

**DE LA NATURALEZA CONTRACTUAL DEL ARBITRAMENTO,
COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE SOLUCIONES**

MARIA ALEJANDRA PINZÓN
TATIANA RODRÍGUEZ LÓPEZ

UNIVERSIDAD COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL
ROSARIO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
MONOGRAFÍA DE GRADO
BOGOTÁ
2009

DE LA NATURALEZA CONTRACTUAL DEL ARBITRAMENTO,
COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE SOLUCIONES

MARIA ALEJANDRA PINZÓN
TATIANA RODRÍGUEZ LÓPEZ

MONOGRAFÍA PARA OPTAR EL TITULO DE ABOGADAS

DIRECTOR:
DR. LUIS FERNANDO SALAZAR

UNIVERSIDAD COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL
ROSARIO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
MONOGRAFÍA DE GRADO
BOGOTÁ
2009

NOTA DE ACEPTACIÓN

DIRECTOR MONOGRAFÍA

SEGUNDO CALIFICADOR

OCTUBRE 2009

INDICE GENERAL

	Pág.
<u>INTRODUCCIÓN</u>	6
<u>CAPITULO I</u>	9
EL ARBITRAJE	9
1. Antecedentes Históricos	9
2. Concepto	11
3. Características	12
4. Tipos	18
5. Tramite Arbitral	21
6. Ventajas y desventajas	25
<u>CAPITULO II</u>	27
NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE	27
1. Teoría Contractualita	28
2. Teoría Procesalista	31
3. Otras Teorías	33
4. Según la jurisprudencia Colombiana	36
<u>CAPITULO III</u>	46
CLÁUSULA COMPROMISORIA	46
1. Concepto	46
2. Características	47
3. Requisitos esenciales	49
4. Autonomía respecto el contrato que la contenga	50

5. Modelo de cláusula compromisoria	51
<u>CAPITULO IV</u>	53
COMPROMISO ARBITRAL	53
1. Concepto	53
2. Características	60
3. Diferencias entre cláusula compromisoria y compromiso arbitral.	62
<u>CAPITULO V</u>	68
CONCLUSIONES	68
<u>BIBLIOGRAFÍA</u>	73

INTRODUCCIÓN

Con el paso del tiempo y la evolución de los distintos modelos jurídicos se han venido originando fenómenos alternos a la justicia interna de cada país para la solución de conflictos, generalizando las decisiones a todos los conflictos jurídicos de las personas, sin importar a que sistema jurídico pertenece. Es así, como llega a incorporarse a nuestro modelo jurídico el Arbitraje, un método alternativo de solución de conflictos 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.¹

A lo largo de nuestra carrera, el arbitraje fue presentado como un método alternativo, que quizás presentaba algunos beneficios al momento de dar algún tipo de solución a los problemas de las personas, tales como: Rapidez al momento dar la decisión, ya que en un principio el laudo arbitral no se demora mas de un año a diferencia de las decisiones judiciales que fácilmente se pueden demorar mas de 5 años; el proceso va a gozar de mayor calidad jurídica porque quienes resuelven el conflicto pueden ser personas expertas en el tema en cuestión a diferencia del juez quien no tiene conocimiento profundo sobre el tema, ya que en el mismo momento puede estar dando sentencia de varios procesos mas; es un mecanismo que ayuda a descongestionar el sistema jurídico colombiano; existe un mayor de confiabilidad en el arbitro, ya que son las mismas partes las que los eligen; existe un mayor grado

Sin embargo, también vinieron surgiendo varios interrogantes, que hoy por hoy, deben ser resueltos de la forma más clara y coherente, ya que esto puede traer

¹ http://www.conciliacion.gov.co/paginas_detalle.aspx?idp=42

cierto tipo de consecuencias para la aplicación o no de dicho mecanismo alternativo.

Nos corresponderá, entonces, analizar tal método para poder descifrar la verdadera naturaleza jurídica de la cláusula compromisoria que se pactare entre las partes para la solución al conflicto jurídico que se llegara a presentar, cuestión que nos surgió al ver que la mayoría de doctrinantes hacen referencia a dicho método como el nuevo fenómeno que puede dejar a un lado la justicia interna de cada país, y donde los centros de arbitraje serían los nuevos entes administradores de justicia, pero ¿qué sucede cuando existiendo una cláusula como estas, las partes deciden abrir paralelamente otro proceso en el sistema ordinario de justicia?

Es así, como por medio de esta monografía queremos analizar los casos en los que existiendo una cláusula compromisoria las partes resuelven acudir a la administración pública, habiendo habilitado a particulares para que fallaren sobre algún inconveniente jurídico relacionado al contrato objeto de la cláusula compromisoria. Si bien es cierto, y como bien fue sustentado en el transcurso de nuestra carrera, el principio de la habilitación de las partes es fundamental para poder hablar del arbitraje como método alternativo de solución de controversias ya que sin este los terceros no tendrían la capacidad para poder tomar una decisión sobre cualquier tipo de caso transigible, sin embargo, nos llama la atención, que algunas veces, las partes después de haber ejercido tal principio acuden a la justicia pública, para que ella cumpla su función de administrar justicia, función que a la firma del contrato, y previendo conflictos futuros habían otorgado a terceros con el fin de constituir un tribunal de arbitramento.

En la actualidad, se han venido presentando bastantes inconvenientes al respecto, por lo cual a lo largo de nuestra investigación analizaremos las diferentes sentencias que han abordado este amplio problema.

Teniendo en cuenta lo anterior, nuestro plan de trabajo será el siguiente:

En primer lugar, examinaremos el tema del arbitramento en su máxima expresión, abarcando sus características, clases y su origen en Colombia, dejando una base sólida para empezar a desarrollar nuestra investigación sobre la verdadera naturaleza contractual del arbitramento.

En segundo lugar, y teniendo en cuenta, que el Arbitramento tiene su origen en la voluntad de las partes consideramos importante investigar detallada y minuciosamente este punto, ya que de este, se derivara nuestra investigación. De igual forma, sobre este punto en especial, haremos un especial énfasis en el principio de habilitación de las partes “Kompetenz Kompetenz” puesto que es el principal pilar para la constitución del arbitramento. De la misma manera, consideramos importante diferenciar la cláusula compromisoria y el compromiso, ya que este ultimo, también da origen al arbitramento, después de haberse originado el conflicto.

Por último, y para poder solucionar el interrogante: ¿que sucede cuando existiendo una cláusula como estas, las partes deciden abrir paralelamente otro proceso en el sistema ordinario de justicia?, analizaremos varias decisiones de las altas cortes, para verificar cual ha sido el manejo que se le ha dado a este inconveniente que puede llegar afectar la naturaleza contractual del arbitramento.

CAPITULO I

EL ARBITRAJE

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

1.1. Antecedentes Históricos

No podemos establecer con exactitud el origen del arbitraje, sin embargo gran parte de la doctrina sostiene que surgió en la época primitiva, puesto que al no existir un sistema judicial organizado, las personas debían someter sus diferencias a la decisión de un tercero.

En Grecia, cuando surgían controversias entre 2 o mas personas, lo que se hacia era acudir a los tesmotetes, quienes estaban facultados para analizar la controversia y en base a esto proponer soluciones que lograran que las partes llegaran a un acuerdo.

De igual forma, en la Edad Media, se acudía al arbitraje para solucionar los conflictos, no solo entre las personas sino también entre los señores feudales. Así, los artesanos y comerciantes sometían sus diferencias a la decisión de las organizaciones gremiales y los señores feudales se dirigían a otro señor feudal o directamente ante el rey para que decidiera sobre la disputa. Sin embargo, a finales de la Edad Media el arbitraje cayó en desuso, puesto que las personas preferían someter sus controversias a la decisión de los jueces.

1.2. Derecho Colombiano

El arbitraje es conocido en Colombia desde la Ley 105 de 1890, que facultaba a las personas para someter sus diferencias a la decisión de un árbitro, en los

casos establecidos por la ley y conforme al procedimiento establecido. De esta forma, los principios consagrados por la Ley 105 de 1890 respecto del arbitraje, han servido de base para la legislación posterior:

- Ley 103 de 1923 y Ley 105 de 1931, se estableció siempre un procedimiento para el desarrollo del proceso arbitral. El arbitraje en estas legislaciones tuvo como fuente el compromiso, porque la cláusula compromisoria solo fue autorizada tiempo después por medio de la ley 2 de 1838².
- Ley 28 de 1931 estableció que las Cámaras de Comercio podían servir de Tribunal de Comercio para resolver como árbitro o amigable componedor las diferencias que ocurran entre comerciantes³.
- Decreto 864 de 1953 confiere al Procurador General de la Nación, la facultad de vigilar el funcionamiento de los Tribunales de Arbitramento.
- Código de Procedimiento Civil de 1970, “conserva los lineamientos de la legislación vigente hasta entonces, aunque toma resueltamente partido por la teoría publicista del arbitraje. Pero a renglón seguido de este último decreto, en el libro sexto del Código de Comercio de 1971, destinado a los procedimientos mercantiles, se repitió en forma textual el articulado del precedente Código de Procedimiento Civil”⁴.
- Decreto 2279 de 1989, deroga lo concerniente al arbitraje del Código de Procedimiento Civil y Código de Comercio, estableciendo un nuevo procedimiento sobre este tema. Sin embargo, la Ley 23 de 1991 retoma las disposiciones sobre arbitraje contempladas en estos dos códigos, derogando así el Decreto 2279 de 1989.
- Finalmente, el Decreto 446 de 1998 regula todo lo concerniente al procedimiento arbitral.

² JULIO BENETTI SALGAR, *El Arbitraje en el Derecho Colombiano*, Editorial Temis 1994, Pág. 17.

³ Ley 28 de 1931, artículo 12 numeral XIII.

⁴ JULIO BENETTI SALGAR, *El Arbitraje en el Derecho Colombiano*, Editorial Temis 1994, Pág. 17.

2. CONCEPTO DE ARBITRAJE

Cuando se produce un conflicto o diferencia entre dos o más partes, estas pueden resolverlo mediante un acuerdo de voluntades o mediante un tercero que provea la solución.

En el primer caso, las partes de común acuerdo llegan a una solución que pone fin a la controversia; esto es conocido como un método autocompositivo y su principal ejemplo es la transacción.

En el segundo caso, las partes ya no son quienes resuelven el conflicto, sino que nombran a un tercero para que solucione la disputa; aquí estamos frente a un método heterocompositivo. De esta forma, las partes pueden acudir a la rama jurisdiccional o al Tribunal de Arbitramento para la solución del conflicto.

El artículo 111 de la ley 446 de 1998 define el arbitramento de la siguiente manera: “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”.

Según el autor Julio Benetti Salgar “el arbitraje consiste en la solución de un conflicto por medio de un tribunal de arbitramento compuesto por particulares, quienes no tienen la investidura de jueces del Estado ni ninguna otra de carácter oficial, aunque adquieren la primera para efectos de adelantar y fallar el proceso que se somete a su jurisdicción, desplazando naturalmente a los jueces normales y ordinarios en el conocimiento de dicha cuestión, los cuales, sin embargo, conservan jurisdicción y competencia para actuar en otros

conflictos distintos de aquellos que en cada caso se llevan a la justicia arbitral”⁵.

Por su parte, la Corte Constitucional ha definido el arbitramento como “un mecanismo jurídico en virtud del cual las partes en conflicto deciden someter sus diferencias a la decisión de un tercero, aceptando anticipadamente sujetarse a lo que allí se adopte”⁶. Recientemente, la sentencia C- 098 de 2001, plantea el arbitramento como un mecanismo alternativo de solución de conflictos, al señalar: “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”.

En este orden de ideas, el arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflicto, mediante el cual las partes a través de una cláusula compromisoria o compromiso arbitral⁷, deciden someter sus diferencias a la decisión de un tercero denominado Tribunal Arbitral, que tiene la facultad de administrar justicia transitoriamente⁸ hasta que profiera una decisión o laudo arbitral, que será obligatorio y definitivo para las partes.

⁵ JULIO BENETTI SALGAR, *El Arbitraje en el Derecho Colombiano*, Editorial Temis 1994, Pág. 4.

⁶ Sentencia de la Corte Constitucional C-242 DE 1997, M. P. Hernando Herrera y C-163 de 1999 Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.

⁷ La Corte Suprema de Justicia en sentencia del 1 de julio de 2009, M.P. William Namén Vargas, señaló: “La fuente generatriz del arbitramento es un acto dispositivo, *rectius*, “*pacto arbitral*” o negocio jurídico “*compromisorio*” (cas. civ. sentencia de junio 17 de 1997, exp. 4781), fruto de la autonomía privada, por cuya inteligencia, las partes de un conflicto, litigio, disputa o *res dubia*, determinado, actual y presente (compromiso, *compromissum de cum promittere*, [tanto como prometer]; *simil promittere stare sententiae arbitri* [prometer al mismo tiempo, atenerse al parecer de un árbitro], artículo 117 de la ley 446 de 1998) o de una, varias o todas las controversias contingentes, hipotéticas, potenciales e inminentes derivadas de la formación, celebración, ejecución y terminación de un contrato mediante acuerdo contenido en cláusula expresa (*accidentalía negotia*) o en documento anexo (cláusula compromisoria, *pactum de compromittendo*, artículo 116 de la ley 446 de 1998), con sujeción al ordenamiento jurídico disponen someter su conocimiento y decisión a un tribunal arbitral”.

⁸ Sentencia Corte Constitucional C- 249 de 1995, M. P. Jorge Arango Mejía.

