalados en la cláusula compromisoria del convenio suscrito entre las partes, relacionados con condiciones de eficacia para que el Tribunal pudiera asumir la competencia, tema que fue alegado de modo expreso durante el proceso arbitral, en especial en la primera audiencia de trámite. Además señaló que lo acordado en la cláusula vigésima séptima del convenio no eran reglas que definieran un procedimiento normativo propio de la ley, sino que simplemente se considerarían como condiciones de eficacia, propias de las obligaciones condicionales para que surgiera el derecho de una de las partes a acudir a un Tribunal de Arbitramento.

En ese orden de ideas, considera el recurrente que al no cumplirse ninguno de esos requisitos en los términos y condiciones pactadas, se presenta la absoluta falta de competencia del Tribunal de Arbitramento para resolver algunas pretensiones de la demanda.

Considera el Consejo de Estado²²² con respecto a esta causal que: *“La indebida integración del tribunal de arbitramento atañe a situaciones relacionadas con las condiciones personales del árbitro; con su designación o con el número de sus integrantes, entre otros eventos. De modo que esta causal apunta a controvertir exclusivamente a la integración y por ello no puede hacerse extensiva a situaciones que no se refieran a la misma”*.

Más adelante agrega: *“En el caso concreto, la censura se refiere a que el Tribunal no se constituyó en forma legal, porque en la cláusula vigésima séptima del contrato las partes acordaron un trámite previo a acudir al tribunal de arbitramento, que consistía en el agotamiento de una etapa ante un Comité Coordinador con el fin de lograr un acuerdo frente a cuyo fracaso era preciso acudir ante una segunda*

²²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 10 de Junio de 2009, C.P: Ruth Stella Correa Palacio.

instancia conformada por el Presidente de TELECOM y el Gerente de PLESCOM, para conciliar las diferencias. Señala el censor que como no se surtió dicho trámite, el Tribunal no podía resolver algunas de las pretensiones de la demanda”.

Luego de hacer un análisis de la cláusula compromisoria contenida en el convenio permitió concluir que:

*“el juez arbitral llegado el caso de una convocatoria tenía amplia competencia para resolver cualquier controversia o diferencia transigible que se presentara con ocasión a la interpretación, cumplimiento, ejecución, terminación y liquidación del convenio suscrito, con carácter vinculante y obligatorio para ambas partes. La cláusula compromisoria analizada no delimitó el campo o materias de su aplicación, es decir, no especificó las controversias y desacuerdos que debían someterse al conocimiento de los árbitros, por lo que, como lo ha sostenido la Sala, ha de entenderse que se extiende, en principio, a todos los conflictos que tuvieran directa o indirecta relación con el contrato
(...)*

Las previsiones contractuales que se pacten como requisito previo para la convocatoria de los árbitros no constituyen presupuestos de procedibilidad para acceder a la justicia arbitral y por lo mismo su omisión no entraña consecuencia alguna en el ámbito procesal ni configura nulidad alguna en cuanto a la validez de la constitución del tribunal de arbitramento. La Sala reitera, entonces, que:

“Sobre el contenido de esta parte inicial del pacto arbitral, en el cual, las partes convinieron que antes de acudir al tribunal de arbitramento intentarían solucionar el conflicto mediante arreglo directo, resulta

pertinente precisar que tales estipulaciones, fijadas como requisito previo a la convocatoria del tribunal de arbitramento, en manera alguna pueden convertirse en requisitos de procedibilidad para acudir a la justicia arbitral; en otras palabras y sin perjuicio de que las partes puedan acordar, de manera válida y lícita, la realización de diversas actuaciones encaminadas a solucionar directamente las diferencias que surjan entre ellas o el transcurso de unos plazos determinados, lo cierto es que esas estipulaciones no están llamadas a generar efectos procesales frente al juez arbitral, puesto que las partes no se encuentran facultadas para fijar, crear o convenir requisitos de procedibilidad que sólo pueden establecerse por vía legislativa, máxime si se tiene presente que las normas procesales son de orden público, de derecho público y, por ende, de obligatorio cumplimiento, de conformidad con los dictados del artículo 6 del C. de P. C.

(...)

En tal virtud los trámites pactados por las partes como requisito previo para acudir al Tribunal de Arbitramento no pueden convertirse en requisitos de procedibilidad para acudir a la justicia arbitral, ni pueden afectar la validez de sus decisiones, toda vez que ello entrañaría una vulneración al derecho fundamental de acceso a la administración de Justicia, consagrado en el artículo 229 superior. Además, tales estipulaciones no pueden generar efectos procesales para los árbitros, ante quienes una de las partes acude en la búsqueda de la solución de una controversia, por cuanto la autonomía privada encuentra sus precisos

*Límites en la Constitución y en la Ley que garantizan el ejercicio y goce de dicho derecho*²²³

En consecuencia, desestimado el alcance que le da la convocada a la estipulación de requisitos previos de arreglo directo para acudir al arbitramento y no habiéndose alegado de modo expreso la situación invocada, se impone desestimar el cargo propuesto.

