



Revista Estudios Socio-Jurídicos
ISSN: 0124-0579
ISSN: 2145-4531
esj@urosario.edu.co
Universidad del Rosario
Colombia

Bahamón Oviedo, Alex

Baseball arbitration desde una perspectiva contractual

Revista Estudios Socio-Jurídicos, vol. 22, núm. 2, 2020, Julio-, pp. 1-32

Universidad del Rosario

Colombia

DOI: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.8000>

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=73363708001>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org
UAEM

Sistema de Información Científica Redalyc
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

***Baseball arbitration* desde una perspectiva contractual**

Baseball Arbitration from a Contractual Perspective

Baseball arbitration desde uma perspectiva contratual

ALEX BAHAMÓN OVIEDO*

FECHA DE RECEPCIÓN: 13 DE JUNIO DE 2019. FECHA DE APROBACIÓN: 21 DE OCTUBRE DE 2019

Doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.8000>

Para citar: Bahamón Oviedo, A. (2020). *Baseball arbitration* desde una perspectiva contractual. *Estudios Socio-jurídicos*, 22(2), 1-32. Doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.8000>

RESUMEN

El *baseball arbitration* es un mecanismo alternativo de solución de conflictos que permite una solución pronta y económica de los conflictos, la cual, además, favorece la conservación de la relación subyacente, porque obliga a las partes a ser moderadas. No obstante, su implementación en Colombia aún no se ha logrado, dado que no se puede hacer como arbitraje ni como amigable composición. Por esto, en este artículo se propone un mecanismo de implementación en el país desde una perspectiva meramente contractual, a través del contrato de mandato, de transacción y de otras instituciones jurídicas nacionales.

Palabras clave: *baseball arbitration*, arbitraje nacional, contrato de mandato, contrato de transacción, mecanismos alternativos de solución de conflictos, análisis económico del derecho.

ABSTRACT

Baseball arbitration is an alternative dispute resolution mechanism that allows a quick and economic solution of conflicts that, in addition, favors the conservation of the underlying relationship, because it forces the parties to be moderate. However, its implementation in Colombia has not yet been achieved, due to it cannot be done as arbitration or as amicable resolution dispute. Therefore, this article proposes an implementation structure in the country from an entirely contractual perspective, through the mandate, settlement agreement and other national legal institutions.

Keywords: *Baseball arbitration*, national arbitration, mandate contract, settlement agreement, alternative dispute resolution mechanisms, law and economics.

* Estudiante de último semestre de Derecho de la Universidad de los Andes; actualmente se desempeña como investigador de la Clínica Jurídica de Medio Ambiente y Salud Pública de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes (Bogotá, Colombia). Correo electrónico: ah.bahamon10@uniandes.edu.co. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4461-3311>

RESUMO

O *baseball arbitration* é um mecanismo alternativo de solução de conflitos que permite uma solução rápida e econômica dos conflitos que, para além, favorece a conservação da relação subjacente, porque obriga às partes a ser moderadas. No entanto, sua implementação na Colômbia ainda não se tem conseguido, devido a que não se pode fazer como arbitragem nem como amigável composição. Por isto, neste artigo, propõe-se um mecanismo de implementação no país desde uma perspetiva meramente contratual, através do contrato de mandato, de transição e de outras instituições jurídicas nacionais.

Palavras-chave: baseball arbitration, arbitragem nacional, contrato de mandato, contrato de transação, mecanismos alternativos de solução de conflitos, análise econômica do direito.

Introducción

La situación de la justicia en el país exige que se dé un uso mayor a los mecanismos alternativos de solución de conflictos, ya que esta puede ocasionar que un proceso en la jurisdicción ordinaria tarde hasta 1448 días; e, incluso, los procesos ejecutivos pueden tardar hasta 1723 días (Clavijo, 2011). De acuerdo con el índice de cumplimiento de contratos de Doing Business del Banco Mundial,¹ en Colombia un proceso cuesta el 45,8 % de la cantidad demandada, tarda 1288 días en llegar el pago desde que se toma la decisión de demandar y se ubica en el puesto 177 de los 190 países que evalúa. Esto, sin duda, genera un daño enorme al país, pues proteger los derechos o hacer cumplir los contratos se torna muy costoso y tormentoso.

En este sentido, el panorama de la justicia en el país tiene efectos directos en el sector privado y en los negocios que se puedan llevar en él. Así, los conflictos jurídicos que surgen de los negocios se solucionan por medios litigiosos y heterocompositivos, lo que quiere decir que se llega a una solución a través de un tercero, ajeno al negocio original, que dicta una decisión obligatoria para las partes del conflicto (Brando, 2016), por lo que pueden escoger la justicia pública de cada Estado o la justicia privada por medio del arbitramento.

De tal forma, para facilitar el acceso a la justicia se han otorgado facultades de impartir justicia a particulares, como a través del arbitraje, y a entidades del gobierno, como las superintendencias en las materias que les competen. Esto ha permitido una mayor agilidad de ciertas materias en asuntos justiciables, con las limitaciones propias que impone la ley. Aunque, en el caso del arbitraje, este suele ser costoso para la mayoría de los ciudadanos.

Por otro lado, el Fallo C-165 de 2019 de la Corte Constitucional limitó las facultades probatorias de las superintendencias, al someter algunas de sus actuaciones, como la interceptación de comunicaciones o registros, a la necesidad de obtener una orden judicial previa. Entonces,

¹ Puede consultarse en: Banco Mundial. (2018). *Cumplimiento de contratos*. Recuperado de <http://espanol.doingbusiness.org/es/data/exploretopics/enforcing-contracts>

nos encontramos que las otras opciones de justicia tienen barreras de acceso y de ejecución difíciles de sortear.

Ante este panorama tan complejo, surge la propuesta de realizar el estudio de un mecanismo alternativo de solución de conflictos que se llama arbitraje de última oferta o *baseball arbitration, final-offer arbitration* (FOA) o *last offer arbitration*. Este ya ha sido sujeto de estudio por parte de otro académico en el país. En esta ocasión, Carlos Gustavo Perdomo (2015) llevó a cabo un estudio del arbitraje de última oferta, donde evaluaba la posibilidad de implementarlo en el país bajo la normatividad del arbitraje en Colombia. En este trabajo, el autor expuso la figura del *baseball arbitration* y frente a la posibilidad de implementarlo en Colombia concluyó que se podía hacer en virtud de la libertad de procedimiento de la Ley 1563 de 2012; que el fallo de este arbitraje sea en equidad para sortear la dificultad de la obligación constitucional de motivar los fallos y la falta de obligatoriedad constitucional de que exista segunda instancia (Perdomo, 2015).²

No obstante, el Ministerio de Justicia en Oficio 16-0027478-dma-2100 de 7 de octubre de 2016 definió que no era posible la implementación de este tipo de arbitraje de acuerdo con la normativa colombiana. Según la entidad, el arbitraje de última oferta viola preceptos constitucionales y legales del arbitraje, así como de la forma en la cual debe impartirse justicia. Por un lado, señala que es necesario que la motivación de un laudo provenga del árbitro, la cual debe respetar el principio de imparcialidad del juez o árbitro, al igual que el derecho de defensa y de contradicción en los procesos heterocompositivos. Por otro lado, indica que los centros de arbitraje del país no pueden realizar este tipo de arbitraje, pues el arbitraje de última oferta viola preceptos constitucionales y legales sobre la forma de impartir justicia. De este modo, el Ministerio de Justicia descarta completamente la posibilidad de hacer arbitrajes de última oferta institucionales y, en sentido formal, a través de árbitros para producir laudos.