3. CARACTERISTICAS

Las principales y más importantes características del arbitraje son:

1. Los particulares solo pueden administrar justicia en calidad de conciliadores o árbitros: El artículo 116 de la Constitución Política de 1991 establece que los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en las condiciones de jurados en las acusas 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 ley⁹

No obstante lo anterior, la facultad de administrar justicia por los particulares tiene las siguientes limitaciones: los árbitros deben estar habilitados por las partes para poder actuar, ejercen esta facultad de forma transitoria, hasta que se dicte el laudo arbitral y deben administrar justicia conforme al ordenamiento jurídico. Al respecto, a dicho la Corte Constitucional en sentencia C-294 de 1995: *“Si se analiza el inciso cuarto del artículo 116, se llega a la conclusión de que la administración de justicia por los árbitros, sólo tiene estas limitaciones: La primera, que los particulares solamente pueden ser investidos de la función de administrar justicia, en calidad de conciliadores o en la de árbitros, **transitoriamente**. Esta transitoriedad es evidente no sólo por el texto mismo de la norma, sino porque al ser las partes en conflicto potencial o actual las que habilitan a los árbitros, al resolverse el conflicto*

⁹ La Corte Constitucional en sentencia T-121 de 2002, Magistrado Ponente JAIME CORDOBA TRIVIÑO, señaló “En este sentido, la función de administrar justicia es una de las principales actividades que debe garantizar y desarrollar el Estado, sin embargo, la Carta Política en el artículo 116 creó la posibilidad de que los particulares sean investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley. La conciliación y el arbitramento se instauran como mecanismos alternativos para la solución de conflictos. El arbitramento tiene origen en el acuerdo al que llegan las partes para someter sus diferencias a la decisión de un tercero y aceptando previamente sujetarse a la decisión que allí se adopte”.

desaparece la razón de ser de la función arbitral. La segunda, ya insinuada, que **son las partes quienes habilitan a los árbitros para fallar**, en derecho o en conciencia. Y una última, que los árbitros administran justicia "en los términos que determine la ley". Esto permite al legislador, por ejemplo, establecer las reglas a las cuales debe someterse el proceso arbitral...".

2. Los árbitros deben estar habilitados por las partes en conflicto, para solucionar la controversia: La autonomía de la voluntad, es el fundamento más importante del arbitraje, puesto que a través de la cláusula compromisoria, compromiso o pacto arbitral las partes deciden acudir voluntariamente a un Tribunal de Arbitramento para resolver sus controversias. De esta forma, las partes facultan a los árbitros para actuar en el caso específico, pues son ellas quienes lo habilitan para fallar, aceptando la competencia y decisión que ellos adopten. Sobre ese punto, la Corte Constitucional en sentencia C- 961 de 2006 señaló: *"Aun cuando, la justicia arbitral reviste los caracteres de transitoria y excepcional, lo cierto es que los árbitros administran justicia y cuando lo hacen cumplen una función pública a la cual no pueden acceder sino por la voluntad de las partes que, libremente, los habilitan para fallar algún asunto litigioso susceptible de sometimiento a su dictamen. De este modo lo establece la Carta en el citado artículo 116 que, para cada caso concreto, exige que los árbitros sean "habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad" y la Corte Constitucional ha interpretado que, de acuerdo con 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". Conforme lo ha resaltado la jurisprudencia constitucional, de las diferencias existentes entre los jueces ordinarios y los árbitros, la habilitación por las partes es la fundamental y sirve de base a una característica esencial del arbitramento cual es su voluntariedad, que permite definirlo como "un mecanismo jurídico en virtud del cual las*

partes en conflicto deciden someter sus diferencias a la decisión de un tercero, aceptando anticipadamente sujetarse a lo que allí se adopte”. Así pues, el principio de voluntariedad consiste en que la preferencia por el tribunal de arbitramento antes que por los jueces ordinarios corresponde a una elección de las partes contratantes, surgida de un acuerdo previo voluntaria y libremente efectuado por ellas. En esas condiciones, el fundamento de esta figura procesal “es 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. En este contexto, la autonomía de la voluntad adquiere una singular relevancia, que se manifiesta en la posibilidad que tienen los sujetos de la relación jurídica para someter a particulares transitoriamente investidos de la función de administrar justicia, en calidad de árbitros, el conocimiento de sus controversias.

De igual forma, la sentencia C-1038 de 2002 estableció: “Así, las funciones judiciales que se atribuyen a particulares deben ser conferidas de manera expresa, pues su carácter excepcional así lo exige. Tal conclusión se complementa perfectamente con el elemento de la voluntad de las partes, que deciden no sólo acudir a la justicia arbitral, sino quiénes serán los árbitros. En ese sentido, la voluntad de las partes activa tanto la jurisdicción arbitral como las competencias y atribuciones de las personas que obrarán como árbitros. Lo contrario, es decir, admitir que funcionarios que no han sido habilitados por la voluntad de las partes puedan ejercer una labor judicial de carácter excepcional, sería ir en contra no sólo el espíritu de la normatividad en materia de arbitramento -basada en la voluntad de las partes- sino también contrariar la Constitución, que establece claramente que se trata de una situación excepcional cuya interpretación debe ser restrictiva. Admitir una interpretación contraria desconocería el tenor del artículo 116 de la Carta, según el cual los particulares sólo habilitan a los árbitros, no al

centro de arbitraje ni a otros funcionarios para el ejercicio de una función tan delicada como la de administrar justicia. En ese orden de ideas, mal podría la ley hacer obligatoria la intervención de personas o entidades no autorizadas por las partes para intervenir en el procedimiento. Es menester entonces reconocer el peso del principio de habilitación al momento de conferir facultades judiciales a los particulares, sin que ello implique negar la importancia de las labores de apoyo y trámite, que pueden ejercer los centros de arbitraje. Sólo así puede ser evitada una participación extraña en el desarrollo de un procedimiento de carácter excepcional que opera basado en la habilitación dada por la voluntad de las partes que acuden al mecanismo.

Con base en los fundamentos anteriores, esta Corte encuentra que el cargo del actor es acertado, pues los centros de arbitramento no pueden ser habilitados por la ley para tomar decisiones judiciales indisolublemente ligadas a la suerte del proceso arbitral. Dichas decisiones sólo pueden ser tomadas por los árbitros habilitados por las partes (CP art. 116), sin perjuicio de que la ley pueda conferir a dichos centros labores de apoyo al proceso arbitral, o el desarrollo de ciertas funciones en materia de conciliación”.

3. El arbitramento es de carácter transitorio y excepcional: Si bien es cierto que los particulares tienen la facultad de administrar justicia, no lo pueden ejercer de forma indefinida, ya que al momento en que se dicta el laudo arbitral o se vence el término (legal o convencional) pierden dicha condición.

Sobre este punto la Corte Constitucional en sentencia C-330 de 2000 señaló: “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. Y ha reiterado: "En el proceso arbitral, el árbitro está investido del poder de administrar justicia, habilitado para ello por las partes, en forma transitoria, en el negocio sub-lite, sustrayéndolo de la competencia de la jurisdicción ordinaria, por voluntad de las mismas partes: son ellas quienes habilitan a los árbitros para fallar, en derecho o en conciencia. Además, los árbitros administran justicia "en los términos que determine la ley", lo cual permite al legislador, v.gr. establecer las reglas a las cuales debe someterse el proceso arbitral.

De igual forma, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 1 de julio de 2009 manifestó: *"El tribunal arbitral (arbiter ex compromisso) investido en virtud de la disposición de las partes por mandato constitucional expreso de la función pública jurisdiccional de administrar justicia, idénticos poderes disciplinarios, de coerción, ordenación, investigación, deberes y responsabilidades de los jueces permanentes, esto es, dotado por excepción, en forma temporal y transitoria de iurisdictio, auctoritas, potestas e imperium, originando un proceso judicial de única instancia por carencia de superior funcional, sujeto a las directrices preordenadas por las partes y el legislador, al respeto de los derechos fundamentales y garantías procesales, especialmente, el debido proceso, el derecho de defensa, contradicción y acceso a la administración de justicia, comprensivo de un procedimiento integrado de diversas etapas procesales en las cuales se profieren providencias judiciales de trámite o*

interlocutorias, concluyéndose mediante un laudo o sentencia arbitral definitiva decisoria de la litis planteada”.

Ahora bien, es importante aclarar, que no todas las controversias pueden someterse a la decisión de un árbitro pues existen temas que por su importancia deben ser tratados por la jurisdicción ordinaria, por lo cual sólo aquellas materias susceptibles de transacción pueden ser conocidas por los árbitros¹⁰.

4. CLASES DE ARBITRAJE

Encontramos que algunos autores clasifican el arbitraje en tres grandes grupos, por lo tanto, tenemos:

1. Según los principios:

a) Arbitraje en Derecho: El Tribunal de Arbitramento dicta el laudo arbitral conforme al ordenamiento jurídico (ley, principios universales del derecho, jurisprudencia y doctrina). “En este caso, los árbitros tendrán que ser abogados. En efecto: los árbitros de Derecho resuelven el caso del mismo modo que lo haría un magistrado de la justicia ordinaria. Poseen un carácter jurídico que los obliga a sustentar el decisorio en el Derecho de fondo”¹¹ .

b) Arbitraje en Equidad: Su característica principal, es que los árbitros resuelven el conflicto en base a los principios de equidad, criterios de justicia, usos comunes de la actividad y en el sentido común. De esta forma, los árbitros

¹⁰ La Corte Constitucional en sentencia T-1436 de 2000, Magistrado Ponente ALFREDO BELTRÁN SIERRA, señaló “dentro de este contexto, no es difícil arribar a la conclusión según la cual los particulares investidos de la facultad de administrar justicia no pueden pronunciarse sobre asuntos que involucren el orden público, la soberanía nacional o el orden constitucional, asuntos que en razón de su naturaleza, están reservados al Estado, a través de sus distintos órganos”.

¹¹ ROQUE J. CAIVANO, *Arbitraje*, Villela Editor 2000, Pág. 72.

no están obligados a aplicar las normas jurídicas vigentes, sino a su leal saber y entender.

c) Arbitraje Técnico: Los árbitros dictan el laudo con fundamento en los conocimientos especiales que tenga sobre determinada ciencia, arte u oficio¹².

2. Según el procedimiento:

a) Arbitraje Institucional: En esta clase de arbitraje, las partes de común acuerdo designan una institución arbitral encargada de adelantar el trámite pertinente. De esta forma, las partes aceptan que el procedimiento arbitral, se desarrolle conforme a lo establecido en el reglamento de la institución. En Colombia, para que el Centro de Arbitraje pueda ejercer sus funciones y el reglamento se pueda aplicar, es obligatoria la aprobación por parte del Ministerio de Justicia.

Dentro de estas instituciones encontramos la Cámara de Comercio Internacional, la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial entre otros.

b) Arbitraje Independiente: En este caso, las partes optan por escoger el procedimiento aplicable para la solución del conflicto. De esta forma, deberán proveer todo lo necesario para que el arbitraje se pueda llevar a cabo; estableciendo las normas aplicables, mecanismos de elección de los árbitros, lugar donde se adelantara el trámite, plazo para que los árbitros dicten el laudo, etc.

c) Arbitraje Voluntario: Se origina en virtud de un pacto arbitral entre las partes, que de forma voluntaria deciden acudir al arbitramento para solucionar sus conflictos.

¹² El artículo 111 de la ley 446 de 1998 establece “Cuando los árbitros pronuncian su fallo en razón de sus específicos conocimientos en una determinada ciencia, arte u oficio, el arbitraje es técnico”.

d) Arbitraje Forzoso: “La ley impone de manera obligatoria esta forma de composición, en razón de que esta de por medio el interés público y es necesaria una rápida solución al problema, como ocurre en los aspectos económicos de los conflictos colectivos del trabajo en el derecho colombiano”¹³.

3. Según Ámbito

a) Arbitraje Nacional: En esta clase de arbitraje, las partes en conflicto están sujetas a determinada ley nacional.

b) Arbitraje Internacional: Cuando están involucrados sujetos o bienes de diferentes países, motivo por el cual las legislaciones son diferentes y es necesario aplicar el derecho internacional.

El artículo 1 de la Ley 315 de 1996 estableció que el arbitraje será internacional en los siguientes casos: cuando las partes así lo hubieren pactado, siempre que además se cumpla con cualquiera de los siguientes eventos:

1. Que las partes, al momento de la celebración del pacto arbitral, tengan su domicilio en Estados diferentes.
2. Que el lugar de cumplimiento de aquella parte sustancial de las obligaciones directamente vinculada con el objeto del litigio se encuentre situado fuera del Estado en el cual las partes tienen su domicilio principal.
3. Cuando el lugar del arbitraje se encuentre fuera del Estado en que las partes tienen sus domicilios, siempre que se hubiera pactado tal eventualidad en el pacto arbitral.
4. Cuando el asunto objeto del pacto arbitral vincule claramente los intereses de mas de un Estado y las partes así lo hayan convenido expresamente.
5. Cuando la controversia sometida a decisión arbitral afecte directa e inequívocamente los intereses del comercio internacional.

¹³ JULIO BENETTI SALGAR, *El Arbitraje en el Derecho Colombiano*, Editorial Temis 1994, Pág. 14.

5. TRAMITE ARBITRAL

1. *Tramite Pre- arbitral*

a) Lugar y duración: Las partes tienen la libertad de escoger el lugar donde se llevara a cabo el arbitraje, si no dicen nada el Tribunal de Arbitramento será el encargado de escogerlo.

Así mismo, las partes pueden establecer la duración del arbitraje y en caso de silencio, la ley establece un término de 6 meses; en todo caso las partes pueden prorrogar el término inicial por otros 6 meses.

b) Integración del Tribunal Arbitral: La designación de los árbitros esta en cabeza de:

- Las partes lo hacen de común acuerdo.
- Por un tercero elegido por las partes.
- Centro de Arbitraje.
- Juez Civil del Circuito, cuando las partes o el tercero no se ponen de acuerdo, una de las partes le solicita al Juez citar a la contraparte para lograr un acuerdo o que el tercero haga la asignación.

Los árbitros deben informar dentro de los 5 días siguientes a su nombramiento si aceptan o no el cargo y en caso de guardar silencio, se entenderá que no lo acepto.