3. No haberse hecho las notificaciones en la forma prevista en este decreto, salvo que la actuación procesal se deduzca que el interesado conoció o debió conocer la providencia.

“Esta disposición fue derogada expresamente por el numeral 2 del artículo 167 de la Ley 446 de 1998, e incluso, el numeral 3 del artículo 163 del Decreto 1818 que la reprodujo fue declarado nulo mediante Sentencia de 8 de abril de 1999 proferida por esta Corporación, precisamente por no encontrarse ella vigente:

“De la corporación de estas normas, es claro para la sala que como el artículo 167 de la Ley 446 de 1998 derogo expresamente los artículos 6, 26 y 38, numerales 3, del decreto 2279 de 1989, los mismos no podían ser compilados en el Decreto 1818 de 1998, pues, al hacerlo, el Gobierno Nacional entro a vulnerar precisamente el artículo 166 de la Ley 446 de 1998, que solo le permitía compilar las normas que se encontrasen vigentes”²²⁴.

4. Cuando sin fundamento legal se dejaren de decretar pruebas oportunamente solicitadas o se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para

²²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 10 de Junio de 2009, C.P: Ruth Stella Correa Palacio.

²²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 8 de abril de 1999, C.P: Juan Alberto Polo Figueroa.

evacuarlas, siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debidos.

Sobre esta causal, señala el doctrinante Jorge Hernán Gil que es infrecuente que suceda, ya que en la práctica, *“en los procesos arbitrales, no solamente se decretan y practican las pruebas solicitadas oportunamente por las partes, sino que también se decretan gran cantidad de pruebas oficiosas”*²²⁵.

Más adelante señala que *“la falta de decreto o práctica de pruebas no acarrea nulidad si la parte interesada no insiste en su decreto o practica”*²²⁶, toda vez que si no se manifiesta el interés por quien se puede ver perjudicado, más adelante no podría llegar a invocar esta causal como razón de anulación del laudo.

A propósito de esta causal, la jurisprudencia a consagrado: *“el estudio de sustentación del recurso del caso en concreto, da a entender que no es otra cosa la que pretende el recurrente, para respaldar su inconformidad con el fondo de la decisión, que apoyarse en el hecho de que las pruebas no fueron apreciadas, por que el aludo carece de motivación en torno al valor probatorio que se le asigna a cada una de estas. El enfoque es ciertamente inteligente, pero esta por fuera de los límites precisos que tiene el recurso estudiado, máxime frente a la causal esgrimida como única”*²²⁷

Insiste además que, no puede crearse por analogía otras causales y menos buscar, basado en la anulación del laudo un nuevo análisis del acervo probatorio por falta de motivación en torno a las pruebas y con miras a lograr otra decisión diferente.

²²⁵ Gil Echeverri, Jorge Hernán, Nuevo régimen de arbitramento. Manual práctico, tercera edición, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 2005, pág. 440.

²²⁶ Gil Echeverri, Jorge Hernán, Nuevo régimen de arbitramento. Manual práctico, tercera edición, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 2005, pág. 441.

²²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 2 de abril de 1992.

En fallo del Tribunal Superior de Bogotá se expuso que: *“La omisión de la práctica de pruebas esenciales, sea porque no se decretaron, o se decretaron y se dejaron de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas, tiene importancia en la medida en que pueda variar la decisión tomada”*²²⁸.

El doctrinante Jaime Tobar Ordoñez manifiesta que: *“La omisión del decreto y/o práctica de prueba esencial, necesaria, importante, es decir, trascendente, que permita al juez de anulación, al rompe, determinar la omisión manifiesta y sus efectos en el laudo proferido en el evento de no haberse decretado o practicado”*²²⁹.

Más adelante agrega: *“bajo esta causal no es posible para el juez de anulación entrar a realizar una nueva valoración probatoria, que es de competencia del Tribunal Arbitral, sino únicamente la revisión de un eventual error in procedendo, la falta de un decreto o práctica de una prueba esencial, que puede el juez de anulación practicar la prueba que no se decretó o que no se evacuó, pues ello no es posible dentro de la anulación, ya que en ese momento no se persigue la corrección o modificación del laudo, sino su anulación”*²³⁰

Como ejemplo de esta causal, tenemos el recurso que interpuso el Municipio de Girón contra el laudo arbitral que profirió el Tribunal de Arbitramento que dirimió el conflicto entre el impugnante y la Electrificadora de Santander S.A. E.S.P. La controversia surgió a partir del contrato suscrito entre las partes atrás mencionadas con el fin de que la Electrificadora de Santander S.A. E.S.P. suministrara la energía eléctrica al Municipio de Girón, además de hacer la

²²⁸ Tribunal Superior de Bogotá, sentencia del 24 de Septiembre de 2001, M.P: Ruth Marina Díaz.