² Este autor también propuso los elementos que debería contener un proyecto de ley para la implementación del arbitraje de última oferta en Colombia (Perdomo, 2016), que puede ser consultado en: https://biblioteca.uniandes.edu.co/visor_de_tesis/web/?SessionID=L1Rlc2IzMjAxNjk5LzkzNDMucGRm

Por este motivo, en este trabajo se propone una perspectiva distinta para el aterrizaje del arbitraje de última oferta en el país, ya que se estudiará como producto de un andamiaje contractual que resulte en un contrato de transacción. Esto se propone como una forma más accesible para usar este mecanismo de solución de conflictos sin incurrir en los costos que representaría acudir a un arbitraje en un centro de arbitraje, como lo propone Perdomo (2015), y tomando como fuente la libertad contractual del derecho de los contratos colombianos, que permite escapar de la opinión expuesta por el Ministerio de Justicia. La finalidad última del estudio de esta propuesta es democratizar este mecanismo alternativo de solución de conflictos. De tal forma, este texto se dividirá de la siguiente manera: i) revisión de la literatura del análisis económico del derecho alrededor de este mecanismo de solución de conflictos para entender la figura y sus elementos; ii) luego se formulará la propuesta del funcionamiento del *baseball arbitration* bajo la perspectiva contractual en Colombia; iii) se explicará cómo esta propuesta es posible a través del contrato de transacción, de mandato y de la conformación de un título ejecutivo complejo; iv) se hará la distinción entre esta propuesta y la amigable composición; v) y se concluirá brevemente.

Análisis económico del derecho del *baseball arbitration*

El arbitraje de última oferta (en adelante FOA, por su sigla en inglés) o *baseball arbitration* es un mecanismo de solución de conflictos a través del cual se limita al árbitro a escoger entre la última oferta hecha por alguna de las partes involucradas en un procedimiento arbitral (Tulis, 2010). Este tipo de arbitraje genera que las partes ofrezcan opciones más razonables con respecto a su contraparte, lo que aumenta las probabilidades de que las partes lleguen a un acuerdo (Çelen & Özgür, 2018). De tal forma, el arbitraje de última oferta es un estilo de arbitraje que obliga a las partes a realizar ofertas en las que son más conscientes sobre las necesidades y reclamos de sus adversarios, pues solo a través de una oferta razonable tienen probabilidades de que el árbitro escoja su propuesta de solución al conflicto.

Este tipo de arbitraje es bien conocido en el área de las disputas salariales dentro de las Ligas Mayores de Béisbol (o MLB, por su sigla en inglés) de Estados Unidos (de ahí el nombre de *baseball arbitration*), y también se emplea en la Liga Nacional de Hockey del mismo país (Tulis, 2010). En la MLB este procedimiento ha sido exitoso, pues cuando se solicita este arbitraje, por lo general los resultados se obtienen en las negociaciones y suelen ser favorables para los interesados. En la Liga Mayor los jugadores son contratados por los equipos durante seis años, en los que no pueden buscar otro equipo. Al término de los tres años pueden solicitar arbitraje para reajustar su salario, conforme con los criterios del contrato (Tulis, 2010). Esto se instauró como un mecanismo de protección a los jugadores de las cláusulas de reserva de los equipos en 1974 (Tulis, 2010).

En consecuencia, los resultados en 2009 de este procedimiento es que la mitad de los jugadores que solicitaron usar este procedimiento obtuvieron mejoras en sus salarios por varios años, en vez de que fuera solo por un año, como suele celebrarse (Tulis, 2010). Muchos de los procedimientos arbitrales no se culminaron, dado que las partes llegaron a acuerdos durante las negociaciones. En palabras del autor: "Only three players went through arbitration in 2009, as opposed to the 108 players who settled. This is consistent with the settlement rates of the last few years. In 2008, 110 players filed for arbitration and only eight entered into arbitration proceedings. In 2007, seven players went through arbitration while 158 players filed" (p. 91).

De acuerdo con esto, se encuentra: primero, la capacidad de este arbitraje para fomentar acuerdos durante las negociaciones previas; y, segundo, los acuerdos que se obtienen suelen ser mucho más favorables para las partes que si se partieran a la mitad sus diferencias, como ocurre con el arbitraje tradicional.

En tal sentido, en esta sección se explicará el funcionamiento de este estilo de arbitraje, luego se expondrán algunos debates alrededor de las ventajas y desventajas sobre el procedimiento, y se justificará cuáles son los dos principales problemas del arbitraje tradicional que el *baseball arbitration* intenta solucionar.

Elementos del arbitraje de oferta final

Para Perdomo (2015), los elementos del arbitraje de última oferta son:

- a) *Selección del árbitro.* Lo fundamental es que sea un número impar para evitar parálisis. Para determinar el número de árbitros, es necesario atender al monto de la cuantía, la complejidad del caso y a la necesidad de disminuir la incertidumbre por la subjetividad del árbitro.
- b) *Formulación de la oferta.* La oferta puede englobar todos los asuntos del litigio (*full package*) o puede ser por cada asunto sometido en consideración (*issue-by-issue*). Si se somete cada punto individualmente, es posible que una parte gane unos y otros, la otra.
- c) *Modificabilidad de la oferta.* La oferta debe ser última e inmodificable, pero puede pactarse que, luego de la exposición probatoria, cada parte pueda presentar una segunda oferta.
- d) *Criterio de selección de oferta por parte del árbitro.* Cualquier criterio puede pactarse y bajo cualquier jerarquía, pero para mantener los incentivos es necesario incluir al menos: i) razonabilidad, ii) la ley aplicable y iii) los términos del contrato.³

Así pues, estos elementos son completamente disponibles por las partes, pues pueden alterarlos o decidir de acuerdo con sus intereses.

En consecuencia, una vez se explicaron los elementos del arbitraje de última oferta, lo cual facilitará la comprensión de las siguientes secciones, se justificarán sus ventajas.

Efecto escalofrío

De esta forma, esta opción de arbitraje surge como alternativa ante las críticas del arbitraje convencional. En principio, muchos críticos del arbitraje convencional argumentan que en estos procedimientos lo que

³ Resulta contradictorio que Perdomo (2015) plantea que la decisión del árbitro debe ser en equidad, pero establezca la ley como criterio fundamental para adjudicar el derecho en la decisión.

se hace es la división de la diferencia entre las pretensiones de cada parte. Esto produce que las negociaciones no se lleven de buena fe, puesto que se provoca que, si las partes creen que el árbitro dividirá a la mitad las diferencias, las partes optarán por aumentar sus diferencias para que la decisión se encuentre en un punto más próximo a sus intereses, lo que se conoce como el efecto escalofrío o *chilling effect* (Tulis, 2010). De este modo, este efecto del arbitraje convencional frustra cualquier posibilidad de lograr un acuerdo prearbitral.

En contraste, el arbitraje de última oferta genera el efecto contrario, pues obliga a las partes a ser más moderadas. Esto se debe a que cuando la discreción del árbitro está limitada a escoger entre la más razonable de dos ofertas finales, cada parte puede preocuparse de que, si su oferta es muy favorable a sus intereses, no resulte elegida por el árbitro y, por el contrario, se escoja la de su contraparte (Çelen & Özgür, 2018). Así pues, este temor ocasiona que las partes presenten una oferta equidistante entre los intereses propios y de la contraparte. Esto resulta mucho más eficiente que el arbitraje tradicional, ya que las partes se evitan todo el trámite del procedimiento arbitral, y, en cambio, tienen una solución negociada al conflicto.