Al igual que los jueces, los árbitros pueden ser recusados o estar impedidos para actuar en ciertos litigios, por las mismas causales del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil.

c) Instalación del Tribunal: Una vez aceptados todos los cargos por los árbitros, se instalará el Tribunal en el lugar establecido. En la audiencia de instalación se nombra al Presidente y al Secretario, se fijan sus honorarios y se establecen los costos del Tribunal.¹⁴

d) Integración de la litis: Una vez se presenta el conflicto entre las partes, y estas deciden acudir al Tribunal de Arbitramento para solucionar la controversia, es necesario presentar la demanda ante el respectivo Tribunal para fijar la litis objeto de estudio. Una vez presentada la demanda, el Tribunal debe decidir si es competente para conocer del asunto, y analizar si admite o no la demanda, admitida la demanda se da traslado a la contraparte por un término de 10 días y se notifica personalmente. En la contestación de la demanda deberán formularse las excepciones de mérito y solicitar las pruebas que se quieran allegar dentro del proceso.

Una vez se haya admitido, notificado y contestado la demanda se debe realizar audiencia de conciliación, con el objeto que las partes lleguen a un acuerdo y no sea necesario iniciar el proceso arbitral.

2 Trámite del Proceso Arbitral

a) Primera Audiencia de Trámite: El Tribunal cita a las partes a la audiencia de trámite con 10 días de anticipación, notificándoles personalmente o a su apoderado la fecha, lugar y hora en que se celebrará. En esta audiencia, se

¹⁴ La Corte Constitucional en Sentencia C-163 de 1999, M.P. ALEJANDRO MARTÍNEZCABALLERO.

El deber de pagar honorarios y gastos para poder hacer valer sus derechos El "deber" se refiere a la obligatoriedad de consignar oportunamente el monto asignado si se quiere participar en el laudo arbitral, lo cual se explica por la naturaleza contractual y remunerada del arbitraje, como quiera que no resultaría equitativo que un tercero que quiere hacer valer sus derechos en una jurisdicción remunerada no sufrague los gastos de la misma. Por ello, si el tercero no quiere renunciar a la justicia ordinaria, la norma acusada dispone, en su tercera parte, la continuación del proceso arbitral sin su presentación, lo cual es razonable pues el laudo arbitral no puede involucrar a quienes no suscribieron o no se adhirieron al pacto arbitral, pero tampoco se debe permitir a los terceros bloquear la continuación del proceso arbitral. En efecto, lo propio del tercero, a diferencia del litisconsorte necesario, es que las consecuencias del laudo no lo cubren obligatoriamente, por lo cual resulta razonable que la ley permita que el proceso arbitral continúe sin su presencia. Por ende, si el tercero decide no participar en el proceso arbitral, la correspondiente disputa que tenga con alguna o ambas partes podrá ser resuelta ulteriormente por las instancias judiciales.

dan a conocer los motivos que origina el arbitraje (ya sea que estén planteadas en la cláusula compromisoria o en ese mismo instante de la audiencia), lo cual permite establecer la competencia de los árbitros.

Esta audiencia inicia con la lectura del pacto arbitral, luego con los motivos de la controversia y las pretensiones de cada una de las partes. Por lo general, es en esta etapa donde se fija la cuestión litigiosa.

Por último, el Tribunal examina si es competente o no para resolver el conflicto, mediante auto susceptible de reposición y en ese mismo auto, si es competente decreta la práctica de pruebas.

Así se evidencia, el principio *Kompetenz-Kompetenz*, que consiste en la facultad que tienen los árbitros de decidir sobre su propia competencia y en caso de declararse incompetentes para conocer del asunto, se extinguen los efectos del pacto arbitral. Sobre este punto, la Corte Constitucional en sentencia SU- 174 de 2007 señaló: *“El principio kompetenz-kompetenz, según el cual los árbitros tienen competencia para decidir sobre su propia competencia está expresamente plasmado en la legislación colombiana (artículo 147, numeral 2 del Decreto 1818 de 1998) y goza de reconocimiento prácticamente uniforme a nivel del derecho comparado, las convenciones internacionales que regulan temas de arbitramento, las reglas de los principales centros de arbitraje internacional, las reglas uniformes establecidas en el ámbito internacional para el desarrollo de procesos arbitrales y la doctrina especializada en la materia, así como decisiones judiciales adoptadas por tribunales internacionales. En virtud de este principio, los árbitros tienen la potestad, legalmente conferida, de determinar si tiene competencia para conocer de una determinada pretensión relativa a una disputa entre las partes, en virtud del pacto arbitral que le ha dado fundamento. Este principio cuenta con un claro reconocimiento en el ordenamiento jurídico colombiano. En efecto, el numeral 2 del artículo 147 del Decreto 1818 de 1998, que reprodujo el texto del artículo 124 de la Ley 446 de 1998, dispone que en la primera audiencia de*

trámite, “el Tribunal resolverá sobre su propia competencia mediante auto que sólo es susceptible de recurso de reposición”. Si los árbitros se declaran incompetentes, el efecto previsto en la ley es que “se extinguen definitivamente los efectos del pacto arbitral” (artículo 124 de la Ley 446 de 1998). Esta competencia básica no implica, por supuesto, que los árbitros sean los únicos jueces con potestad para establecer el alcance de su propia competencia. Las decisiones del tribunal arbitral sobre su propia competencia también pueden ser objeto de recursos judiciales como el de anulación, con base en la causal contenida en el numeral 8 del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 (el cual fue compilado en el numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998) y en el numeral 4 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993 (el cual fue compilado en el numeral 4 del artículo 230 del Decreto 1818 de 1998). Sin embargo, el principio kompetenz-kompetenz les confiere a los árbitros un margen interpretativo autónomo para definir el alcance de su propia competencia, y se deriva de la proposición según la cual no ha de descartarse prima facie que las partes habilitantes han confiado en la capacidad de los árbitros de adoptar decisiones definitivas en relación con los conflictos que se someten a su conocimiento; el principio kompetenz-kompetenz permite, así, que los árbitros sean los primeros jueces de su propia competencia, con anterioridad a cualquier instancia judicial activada por las partes”.

b) Pruebas: Los árbitros tienen las mismas facultades que otorga el Código de Procedimiento Civil a los jueces ordinarios. Una vez se decreten las pruebas, se practicarán por el Tribunal en pleno y en audiencia; por lo cual los árbitros determinan las sesiones necesarias para adelantar la práctica de estas y se realizarán con o sin la presencia de las partes. Cabe anotar, que para esta etapa del proceso, no existe ningún término que limite a los árbitros.

c) Alegatos de Conclusión: Concluida la primera audiencia de trámite, el Tribunal en audiencia oír los alegatos de conclusión de las partes, otorgando 1

hora para que cada una lo haga y al final señalara la fecha para la audiencia de fallo.

d) Laudo Arbitral: Al igual que las sentencias, en el laudo se señala: las pretensiones de las partes, las pruebas y su respectivo análisis, las consideraciones del Tribunal (en equidad o en derecho según sea el caso) y en la parte resolutive se deciden las pretensiones y la excepciones de merito si existen. Lo importante del laudo arbitral, es resolver la cuestión de fondo.

6. VENTAJAS DEL ARBITRAJE

El arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos, brinda a las partes las siguientes ventajas.

- En el arbitramento, se pueden resolver cualquier tipo de conflictos, siempre y cuando estos sean transigible. Así lo ha establecido la Corte Constitucional, al señalar “la materia arbitrable sólo puede estar integrada por asuntos o cuestiones susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir. El ámbito de lo transable abarca los objetos - bienes, derechos y acciones - sobre los cuales existe capacidad de disposición y de renuncia”¹⁵.
- La rapidez para solucionar el conflicto, puesto que tienen un término para fallar, ya sea el que las partes acuerden o en su defecto el que la ley establezca (6 meses). Además de esto, los Tribunales de Arbitramento se constituyen para resolver el conflicto que les presentan las partes, por lo cual se dedicarán exclusivamente a este proceso.
- Como el Tribunal de Arbitramento, resuelve el conflicto mas rápido que la justicia ordinaria, esto genera una economía en tiempo y dinero para las partes.

¹⁵ Sentencia de la Corte Constitucional T- 057 de 1995, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

- Existe mayor reserva para las partes, debido que el proceso no es público y solo les incumbe a ellas.
- Hay una mayor intermediación, ya que los árbitros y las partes tienen una mayor interrelación durante todo el proceso. Igualmente, los árbitros decretan y practican las pruebas personalmente, lo que hace que se logre una mayor percepción de la verdad.
- Como las partes acuden voluntariamente a este mecanismo y por lo general ellas mismas designan a los árbitros, se genera una mayor confianza en el juez y más aún en el proceso y en la decisión que se tome.
- El arbitraje ayuda a la descongestión judicial, pues soluciona el conflicto en menor tiempo.

CAPITULO II

NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE

A través del tiempo han sido múltiples las teorías que se han originado en torno a la naturaleza jurídica del arbitraje, lo que ha generado que doctrinariamente se lleven a cabo ciertas discusiones jurídicas para poder definir el origen del arbitramento, como un método alternativo de solución de conflictos.

Si bien es cierto, han existido muchas clasificaciones sobre el arbitramento como método alternativo, algunas personas han hecho la clasificación entre derecho público y privado, ya sea a manera de origen o de aplicación y desarrollo de esta institución; por otra parte, algunos la han catalogado entre un derecho contractual o un derecho procesalista ha raíz del momento en que se debe llegar a desarrollar este método.

Es así, como a continuación se enunciarán las diferentes teorías que se manejan sobre el tema y de igual forma, analizar cual ha sido el enfoque que se le ha dado desde la jurisprudencia colombiana, ya que en cierto modo, consideramos compleja la tarea de elegir una sola teoría para hallar la naturaleza del arbitraje, teniendo en cuenta que existe mas de una, y que cada una de ellas aporta ciertos puntos importantes para la constitución y desarrollo del arbitraje.

Respecto a la clasificación entre la naturaleza de origen privado o público, los doctores Chillón y Merino, han señalado:

“A nuestro entender, el planteamiento de la naturaleza jurídica del arbitraje sufre reflejamente de este estado de cosas porque, en esencia, lo que se discute es si pertenece a las

concepciones normativas publicitas, o por el contrario, a las privadas. Aquel que mantenga posiciones teórico – publicistas acerca del arbitraje afirmará que el arbitraje es una institución pública al servicio de interés privado, 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 afirmara que estamos ante un verdadero contrato. ...”¹⁶

Otros doctrinantes consideran que la naturaleza del arbitramento es netamente contractual, ya que es el acuerdo de las partes dentro del contrato, el que le da vida a dicho procedimiento. Es a partir, entonces, de esta cláusula compromisoria que se da origen al procedimiento arbitral y también se da una clasificación entre el derecho privado y el derecho público.

Así las cosas, se analizará cada una de las teorías expuestas por algunos doctrinantes y de esta manera poder determinar con mayor exactitud la naturaleza jurídica del arbitraje, tema principal de este capítulo.

1. TEORÍA CONTRACTUALISTA

Desde un principio la mayoría de doctrinantes han señalado que la naturaleza jurídica del arbitraje es contractual, ya que las mismas partes son las que por medio de una cláusula compromisoria se encargan de darle vida al proceso arbitral. Pero ¿porque contractual? pues la palabra misma lo dice, contractual, lo que significa que se encuentra en el contrato que las partes han firmado para que se lleve a cabo las obligaciones a las cuales se van a comprometer con la contraparte. Es decir, que existe un pacto, por medio del cual las partes manifiestan su voluntad, que en dado caso que se origine algún tipo de

¹⁶ Chillón Medina, José Maria- Merino Merchán José Fernando. Tratado de arbitraje privado interno e internacional. Editorial Civitas S.A. Madrid 1991. Pagina.108

controversia jurídica se solucionará bajo un procedimiento arbitral y no frente a la justicia ordinaria, como sería lo habitual en un caso de estos.

En el momento en que se habla del pacto arbitral, por medio de un contrato, logramos observar que se da vida al trámite arbitral, a voluntad de las partes y que dicha voluntad se encuentra en el contrato que se ha celebrado. La mayoría de los doctrinantes tiene esta idea, y por ende son partidarios que la naturaleza jurídica del arbitraje es contractual.

Partimos de la base entonces, que nos encontramos ubicados en la esfera del derecho privado, ya que el acuerdo que se celebra es entre dos particulares, que en ningún momento están involucrados o representando algún estado, o que esta clase de proceso sea una norma imperativa, la cual se debe cumplir obligatoriamente sin opción alguna, situación entonces que nos ubicaría en el derecho privado, aspecto que es claro y que no creemos sea motivo de discusión alguna.

Así las cosas, y teniendo en cuenta que nos encontramos bajo la idea de un derecho privado, es necesario hablar entonces del contrato que se celebra y de la cláusula compromisoria que se encuentra estipulada en ese mismo.

No es extraño, entonces, referirnos a Guasp, Ogayar, Rocco, Calamandrei, entre otros, quienes son considerados por muchos doctrinantes, los principales exponentes de esta teoría contractualista.

Guasp quien en múltiples documentos ha afirmado que el pacto arbitral se encuentra clasificado dentro de un contrato de tracto procedimental:

... el procesalista Guasp afirma que ni el árbitro es juez, ni el arbitraje un proceso judicial, para concluir que el pacto arbitral es un contrato de tracto procedimental mediante el cual se tramita una etapa posterior y jurisdiccional, pero que

necesariamente supone el desarrollo de un procedimiento anterior (eminentemente contractual).¹⁷

Dicha denominación de contrato de tracto procedimental, hace que el procedimiento arbitral nazca a la vida jurídica gracias a la voluntad de las partes y no de algún otro medio, aspecto que nos parece importante recalcar, ya que es ese acuerdo de voluntades la causa para que se utilice este método alternativo de soluciones.