²²⁹ Tobar Ordóñez, Jaime. (comp.) (2007). Temas estructurales en torno al arbitraje, la conciliación y la negociación. Bogotá, Colombia. Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, pág. 179.

²³⁰ Ibidem.

facturación y el recaudo de las sumas correspondientes al servicio de alumbrado público.

El conflicto surgió a raíz del incumplimiento por parte del Municipio de Girón en el pago de las sumas estipuladas en el contrato a favor de la Electrificadora de Santander S.A. E.S.P.

Afirmó el Municipio de Girón que la omisión que genera la nulidad es no haber decretado el dictamen pericial para probar la objeción por error grave, prueba pedida en forma clara y expresa para depurar el inventario, tal y como se dijo en el escrito de solicitud y que fue negada, sobre la base errada de que ya estaba considerado el hecho fundamento de la objeción y que se omitió sustentar, cuando ello no es cierto.

Destaca la sala frente a este cargo que: *“el interesado no reclamó en la forma y tiempo debidos, la negativa del Tribunal de Arbitramento de practicar un nuevo dictamen pericial para el estudio de la objeción por error grave al dictamen pericial practicado, razón por la cual no se cumple con uno de los requisitos para la configuración de la causal, en los términos de la disposición que la consagra. El accionante estaba en el deber de reclamar en la oportunidad procesal mediante la interposición del recurso de reposición, para que en el caso de persistir su inconformidad a este respecto pudiera invocar luego la causal de nulidad del laudo arbitral que se estudia”* ²³¹.

En este evento *“los jueces arbitrales determinaron que era innecesaria la práctica de una nueva pericia para definir la objeción por error grave del dictamen pericial rendido, sin que, como parece entender la impugnante, se hubiere omitido una*

²³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 6 de Marzo de 2008, C.P: Ramiro Becerra Saavedra.

prueba para resolver el litigio puesto a consideración, dado que el dictamen pericial cuya objeción se resolvió en el laudo y las demás pruebas que en la oportunidad general fueron pedidas, decretadas y practicadas en el proceso, conformaron el acervo probatorio que evaluaron aquellos para adoptar las decisiones contenidas en la providencia que puso fin al proceso”²³²

En consecuencia, se denegaron las pretensiones y se declaró infundado el recurso extraordinario de anulación contra el laudo arbitral proferido el 10 de Mayo de 2007 por el Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir el conflicto surgido.

5. Haberse proferido el laudo después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral o su prórroga.

Manifiesta el doctor Jorge Hernán Gil que la expedición del laudo vencido el término legal o el de sus prorrogas resulta irregular, entre otras razones, porque el tribunal ya ha cesado en sus funciones y por tanto, ha perdido toda jurisdicción y competencia.

Más adelante expresa que esta causal se encuentra directamente ligada con el término legal o contractual para laudar que tiene el Tribunal de Arbitramento, debiéndose tener en cuenta ciertos presupuestos:

- a. El término se empieza a contar desde la primera audiencia de trámite.
- b. El cómputo del término fenece el día en que se profiere el laudo y no el día en que éste quede ejecutoriado, corregido o aclarado.
- c. Del término legal o contractual se deben descontar los días en que se haya producido una causal de interrupción o suspensión del proceso.

²³² *Ibid.*

- d. Al término legal o contractual se le debe adicionar el término de prórroga del proceso. Estas prórrogas no podrán exceder seis meses.
- e. Las vacaciones judiciales no son predicables en el proceso arbitral.
- f. Si el pacto arbitral no fija el término máximo de duración, este será de seis meses.
- g. Si se trata de proceso arbitral en el que se diriman conflictos referentes a contratación estatal, el tribunal de arbitramento podrá de oficio prorrogar el término para laudar por tres meses más.

En este punto suele confundirse la aclaración, corrección o complementación del laudo, esgrimiendo la causal en estudio cuando se han dado estas circunstancias. Al respecto al Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bucaramanga a sostenido que: *“si de oficio o a petición de parte se procede a corregir, aclarar o complementar el laudo, una vez vencido el término legal o contractual, no se incurre en causal de anulación, habida cuenta que esta se predica únicamente frente al laudo extemporáneo. Resulta que si se aclara, complementa o corrige es porque el laudo ya existe con anterioridad; lo principal es la sentencia, y lo accesorio, la providencia de aclaración, corrección o complementación”*²³³.

Por su parte Jaime Tobar Ordoñez, citando a Roque J. Caivano expresa: *“el vencimiento del plazo conlleva la pérdida de la jurisdicción arbitral, convirtiéndose el laudo así dictado en un exceso de funciones concedidas a los árbitros”*²³⁴

Esta causal no se presenta con mucha frecuencia y en las ocasiones en que se ha invocado no ha prosperado. Dentro de la investigación realizada no se encontró un fallo de recurso de anulación de laudo arbitral en el cual se alegara esta causal, por lo que no se señalará ejemplo de este.