En este punto es importante tener en cuenta que esta eficiencia es objeto de discusión dentro de la literatura del análisis económico de la figura. Recién Stevens (1966) propuso este tipo de arbitraje fue muy alabada la idea (Zack, 1974), pero con el tiempo ese ánimo se ha reducido, pues se han reconocido algunas falencias (Tijmes-Ihl, 2015). Dentro de estas falencias se destaca que en estos procedimientos su desarrollo depende del nivel de aversión al riesgo de las partes, dado que si una es muy aversa al riesgo, evitará llegar al arbitraje, así que intentará solucionar la desavenencia a través de una negociación (Çelen & Özgür, 2018).

Aunque esta falencia puede ser precisamente una ventaja según el caso que se estudie, pues el propósito de un arbitraje es generar un efecto disuasorio entre las partes, ya que se busca que haya una solución negociada (Tijmes-Ihl, 2015), como se estudió en el caso de la MLB. Por ejemplo, en un estudio empírico sobre el impacto del *baseball arbitration*

en el sector eléctrico chileno,⁴ se concluyó que “[...] si consideramos que uno de los objetivos para que la legislación eléctrica chilena introdujera el panel de expertos era incentivar a que las propias partes negociaran hasta resolver sus discrepancias [...]”, por lo menos desde un punto de vista teórico fue acertada la elección del procedimiento arbitral de oferta definitiva” (Tijmes-Ihl, 2015, p. 95).

Así que dentro de algunos estudios se ha resaltado que el efecto disuasorio del arbitraje de última oferta puede llegar a ser una ventaja, aun cuando haya otros autores que lo señalen como negativo.

En este sentido, la eficiencia que se deriva del FOA puede llegar a ser altamente valiosa, puesto que evita una serie de costos y expensas para las partes que ocurrirían en un arbitraje convencional. Esto se debe a que para este tipo de arbitraje se requiere de un estilo particular de representación legal, no se precisa mucha evidencia ni tampoco de sofisticación mayor, los contraargumentos son cortos, entre otros asuntos que se ahorran al negociar el acuerdo (Deck & Farmer, 2009). Adicionalmente, si las partes deciden acudir a un tribunal de arbitramento o a un tribunal ordinario, sus costos serán excesivos por cuenta de las cargas procesales (Deck & Farmer, 2009). En consecuencia, existen incentivos económicos efectivos para acudir al FOA, pues permite evitar un tribunal arbitral convencional o un juicio ordinario.

Efecto narcótico o adictivo del arbitraje convencional

Otro asunto relevante que el arbitraje de última oferta soluciona con respecto al arbitraje tradicional es la existencia de lo que los teóricos han denominado “efecto narcótico”. Este consiste en que el arbitraje convencional constituye una liberación fácil de tener que lidiar por su propia cuenta una negociación (Flores Borda, 2012). En palabras de un autor: “Muchos investigadores de relaciones industriales han expresado su preocupación de que el uso del arbitraje esté asociado con el crecimiento de la dependencia en la intervención arbitral y un quiebre en

⁴ En Chile, las disposiciones laborales en empleos públicos que involucran la prestación del servicio de luz (Ley 19940) obligan a que los conflictos se solucionen por medio de este tipo de arbitraje a través de un panel de expertos, quienes fungen como árbitros (Tijmes-Ihl, 2015).

la capacidad de las partes para negociar un acuerdo. Este problema ha sido denominado el efecto ‘narcótico’ o ‘adictivo’ del arbitraje” (Flores Borda, 2012, p. 17).

De esta forma, las partes pueden renunciar a su capacidad negocial para dejarle la decisión a un tercero que, al fin y al cabo, siempre fallará en un punto medio para los intereses encontrados. Esto afecta la voluntad de concesión, lo cual impide las negociaciones y genera exacerbación del comportamiento antagónico, pues no buscan una solución común y justa, sino individualmente favorable (Flores Borda, 2012). Por esto, para individuos involucrados en un conflicto puede parecer más fácil dejarle la solución a un tercero que negociar por propia cuenta.

Así pues, el arbitraje de última oferta fomenta la negociación autónoma de las partes, dado que genera un fuerte efecto disuasorio y obliga a las partes a pensar en su opositor. Este efecto disuasorio se debe a que el arbitraje de última oferta genera riesgos, pues se encuentran con incertidumbre en el procedimiento, ya que las partes se someten a solo dos posibles soluciones y al final dependen del criterio del árbitro,⁵ lo cual, en individuos aversos al riesgo, esto representa un incentivo considerable para no llegar a esa instancia, como en efecto suele ocurrir en los casos de la MLB.

En consecuencia, en un contexto como el colombiano, en donde hay bajos índices de soluciones extrajudiciales,⁶ es posible que haya una fuerte adicción o dependencia a la solución por parte de terceros. Esto, sin duda, podría dificultar la implementación del FOA en el país, a lo que se le suma la posible existencia de una aversión alta al riesgo generada por el FOA; aunque ya hay casos en países de la región donde

⁵ Al respecto, un autor expone: “El arbitraje de oferta final crearía en las partes dos tipos de incertidumbre que genera en ellas incentivos negativos para maximizar sus ofertas e incentivos positivos para moderarlas: i) Incertidumbre respecto del concepto de ‘laudo justo’ del árbitro o tribunal arbitral, dado que las partes no tienen capacidad de conocer de antemano cómo éste es generado. ii) Incertidumbre respecto del laudo arbitral, dado que cada parte entiende que éste no sólo depende de la moderación de su propia oferta, sino también del concepto de ‘laudo justo’ del árbitro o tribunal y del nivel de moderación de la oferta de la contraparte, que no puede conocer” (Flores Borda, 2012, p. 23).

⁶ En Colombia, de acuerdo con el Ministerio de Justicia y del Derecho (2017), solo el 28% de las disputas se solucionó por mecanismos extrajudiciales. En Latinoamericana, según la Organización de los Estados Americanos (2011), únicamente el 20% de los conflictos se resuelven extrajudicialmente.

la implementación de este arbitraje ha tenido buenos resultados, como en el caso chileno que se estudió.

Ahora, se evaluará la posibilidad de construir un andamiaje contractual y con herramientas jurídicas que permita usar esta misma figura sin remitirse a árbitros, propiamente dichos, o a un centro de arbitraje. Primero, se explicará el funcionamiento de un trámite de *baseball arbitration*, para luego explicar cómo este es posible a través del contrato de transacción, de mandato y de la conformación de un título ejecutivo complejo; se hará la distinción entre esta propuesta y la amigable composición; y se cerrará con algunas conclusiones.

Baseball arbitration a través de las instituciones jurídicas colombianas

En principio, la autonomía de la voluntad es la fuente de la estructura que se propone a continuación para realizar arbitrajes de última oferta. Así pues, la propuesta para articular este mecanismo de solución de conflictos a través del contrato de transacción es el siguiente: i) las partes involucradas en el conflicto pactan un contrato de transacción en el cual las condiciones recíprocas quedan pendientes por definir, pero se obligan a aceptar las concesiones recíprocas que el intercesor decida; ii) la definición de estas se hará por medio de un tercero imparcial, que se puede denominar ‘intercesor’, el cual puede ser alguna superintendencia, un particular o un grupo de particulares que escojan las partes; iii) así, el intercesor recibirá las ofertas de arreglo proveniente de las partes donde constan las concesiones recíprocas y definirá cuál es la mejor oferta para presentarla como solución; iv) las partes acogen esta de forma inmediata, en virtud del contrato. Se procederá a explicar cada uno de los elementos de este negocio jurídico:

Definir el contrato de transacción sin las concesiones recíprocas

En este punto, las partes celebrarán el contrato de transacción, donde se dejará expresamente pactado que estas se obligan a adoptar las concesiones recíprocas que surjan en virtud de la decisión del tercero

imparcial. Esta obligación se deberá pactar de forma que sea clara, expresa y exigible, para que se conforme un título ejecutivo compuesto con la oferta que se haya adoptado, conforme con el Código General del Proceso (CGP).