De otro lado se encuentra él también, español Ogayar, quien junto a Guasp han sido los principales exponentes en España “del carácter privado y contractual del arbitraje”.¹⁸

Ogayar, se enmarca dentro del conflicto privado y público del arbitraje, ya que siempre esta en una constante defensa del procedimiento arbitral como un método privado el cual las partes han determinado gracias a un contrato que previamente han firmado, aceptando así cada uno de los elementos esenciales del arbitraje, es decir que no se aplica una justicia ordinaria debido a la fuerza vinculante que tiene el estado frente a sus administrados, como sería el caso del derecho público, sino todo lo contrario, es la potestad que tienen las partes de elegir o no un procedimiento arbitral para que se aplique la debida justicia al caso o la controversia suscitada.

Dice Ogayar en sus planteamientos:

... La actuación del juez tiene eficacia jurídicas como encarnación de la soberanía del Estado, hasta el punto que la fuerza de sus decisiones radica en ser órgano del Poder Publico, como o contra de la voluntad de las partes, y sus

¹⁷ Gil Echeverri, Jorge Hernán. Nuevo Régimen de Arbitramento Manual Práctico. Cámara de Comercio de Bogota. Tercera Edición. Pág. 78

¹⁸ Chillón Medina, José Maria- Merino Merchán José Fernando. Tratado de arbitraje privado interno e internacional. Editorial Civitas S.A. Madrid 1991. Pagina.115

sentencias valen no por el procedimiento o aceptación de los litigantes, sino por la potestad de “imperio” que este le concede. En el arbitraje no ocurre así, pues si los árbitros pueden imponer su parecer a las partes, si el laudo es obligatorio para estas, es porque ellas quisieran previamente que las obligara. No es, pues, el arbitro un juez ni el arbitraje un fenómeno procesal, afirma Ogayar, para después concluir que hay que incluir el arbitraje en el campo del Derecho Material o sustantivo en la esfera del derecho privado, y dentro de este en el campo contractual¹⁹.

Es así, como cada uno de los doctrinantes defiende la teoría contractualista partiendo de la idea que el procedimiento arbitral, esta determinado desde la esfera privada y no pública y que son las partes las que facultan a terceros para que solucionen las disputas jurídicas suscitadas y no a un juez que le impone el estado, y que seria parte del derecho público, como característica principal de este último.

2. TEORÍA PROCESALISTA

Como su mismo nombre lo indica, al igual que en la teoría anteriormente expuesta, nos referimos en este caso al procedimiento arbitral y no a su origen como tal. Para la teoría procesalista no importa el origen del arbitraje, en un sentido literal de la palabra, por el contrario, está expresión parte de la base que existiendo un método alternativo de solución de conflictos, el arbitraje, debe seguir cierto procedimiento para que al final tenga la misma categoría de sentencia o pronunciamiento judicial.

Si bien es cierto, que son las partes las que facultan a terceros, los árbitros, para que desempeñen una función que le correspondería a los jueces, desde

¹⁹ Chillón Medina, José Maria- Merino Merchán José Fernando. Tratado de arbitraje privado interno e internacional. Editorial Civitas S.A. Madrid 1991. Pagina.115 y 116

un punto de vista del derecho público, también lo es entonces, que para poder llegar a la solución del conflicto es necesario cumplir ciertas etapas procesales para que, en últimas, sean los árbitros quienes por medio del laudo arbitral resuelvan el conflicto. Es este, el punto principal de la teoría procesalista, que los árbitros designados por las partes sin ser jueces a nivel del Derecho Público, se vean en la necesidad de cumplir cierto procedimiento para que la solución a la controversia pueda tener efectos jurídicos generales.

“Según los defensores de esta teoría, los árbitros son jueces y el laudo pronuncia siguiendo un procedimiento, razón por la cual adquiere la calidad de sentencia. El punto sustancial en el proceso no es el convenio inicial sino la actuación por intermedio de árbitros, cumpliendo unas etapas procesales.

Los árbitros no son mandatarios de las partes, sino jueces independientes que resuelven un conflicto de intereses con efecto de cosa juzgada.”²⁰

Queda claro que la situación principal es el procedimiento que se debe seguir para el cumplimiento de ciertos requisitos a la hora de dar solución al problema jurídico. Entendemos, entonces, que el inconveniente no es si las partes otorgan poder a terceros para que se de origen al procedimiento arbitral, sino que se esta velando por el cumplimiento de cierto procedimiento para que en últimas el resultado final, o sea el laudo arbitral, tenga todos los efectos jurídicos para los terceros.

Los principales exponentes de esta teoría procesalista son²¹: Carreras, Fenech, Serra, Wach, Hellwing Bonaforte, Moriara, entre otros, quienes aseguran que el problema no es saber como eligieron las partes seguir con dicho método

²⁰ Gil Echeverri, Jorge Hernán. Nuevo Régimen de Arbitramento Manual Práctico. Cámara de Comercio de Bogota. Tercera Edición. Pág. 78

²¹ IBIP 79

alternativo, sino de reconocer el trámite arbitral que deben seguir los árbitros, para que al final se de una correcta aplicación del laudo arbitral.

“Me refiero concretamente a la ejecución del laudo. Firme el laudo arbitral, podrá obtenerse la ejecución del acuerdo, en su caso, ante el Juez de Primera Instancia del lugar donde se haya seguido el arbitraje, ejecución que se llevara a efecto del modo que la ley procesal establece para las sentencias. Podrá también concederse a instancia de parte ejecución provisional del laudo pendiente de recurso, si el que la pidiera da fianza bastante, a juicio del Juez, para responder de los perjuicios que se pudieran ocasionar.”²²

De esta manera, podemos decir que esta teoría se encuentra más centrada hacia un punto procesal, donde lo realmente importante es el procedimiento a seguir para que en últimas el resultado, es decir el laudo arbitral, tenga validez en todos los aspectos jurídicos y sea equivalente a una sentencia de un Juez, respecto al tema de cosa juzgada, entre otros.

3. TEORÍA SINCRÉTICA O ECLÉCTICA EN VEZ DE OTRAS TEORIAS

Dentro de la gran variedad de doctrina existente sobre el arbitraje, se halla una teoría que expone una unión entre la teoría contractualista y procesalista, llamada sincrética o ecléctica.

Sobre el tema, Chillón y Merino han expuesto:

En definitiva, lo que ocurre con la naturaleza del arbitraje es que no se puede encuadrar decisivamente ni en un plano procesalista ni en un plano radicalmente contractualista. Ello

²² Chillón Medina, José Maria- Merino Merchán José Fernando. Tratado de arbitraje privado interno e internacional. Editorial Civitas S.A. Madrid 1991. Pagina.117

ocurre así al ser una institución descompuesta a su vez en contratos independientes, pero entrelazados para conseguir su finalidad propia, esto es la emisión de un fallo por un tercero instituido constitucionalmente, cuyo fallo tiene las mismas características que la sentencia judicial. Es una institución que goza a la postre del doble carácter material y procesal, y lo único discutible es la mayor aportación de una y otra vertiente.

En este orden de ideas, la teoría contractual establece que es el contrato el que tiene inmerso la cláusula compromisoria, aquella que las partes estipulan previamente para usar el arbitraje como método alternativo de solución de futuras controversias; y por otro lado, se encuentra el derecho procesal, por medio del cual se debe originar un proceso o trámite que al final de vida a la solución del conflicto, en otras palabras el laudo arbitral.

Son varios los doctrinantes que se han unido a esta teoría, ya que existen más ventajas que desventajas a la hora de identificar la verdadera definición de la naturaleza jurídica del arbitraje.

Chillón y Merino en su tratado de Arbitraje exponen detalladamente el proceso en el cual las dos teorías se complementan la una con la otra, demostrando así que no es necesario librar una discusión jurídica, sabiendo de antemano que no todo puede encajar dentro de la teoría contractualista o procesalista, sino que por el contrario, existen fundamentos que se necesitan mutuamente para poder descifrar la verdadera naturaleza jurídica del arbitraje:

... distingue en la génesis del arbitraje tres momentos diferentes: aquel en que las partes perfeccionan el contrato de compromiso, que es negocio del derecho privado; aquel otro en que esa voluntad cristaliza en un documento y se endereza

a lograr un acto de marcada condición recepticia (la aceptación), engendrador de un vinculo que surge entre los litigantes y el arbitro y que se asemeja a un mandato; aquel otro momento, finalmente, en que investidos los árbitros de un poder que esta en potencia en la ley que así lo reconoce, pero que se traduce por obra del compromiso ejercen una actividad publica, la de juzgar, y ello porque el estado, al ejercer la tutela jurídica sobre los ciudadanos, así puede valerse de funcionarios que, en todo caso, asumen la potestad jurisdiccional, como de personas a quienes, concurriendo determinadas circunstancias, atribuye la facultad de juzgar, par aun caso concreto.²³

Queda claro entonces, que cada una de las teorías cumple un papel importante en alguna etapa del proceso arbitral, ya que si bien es cierto, desde un comienzo debe existir un contrato donde se encuentra demarcada una cláusula compromisoria, por medio de la cual las partes por un acuerdo previo aceptan el arbitraje como método alternativo de solución de conflictos suscitadas en el transcurso del contrato – Teoría Contractualista-; también lo es, que debe existir un proceso determinado para el cumplimiento total del arbitraje – Teoría Procesalista- y que no basta con la voluntad de las partes, sino que se debe delimitar cada una de las etapas que se deben cumplir para culminar dicha controversia con un laudo arbitral, para que pueda tener las mismas características de una sentencia.

De manera que hay que distinguir dos cosas sustancialmente distintas: El convenio arbitral que efectivamente es un contrato y el proceso arbitral, que equivale a un juicio especial.²⁴

²³ Chillón Medina, José María- Merino Merchán José Fernando. Tratado de arbitraje privado interno e internacional. Editorial Civitas S.A. Madrid 1991. Pagina.118

²⁴ Gil Echeverri, Jorge Hernán. Nuevo Régimen de Arbitramento Manual Práctico. Cámara de Comercio de Bogota. Tercera Edición. Pág. 82

4. LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

A raíz de cada una de las teorías planteadas por varios doctrinantes, era necesario, entonces, que nuestro régimen jurídico adoptara alguna de ellas y la desarrollara lo mas perfecto posible, para obtener una correcta dirección del proceso arbitral en Colombia.

Teniendo en cuenta la constitución política colombiana, norma de normas para nuestro régimen jurídico, el proceso arbitral se encuentra habilitado de la siguiente manera:

Art. 116.- La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar.

El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales.

Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de 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 y negrillas fuera del texto)

Como se analizó en una de las teorías anteriormente planteadas, es necesario cumplir un proceso para poder hablar correctamente de la naturaleza jurídica del arbitraje, es decir, que para llegar al proceso arbitral, es necesario que se cumplan ciertos requisitos para su constitución formal.

Así las cosas, es necesario analizar punto por punto, el tercer párrafo del artículo 116, puesto que en un principio la teoría que adopta Colombia es la contractualista, sin embargo, también podríamos deducir que es la procesalista, como bien lo han sostenido algunos doctrinantes y la misma jurisprudencia.

Según la Constitución Política de Colombia, son los árbitros habilitados por las partes quienes profieren un laudo arbitral, por medio del cual se le da solución a la controversia suscitada. Como ya es bien sabido, uno de los elementos principales de la teoría Contractualista es que las partes, por medio del contrato, habilitan a un tercero – árbitro- para conocer del caso y fallar sobre el mismo.

De esta forma, en reiteradas oportunidades la jurisprudencia de las Altas Cortes ha señalado:

*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.²⁵*

(...)

²⁵ Sentencia de Corte Constitucional C- 294 de 1995 Magistrado Ponente: Dr. Jorge Arango Mejía

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".²⁶

(...)

La Corte también ha señalado que la voluntad de las partes es una de las fuentes del arbitramento. Al respecto, en sentencia SU-174 de 2007 se dijo²⁷:

"Por mandato expreso del constituyente, la voluntad autónoma de las partes en conflicto es el pilar central sobre el que se estructura el sistema de arbitramento en nuestro ordenamiento jurídico. El artículo 116 de la Constitución Política define el arbitramento con base en el acuerdo de las partes, que proporciona su punto de partida y la habilitación para que los árbitros puedan impartir justicia en relación con un conflicto concreto. En tal medida, la autoridad de los árbitros se funda en la existencia de un acuerdo de voluntades previo y libre entre las partes enfrentadas, en el sentido de sustraer la resolución de sus disputas del sistema estatal de administración de justicia y atribuirla a particulares. Tal acuerdo recibe en nuestro sistema diferentes

²⁶ Sentencia de la Corte Constitucional C- 330 de 2000 Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

²⁷ Sentencia de la Corte Constitucional T-1224 de 2008 Magistrado Ponente: Dr. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa

denominaciones –pacto arbitral, pacto compromisorio-, puede revestir diferentes formas –cláusula compromisoria, compromiso-, y puede abarcar un conflicto específico o, por el contrario, referirse en general a los conflictos que puedan surgir de una determinada relación negocial.

“En otras palabras, el sustento de la justicia arbitral es el reconocimiento constitucional expreso de la decisión libre y voluntaria de las partes contratantes de no acudir al sistema estatal de administración de justicia sino al arbitraje para la decisión de sus disputas: la habilitación voluntaria de los árbitros es, por lo tanto, un requisito constitucional imperativo que determina la procedencia de este mecanismo de resolución de controversias.”

Recientemente, en la sentencia C-713 de 2008, M.P: Clara Inés Vargas Hernández, la Corte, al juzgar una reforma de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, reafirmó la importancia del principio de voluntariedad en el ámbito arbitral y condicionó la exequibilidad del numeral tercero del artículo 6º del proyecto de ley estatutaria No. 023 de 2006 Senado y No. 286 de 2007 Cámara a que “las partes también deben respetar lo dispuesto por las leyes especiales que regulen los procedimientos arbitrales”.