²³³ Gil Echeverri, Jorge Hernán, Nuevo régimen de arbitramento. Manual práctico, tercera edición, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 2005, pág. 444.

²³⁴ Tobar Ordoñez, Jaime. (comp.) (2007). Temas estructurales en torno al arbitraje, la conciliación y la negociación. Bogotá, Colombia. Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, pág. 180.

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

La doctrina²³⁵ señala que difícilmente un tribunal se confunde tanto como para fallar en conciencia, debiendo hacerlo en derecho. De todas maneras no hay que olvidar, que aun cuando el fallo sea en derecho, a falta de norma expresamente aplicable, se puede acudir a la equidad.

Se reitera la tesis de que el laudo proferido en conciencia no requiere ser motivado. El Consejo de Estado por su parte también señala la misma tesis cuando expone:

*“Tanto el fallo en conciencia como en derecho tiene que reposar sobre un motivo justificativo: ni el uno ni el otro puede surgir por generación espontánea y sin que se apoyen en una situación jurídica preexistente que debe resolverse. Pero mientras el fallo en derecho debe explicar los motivos o razones de orden probatorio y sustantivo que tuvo para arribar a la conclusión que contiene la parte resolutive, en el fallo en conciencia esa motivación no es esencial determinante de su validez”*²³⁶

Con el fin de dirimir el conflicto surgido, entre el Fondo Ganadero de Santander y la Precooperativa de Trabajo Asociado COODEUPES LTDA, el primero de estos convocó la conformación de Tribunal de Arbitramento. Entre las partes se suscribió un contrato de prestación de servicios que involucraba el montaje y sostenimiento de una serie de unidades productivas eficientes y sostenibles

²³⁵ Gil Echeverri, Jorge Hernán, Nuevo régimen de arbitramento. Manual práctico, tercera edición, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 2005, pág. 445.

²³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 3 de Abril de 1992, C.P: Carlos Betancourt.

conocidas como U.P.E.S., entre él clausulado del contrato se destaca la confidencialidad que debía existir entre la información que manejaran las partes. En la demanda arbitral se señala que COODEUPES LTDA violó la cláusula de confidencialidad contenida en el contrato por lo que se pide que se declare el incumplimiento de este.

Para analizar la causal invocada, el Magistrado que conoce del asunto realiza un estudio de las normas que tuvo en cuenta el Tribunal de Arbitramento para dirimir el conflicto, y concluye que con la relación de normas tomada de las motivaciones del laudo hacen visible que este fue proferido en derecho. Además agrega que en efecto se cumplen los supuestos de esa modalidad de arbitraje. En primer lugar porque se citaron normas jurídicas y en segundo lugar porque ellas eran las vigentes para ese momento.

De tal manera que tales supuestos concurrentes descartan de plano que el laudo recurrido se hubiese proferido en conciencia. Esta circunstancia sirve para desechar el cargo, pues la ley edifica la causal, en estudio, en que el aludo se haya proferido “*en conciencia debiendo ser en derecho*”.

7. Contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el tribunal de arbitramento.

El profesor Jorge Hernán Gil manifiesta: “*Los errores aritméticos, aunque pueden presentarse, son excepcionales. Además las disposiciones contradictorias de la parte resolutive se presenta cuando una condena se excluye con otra u otras, de manera que no sea posible darle cumplimiento total al fallo*”²³⁷.

²³⁷ Gil Echeverri, Jorge Hernán, Nuevo régimen de arbitramento. Manual práctico, tercera edición, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 2005, pág. 447

El Tribunal Superior de Bogotá²³⁸ ha consagrado que: *“para que una sentencia contenga decisiones contradictorias es menester que ninguna sea susceptible de cumplir y ejecutar porque en todo o en parte una decide lo que impide la otra y viceversa”*.

Por su parte el Consejo de Estado a señalado que: *“En principio para que sea anulable por la vía de la causal séptima, ha de buscarse entre las disposiciones contenidas en la parte resolutive y no entre las de esta y la motiva, salvo en condiciones muy particulares en que se torna imposible prescindir de la parte motiva”*²³⁹.

Ejemplo de esta causal es el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, Sala Civil, de fecha 18 de Diciembre de 2000, actuando como Magistrado Ponente Antonio Bohórquez Orduz, quien decidió el recurso de anulación interpuesto por Emiliano Rey Sánchez contra CENTRORIENTE S.A.