Esta etapa es la más importante, pues requiere que se defina claramente cuál será el procedimiento que seguirán las partes para el ejercicio de este mecanismo alternativo de solución de conflictos, ante la falta de normas supletivas. Aun así, pueden ceder ante el ‘efecto narcótico’, al menos cortamente, para otorgarle el poder de decisión al intercesor en los asuntos que no se pacten en el contrato de transacción.

Intercesor

La función de este individuo, entidad o grupo de individuos deviene en fungir como el árbitro del *baseball arbitration* tradicional, en donde debe recibir las ofertas de arreglo de las partes y decidir con base en los criterios expuestos previamente de: i) razonabilidad, ii) leyes aplicables y iii) términos del contrato, de acuerdo con la jerarquía que las partes pacten. Ante el silencio de las partes sobre las leyes aplicables, el intercesor podría negociar con estas la ley sustancial o acoger la mejor propuesta con mejores arreglos legales que permitan solucionar cualquier inconveniente por conflicto de leyes cuando se necesite ejecutar el contrato de transacción.

Representación del intercesor de ambas partes

Podría explorarse la opción de que el intercesor obre como mandatario de ambas partes, bajo un poder especial, voluntario y suficiente, otorgado por estas, para que gestione la solución que considere más adecuada para el conflicto, creando así una transacción entre las partes proveniente de ellas mismas, pues la representación son actos unilaterales de estas hacia el intercesor y porque las ofertas las presentan las partes. Esto es necesario por motivos prácticos, pues, para que la decisión del intercesor pueda vincular a las partes, el intercesor debe obrar en nombre y en representación de estas. En caso contrario, se dificultaría que la decisión del intercesor pueda ejecutarse en virtud de

un proceso ejecutivo, ya que para que esto ocurra es necesario que el título ejecutivo provenga del deudor (CCP, art. 422), y la decisión del intercesor sería a nombre propio.

Superintendencias como intercesores

La opción de que sean las superintendencias las que funjan como intercesores no es arbitraria. Esto se presenta en virtud del precedente que existe en 2004 de la Superintendencia de Sociedades, donde esta entidad fungió como un tercero imparcial en la ejecución de una operación de ‘martillo’ privada, en la cual unos socios de Leonisa adquirieron el resto de la sociedad con esta operación, como un mecanismo alternativo de solución de este conflicto (Ramírez, 2005). De este modo, es claro que estas entidades pueden realizar este tipo de operaciones, además por cuanto no existe prohibición expresa en la ley.

Decisión del intercesor

Luego de que el intercesor o los intercesores reciban las ofertas de las partes como arreglo al conflicto en cuestión, el intercesor podrá decidir por la que considere mejor de acuerdo con los términos y criterios que le han sido fijados en el contrato de transacción. Este proceso podrá realizarse en reunión donde se expliquen los motivos de la decisión, aunque ya las partes se encuentren obligadas a aceptar la oferta que decida el intercesor.

En caso de que el intercesor considere que no se puede adoptar ninguna de las propuestas, con base en los criterios que le fueron especificados, podrá solicitar pruebas y nueva reunión, si el contrato de transacción se lo permite. Luego de esto, las partes podrán insistir en su oferta o presentar una nueva.

Adopción de la solución por parte de las partes

Después de que se surta todo el trámite, las partes estarán obligadas a aceptar la fórmula de arreglo del intercesor. En caso de que alguna lo objete, se podrá exigir la ejecución de las obligaciones que establezca

la fórmula de arreglo a través de un proceso ejecutivo, donde el título ejecutivo es complejo, pues consta del contrato de transacción, la decisión del intercesor y las estipulaciones recíprocas adoptadas por esta decisión. En este punto es necesario evaluar que el intercesor pueda obrar como mandatario de ambas partes, así se haría más sencilla la ejecución de su decisión.

Estudio de las instituciones legales colombianas que permiten el *baseball arbitration*

El contrato de transacción en Colombia

El contrato de transacción es el más importante en esta propuesta, dado que es el que constituye todo el marco sobre el cual se llevará a cabo el trámite del *baseball arbitration*, lo que implica que definirá las etapas, los criterios de selección de las ofertas, pues es el origen del contrato de mandato donde se estipulan los poderes y las facultades del intercesor. Por esto, será el primero en ser objeto de estudio.

Así pues, este contrato existe desde el derecho romano, donde se le conocía como el acto en virtud del cual las diferencias litigiosas que llegarán a presentarse podían terminarse anticipadamente sin esperar decisión judicial a través de la renuncia recíproca de intereses (Bonivento, 2017).

Conforme a esto, la legislación colombiana ha adoptado esta posición sobre este tipo contractual. El artículo 2469 del Código Civil establece que “la transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual”. Así es como se recoge esta institución de origen romano en nuestro ordenamiento, lo cual puede representar el dicho popular de “es preferible un mal arreglo que un buen pleito” (Bonivento, 2017, p. 137). De tal forma, la transacción busca ahorrarse pleitos largos y dispendiosos, **pues los efectos de esta son los de cosa juzgada en última instancia** (Código Civil, art. 2483). Es importante anotar que la transacción no está reglada en el Código de Comercio, por lo tanto, aplican las normas civiles por la remisión del artículo 822 del Código de Comercio.

I. Los tres elementos de la esencia del contrato

De tal forma, el desarrollo de la jurisprudencia y doctrina alrededor de este contrato es relevante para el estudio. En principio, el primer aporte de la jurisprudencia a este contrato consiste en la crítica a la redacción de la norma, puesto que excluye uno de los tres elementos esenciales de la transacción a nivel internacional. Los elementos esenciales que constan en la ley son: i) la existencia de un derecho que se disputa judicialmente o que podría serlo; y ii) la intención de las partes de superar el litigio futuro sin necesidad de decisión judicial (Bonivento, 2017). Así pues, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha afirmado:

En varias ocasiones la Corte ha sentado la doctrina de que son tres los elementos específicos de la transacción, a saber: primero, la existencia de un derecho dudoso o de una relación jurídica incierta, aunque no esté en litigio; segundo, la voluntad o intención de las partes de mudar la relación jurídica dudosa por otra relación cierta y firme; **tercero, la eliminación convencional de la incertidumbre mediante concesiones recíprocas** (Cas. Civil, diciembre 12 de 1938, XLVII, 479-480; Cas. junio 6 de 1939, XLVIII, 268). Teniendo en cuenta estos elementos se ha definido con mayor exactitud la transacción expresando que es la convención en que las partes, sacrificando parcialmente sus pretensiones, ponen término en forma extrajudicial a un litigio pendiente o precavan un litigio eventual (CSJ, Sala de Casación Civil, M. P.: Enrique López de la Pava, 6 de mayo de 1966, negrilla fuera del texto).