Aquel elemento de voluntariedad de las partes nos podría ubicar, quizás de una forma equivocada, en la teoría Contractualista; y tal vez es equivocada, porque no se ha tenido en cuenta que este proceso arbitral se encuentra regulado en el Código de Procedimiento Civil en la sección Quinta Título XXXIII, regulación, entonces, que haría derribar dicha teoría contractualista en nuestro régimen Jurídico Colombiano.

Al principio de este aparte, se mencionó que son bastantes los doctrinantes que consideran que la teoría que acoge nuestro ordenamiento jurídico es la procesalista, y quizás también teniendo en cuenta el análisis del art. 116, se podría deducir lo mismo, ya que al encontrarse regulado en el artículo de la constitución, los terceros habilitados deben seguir un proceso que se encuentra enmarcado previamente por la ley, para así, poderle otorgar efectos al laudo o fallo expedido por aquellos terceros.

Al respecto la Corte Constitucional ha afirmado:

“En anteriores pronunciamientos esta Corte ha resaltado la naturaleza procesal del arbitramento como mecanismo alternativo de resolución de conflictos. Se trata de un proceso, porque los particulares, al administrar justicia como árbitros, deben materializar, dentro de la lógica propia del arbitraje y atendiendo a sus especificidades, los derechos fundamentales al debido proceso, de defensa y de acceso a la administración de justicia, respetando el marco específico trazado por el legislador.”²⁸

El Dr. Jorge Hernán Gil, en su manual práctico sobre el nuevo Régimen de arbitramento, sostiene que en Colombia la teoría adoptada es la procesalista por las siguientes razones: ²⁹

La jurisprudencia nacional ha adoptado por la posición procesalista conforme con los siguientes comentarios:

²⁸ Sentencia de la Corte Constitucional SU-174 de 2007 Magistrado Ponente: Manuel Jose Cepeda Espinosa. En la que la Corte confirma el fallo del Consejo de Estado sobre laudo arbitral entre CISA y el departamento del Valle.

²⁹ Gil Echeverri, Jorge Hernán. Nuevo Régimen de Arbitramento Manual Práctico. Cámara de Comercio de Bogota. Tercera Edición. Pág. 84

“Los árbitros obran en forma similar a cualquier juez, ya que mediante un procedimiento preestablecido deben comprobar los hechos planteados por las partes, valorar las pruebas aportadas y extraer de este acervo una consecuencia definitiva condensada en un proveído que, formalmente, es revestido de las características de verdadera sentencia, pues se trata de declaración de certeza de derecho. (...) (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PLENA. Sentencia del 21 de Marzo de 1991.)

(...)

La sentencia anterior también fue acogida por la corte Constitucional, entidad que expresó:

“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 permite a los particulares (...) impartir justicia (...)

Por consiguiente y según lo dejó expuesto esta misma corporación en Sentencia C- 294 de 1995, a la luz del artículo 116 de la carta política, todas las elucubraciones sobre la función arbitral, como lo es la naturaleza pública o privada, o si los árbitros son verdaderos jueces, etcétera, quedan reducidas al ámbito académico” (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-431 de Septiembre de 1995. Proceso D-870). (Doctrina reiterada en Sentencia SU- 091 de 2001, en la cual se expresó: “El arbitraje es un procedimiento judicial aunque tengo fundamento inmediato en un acuerdo de voluntades”)

(...)

De esta manera, es como se considera que en Colombia es adoptada la teoría procesalista, gracias al concepto emitido por las altas cortes y los doctrinantes sobre aquellos elementos esenciales de la teoría que son muy importantes para el desarrollo arbitral en Colombia.

La Sentencia T – 121 de 2002, demuestra que todos los elementos de las teorías Contractualista y Procesalista necesariamente se encuentran interrelacionados para dar origen al proceso arbitral.

Las características del mecanismo del arbitramento han sido analizadas y definidas por la Corte Constitucional en los siguientes términos:

- “1. **Los particulares solamente pueden ser investidos de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o árbitros.** (Subrayado y negrillas fuera del texto)

2. **El arbitramento es una institución que implica el ejercicio de una actividad jurisdiccional que con carácter de función pública se concreta en la expedición de fallos en derecho o en equidad.** (Subrayado y negrillas fuera del texto)

3. **En la función pública de administrar justicia, los árbitros deben estar habilitados por las partes en conflicto, en cada caso concreto.** (Subrayado y negrillas fuera del texto)

4. *El ejercicio arbitral de la función pública de administrar justicia se hace en forma transitoria y excepcional, dado el propósito y*

finalidad consistente en la solución en forma amigable de un determinado conflicto, por lo que las funciones de los árbitros terminan una vez proferido el laudo arbitral.

5. **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.**

(Subrayado y negrillas fuera del texto)

6. *Las materias susceptibles de arbitramento son aquellas que pueden ser objeto de su transacción, es decir, los derechos y bienes patrimoniales respecto de los cuales sus titulares tienen capacidad legal de disposición”.*³⁰

Los aspectos constitutivos del sentido del arbitramento definidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional conforman el marco dentro del cual el legislador puede regular el funcionamiento de este mecanismo alternativo de solución de los conflictos. Compete así, al legislador definir los procedimientos, las competencias, las materias y la composición de los tribunales de arbitramento y la forma como se ejerce el control de las decisiones allí tomadas. Sin embargo, como lo ha precisado la Corte, en caso de no existir legislación aplicable, las partes de común acuerdo pueden fijar sus propias reglas para el funcionamiento del tribunal arbitral, siempre y cuando se ajusten a lo previsto en la Constitución Política y en la ley.

De igual forma, el Dr. Gil en su manual del Nuevo Régimen de Arbitramento, confirma la reciente admisión de la teoría Ecléctica o Sincrética, según las altas cortes:

³⁰ Sentencia de la Corte Constitucional C-242 de 1997. Nota de pie de pagina de la Sentencia T – 121 de 2002 Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño

“La sala Civil de la corte, recientemente, acepto la condición mixta o escuela ecléctica del arbitraje al expresar:

“2. De cuanto acaba de anotarse acerca de la configuración jurídica que le es característica y su razón de ser como una de las especies en que suele manifestarse el pacto arbitral, síguese que son de dos clases los efectos que la cláusula compromisoria produce, unos de clara estirpe contractual y de carácter positivo en cuya virtud quedan obligadas las partes a estar y pasar por lo estipulado, habida cuenta que la situación así creada en ejercicio de la autonomía de la voluntad recibe el tratamiento normativo general que señalan los artículos 1602 y 1603 del Código Civil, al paso que otros son propiamente procesales, en la medida en que al igual que el compromiso, la cláusula en examen (...) de origen illico, es decir, aun antes de que los árbitros sean nombrados o acepten o entren en todos modos en función a una excepción de improcedibilidad, verbigracia de incompetencia, proponible ante la autoridad judicial, siempre que una de las partes acuda a ella con una demanda suya en orden a controversias comprendidas o que las demás partes conceptúen comprendidas en la cláusula, en cuyo caso decidirá la autoridad judicial misma si efectivamente aquella excepción es o no es fundada (...) (REDENTI, Enrico. Derecho Procesal Civil. Tomo III Cap. 60 P. 266)

La principal consecuencia de tipo procesal que provoca la existencia de una cláusula compromisoria es, entonces, excluir para el futuro la actividad jurisdiccional de conocimiento respecto a las cuestiones litigiosas que dicha cláusula abarca” (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala civil. SENTENCIA DE JUNIO 17 DE 1997. Expediente 4781)

Sin embargo, es importante continuar insistiendo en la admisión total de la teoría contractualista, ya que contiene cada uno de los principales elementos de las teorías contractualista y procesalista, y hace que nazca a la vida jurídica un proceso arbitral completamente desarrollado y sin ninguna clase de vacío jurídico.

CAPITULO III

CLÁUSULA COMPROMISORIA

1. CONCEPTO

“La cláusula compromisoria es aquella estipulación por virtud de la cual las partes en un contrato resuelven que todas o algunas de las diferencias que se puedan presentar entre ellas con motivo del desarrollo o liquidación de dicho contrato se sometan a decisión arbitral. Es una cláusula adicional a un contrato que generalmente es de ejecución periódica o de tracto sucesivo, aunque nada se opone a que la cláusula compromisoria se pacte también en contratos de otra índole”³¹.

El artículo 116 de la ley 446 de 1998 define la cláusula compromisoria de la siguiente manera: “Se entenderá por cláusula compromisoria, el pacto contenido en un contrato o en documento anexo a él, en virtud del cual los contratantes acuerdan someter las eventuales diferencias que puedan seguir con ocasión del mismo, a la decisión de un Tribunal Arbitral. Si las partes no determinaren las reglas de procedimiento aplicables en la solución de su conflicto, se entenderá que el arbitraje es legal”. Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-662/04 señaló que la cláusula compromisoria “se origina del pacto previo establecido entre las partes, tendiente a someter el contrato o convenio suscrito entre ellas, a la resolución de un tribunal de arbitramento, bajo un procedimiento y condiciones señalado en el contrato. Así, resulta aparentemente claro que si las partes voluntariamente se han sometido a este mecanismo de resolución de conflictos conocido de antemano por ellas, deba ser esa la instancia ante la cual se resuelva el debate jurídico por lo que podría considerarse infundado, que ellas mismas desconozcan la cláusula correspondiente y acudan a la jurisdicción ordinaria para la solución de su controversia...”.

³¹ JULIO BENETTI SALGAR, *El Arbitraje en el Derecho Colombiano*, Editorial Temis 1994, Pág. 17

2. NATURALEZA JURÍDICA

La cláusula compromisoria es un contrato en virtud del cual, las partes de común acuerdo deciden someter posibles diferencias que surjan entre ellas a la decisión de un Tribunal de Arbitramento. De esta forma, las partes están renunciando a la posibilidad de presentar sus pretensiones ante la justicia ordinaria, toda vez que de manera libre y voluntaria decidieron someter sus diferencias a terceros habilitados por ellas, para conocer y solucionar el problema en cuestión.

Según el Autor Marco Gerardo Monroy Cabra “la cláusula compromisoria no es una simple cláusula accesoria a un contrato como anteriormente se ha observado, sino que por su misma naturaleza es un verdadero contrato cuya única exigencia es que debe ser por escrito” (Arbitraje Comercial, Editorial Legis 1998).

Así mismo, la Corte Constitucional en sentencia C-163 d1999 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 contrato y renuncia de jurisdicción”.

3. CARACTERÍSTICAS

Las características principales de la cláusula compromisoria son:

1. Las partes de común acuerdo, pactan que en caso de presentarse alguna diferencia entre ellas, acudirán a un Tribunal de Arbitramento para que resuelva la controversia. Sobre este punto, el Consejo de Estado estableció: “La cláusula compromisoria tiene como característica

principal la de ser un acuerdo de voluntades, mediante la cual las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión de los árbitros, quienes están transitoriamente investidos de la función de administrar justicia, y profieren una decisión o laudo que, por mandato legal, adquiere la misma categoría jurídica y los mismos efectos de una sentencia judicial. Es así que la cláusula compromisoria tiene su fuente jurídica en el contrato y su finalidad no es otra que la de procurar la solución ágil de los eventuales conflictos que surjan entre las partes que lo celebran, y como se vio, en este caso particular, la voluntad de las partes estuvo encaminada a tal propósito, por lo que es forzoso concluir que no será la jurisdicción contenciosa administrativa la que defina la controversia suscitada”.

Es así, como se refleja el principio de habilitación de las partes, por medio del cual, como se menciono anteriormente, las partes facultan a terceras personas para resolver las controversias que se pueden llegar a presentar en el futuro. Como bien lo expone la Corte Constitucional en la sentencia SU – 174 de 2007:

“Por mandato expreso del constituyente, la voluntad autónoma de las partes en conflicto es el pilar central sobre el que se estructura el sistema de arbitramento en nuestro ordenamiento jurídico. El artículo 116 de la Constitución Política define el arbitramento con base en el acuerdo de las partes, que proporciona su punto de partida y la habilitación para que los árbitros puedan impartir justicia en relación con un conflicto concreto. En tal medida, la autoridad de los árbitros se funda en la existencia de un acuerdo de voluntades previo y libre entre las partes enfrentadas, en el sentido de sustraer la resolución de sus disputas del sistema estatal de administración de justicia y atribuirla a particulares. Tal acuerdo recibe en nuestro sistema diferentes

denominaciones –pacto arbitral, pacto compromisorio-, puede revestir diferentes formas –cláusula compromisoria, compromiso-, y puede abarcar un conflicto específico o, por el contrario, referirse en general a los conflictos que puedan surgir de una determinada relación negocial

“En otras palabras, el sustento de la justicia arbitral es el reconocimiento constitucional expreso de la decisión libre y voluntaria de las partes contratantes de no acudir al sistema estatal de administración de justicia sino al arbitraje para la decisión de sus disputas la habilitación voluntaria de los árbitros es, por lo tanto, un requisito constitucional imperativo que determina la procedencia de este mecanismo de resolución de controversias.”

2. Las diferencias que se susciten entre las partes deben surgir como causa de un contrato, como se dijo anteriormente la diferencia surge por motivo del desarrollo o liquidación del contrato que se celebró entre las partes.
3. Al momento de pactar la cláusula compromisoria, la controversia será un hecho futuro y desconocido para las partes, donde simplemente se prevé el proceso que se realizara en caso de cualquier diferencia.
4. La cláusula compromisoria puede estipularse dentro del mismo contrato o en un documento separado de este, siempre y cuando haga mención expresa del contrato principal. Sobre este punto, la Corte Constitucional en sentencia T-136/03 estableció “La *cláusula compromisoria*, por su parte, es el pacto contenido en un contrato o en un documento anexo a él, en virtud del cual los contratantes acuerdan someter las eventuales diferencias que puedan surgir con ocasión del mismo, a la decisión de un Tribunal Arbitral”.

Cabe anotar, que si la cláusula compromisoria consta en un documento separado del contrato, es necesario que el documento haga parte del contrato por ejemplo denominándolo otrosí, complementación, etc. De igual forma, es necesario que el documento sea suscrito por las mismas partes del contrato.