El contrato suscrito entre las partes se basó, en la prestación de servicios como ingeniero del convocante, en la instalación de las facilidades del sistema de protección del gasoducto localizado entre Puerto Serviez y Mariquita. El contrato tendría efectos desde la fecha de firma del mismo, es decir el convocante adquirió sus responsabilidades desde esta fecha, pero pudo iniciar sus labores 5 meses después debido a la demora en la entrega del terreno en donde se llevarían a cabo las obras. Además de lo anterior surgieron una serie de irregularidades con respecto a algunos pagos no cancelados al convocante.

²³⁸ Sentencia de 13 de Agosto de 1992.

²³⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 15 de Mayo de 1992.

No obstante haber sido terminada la obra, CENTRORIENTE S.A. se negó a reintegrar el valor de los gastos en que incurrió el convocante durante el tiempo que medio entre la suscripción o perfeccionamiento del contrato y la iniciación de las obras, así como también los gastos ocasionados entre los días de paro de la obra.

Dentro de las causales esgrimidas en el recurso interpuesto se encuentra la causal 7 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, que ahora se estudia. Con respecto a esta *“asevera el recurrente que el laudo contiene también disposiciones contradictorias que fueron alegadas oportunamente por la parte entonces convocante, ante el Tribunal de Arbitramento, sin que se corrigieran. De un lado el error de señalar en la parte motiva que la liquidación de la única condena impuesta comprendía hasta el 2 de agosto de 2000, cuando en realidad lo era hasta el 28 de agosto de 2000; el otro, condenar en costas a la parte convocante, a pesar de reconocer parcialmente la prosperidad de sus pretensiones”*.

Estima el Tribunal que el pedido de anulación debe prosperar *“pues el laudo contiene, en verdad, disposiciones contradictorias que fueron alegadas oportunamente por la parte entonces convocante, ante el Tribunal de Arbitramento, sin que se corrigieran. Uno de los dos yerros alegados en esta causal se corrigió por el árbitro, que fue la concerniente a la liquidación de la única condena impuesta, pero lo relacionado con la condena en costas a la parte convocante, a pesar de reconocer parcialmente la prosperidad de sus pretensiones, no se corrigió y la petición se despachó sin unas explicaciones claras. La contradicción es evidente, pues a pesar de salir ganancioso el convocante, se le condena a pagar a su contrario las costas procesales”*.

Por tal motivo se declara próspero el recurso tan solo en ese aspecto, por lo cual se ordena modificar el punto cuarto del laudo arbitral.

8. Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido.

Expresa el doctrinante Jorge Hernán Gil *“cuando se presentan condenas ultra y extra petita también es justificable la prosperidad de la anulación en razón de la congruencia que debe existir entre las peticiones y los fallos”*²⁴⁰.

El Tribunal Superior de Bogotá, en sala civil, ha señalado que: *“el laudo debe estar con armonía con la voluntad pretensional de las partes en litigio. Es decir, la falta de correspondencia entre la resolución de aquel y las pretensiones de estas conforma su incongruencia y la autorización de su reforma o adición, en virtud del recurso de anulabilidad. El laudo que provee sobre más de lo pedido, o el que decide sobre objetos distintos a los pretendidos por las partes, sobre puntos no sujetos al arbitraje, y en fin, el que omite decidir sobre cuestiones sometidas al arbitramento, representa una sentencia desarmónica e inconsonante”*²⁴¹

Como ejemplo de esta causal tenemos el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, Sala Civil, de fecha 3 de Junio de 2003, actuando como Magistrada Ponente Marianell González Castillo, quien decidió el recurso de anulación interpuesto contra el laudo arbitral que decidió el conflicto entre el Fondo de Empleados de la universidad Industrial de Santander “FAVUIS” y la Sociedad Promoción de Construcciones S.A. “PROCO S.A.”.

Señala el fallo que: Entre Favuis y Proco S.A. se celebró un negocio mercantil de consorcio con el objeto de efectuar la construcción, promoción, venta y

²⁴⁰ Gil Echeverri, Jorge Hernán, Nuevo régimen de arbitramento. Manual práctico, tercera edición, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 2005, pág. 450

²⁴¹ Ibid.

escrituración del proyecto Búcaros Parque Residencial, en un globo de terreno ubicado en la Ciudadela Real de Minas de propiedad de Favuis. Proco S.A. no cumplió con su obligación de administrar el consorcio a cabalidad y con las formalidades requeridas por lo que Favuis debió asumir esta función, además de las que tenía. Sumado a esto se dieron una serie de pérdidas lo que llevó a Favuis a solicitar que se declarara la responsabilidad de Proco, la conclusión del contrato de consorcio y la liquidación de las cuentas de este, además de la cancelación de una serie de sumas de dinero a favor de Favuis.