De esta manera, tanto la doctrina como la jurisprudencia han coincidido en la importancia de este tercer elemento. Al respecto, la doctrina ha expresado que sin este tercer elemento de las concesiones recíprocas no sería posible diferenciar la transacción de cualquier otra renuncia de derechos. En palabras de un doctrinante: “Simplemente se tiene que admitir que es de su esencia (las concesiones recíprocas) porque si las partes no procuran concesiones o sacrificios, sino solo beneficios, no se puede sostener que se está frente a una transacción, sino que se gira en el ámbito de un negocio jurídico distinto, como la simple renuncia a un derecho, la remisión, el allanamiento a la demanda o cualquier forma innominada” (Bonivento, 2017, p. 138).

Así pues, luego de clarificar los elementos de la esencia del contrato de transacción, es preciso explicar las especies de este negocio jurídico. En esta medida, existen dos categorías de transacción: i) judicial o ii) extrajudicial. La primera surge para terminar un litigio, en cuyo caso deberá dirigirse escrito al juez que consigne esta voluntad, de acuerdo con los términos del artículo 312 del Código General del Proceso. Por el otro lado, la extrajudicial precae un litigio o por producir efectos fuera del proceso.

II. Las características del contrato de transacción

Es preciso realizar ciertas precisiones sobre el contrato de transacción:

- a) Es consensual. Esto se debe porque se perfecciona con el simple acuerdo de voluntades sobre lo que es objeto de la transacción, puede ser solemne si versa sobre derechos de bienes sujetos a registro (CSJ, Sala de Casación Civil, M. P.: Fernando Giraldo Gutiérrez, 2 de junio de 2016).
- b) Es bilateral, pues ambas partes se obligan mutuamente a hacer sacrificios y concesiones recíprocas.
- c) Es oneroso, ya que las partes se gravan individualmente, pero en beneficio de la otra.
- d) Es conmutativo o aleatoria, en la medida que es posible prever los alcances prestacionales en algunos casos, pero no en todos.
- e) Es principal, dado que no necesita de otro negocio jurídico para existir, lo hace por sí solo.
- f) Es nominado, pues lo tipifica el Código Civil.

Por otro lado, hay debate doctrinal para definir si el contrato de transacción es de carácter declarativo o no. Al respecto, los doctrinantes han fijado que la transacción es de carácter declarativo, puesto que no se crean derechos, ni se validan situaciones jurídicas que pueden ser alegadas por terceros (Valencia Zea, 1999). En contraste, Bonivento (2017) expresa que “la transacción no siempre tiene el carácter declarativo; también puede crear actos constitutivos o dispositivos en cuanto sirve para crear, modificar o extinguir relaciones propias de los contratos y

de los llamados actos constitutivos” (p. 140). Así pues, en este trabajo se adoptará la posición de Bonivento, pues la transacción sí es fuente de obligaciones con respecto a las partes y, si bien no emana hacia terceros por el principio de relatividad de los contratos, estas son vinculantes en los términos que se consagren.

En consecuencia, la transacción es un contrato que garantiza una amplia libertad negocial para las partes, pues les permite pactarlo según sus intereses y necesidades, al no estar sometido a formalidades o solemnidades de algún tipo, salvo si el derecho objeto de transacción es sobre un bien objeto a registro. Esta flexibilidad en el contrato es lo que lo hace atractivo para el diseño contractual del *baseball arbitration*, como se verá.

El contrato de mandato en Colombia

La importancia del contrato de mandato, que se desarrolla bajo el marco del contrato de transacción, radica en que a través de esta institución contractual se garantiza la ejecución u obligatoriedad del resultado del trámite del *baseball arbitration* desde la perspectiva contractual. Por ejemplo, de llegar a darse que alguna de las partes, como consecuencia de la decisión del intercesor, resulta obligada a determinadas concesiones recíprocas, como pagar una suma de dinero o realizar ciertas conductas claras, expresas y exigibles, la parte acreedora puede cobrar este valor o exigir la realización de las conductas por medio de un proceso ejecutivo, en virtud del título ejecutivo complejo que se produzca luego del trámite, como se explicará más adelante.

En este contexto, el contrato de mandato surge como un contrato de cooperación o colaboración en el contrato ajeno. Esto se debe a que en este contrato un tercero, que es facultado por el contratante, celebra contratos o emite declaraciones donde vincula directa o indirectamente⁷ al que lo facultó para esto (Gómez Estrada, 2008). En este sentido, este contrato se encuentra regulado en los artículos 2142 y subsiguientes del

⁷ Las categorías de “representación directa” y “representación indirecta” provienen del lenguaje que ha usado la Corte Suprema de Justicia para referirse al mandatario que obra en nombre del mandante y manifestándolo ante terceros, y cuando el mandatario oculta su calidad al actuar en su propio nombre, respectivamente (Gómez Estrada, 2008).

Código Civil. Conforme con esta norma, “una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera” (Código Civil, art. 2142). Esto es una persona, llamada mandatario, se convierte en una extensión jurídica del mandante, por lo que podrá obligar al mandante, liberarlo de obligaciones o cualquier otro acto que pueda realizar en virtud del mismo contrato, que podrá limitarse en cuanto a las facultades y a los asuntos o negocios para los cuales se dan los poderes, o podrá ser ilimitado.

De esta forma, se hará un estudio de cada uno de los elementos y características del contrato de mandato:

- 1) *Civil o comercial.* Como ya se expuso, el mandato podrá ser civil y podrá ser comercial si el encargo implica la gestión de actos de comercio. De acuerdo con el Código de Comercio: “El mandato comercial es un contrato por el cual una parte se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta de otra” (Código de Comercio, art. 1262). Así que para definir estos actos de comercio se debe remitir a los artículos 20 y subsiguientes del Código de Comercio, donde se estipulan los actos de comercio y los criterios para diferenciarlos.
- 2) *Objeto del encargo.* El encargo en el contrato de mandato es el marco de limitaciones del mandatario para actuar en nombre del mandante, es decir, son los negocios jurídicos que deberá gestionar, los límites para la gestión y la representación, si la hay. Por esto, el objeto de este encargo se ha limitado a negocios jurídicos, en palabras de un doctrinante: “El objeto del mandato no puede consistir sino en negocios jurídicos, esto es, en actos que tengan por fin la creación, modificación o extinción de obligaciones” (Gómez Estrada, 2008, p. 96). Así pues, son negocios jurídicos los que se ponen en manos del mandatario, cualquier otro tipo de asunto podría ser categorizado como un mero consejo (Gómez Estrada, 2008). En cualquier caso, el acto jurídico que es objeto del contrato de mandato siempre deberá ser lícito.
- 3) *Facultades del mandatario.* Según el artículo 1266, que encaja al 2157 del Código Civil, el mandatario no podrá exceder los límites de su encargo. Así pues, conforme con Bonivento: “Debe ceñirse a

los términos del mandato: lo que supere las facultades concedidas solamente obliga al mandatario, salvo que el mandante, por acto posterior, lo ratifique en los casos no previstos" (2017, p. 640). Con esto, el mandatario puede realizar actos conservativos, administrativos y dispositivos con los negocios o el patrimonio del mandante, de acuerdo con las facultades que se otorguen en el contrato, y dentro del giro ordinario de los negocios del representado (Cárdenas, 2007). Empero, es necesario acotar que se solo se estudiarán las facultades con respecto al mandato de carácter especial, pues es el que compete para la propuesta de este texto.

Así pues, las facultades que concede el mandato especial se limitan a los que se pacten y los que sean necesarios para el cumplimiento del objeto, según el artículo 1263 del Código de Comercio. En este sentido, las cifras que el mandante haya señalado como costo de lo que está dispuesto a correr o beneficio que espera obtener son un piso y un techo para la actuación del mandatario, respectivamente (Cárdenas, 2007). En caso de exceder estos límites, la doctrina ha determinado que el mandante debe asumir el acto realizado por el mandatario (Cárdenas, 2007).