4. AUTONOMÍA RESPECTO DEL CONTRATO QUE LA CONTIENE

Es importante anotar, que la cláusula compromisoria es autónoma respecto del contrato que la contenga, por lo cual no depende de la existencia y validez de dicho contrato sino que ella subsiste por si sola. Así lo establece el artículo 116 de la Ley 446 de 1998 al señalar: "La cláusula compromisoria es autónoma con respecto de la existencia y la validez del contrato del cual forma parte. En consecuencia, podrán cometerse al procedimiento arbitral los procesos en los cuales se debatan la existencia y la validez del contrato y la decisión del tribunal será conducente aunque el contrato sea nulo o inexistente". Al respecto, señalo la Corte Constitucional en sentencia C-248 de 1999 *"Si bien tradicionalmente se ha entendido que la cláusula compromisoria es accesoria respecto del contrato que da origen a los conflictos sobre los cuales habría de fallar el tribunal de arbitramento, el legislador colombiano, siguiendo la senda de la doctrina internacional, ha decidido conferirle un carácter autónomo a la cláusula compromisoria. De esta manera, una decisión del legislador varía - ciertamente, en forma válida - el entendimiento general existente acerca de la relación entre el contrato y la cláusula compromisoria. En consecuencia, por obra de la resolución legislativa, la máxima jurídica que consagra que "lo accesorio sigue la suerte de lo principal" ya no sería aplicable a la cláusula compromisoria, por cuanto ésta ya no tendría un carácter accesorio. La decisión acerca de la accesoriedad o la independencia de la cláusula compromisoria le corresponde al legislador, en el marco de su libertad de configuración normativa. Esa decisión puede ser considerada como inadecuada o equivocada. Sin embargo, ello no amerita que sea declarada inexecutable por la Corte Constitucional, a la cual le corresponde únicamente establecer si la norma es compatible con la Carta Política"*.

5. MODELO CLÁUSULA COMPROMISORIA

A continuación mostraremos un modelo de cláusula compromisoria, que se puede incluir en cualquier contrato donde en caso de alguna diferencia entre las partes estas acuerdan someter su diferencia al Tribunal de Arbitramento.

“CLÁUSULA COMPROMISORIA: Acuerdan las partes contratantes que toda controversia o diferencia relativa a este contrato, ejecución y liquidación, se someterá inicialmente a conciliación entre las partes en litigio; para ello, suscitado el conflicto, recurrirán al Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Neiva.

a- En el evento en que las partes no lleguen a un Acuerdo Conciliatorio, la controversia se someterá y resolverá por un Tribunal de Arbitramento, que se sujetará a lo establecido en el reglamento del Centro de conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Neiva. Los Árbitros serán elegidos de común acuerdo por las partes, de la Lista que para tal efecto lleve el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Neiva. A falta de dicho acuerdo, o en el caso de que una de las partes no asista o no lo designen dentro de los 20 días calendarios siguientes a la radicación del Tribunal en el Centro, las partes delegarán expresamente en el Director del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Neiva la designación, la cual se hará mediante sorteo efectuado entre los Árbitros inscritos en las listas que lleva el Centro de Conciliación, Arbitraje y amigable composición de la Cámara de Comercio de Neiva. El Tribunal así constituido se sujetará a lo dispuesto en los Decretos 2279 de 1989, 2651 de 1991 y 1818 de 1998, la Leyes 23 de 1991 y 446 de 1998, y demás normas concordantes que modifiquen o adicionen que en el momento se encuentren vigentes, de acuerdo con las siguientes reglas:

b- El Tribunal estará integrado por tres (3) Árbitros, salvo en asuntos de menor cuantía (inferior a 400 smmlv), en el cual habrá un (1) solo árbitro.

- c- La organización interna del Tribunal, se sujetará a las reglas previstas para el efecto por el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Neiva.
- d- El término para proferir el laudo será el establecido en la Ley 6 meses), prorrogable en las condiciones que la misma señala.
- e- El Tribunal decidirá en derecho.
- f- El Tribunal se instalará y funcionará en la ciudad de Neiva en el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Neiva, siendo un requisito indispensable para el funcionamiento del Arbitramento³².

³² Véase la Pág. Web <http://www.ccneiva.org/index.php?objeto=arbitramodelo>

CAPITULO IV

COMPROMISO ARBITRAL

1. CONCEPTO

Como bien quedo claro en el capitulo anterior el trámite arbitral cobra vida gracias a una cláusula arbitral que se encuentra dentro del contrato que las partes firman previamente. Sin embargo, ¿Qué sucede cuando las partes no pactaron en el contrato una cláusula compromisoria, y con el paso del tiempo se originan ciertos inconvenientes jurídicos; y las partes tienen la voluntad de que dichas controversias sean solucionadas por un tribunal de arbitramento? Pues bien, acá es donde el compromiso arbitral entra a desarrollar un papel principal, ya que como lo han dicho varios doctrinantes, el compromiso arbitral es una especie de contrato por medio del cual las partes manifiestan su voluntad de llevar los problemas jurídicos suscitados en el transcurso del contrato ante un tribunal de arbitramento y no frente a la justicia ordinaria, sin haber firmado previamente una cláusula compromisoria.

Como bien hizo el Dr. Gil en citar a Bonivento en el libro del Nuevo Régimen de Arbitramento, manual práctico de la Cámara de Comercio el compromiso es aquel:

“por medio del cual dos o mas personas capaces acuerdan someter las controversias presentes suscitadas antes, durante y después de iniciado un proceso, derivadas de una relación jurídica susceptible de transar, para ser resueltas en derecho, conciencia o técnicamente por un tercero (...)” (BONIVENTO F., José Alejandro. Los principales contratos Civiles y comerciales. Tomo II p. 121).

Mediante el compromiso, las partes convienen en someter sus conflictos de intereses presentes y determinados, relacionados o no con un vínculo contractual, a la justicia arbitral, aun cuando el asunto ya este ventilándose ante la justicia ordinaria, siempre que no se haya dictado sentencia de primera instancia”³³

Es así, como podemos afirmar entonces que existe una posibilidad de acudir a un tribunal de arbitramento cuando las partes estén de acuerdo en hacerlo, pero que quizás por desconocimiento u olvido no estipularon dentro del contrato la cláusula compromisoria, es en este momento donde se acude a la figura jurídica del compromiso arbitral, por medio del cual las partes pueden habilitar a terceros expertos para que le den solución a las controversias suscitadas.

La sala de consulta del Consejo de Estados en uno de sus pronunciamientos afirmó:

“El artículo 2º del Decreto 2279 de 1989 prescribe que el compromiso arbitral puede practicarse una vez surgido el conflicto antes o después de iniciado el proceso judicial; en este último caso mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia. La existencia de elementos comunes entre el pacto arbitral, la transacción y el desistimiento, como la materia transigible y la capacidad para transigir, conlleva a que el compromiso, al igual que la transacción o el desistimiento de un proceso en curso pueda acordarse en cualquier momento procesal, siempre y cuando la sentencia del juez ordinario no se encuentre en firme, ya que según el artículo 340 del C.P.C., las partes pueden transigir la litis en cualquier estado del proceso, siendo la limitante la ejecutoria

³³ Gil Echeverri, Jorge Hernán. Nuevo Régimen de Arbitramento Manual Práctico. Cámara de Comercio de Bogotá. Tercera Edición. Pág. 122

del fallo judicial. En tal caso el arbitramento podría acordarse incluso en la etapa de casación. Uno de los requisitos del compromiso es la indicación del proceso en curso, lo cual reviste importancia en la medida en que este se suspende desde el momento en que el juez, atendiendo el requerimiento del tribunal arbitral, ordena la expedición de las copias del expediente; el proceso judicial sólo termina definitivamente si el arbitramento concluye con laudo ejecutoriado (art. 24 Decreto 2279 de 1989).³⁴

En pocas y breves palabras, podemos decir entonces, que el compromiso arbitral es un acuerdo celebrado entre las partes por medio del cual, manifiestan su voluntad de querer dirimir sus controversias ante un Tribunal de Arbitramento y no frente a la justicia ordinaria, justicia que quizás puede llegar a ser más dispendiosa para el caso.

En nuestro ordenamiento jurídico el compromiso arbitral es³⁵:

Art. 119.- Compromiso. El compromiso es un negocio jurídico, por medio del cual las partes involucradas en un conflicto presente y determinado, convienen resolverlo a través de un tribunal arbitral. El compromiso podrá estar contenido en cualquier documento como telegramas, telex, fax u otro medio semejante.

De esta manera y teniendo claro el concepto de compromiso en el ordenamiento jurídico colombiano, podemos observar, entonces, que existen ciertos requisitos y características que se deben cumplir para poder llevar las controversias existentes ante un tribunal arbitral por medio del compromiso.

³⁴ Consejo de Estado, Sala de Consultas y Servicio Civil. 1996 es http://www.dmsjuridica.com/JURISPRUDENCIA/CONSEJO_DE_ESTADO/docs/SALA_DE_CONSULTA/1996/CE-SC-RAD1996-N838%20.doc

³⁵ Artículo 119 del Decreto 1818 de 1998

El artículo 119 del Decreto 1818 de 1998 regula los requisitos que debe tener dicho compromiso arbitral, para que este sea totalmente válido:

El documento en donde conste el compromiso deberá contener:

- a) El nombre y el domicilio de las partes;*
- b) La indicación de las diferencias y conflictos que se someterán al arbitraje, y*
- c) La indicación del proceso en curso cuando a ello hubiere lugar. En este caso las partes podrán ampliar o restringir las pretensiones aducidas en aquel. (Artículo 117 de la Ley 446 de 1998 que modifica el artículo 3º del decreto 2279 de 1989).*

Si en algún momento, llegare a faltar alguno de los anteriores puntos no existe posibilidad alguna de poder solucionar los problemas suscitados por vía de un tribunal arbitral y será necesario acudir a la justicia ordinaria, sin importar que las partes, por el principio de voluntad, hayan pactado un arbitraje independiente.

De igual forma, es importante resaltar cuales son las diferencias que se quieren llevar ante el Tribunal, debidamente especificadas, para que los árbitros, quienes son terceras personas habilitadas por las partes, den solución al problema en concreto y no se limiten o excedan al momento de dar a conocer el resultado en el laudo. Al respecto, el Dr. Gil Echeverry hace referencia a un ejemplo, que nos llama la atención por la forma en la cual se explica de una manera clara dicho asunto:

“Si se trata de una relación extracontractual, deben señalarse los elementos determinantes. Por ejemplo, los árbitros resolverán el conflicto surgido entre las partes en relación con

los tratos prenegociales sostenidos entre los meses de abril a Junio de 1996, encaminados a celebrar un contrato de agencia y promoción de los productos El Caribe, en los departamentos de Cundinamarca, Boyacá y Meta, por un termino de 5 años.

Esta delimitación del conflicto contractual o extracontractual no deja duda alguna sobre el asunto o diferencia cometida a decisión de los árbitros. No es cualquier conflicto o diferencia surgida entre las partes, el que delimita la competencia arbitral, son solamente los conflictos relacionados con la compraventa de la finca La ponderosa o relacionados con la frustración del negocio encaminado al contrato de agencia y representación de los productos El Caribe.”³⁶

Este punto sobre el cual a las partes les corresponde delimitar cuales son las diferencias que deberán ser sometidas a juicio por parte del Tribunal, es el mas importante para el correcto desarrollo del compromiso, ya que si bien es cierto que se le esta habilitando a unos terceros para que den solución a ciertos problemas suscitados, también lo es, que dichos problemas se deben encontrar muy bien delimitados para que no existan malos entendidos al momento en que los árbitros fallen sobre temas que quizás no tienen relación alguna a los presentados previamente, haciendo que se le de un erróneo uso al arbitraje.

Este requisito es la amplia manifestación del principio de la limitación, por medio del cual, son las partes quienes tienen el poder de poner el marco del litigio, marco que deberá ser respetado por los árbitros encargados de dar solución a las controversias suscitadas:

“En el compromiso, a diferencia de los que acontece con la cláusula compromisoria, la competencia arbitral queda

³⁶ Gil Echeverri, Jorge Hernán. Nuevo Régimen de Arbitramento Manual Práctico. Cámara de Comercio de Bogota. Tercera Edición. Pág. 125

limitada a la diferencia expresamente señalada en el convenio.

La taxatividad del tema decidendum supone, para un gran sector de la doctrina, la imposibilidad de formularle al tribunal pretensiones o excepciones no contempladas en el pacto, salvo acuerdo unánime de los suscriptores. (...)"³⁷

Además es necesario que las partes al momento de hacer dicha limitación de las controversias que serán objeto de discusión, tengan en cuenta que no todas éstas podrán serlo, razón por la cual es necesario precisar que dichos problemas jurídicos deben ostentar una naturaleza transigible, para que puedan ser controvertidos en cualquier tipo de Tribunal.

Al respecto la Corte Constitucional estableció:

4.3.3 De otro lado, este Tribunal ha resaltado que la justicia arbitral se caracteriza por su carácter excepcional, en el sentido de que no todo problema jurídico puede ser sometido al examen y decisión de un tribunal de arbitramento³⁸. Al respecto, la Corte ha estimado que aunque el acuerdo de las partes es el fundamento esencial de la justicia arbitral, ésta tiene limitaciones expresas en el tipo de controversias que

³⁷ IBIP Pág. 132 - 133

³⁸ En la sentencia de la Corte Constitucional C-330 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz, la Corte expuso: "La habilitación de particulares para solucionar conflictos por medio del arbitramento cuenta también con claras limitaciones materiales, pues no todo problema jurídico puede ser objeto de un laudo. El legislador ha sido consciente de que la equiparación funcional que se hace entre los funcionarios del Estado y ciertos ciudadanos, temporalmente investidos de poder jurisdiccional, no puede extenderse a todas las materias, pues es claro que existen bienes jurídicos cuya disposición no puede dejarse al arbitrio de un particular, así haya sido voluntariamente designado por las partes enfrentadas. Principios como el de la seguridad jurídica hacen necesario que ciertos asuntos sean ventilados a través de la jurisdicción ordinaria, pues se trata de eventos que se relacionan con la garantía de derechos constitucionales fundamentales, con el reconocimiento de facultades legalmente reconocidas a favor de ciertos ciudadanos -Vg. derechos mínimos de los trabajadores-, o con el ejercicio del control estatal sobre ciertas circunstancias jurídicamente relevantes como "la fijación del estado civil, las cuestiones que tengan que ver con derechos de incapaces o derechos sobre los cuales la ley prohíbe a su titular disponer" (Corte Constitucional Sentencia C-431 de 1995. M.P. Hernando Herrera Vergara)."

pueden someterse al arbitraje³⁹. Así, sólo controversias de tipo transigible, es decir, de libre disposición, negociación o renuncia por parte del titular del derecho en discusión⁴⁰, podrán ser del conocimiento de los tribunales de arbitramento.