Para dirimir el conflicto surgido entre Favuis y Proco S.A. se solicitó la conformación de un Tribunal de Arbitramento, este luego de llevado a cabo el proceso y analizadas las pruebas, decidió a favor de Favuis. Inconforme la Parte demandada interpuso recurso de anulación fundamentado en las causales 6 y 8 del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, además de violar el artículo 467 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

El tribunal declara infundado el recurso en todas las causales invocadas, en cuanto a la causal 8 señaló que: *“sin abundar en el tema es claro que en la demanda se fijaron unos valores que fueron estimados por la demandante. No obstante lo anterior, pidió que si no eran esas sumas las resultantes, en su defecto se fijara por parte del tribunal la mayor o menor cantidad que se determinara a través del trámite arbitral, es decir, de acuerdo con las pretensiones no se fijo límite a lo reclamado por la convocante luego debe estarse a lo que resulte probado. Conforme a lo anterior no se concedió más de lo que se pidió, motivo por el cual tampoco prospera la causal de anulación invocada”*.

9. No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento. (Artículo 38 Decreto 2279 de 1989).

Acerca de esta causal, se ha dicho que: *“en el laudo debe resolverse la totalidad de las cuestiones planteadas, asunto íntimamente ligado a la declaración de competencia manifestada por el tribunal y si este no resuelve alguna petición, esta última quedaría en el limbo en atención a que tampoco se podría acudir a la justicia ordinaria para obtener la resolución de la misma diferencia”*²⁴²

Por su parte la Corte Suprema a señalado que: *“queda entendido que la sentencia es congruente cuando se ajusta a las peticiones de las partes objetivamente hablando, independientemente si es acertada o errónea, es decir, sin atender al argumento acogido por el juzgador para pronunciarla, pues dicha causal no autoriza ni puede autorizar a entrar en examen de las consideraciones que han servido al juzgador como motivos determinantes de su fallo. Cuando se trata de incongruencia negativa, para que proceda el cambio de omisión del tribunal de decidir sobre un extremo de la litis, debe ser real producto de olvido o inadvertencia, y no que haya sido resuelto en forma adversa, caso en el cual no puede ser atacado de tal resolución con base en la causal segunda que de todas formas implicó un pronunciamiento del sentenciador sobre la pretensión de la parte”*²⁴³.

En la investigación adelantada, pudo encontrarse como ejemplo de esta causal, la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bucaramanga, en la que se resolvió el recurso de anulación interpuesto por ambas partes en tribunal de arbitramento entre Viviana Janeth Mantilla Espinosa y el Edificio Centro Médico Clínica Bucaramanga Propiedad Horizontal.

²⁴² Ibid. Pag. 451

²⁴³ Corte Suprema de Justicia, sala de casación civil, Sentencia de 6 de diciembre de 1993.

El tribunal fue convocado con el fin de solucionar los conflictos surgidos entre Viviana Janeth Mantilla Espinosa y el Edificio Centro Médico Clínica Bucaramanga Propiedad Horizontal, en razón a un contrato de prestación de servicios firmado entre las partes, el cual fue terminado de forma unilateral de parte del convocado, además del pago de los perjuicios señalados en el texto de demanda.

Las partes propusieron recurso de anulación dentro del término señalado, pero fue la parte demandante la que señaló la causal que se estudia así: manifiesta el recurrente que *“el tribunal de arbitramento se abstuvo de decidir sobre las consecuencias de la existencia de perjuicios por incumplimiento del contrato y de su calificación dolosa; las consecuencias de la existencia y cuantificación de los perjuicios por terminación injustificada, ilegal, arbitraria, etc, en su real alcance y dimensión jurídica, fáctica y probatoria. Por lo cual el aludo que se impugna es parcialmente nulo, por violación al debido proceso y vicio de inmotivación”*²⁴⁴.

Según lo señaló el recurrente, no existió ningún pronunciamiento sobre el incumplimiento del contrato por parte de la entidad demandada, menos a que título que configuro dicho incumplimiento y sobre todo los perjuicios causados. Además señaló que esta razón ameritaba la declaratoria de la nulidad y en su reemplazo se accediera a la petición que, sobre el punto, trataba la demanda.

Luego de realizarse un estudio de cada uno de los puntos señalados en el recurso, resuelve el Tribunal diciendo: *“no es cierto que en el aludo se hubiese soslayado u omitido un pronunciamiento sobre los perjuicios exigidos materiales y morales, basta simplemente revisar la conclusión a la cual arribó al examinar este aspecto atinente a la pretensión quinta de la demandad principal, al igual que lo expuesto en el aludo por el cual resolvió la solicitud de aclaración, corrección y*

²⁴⁴ Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bucaramanga, sala de decisión civil y de familia, 24 de junio de 2008, M.P. Jorge Enrique Pradilla Ardila.

complementación que la recurrente suplicara, para establecer que el punto si fue tema de la solución en el aludido laudo.

No debe olvidarse que la causal que permite invalidar el laudo se refiere es a la ausencia de pronunciamiento del fallador excepcional o arbitro; y, los argumentos expuestos para motivar la causal invocada apuntan más bien a la sustentación de un recurso ordinario como lo es el de apelación: repárese que aquella da base para un recurso extraordinario, como en efecto lo es el de la anulación, o privación de efectos de la decisión arbitral, o su complementación pero respecto de otras causales²⁴⁵.