Por otro lado, hay facultades que son de carácter especialísimo, así que requieren autorización expresa y detallada. Debido a los intereses de este trabajo, nos referiremos únicamente a la facultad especial para transigir. Al respecto, el artículo 2167 estipula que la facultad de transigir no comprende la de comprometer⁸ ni viceversa. El poder de transigir es el ejercicio de un acto de disposición, dado que la transacción consta de las concesiones recíprocas o de la cesión parcial de ciertas pretensiones en disputa, como ya se estudió.

De esta forma, y al no estar incluidos de forma natural en el mandato los actos de disposición, de acuerdo con el artículo 2158 del Código Civil, el artículo 2471 establece que "todo mandatario necesita de poder especial para transigir", para lo cual en el poder deberán especificarse los bienes, derechos y acciones sobre que se

⁸ Comprometerse se entiende como pactar cláusula compromisoria o pacto arbitral, conforme con el momento en el cual se llegue a ese acuerdo, pues el primero es *ex-ante* al conflicto y el segundo es *ex-post* (Gómez Estrada, 2008).

quiera disponer. Así pues, la Corte Suprema de Justicia sostuvo al respecto de esta especificación: "No ha de consistir precisamente en determinar uno a uno los bienes que han de ser materia de la transacción. Es bastante una especificación en términos generales" (Sala de Casación Civil, 6 de mayo de 1966, M. P.: Enrique López de la Pava), por lo que no es necesario ser muy específicos, sino con una categoría amplia se satisface esta disposición normativa. En consecuencia, para poder transigir algún conflicto presente o futuro, es necesario que el mandante otorgue una autorización expresa para esto en el contrato de mandato.

- 4) *Onerosidad*. El mandato de nuestro ordenamiento jurídico es remunerado como uno de los elementos de la naturaleza del contrato, en virtud de los artículos 2143 y 2184-3 del Código Civil, y 1264 y 1265 del Código de Comercio. Esto se da aún más en aquellas profesiones donde la labor fundamental es la de la gestión de negocios ajenos mediante remuneración (Bonivento, 2017). De todas formas, este contrato puede ser a título gratuito.
- 5) *Consensual*. Este es un contrato que es por regla general consensual, salvo los casos en los que el negocio jurídico objeto del mandato deba constar por escritura pública, en cuyo caso el mandato deberá constar por este medio o por escrito privado autenticado, conforme con el artículo 836 del Código de Comercio. En todos los demás casos, el contrato de mandato no tiene forma o solemnidad alguna, incluso podrá ser tácito, pues si el mandatario gestiona los negocios del mandante con aquiescencia de este último, se entenderá el consentimiento (Cárdenas, 2007).
- 6) *Representación*. Un contrato de mandato puede tener o no representación, según el artículo 1262 del Código de Comercio. Cuando se actúa sin representación, el mandatario actúa por cuenta propia y a nombre de otro, lo que quiere decir que se obliga a sí mismo con respecto a un tercero para favorecer al mandante (Bonivento, 2017).

Por otro lado, cuando se hace con representación, el mandatario actúa por cuenta y a nombre del mandante, lo que implica que los actos que realice el mandatario obligan directamente al mandante con terceros (Bonivento, 2017). Esta última se conoce como representación

voluntaria, en contraposición a la representación legal, la cual nace del acto unilateral del mandante que concede este poder y que debe comunicarse al mandatario para que exista la representación, sin importar que terceros no conozcan de esta condición (Cárdenas, 2007).

De esta forma, los actos que el mandatario realice por fuera de sus poderes se sancionan con la inoponibilidad de estos actos frente al mandante. Esto se debe a que el acto jurídico que se celebre en este caso por el mandatario es válido, en la medida que cumpla con los demás requisitos para la validez y, especialmente, esta no se ve afectada por la falta de capacidad, pues la capacidad se predica de la aptitud intrínseca del individuo para disponer de sus intereses (CSJ, Sala de Casación Civil, 30 de noviembre de 1994, M. P.: Héctor Marín). Por esto, el mandatario se ha obligado a sí mismo válidamente, pero no genera efectos hacia el representado o mandante. En palabras de la Corte Suprema de Justicia: "La inoponibilidad no conduce a la desaparición del negocio, sino que neutraliza la producción de los efectos del mismo en frente de alguien, todo bajo el entendido de que su validez entre las partes es incontrovertible. En este caso, el negocio es, en sí mismo, válido, pero es la expansión de sus efectos propios la que se ve disminuida ante quienes de otro modo serían sus destinatarios naturales" (CSJ, Sala de Casación Civil, 30 de noviembre de 1994, M. P.: Héctor Marín).

Por ello, las actuaciones del mandatario deben estar plenamente aprobadas por el contrato de mandato donde se otorgue el poder de representación, ya que, en caso de no estar aprobadas, el mandatario se obligaría a sí mismo en un negocio jurídico que no necesariamente sea de su interés.

Finalmente, el mandato es un contrato que permite muchas flexibilidades al gozar de muy pocos requisitos para su celebración. Motivo por el que se ve el potencial de aprovechar este contrato para el andamiaje contractual en la formulación del *baseball arbitration* en Colombia. Esto se debe principalmente a dos de los elementos del mandato: i) las facultades del mandatario, pues estos pueden ser tan amplios como se quieran, lo que permite otorgar la facultad o poder de transigir en nombre del mandante; y ii) la representación, dado que permite que la transacción que celebre el mandatario sea oponible y vinculante para el

mandante, lo que da seguridad sobre la ejecución por la solución que adopte el intercesor.

Título ejecutivo

De tal forma, el resultado del trámite de *baseball arbitration* será la decisión del intercesor, que, en virtud de la representación y las facultades que se le concedieron, será de carácter vinculante, puesto que establecerá un arreglo al conflicto de forma clara, expresa y exigible que proviene de un representante del deudor.

En general, un título ejecutivo es, en palabras de un doctrinante: “Uno o varios documentos que por contener una obligación expresa, clara y exigible en favor del acreedor y, además, por provenir del deudor o de su causante y constituir plena prueba en su contra, están amparados con la presunción de autenticidad” (Bejarano Guzmán, 2017, p. 465).

De esta definición, podemos estudiar los siguientes elementos:

- 1) *Documento*. Puede ser cualquier representación o declaración que conste en algún bien mueble, de acuerdo con los términos del artículo 243 del Código General del Proceso.
- 2) *Obligación clara, expresa y exigible*. Expresa implica que la prestación debida está en el documento de forma que no hay duda de la existencia de una acreencia a cargo de un deudor y a favor de un acreedor (Bejarano Guzmán, 2017). También es necesario que la obligación sea clara, de manera que se identifique plenamente sin ningún tipo de duda alrededor de la naturaleza, alcance, límites y otros elementos de la obligación (Bejarano Guzmán, 2017). Finalmente, la exigibilidad hace referencia a que al momento en el que se demanda el cumplimiento, este puede ejecutarse, pues no opera alguna condición o situación que lo impida (Bejarano Guzmán, 2017).
- 3) *Proveniente del deudor*. Para que se pueda forzar el cumplimiento de un documento con una obligación clara, expresa y exigible, este debe provenir del deudor o que, aun cuando no esté autorizado o suscrito por él, constituya plena prueba en su contra (Bejarano Guzmán, 2017). En este sentido, la jurisprudencia ha considerado que el contrato de transacción que se produce en virtud de una amigable

composición presta mérito ejecutivo, ya que proviene del deudor. En palabras del Consejo de Estado:

Se considera importante resaltar, asimismo, que el amigable componedor, como se indicó, interviene como mandatario de las partes que le encargaron la solución de sus diferencias, es decir, actúa en nombre y representación de éstas; por tanto, la decisión que éste profiera la asumen como propia, pues se entiende que el documento que éste emite proviene de cada uno de sus mandantes, razón por la cual dicho documento cumple con uno de los requisitos estatuidos en el artículo 422 del C. G. del P. (C.E., Sección Tercera, Subsección A, Auto 2014-00652, 23 de marzo de 2017. M. P. Carlos Alberto Zambrano Barrera).