4.3.4 En este punto, por ejemplo, la Corte ha dicho que aspectos relacionados con el estado civil de las personas⁴¹, los derechos de los incapaces, los derechos sobre los cuales la ley prohíba a su titular disponer⁴², y los derechos mínimos de los trabajadores⁴³, no pueden ser sometidos a la decisión de un tribunal de arbitramento, pues a la luz del ordenamiento jurídico tales derechos no son renunciables por sus titulares de ninguna manera.⁴⁴

Quedan claros entonces, los requisitos planteados por la ley, para que el compromiso pueda desarrollarse correctamente, delimitando cada uno de los puntos sobre los cuales las partes desean poner a disposición del Tribunal de Arbitramento.

Sin embargo, es necesario tener en cuenta otros requisitos que no se encuentran contemplados literalmente, pero que a la hora de la verdad, son fuente principal para que se de origen a los requisitos anteriormente planteados.

El primero, y quizás mas importante, es el de la habilitación de las partes a terceros para que puedan dirimir el conflicto que se ha originado con posterioridad al desarrollo del contrato celebrado. Sin esta habilitación los

³⁹ Sentencia de la Corte Constitucional C-098 de 2001, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

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

⁴¹ Sentencia de la Corte Constitucional C-242 de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara.

⁴² Sentencia de la Corte Constitucional C-294 de 1995, M.P. Jorge Arango Mejía.

⁴³ Sentencia de la Corte Constitucional C-330 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁴⁴ Sentencia de la Corte Constitucional C- 058 de 2009 M.P. Jaime Araujo Rentería.

árbitros no tienen competencia alguna para poder intervenir en la solución del conflicto entre las partes.

Al respecto vale la pena, además, tener en cuenta que conforme con la misma ley, el compromiso ha de constar por escrito en el cual ha de quedar manifiesta la voluntad de las partes de someterse a la decisión arbitral. Así, aunque hay una gran amplitud en cuanto a la forma, ésta debe respetarse y ante todo debe contener expresamente la declinatoria de jurisdicción (artículo 3º, Decreto 2279 de 1989)⁴⁵

2. CARACTERÍSTICAS

Ahora bien, dejando claro cuales son los requisitos esenciales del compromiso, nos disponemos a especificar las características principales de este último, características que son las que van a diferenciar dicho compromiso de otras instituciones jurídicas, como es el caso de la cláusula compromisoria.

Como se mencionó al principio, las controversias que serán sometidas al tribunal de arbitramento pueden ser, contractuales como extracontractuales, sin importar que clase sean, lo único realmente importante es que dentro del compromiso arbitral se delimiten claramente cuales son aquellas que quieren las partes que sean sometidas a estudio jurídico, para que sean resultas por los árbitros.⁴⁶

Como es bien sabido, el compromiso arbitral es aquel “negocio jurídico”⁴⁷ por medio del cual las partes pactan llevar las controversias ya suscitadas a un tribunal arbitral, esto indica, que entre las partes ya debe existir algún tipo de

⁴⁵ Colección Métodos Alternos para la Solución de Controversias. El arbitraje la alternativa actual. Cámara de Comercio de Bogotá.

⁴⁶ “ El contrato de compromiso tiene las siguiente características:

1. Somete al conocimiento de la justicia arbitral diferencias surgidas tan de relaciones contractuales como extracontractuales.” Gil Echeverri, Jorge Hernán. Nuevo Régimen de Arbitramento Manual Práctico. Cámara de Comercio de Bogotá. Tercera Edición. Pág. 131

⁴⁷ Artículo 119 del Decreto 1818 de 1998

problema jurídico, tanto judicial como extrajudicial, en el momento es que se celebre el compromiso.

Sin embargo, a este punto se le debe dar cierta relevancia, ya que esta característica puede llegar a convertirse en el punto débil del desarrollo del compromiso arbitral; esto se debe a que en ocasiones el compromiso arbitral se estipula cuando ya existe un proceso en la justicia ordinaria, y en algunos momentos se pacta cuando ya se ha emitido sentencia de primera instancia, haciendo que exista una controversia jurídica.

Así las cosas, el compromiso arbitral puede llegar a pactarse cuando el proceso se encuentra bajo la justicia ordinaria, no obstante, el compromiso arbitral no será válido cuando el juez de primera instancia ha emitido sentencia, ya que entonces no será necesario crear un tribunal de arbitramento para que de solución a lo que el Juez ya ha solucionado.

“Como la ley no es clara al disponer hasta que momento las partes actualmente litigantes ante la justicia ordinaria pueden someter su diferencia a la justicia arbitral, se afirma que podrán comprometer aun existiendo sentencia de segunda instancia no ejecutoriada, teniendo en cuenta que el artículo 340 CPC permite la transacción en cualquier estado del proceso y en atención a que el artículo 2478 CC limita igualmente la transacción, a los eventos en que exista sentencia ejecutoriada. El Consejo de Estado, sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto de Junio 24 de 1996, manifestó:

“El tribunal arbitral tiene competencia para conocer de litigios respecto de los cuales se haya dictado sentencia de primera instancia, así esta no se halle en firme.”

De esta manera, queda claro que si es posible pactar un compromiso arbitral cuando el caso haya sido llevado ante la justicia ordinaria, sin embargo, es necesario resaltar, que este compromiso podrá ser efectivo siempre y cuando no se haya dictado sentencia de primera instancia; sin importar que esta última haya o no quedado en firme. Si este caso llegase a presentarse, el tribunal no tendría competencia así este haya sido habilitado por las partes previamente.

Es así, como podemos observar que las principales características del compromiso arbitral son el cumplimiento del proceso ordinario, el cual, no pueden violar las partes por el principio de voluntades, que a final de cuentas no tendría cabida alguna, cuando se ha puesto en desarrollo el aparato judicial para la solución de las controversias existentes y que este ha llegado a su fin último, la sentencia.

“En este sentido, las restricciones legales a la institución arbitral, apuntan a justificar la imposibilidad de que ella pueda convertirse en foro sustituto de la jurisdicción ordinaria.”⁴⁸

3. DIFERENCIAS ENTRE CLÁUSULA COMPROMISORIA Y COMPROMISO ARBITRAL

Claros, entonces, los requisitos y características principales del compromiso arbitral podemos diferenciar la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral.

Teniendo como base el capítulo anterior, más lo desarrollado en este capítulo podemos hallar tres puntos esenciales para poder diferenciar estas dos figuras jurídicas del arbitraje, tales como: El tiempo, la materia del litigio y delimitación del campo de acción.

⁴⁸ Sentencia de la Corte Constitucional T – 057 de 1995 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

Cuando nos referimos al marco temporal, hacemos referencia al momento en que se pactan, tanto la cláusula compromisoria como el compromiso arbitral. La primera, se estipula en el mismo contrato en el que las partes manifiestan la voluntad de obligarse mutuamente, y que en dado caso, que se susciten controversias serán solucionadas por medio de un tribunal de arbitramento sin necesidad de acudir a la justicia ordinaria.⁴⁹ El segundo, es un contrato posterior al celebrado en un principio, por medio del cual las partes manifiestan su voluntad de llevar las controversias ya producidas ante un Tribunal de Arbitramento.⁵⁰ Esta es la principal y mas notoria diferencia entre la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral, ya que la primera se pacta para resolver futuras diferencias entre los contratantes, de otro lado, el compromiso arbitral se firma o se pacta, cuando las diferencias ya existen y las partes desean que sean resueltas por un Tribunal arbitral.

“Así, entonces, cuando este último ya ha surgido, el acuerdo que los compromitentes celebran para someterlo al conocimiento y resolución de árbitros recibe el nombre de “compromiso arbitral”, mientras que si lo que acontece es que, habiendo celebrado determinado contrato las partes convienen por anticipado en que, de llegarse a presentar diferencias futuras acerca de la inteligencia o la aplicación de dicho contrato, ellas serán conocidas y resueltas por árbitros, el acuerdo así concertado y accesorio por definición a una

⁴⁹ Artículo 118.- Cláusula Compromisoria. Se entenderá por cláusula compromisoria, el pacto contenido en un contrato o en documento anexo, a él en virtud del cual los contratantes acuerdan someter las eventuales diferencias que puedan seguir con ocasión del mismo, a la decisión de un tribunal arbitral. Si las partes no determinaren las reglas de procedimiento aplicables en la solución de su conflicto, se entenderá que el arbitraje es legal.

⁵⁰ Art. 119.- Compromiso. El compromiso es un negocio jurídico, por medio del cual las partes involucradas en un conflicto presente y determinado, convienen resolverlo a través de un tribunal arbitral. El compromiso podrá estar contenido en cualquier documento como telegramas, telex, fax u otro medio semejante. *El documento en donde conste el compromiso deberá contener:*

a) *El nombre y el domicilio de las partes;*
b) *La indicación de las diferencias y conflictos que se someterán al arbitraje, y*
c) *La indicación del proceso en curso cuando a ello hubiere lugar. En este caso las partes podrán ampliar o restringir las pretensiones aducidas en aquel. (Artículo 117 de la Ley 446 de 1998 que modifica el artículo 3º del decreto 2279 de 1989).*

negociación principal, se denomina “cláusula compromisoria”⁵¹.

Aparte de lo anteriormente dicho, es necesario advertir, que a partir de esa primera diferencia se originan las otras que van a analizar a continuación.

El segundo punto es acerca de la materia del litigio, como se acabo de mencionar, este punto junto al restante, se originan gracias al tiempo en que se pacte cada una de las figuras que se están estudiando. Cuando se habla sobre la materia del litigio, se esta haciendo referencia a las diferencias existentes o futuras que se les van a dar al Tribunal Arbitral. En la cláusula compromisoria, se pondrán a juicio todos y cada uno de los elementos del contrato sobre el cual se pactó dicha cláusula, es decir, únicamente se podrán someter a consideración del Tribunal asuntos contractuales. De otra parte, en el compromiso arbitral, las partes tienen la facultad de someter a consideración del Tribunal de Arbitramento cuestiones tanto contractuales como extracontractuales, lo importante, es que los conflictos se encuentren claramente delimitados dentro del compromiso.

Según nos lo refiere el Dr. Gil Echeverri en su manual practico del Nuevo Régimen de Arbitramento:

“(...) 1.3 El pacto arbitral puede revestir una de las dos modalidades, la cláusula compromisoria o el compromiso.

Mediante la cláusula compromisoria las partes acuerdan solucionar total o parcialmente eventuales diferencias que puedan suscitarse en relación con un contrato que hubieren celebrado. En este caso difieren en el proceso arbitral la solución de un litigio que llegare a surgir entre ellos (inciso 2º artículo 2º Decreto 2279 de 1989).

⁵¹ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia 17 de Junio de 1997 M.P. Carlos Esteban Jaramillo

La cláusula compromisoria tiene su fuente jurídica en un contrato con la finalidad de procurar solucionar eventuales litigios entre las partes que lo celebran. De consiguiente, no podrán someterse a la decisión de árbitros asuntos que no tengan vinculación alguna con dicho contrato. Esto quiere decir, que la cláusula compromisoria debe haberse pactado previamente a cualquier conflicto que surja entre los suscribientes del contrato que le da origen ya sea en el mismo contrato, ya en acto separado en el que se designen las partes y se determine el contrato.

Cuando en la cláusula compromisoria no se delimita su ámbito, es decir, no se precisa los litigios eventuales que se sometan a ella, debe entenderse que esta se extiende a cualquier conflicto que directa o indirectamente tenga relación con el contrato que le sirvió de fuente.

1.4. Por su parte, el compromiso se pacta con ocasión de un conflicto surgido entre dos o más personas sin importar que esto ocurra antes o después de iniciado el proceso judicial (inciso 3º artículo 2º del Decreto 2279 de 1989). Ello equivale a decir que se requiere la existencia de un litigio determinado, relacionado o no con un vínculo contractual, y que desde luego no es potencial o eventual a diferencia de lo que ocurre en el caso de la cláusula compromisoria, en la que se pacta acogerse a todo un procedimiento para la solución de un litigio eventual surgido de un contrato celebrado.(...)»⁵²

El tercer y último punto, es la delimitación del campo de acción, ya que será totalmente diferente si se pacta una cláusula compromisoria o un compromiso arbitral. En el primer caso, los árbitros, terceros habilitados por las partes, podrán intervenir respecto a todo el contenido del contrato sobre el cual

⁵² Consejo de Estado, Sala de Consultas y Servicio Civil. 24 de Junio 1996 C.P. Roberto Suárez.

estipularon dicha cláusula; por el contrario, si las partes celebran un compromiso arbitral, serán estas las que deben delimitar cual son las diferencias que deberán ser sometidas a juicio por parte del Tribunal, ya que este no podrá sobrepasar el marco delimitado previamente por los interesados pues desbordaría el principio de habilitación de las partes y los árbitros estarían asumiendo competencias que no les corresponden.