Así las cosas, pudo concluir el Tribunal que no existía razón para creer que en su momento el Tribunal Arbitral había dejado por fuera de sus análisis jurídicos aspectos tan importantes como el alegado en la causal.

²⁴⁵ Ibid.

19. CONCLUSIONES GENERALES

Teniendo presente que el Recurso de Anulación en el Arbitraje esta exactamente previsto por la ley, como un mecanismo que tiene por objeto, buscar que un juez de la República, bien sea el Tribunal Superior o el Consejo de Estado declare nulo de forma total o parcial un laudo arbitral, en principio el tema no debería presentar ninguna duda puesto que el hecho de ser el tramite arbitral un proceso de única instancia es lo que precisamente hace del recurso de anulación un medio extraordinario como lo expresa la jurisprudencia del Consejo de Estado expedida en el año 2002, concretamente un auto que se cae de su peso cuando afirmó *“El recurso de anulación, ni es ordinario, ni es extraordinario (...) por sus particularísimas características, es de naturaleza sui generis, es especial y si de calificar se tratara, podría decirse que constituye una apelación restringida”*

Del estudio realizado y la jurisprudencia revisada, frente a las diferentes posturas al interponer el recurso de anulación contra el laudo y las fallidas pretensiones que se buscan, tenemos:

- Luego de analizar todos los puntos propuestos dentro del presente estudio, queda claro que el recurso de anulación de los laudos arbitrales, no obedece a una etapa procesal ya que habiéndose proferido el laudo, la función arbitral se extingue sin que exista la posibilidad de que subsista por otra causa.
- Además, al no existir una doble instancia procesal dentro del trámite arbitral puesto que termina con el laudo, queda establecido que, si bien es viable interponer recursos contra el laudo, aquellos no pueden perseguir fines deferentes a los señalados en la ley.

- La naturaleza del arbitraje es clara, es un proceso que permite la interposición de recursos extraordinarios, solamente cuando se han llenado unos requisitos de forma que se enmarcan dentro de las pautas legales, sin querer decir con ello que se hará un nuevo estudio del fondo del asunto.
- La cultura litigante y la convicción del “vencer en el proceso”, han conllevado a que se desnaturalice el arbitraje y pretenda acomodarse a las condiciones legales de los procesos ordinarios, señalados por la norma procedimental civil, que permiten a las partes moverse en medio de un sin número de posibilidades legales, que pueden llevar a conseguir los objetivos propuestos en el acápite de pretensiones de la demanda.
- Al utilizarse el recurso de anulación del laudo con la idea errada de constituir con esta una segunda instancia, o que con su aplicación se va a proferir una decisión que pudiera llegar a asemejarse con una segunda instancia procesal, sí se atenta contra la naturaleza misma del arbitraje, desviándose sus fines y dejando a un lado las ventajas y características que en este mecanismo de solución de controversias vieron las partes intervinientes en el proceso.
- El recurso de anulación es una herramienta jurídica, creada con matices y bemoles tan particulares y específicos para el trámite arbitral, que dentro del marco jurídico en el que se encuentra, tiende a ser una figura que podría llegar a verse revestida de cierta perfección, requerida por la exigencia del trámite.
- El movimiento constante de las sociedades contemporáneas, no permiten que figuras como la estudiada se detengan, ello significaría una involución en el crecimiento social y económico, ya que la posibilidad de contar con herramientas como el arbitraje y que dentro de este existan recursos tan

condicionados, dota de eficacia y rapidez la solución de las diferencias que puedan llegar a surgir a futuro, en las relaciones contractuales.

- Es importante propender por la protección del trámite arbitral, de su naturaleza y de su esencia, según como fue pensada en un comienzo por los legisladores nacionales, ya que el recorrido legal que ha tenido el arbitraje en Colombia es señal del lugar que ha ocupado dentro del marco jurídico nacional. Dándose cada vez más, señales de la importancia de proteger su naturaleza y razón de ser.
- Si el recurso de anulación fuera como o casi una apelación, el efecto en el cual se concedería el recurso sería el suspensivo y no se podría ejecutar lo ordenado en el laudo, con lo cual se perdería todo el sentido de los efectos del arbitraje, que busca una forma expedita de solucionar las controversias, asimilándose a una sentencia judicial haciendo transito a cosa juzgada y prestando mérito ejecutivo inmediatamente se notifica en estrados en la audiencia de fallo. Además se contravendría lo estipulado en el artículo 34 de la ley 794 de 2003.