De tal modo, el contrato de transacción que se produzca en virtud de un mecanismo alternativo de solución de conflictos que profiera un tercero en nombre y en representación de las partes se entenderá como “proveniente del deudor” en los términos del artículo 422 del Código General del Proceso, por lo cual se cumple este requisito para considerar un documento con una obligación clara, expresa y exigible como título ejecutivo.

- 4) *Presunción de autenticidad.* De acuerdo con el artículo 244-4 del CGP, se establece que todos los documentos que reúnan los requisitos de títulos ejecutivos se presumirán auténticos.
- 5) *Título ejecutivo complejo.* Un título ejecutivo tiene unidad jurídica, no física, así que los distintos elementos o requisitos para que se considere título ejecutivo pueden estar en distintos documentos. Estos títulos desagregados en varios documentos se conocen como “títulos ejecutivos complejos” (Bejarano Guzmán, 2017).

En consecuencia, las determinaciones que tome el intercesor en virtud del trámite de *baseball arbitration* desde esta perspectiva contractual constituirán un título ejecutivo complejo, dado que las obligaciones recíprocas constarían en la oferta que finalmente adopte el intercesor, que a su vez tiene la potestad de tomar esta decisión por el contrato de mandato que se encuentra bajo el marco del contrato de transacción. Así mismo, a pesar de que sea el intercesor quien decida las concesiones

recíprocas, es decir, las obligaciones claras, expresas y exigibles, estos documentos se entenderán provenientes del deudor, por cuanto el intercesor obra en nombre y en representación de este.

Diferenciación de esta propuesta con la amigable composición

Antes de realizar la diferenciación entre estas dos figuras, es necesario hacer una breve exposición de lo que es la amigable composición en el país.

Amigable composición en Colombia

La amigable composición en Colombia resulta ser un método alternativo de solución de conflictos. Este carácter se deriva de su normatividad, pues en Colombia la amigable composición se define como “un mecanismo alternativo de solución de conflictos, por medio del cual dos o más particulares, un particular y una o más entidades públicas, o varias entidades públicas, o quien desempeñe funciones administrativas, delegan en un tercero, denominado amigable componedor, la facultad de definir, con fuerza vinculante para las partes, una controversia contractual de libre disposición” (Ley 1563 de 2012, art. 59).

En este orden de ideas, la amigable composición sirve para solucionar la controversia, por lo que no es necesario acudir a instancias judiciales. En este sentido, las partes facultan al amigable componedor para decidir sobre el objeto de la controversia, para que sea este quien la dirima.

Por otro lado, es importante tener en cuenta lo expuesto por la ley arbitral en su artículo 60:

El amigable componedor obrará como mandatario de las partes y, en su decisión, podrá precisar el alcance o forma de cumplimiento de las obligaciones derivadas de un negocio jurídico, determinar la existencia o no de un incumplimiento contractual y decidir sobre conflictos de responsabilidad suscitados entre las partes, entre otras determinaciones. [...] La decisión del amigable componedor producirá los efectos legales propios de la transacción (Ley 1563 de 2012, art. 60).

Es fundamental diseccionar esta norma para entender sus alcances. Primero, expone que el amigable componedor actuará como mandatario de las partes; es decir que las partes lo facultarán para que actúe en su nombre y representación, así que la decisión del amigable componedor es la decisión de las partes. Segundo, este será el responsable de decidir los alcances, el cumplimiento y las demás actuaciones propias de la disputa al tomar decisiones sobre el fondo del litigio. Tercero, la decisión del amigable componedor producirá efectos del contrato de transacción. Es decir, este será quien ordene las concesiones recíprocas.

En este sentido, la amigable composición históricamente había sido una figura completamente contractual, cuya fuente era la voluntad de las partes. Esto se debe a que la amigable composición en el país es tajantemente autónoma con respecto al arbitraje, debido a que este último tiene un carácter jurisdiccional (Rey-Vallejo, 2016). De esta forma, en palabras de un doctrinante:

La amigable composición se ha constituido como una figura autónoma en el derecho colombiano, con vida propia respecto del arbitraje, ya que poco o nada comparte en su definición legal con esta otra figura, de carácter eminentemente jurisdiccional. Estas profundas diferencias —que en nada replican los modelos del derecho comparado— han determinado en gran medida las formas propias del trámite, el cual, como regla general en los diversos períodos de su regulación, nada tienen qué ver con las complejas formas que se prevén regularmente para estructurar los procesos judiciales, incluido el arbitraje (Rey-Vallejo, 2016, p. 251).

Esto quiere decir que la amigable composición había gozado de una gran libertad para que las partes pudieran darle la forma que mejor desearán, incluso se hubiera podido llevar a cabo un trámite de *baseball arbitration* a través de este mecanismo.

No obstante, la libertad que ofrece la amigable composición no es más que aparente. Esto se debe a dos razones: i) pronunciamientos judiciales del tribunal constitucional que establecieron un procedimiento mínimo para la amigable composición; y ii) reglas procesales en los centros de arbitraje y amigable composición que le dan el carácter procesal a esta figura meramente contractual. Frente al primer punto, es necesario hacer referencia a la Sentencia T-017 de 2005 de la Corte Constitucional.

En esta sentencia una entidad interpuso una acción de tutela donde alegaba la vulneración a sus derechos fundamentales, por cuanto no hubo un procedimiento que mediara la amigable composición y no hubo acuerdo con la contraparte al respecto (Sentencia T-017 de 2005, M. P.: Rodrigo Escobar Gil). Así pues, la Corte, luego de hacer un extenso análisis sobre la naturaleza contractual del arbitraje, lo que influye en su procedimiento, llega a la conclusión de que deben llevarse a cabo al menos tres etapas procesales que son: i) una audiencia de apertura, ii) una etapa de investigación y iii) una etapa de decisión (Sentencia T-017 de 2005, M. P.: Rodrigo Escobar Gil).

Por otro lado, frente al segundo aspecto, el Ministerio de Justicia y del Derecho ha predisputado la estructura de los reglamentos de los centros de arbitraje y amigable composición con disposiciones procesales. Esto lo ha hecho en ejercicio de sus funciones de control, inspección y vigilancia de los centros de arbitraje y conciliación del país, pues intenta unificar los reglamentos de estas instituciones (Rey-Vallejo, 2016). Si bien es cierto que los límites para la amigable composición son la igualdad y la contradicción, tanto de argumentos como pruebas (Ley 1563 de 2012, art. 61-4), las formas dispuestas por el Ministerio para respetar estos principios son contrarias al espíritu de libertad contractual de la misma ley (Rey-Vallejo, 2016).