Respecto a este de tema de delimitación de la competencia arbitral, la Corte Suprema ha señalado:

“(…)El segundo grupo de causales incluye los supuestos en que los árbitros cumplen el encargo de modo insuficiente o ineficaz, lo que acontece primeramente en la hipótesis del laudo defectuoso por omisión decisoria que es irregular en cuanto signifique ejercicio incompleto de la potestad asumida, toda vez que no es de imaginarse conforme con la voluntad de las partes que una controversia planteada como una unidad integral desde un comienzo, sea juzgada en un sentido por los árbitros y en otro sentido opuesto por los funcionarios judiciales comunes con el pretexto de adicionar o corregir que es lo admitido por la ley; e igualmente son especies ubicables en esta segunda categoría los eventos de laudos que requieren ser corregidos por contener errores aritméticos, de laudos en que los árbitros, apartándose de las condiciones explícitas sobre el particular acordadas en el contrato de arbitraje por ellos concertado con los comprometentes, hacen de lado su obligación de resolver con arreglo a derecho para decidir en conciencia y, finalmente, de laudos que en lo dispositivo dan cuenta de proveimientos contradictorios en

*grado tal que se haga imposible la ejecución simultánea de todos ellos. (...)*⁵³

Finalmente, es evidente que existen más diferencias de las planteadas anteriormente, sin embargo son estas últimas las que enmarcan los principales contrastes de los cuales son parte dichas instituciones y establecen su naturaleza y razón de ser respectivamente para llegar a un mismo resultado, el origen del tribunal de Arbitramento.

⁵³ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia 21 de Febrero de 1996 M.P. Carlos Esteban Jaramillo

CAPITULO V

CONCLUSIONES

De esta manera y teniendo en cuenta el estudio anteriormente realizado se puede llegar a contestar la pregunta que enmarca este trabajo de grado, que consiste en descifrar la verdadera naturaleza jurídica del Arbitramento, partiendo de la base que existen varias teorías planteadas por los diferentes doctrinantes.

Si bien es cierto, el arbitramento como método alternativo de solución de conflictos, tiene su origen en las partes que son las que dan vida al trámite arbitral, también lo es entonces que surge de un acuerdo que ellas previamente o posterior al surgimiento de los conflictos pactan.

Es en este momento cuando se puede analizar específicamente la naturaleza jurídica del arbitramento como método alternativo de solución de conflictos, ya que a raíz del pacto celebrado entre las partes se puede afirmar que es de naturaleza contractual, puesto que es la voluntad de las partes la que origina el proceso arbitral en toda su esencia, como manifestación excelsa del principio de la autonomía de la voluntad contractual que le permite a los contratantes habilitar temporalmente a los jueces para que resuelvan sus diferencias.

Es claro entonces, que la naturaleza jurídica del arbitramento es absolutamente contractual por derivar de la voluntad recíproca de los contratantes; pero, ¿Qué razones existen para poder llegar a esa conclusión?

Se puede afirmar entonces, que el principio de habilitación de las partes es una de las causas directas que origina el proceso arbitral, es decir, que aquella manifestación de voluntad de querer dilucidar los inconvenientes originados o

futuros por medio de un Tribunal de Arbitramento y no por la justicia ordinaria, hace que se cause de manera automática el trámite arbitral, sin embargo, ¿Donde permanece plasmado el principio de habilitación de las partes?

Pues bien, es acá donde cobra fuerza el contrato⁵⁴ celebrado por las partes, ya que es en el contrato donde se refleja la voluntad de estas para que un tercero resuelva la controversia (presente o futura).

En este contexto, el contrato como fuente de las obligaciones es el origen del trámite arbitral, puesto que a través de este, surgen dos posibilidades para acudir al arbitraje, a saber la cláusula compromisoria y el compromiso. La cláusula compromisoria, como su nombre lo indica es una cláusula dentro del contrato principal, por medio del cual las partes habilitan a terceros para que en caso de conflictos sean competentes para decidir sobre el asunto y el compromiso arbitral, es un contrato accesorio al principal, a través del cual las partes aprueban mutuamente llevar las controversias suscitadas ante un Tribunal de Arbitramento compuesto por personas externas al contrato.

Así las cosas, no se puede dejar a un lado aquella teoría procesalista, que va de la mano con la teoría contractualista, debido a que si bien es cierto que el origen del trámite arbitral como tal es el contrato celebrado por las partes, también lo es entonces, que dicho trámite debe ceñirse a ciertas reglas procesales reguladas por nuestro ordenamiento jurídico, que son de obligatorio cumplimiento por su carácter imperativo dada su naturaleza de orden público.

⁵⁴ El artículo 1495 Código Civil Colombiano establece: *“Es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas”*.

El Artículo 864. Código de Comercio Colombiano: *“El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, y salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que éste reciba la aceptación de la propuesta. Se presumirá que el oferente ha recibido la aceptación cuando el destinatario pruebe la remisión de ella dentro de los términos fijados por los artículos 850 y 851.”*

Sobre este punto, ha sido reiterativa la jurisprudencia de la Corte Constitucional al señalar:

El sustento de la justicia arbitral es el acto voluntario y libre de los contratantes de acudir a los árbitros, como quiera que "el arbitramento tiene que partir de la base de que es la voluntad de las partes en conflicto, potencial o actual, la que habilita a los árbitros para actuar". Por consiguiente, la habilitación de los árbitros que realizan las partes contratantes, es un requisito constitucional imperativo sin el cual no es procedente la justicia arbitral. La justicia arbitral sólo está permitida constitucionalmente si está habilitada por las partes. Sin embargo, resulta equivocado deducir de esta premisa que el Legislador está impedido para regular el procedimiento que rige este tipo de mecanismos de solución de conflictos, pues si bien el acceso a la justicia arbitral es voluntario, la función de administración de justicia por árbitros deberá desarrollarse "en los términos que determine la ley". En este orden de ideas, el artículo 116 de la Carta debe interpretarse en armonía con el artículo 29 superior, según el cual toda persona tiene derecho a ser juzgado ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio", lo cual permite concluir que, en situaciones donde los particulares no acordaron procedimiento especial que los regule, le corresponde al Legislador fijar las formas procesales de cada juicio, lo que incluye, el proceso arbitral. Por consiguiente, si los árbitros ejercen la función pública de administrar justicia, es razonable que el Legislador configure el marco general y las directrices de la actuación arbitral, dentro del marco de la Constitución.⁵⁵

⁵⁵ Sentencia de la Corte Constitucional C- 163 de 1999 M.P. Alejandro Martínez

De conformidad con lo expuesto, es claro que para que el trámite arbitral tenga validez debe cumplir con el procedimiento establecido en el ordenamiento jurídico, sin embargo este requisito no es suficiente para afirmar que la naturaleza jurídica del arbitraje sea de carácter procesal, sino que simplemente es necesario que el arbitraje se ciña a las leyes procesales para que tenga plena validez jurídica y aún mas importante, para que existan garantías dentro del proceso.

En relación a la importancia del proceso como una fuente indirecta del trámite arbitral, la jurisprudencia de las altas cortes ha señalado:

Cuando la Constitución defiere a los particulares la función de administrar justicia en calidad de árbitros, les confía, como a todos los demás jueces, la solución de contenciones jurídicas entre las partes en concordancia con la Constitución y las leyes. De ahí que la institución arbitral en nuestro ordenamiento tenga el carácter de un proceso, que garantiza los derechos de las partes enfrentadas disponiendo de una serie de etapas y oportunidades para la discusión de los argumentos, la valoración de las pruebas aportadas y, aun, la propia revisión de los pronunciamientos hechos por los árbitros. El arbitramento es un verdadero procedimiento judicial -en sentido material- y, como tal, está sometido en todas sus etapas a la estricta aplicación de las normas que regulan este tipo de actuaciones tanto desde el punto de vista formal como material. Se trata de un mecanismo en el que han de aplicarse con rigor las garantías del debido proceso aplicables a toda actuación judicial, pues de nada sirve la inclusión de mecanismos de solución de litigios, adicionales y alternativos al sistema ordinario contemplado en la legislación,

si su aplicación se traduce en el desconocimiento de derechos constitucionales fundamentales.

De esta manera la naturaleza jurídica del arbitramento es de naturaleza eminentemente contractual debido a su origen, ya que en el momento en que las partes, a través del contrato, plasman su voluntad de someter las diferencias a la decisión de un tercero, dan origen al arbitramento como método alternativo de solución de conflictos. Sin embargo, cuando afirmamos que la naturaleza jurídica del arbitramento es eminentemente contractual debido a su origen, debemos contemplar una excepción a esta afirmación, ya que como es bien sabido, existe un proceso arbitral en material laboral, cuyo origen no proviene de las partes que han firmado el contrato, sino de una norma que remite algunos conflictos laborales específicos a un proceso arbitral, proceso que puede llegar a ser opcional para las partes.

No existe, de igual manera, algún tipo de norma que obligue directa o indirectamente a las partes para que habiliten a terceros para que solucionen los controversias jurídicas presentadas y mucho menos, existe una norma de carácter imperativo que deje a un lado la justicia ordinaria para hacer prevalecer y favorecer el trámite arbitral, de esta manera, no es preciso afirmar que la naturaleza jurídica del arbitramento es procesal, mucho menos al considerar que el principio de habilitación de las partes es el momento clave para poder disponer de una justicia auxiliar, como lo es el Arbitramento.

BIBLIOGRAFIA

- JULIO BENETTI SALGAR, *El Arbitraje en el Derecho Colombiano*, Editorial Temis 1994.
- ROQUE J. CAIVANO, *Arbitraje*, Villela Editor 2000.
- Chillón Medina, José María- Merino Merchán José Fernando. Tratado de arbitraje privado interno e internacional. Editorial Civitas S.A. Madrid 1991.
- Colección Métodos Alternos para la Solución de Controversias. El arbitraje la alternativa actual. Cámara de Comercio de Bogotá.
- Gil Echeverri, Jorge Hernán. Nuevo Régimen de Arbitramento Manual Práctico. Cámara de Comercio de Bogotá. Tercera Edición.
- Oppetit, Bruno. Teoría del Arbitraje. Traducido por Eduardo Silva Romero, Fabricio Mantilla Espinoza y José Joaquín Caicedo. Presses Universitaires de France. Editorial Legis 2006.
- Constitución Política Colombiana
- Ley 28 de 1931
- Ley 446 de 1998
- Decreto 1818 de 1998
- Código de Comercio Colombiano.
- Código Civil Colombiano.
- Sentencia de la Corte Constitucional C-242 DE 1997, M.P. Hernando Herrera.
- Sentencia de la Corte Constitucional C-1436 DE 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.
- Sentencia de la Corte Constitucional C-163 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

- Sentencia de la Corte Constitucional C-249 de 1995, M.P. Jorge Arango Mejía.
- Sentencia de la Corte Constitucional T-121 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- Sentencia de la Corte Constitucional en sentencia T-1436 de 2000 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.
- Sentencia de la Corte Constitucional C-163 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Sentencia de la Corte Constitucional C-431 de 1995, M.P. Hernando Herrera Vergara.
- Sentencia de la Corte Constitucional C-1038 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.
- Sentencia de la Corte Constitucional T-057 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sentencia de Corte Constitucional C-294 de 1995 M.P. Dr. Jorge Arango Mejía.
- Sentencia de la Corte Constitucional C-330 de 2000 M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.
- Sentencia de la Corte Constitucional T-1224 de 2008 M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Sentencia de la Corte Constitucional T-1201 de 2005 M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.
- Sentencia de la Corte Constitucional SU-174 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Sentencia de la Corte Constitucional T-121 de 2002 M. P. Jaime Córdoba Triviño.
- Sentencia de la Corte Constitucional C-330 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- Sentencia de la Corte Constitucional C-098 de 2001, M.P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez.
- Sentencia de la Corte Constitucional SU-174 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

- Sentencia de la Corte Constitucional C-242 de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara.
- Sentencia de la Corte Constitucional C-294 de 1995, M.P. Jorge Arango Mejía.
- Sentencia de la Corte Constitucional C-226 de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Sentencia de la Corte Constitucional C-330 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- Sentencia de la Corte Constitucional C-058 de 2009 M.P. Jaime Araujo Renteria.
- Sentencia de la Corte Constitucional T-057 de 1995 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sentencia de la Corte Constitucional C-662 de 2004 M.P. Rodrigo Uprimny Yépez.
- Sentencia de la Corte Constitucional C-347 de 1997 M.P. Jorge Arango Mejia.
- Sentencia de la Corte Constitucional C- 163 de 1999 M.P. Alejandro Martínez
- Sentencia de la Corte Suprema de Justicia 17 de Junio de 1997 M.P. Carlos Esteban Jaramillo.
- Sentencia de la Corte Suprema de Justicia 21 de Febrero de 1996 M.P. Carlos Esteban Jaramillo.
- Sentencia de la Corte Suprema de Justicia 10 de Octubre de 2007 M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar.
- Consejo de Estado, Sala de Consultas y Servicio Civil. 24 de Junio 1996 C.P. Roberto Suárez.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera. 13 de Mayo de 2009. M.P. Myriam Guerrero Escobar.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera. 28 de Enero de 2009. M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

- Laudo Arbitral ALSTOM BRASIL LTDA SUCURSAL COLOMBIA CONTRA COMPAÑÍA SURAMERICANA DE SEGUROS S.A. 14 de Septiembre de 2006.
- Proyecto de ley *“POR MEDIO DE LA CUAL SE DICTAN NORMAS SOBRE EL ARBITRAJE NACIONAL E INTERNACIONAL Y SE DEROGAN ALGUNAS DISPOSICIONES”*. 20 Julio de 2008.
- http://www.conciliacion.gov.co/paginas_detalle.aspx?idp=42
- <http://www.ccneiva.org/index.php?objeto=arbimodelo>
- http://www.dmsjuridica.com/JURISPRUDENCIA/CONSEJO_DE_ESTADO/docs/SALA_DE_CONSULTA/1996/CE-SC-RAD1996-N838%20.doc