BIBLIOGRAFIA

Jurisprudencia

Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Administrativo. - Sección Tercera. Santafé de Bogotá, D.C., diciembre dieciséis (16) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

_____. Diez (10) de junio de dos mil nueve (2009)

_____. Primero (1°) de agosto de dos mil dos (2002).

_____. Tres (3) de agosto de dos mil siete (2007)

_____. Veintidós (22) de julio de dos mil nueve (2009)

_____. Veintidós (22) de julio de dos mil nueve (2009)

_____. Primero (1) de abril de dos mil nueve (2009)

_____. Trece (13) de mayo de dos mil nueve (2009)

_____. Veintiocho (28) de mayo de mil novecientos ochenta y siete (1987)

_____. Once (11) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

Corte Suprema de Justicia, sala de casación laboral, M.P. Luis Javier Osorio López, Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil siete (2007).

_____. M.P. : Isaura Vargas Díaz, Bogotá, D. C., ocho (8) de febrero de dos mil seis (2006).

_____. M. P.: Francisco Javier Ricaurte Gómez, Bogotá, D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil nueve (2009).

_____. Sala de Casación Civil, M. P.: Jaime Alberto Arrubla Paucar, Bogotá, D.C., diez (10) de febrero de dos mil cinco (2005).

_____. Veintidós (22) de febrero de dos mil ocho (2008)

_____.trece (13) de junio de 1990.

Corte constitucional, Sentencia T-1031 de 2007. M.P: Nilson Pinilla Pinilla.

_____. *Sentencia T-1201 de 2005, M. P.: Alfredo Beltrán Sierra.*

_____. *Sentencia T- 058 de 2009, M.P.: Jaime Araújo Rentería*

_____. *Sentencia SU-174 de 2007, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.*

_____. *Sentencia C-035 de 2008, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa*

_____. *Sentencia C-098 de 2001, M. P.: Martha Victoria Sáchica Méndez*

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, sentencia del 13 de Junio de 2007, M.P. Isaura Vargas Díaz.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, sala de decisión civil, Bogotá, D.C., veintiséis de febrero dos mil ocho (2008). M.P: Germán Valenzuela Valbuena.

_____. Cuatro (4) de febrero de dos mil ocho (2008).M.P: José Alfonso Isaza Dávila.

Libros y Tesis de Grado

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

Benetti Salga, Julio. (2001). *El Arbitraje en el Derecho Colombiano* (segunda edición). Bogotá, Colombia: Temis.

Burítica Loaiza, O. X. y Vesga Gaviria, I. E. (2003). *Repercusiones del fallo de anulación del laudo arbitral del caso termorio para el arbitraje internacional en Colombia.* Tesis de grado. Pontificia universidad Javeriana. Bogota, Colombia.

Caamaño Melo, L. M. y Castellanos Ramírez, M. (2001). Proyecto de reglamento de arbitraje y amigable composición del centro de arbitraje y conciliación de la cámara de comercio de bogota. Tesis de grado. Pontificia universidad Javeriana. Bogota, Colombia.

Cangrejo Cobos, Luis Augusto. (2002, Septiembre). El recurso de anulación de los laudos arbitrales (en línea). Bogota, Colombia: Universidad de los Andes. Recuperado el 25 de Enero de 2010, de <http://derechoprivado.uniandes.edu.co/contenido/articulos.php?numero=28&idarticulos=67&tipos=Ensayos>

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

Fernández de Soto, Andrés. (2002, Septiembre). La batalla jurídica contra los tribunales de arbitramento (en línea). Bogota, Colombia: Universidad de los Andes. Recuperado el 25 de Enero de 2010, de <http://derechoprivado.uniandes.edu.co/contenido/articulos.php?numero=28&idarticulos=67&tipos=Ensayos>

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

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

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

Guzmán Villalobos, Andrés Felipe. (2003). El arbitraje en equidad en el derecho colombiano. Tesis de grado. Pontificia universidad Javeriana. Bogota, Colombia.

Jiménez Sanz, Paula Andrea, (1998). El arbitramento como mecanismo de solución de las controversias contractuales. Tesis de grado, derecho, Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia.

López Blanco, Hernán Fabio, Procedimiento Civil, Tomo 1 General, Editorial Dupre, Bogotá, 2009.

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.

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

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

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

Morales Escallón, Natalia. (2007). Acompañamiento en la elaboración del proyecto de ley de arbitraje en Colombia. Tesis de grado, derecho, Universidad de los Andes. Bogota, Colombia.

Nivia Duque, María angélica. (2005). 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.

Pineda Gomez, C. C. y Lizarazo Reyes, C.A. (2009). 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

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

Silva Romero, Eduardo. (2002, Septiembre). Las normas jurídicas aplicables en el arbitraje comercial internacional. Breve contribución al derecho internacional privado colombiano. (En línea). Bogota, Colombia: Universidad de los Andes. Recuperado el 25 de Enero de 2010, de <http://derechoprivado.uniandes.edu.co/contenido/articulos.php?numero=28&idarticulos=67&tipos=Ensayos>

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