En conclusión, es claro el ataque que sufre la libertad contractual de la amigable composición para llevar el trámite de forma que se ajuste más a las necesidades de las partes. A través de pronunciamientos constitucionales judiciales se han definido etapas para la realización de la amigable composición, lo cual empieza a petrificar la flexibilidad de una figura que debería ser esencial en este proceso. También, el gobierno ha sido contundente en sus intentos por ‘procesalizar’ la figura contractual de la amigable composición, por medio de sus funciones de control, inspección y vigilancia de los centros de arbitraje y conciliación del país.

Diferencias entre el baseball arbitration desde una perspectiva contractual y la amigable composición

La amigable composición no se estableció como el mecanismo autónomo que actualmente opera, pues era una especie de arbitraje en el

Código Judicial de 1931 y 1938 (Rey-Vallejo, 2016). Fue hasta el Código de Comercio, y luego en el Código de Procedimiento Civil, cuando esta figura se hizo autónoma, conforme con el artículo 2205 del primero y el 677 del segundo. Posteriormente, tuvo varios desarrollos legislativos que fueron adjudicándole características propias, especialmente la Ley 446 de 1998, como su naturaleza como un contrato complejo donde, según Rey-Vallejo (2016), “el amigable componedor se constituyó en un verdadero mandatario de las partes cuyas funciones debían contribuir y favorecer el desarrollo de una relación contractual, antes que definir cuestiones relacionadas con su incumplimiento y las responsabilidades derivadas de ello” (p. 241). Así, esto resulta familiar con la labor que debería realizar el intercesor en esta propuesta.

Por otro lado, en cuanto a lo procesal, el legislador reconoció las diferencias entre la amigable composición y el arbitraje, ya que el primero carece de función jurisdiccional, lo cual era una de sus principales ventajas por ser más ágil y eficiente (Rey-Vallejo, 2016).

En consecuencia, no debería existir diferencia entre este enfoque contractual del *baseball arbitration* y la amigable composición. Esto se debe a que la amigable composición brindaba las herramientas y la flexibilidad necesaria para realizar este trámite, pero, lamentablemente, la petrificación que ha sufrido por cuenta de los embates procesalistas de la Corte Constitucional y del Ministerio de Justicia han hecho inviable esta posibilidad. Por ejemplo, el fenómeno procesalista que se dio en la Sentencia T-017 de 2005, que fijó unas etapas para la amigable composición, hace completamente inviable la realización del *baseball arbitration*, pues estas etapas requieren una audiencia de apertura “donde se proclame la autoridad del amigable componedor” (Sentencia T-017 de 2005, M. P.: Rodrigo Escobar Gil), una etapa de investigación para identificar y estudiar el problema, revisar documentos y practicar pruebas; en contraste, en el *baseball arbitration* las partes deciden renunciar voluntariamente a todo esto para llegar a una solución pronta, una solución que les ahorre tiempo y dinero, y donde no sacrifiquen la relación comercial con su contraparte, propósitos que se frustran con el actual panorama de la amigable composición en el país.

De todos modos, ante el nuevo panorama de la regulación de la amigable composición, es evidente la diferenciación entre esta figura y

el arbitraje de última oferta, puesto que la amigable composición consta de etapas, que incluyen audiencias y práctica de pruebas, mientras que el *baseball arbitration* se puede restringir a las ofertas de las partes y a la decisión del intercesor. Esto se debe a que el carácter de autonomía de las partes es mucho más evidente en el arbitraje de última oferta contractual, pues permite a las partes renunciar a las etapas probatorias o no, pueden renunciar a las audiencias o no, mientras que en la amigable composición no es posible.

Finalmente, la principal diferencia entre la amigable composición y el *baseball arbitration* contractual es la integridad de este último como mecanismo alternativo de solución de conflictos de índole meramente contractual, dado que aún no ha recibido los golpes petrificadores y procesalistas de las instituciones estatales, por lo que las partes tienen mediante este mecanismo la absoluta libertad para tramitar sus conflictos de forma ágil y económica.

Conclusiones

De acuerdo con la revisión de literatura de análisis económico del derecho alrededor del *baseball arbitration*, se encuentra que este es un mecanismo efectivo para fomentar la negociación entre las partes, pues las obliga a ser moderadas en sus demandas. Esto es beneficioso en la medida en que se elimina el incentivo del comportamiento individualista de halar hacia el extremo más conveniente, dado que esta conducta es contraproducente bajo un trámite de *baseball arbitration*, ya que el individualista se deberá someter a la oferta de la parte más mesurada. Además, es un mecanismo alternativo de solución de conflictos que funciona para personas sin mucho poder económico o con interés en mantener una buena relación negocial con su contraparte, pues es rápido, sencillo y obliga un poco a la empatía con la otra parte.

Así pues, la fórmula para llevar a cabo el arbitraje de última oferta en el país depende del andamiaje contractual que surge a raíz de la conjunción del contrato de transacción y del de mandato. Esta conjunción da como resultado que las concesiones recíprocas, como elemento esencial del contrato de transacción, las fije un intercesor con la capacidad de

decidir la mejor oferta conforme con los criterios que pacten las partes y cuya decisión es obligatoria para estas en virtud del poder de la representación que le confieren al intercesor. Además, existe la cobertura de que, si alguna parte decidiera no acatar la decisión del intercesor, se puede forzar el cumplimiento a través de un proceso ejecutivo, puesto que el resultado de todo el trámite sería un título ejecutivo complejo.

Por otro lado, se encontró que el contrato de transacción tiene tres elementos esenciales, uno que fue adicionado por la jurisprudencia y la doctrina al ser precariamente tipificado en la ley. Este contrato permite ser ajustado a las necesidades de las partes, pues no es rígido en su regulación, pero sí contundente en sus efectos, ya que es fuente de obligaciones expresas y que pueden ser exigibles, y por fungir como sentencia de última instancia.

Así mismo, el mandato tiene mucho que ofrecer en este andamiaje, gracias a su flexibilidad y a la existencia de dos elementos que permiten alcanzar los principales propósitos del arbitraje de última oferta contractual, los cuales son: i) darle a un tercero la facultad de transigir un conflicto y ii) el poder para que la decisión del intercesor sea la decisión de las partes, lo que las obliga directamente. Esto facilita la ejecución de la decisión del intercesor a través de un proceso ejecutivo en caso de que sea necesario forzarla.

Finalmente, esta es una opción que merece mayor exploración y estudio, pero promete ser una forma de descongestionar el sistema judicial a través del fomento de mecanismos alternativos de solución de conflictos novedosos a partir de la legislación actual y cambios de mentalidad, especialmente si se parte de la tesis de que el derecho se construye con su uso. Adicionalmente, se puede evitar sufrir los embates petrificadores y procesalistas de las instituciones.

Referencias

- Bejarano Guzmán, R. (2017). *Procesos declarativos, arbitrales y ejecutivos*. Bogotá: Editorial Temis.
- Bonivento, J. A. (2017). *Los principales contratos comerciales y civiles*. Vol. II (9^a ed.). Bogotá: Librería Ediciones del Profesional.

- Brando, C. (2016). Soluciones óptimas a controversias jurídicas. En E. Lozano, *Teoría y puesta en práctica del análisis económico del derecho colombiano* (pp. 67-88). Bogotá: Editorial Temis. Recuperado de <https://www.jstor.org/stable/10.7440/j.ctt1g0b7sb.5>
- Cárdenas, J. P. (2007). El mandato y la representación. En F. Mantilla Espinosa, *Los contratos en el derecho privado* (pp. 511-556). Bogotá, D.C.: Legis.
- Çelen, B., & Özgür, O. (2018). Final-offer arbitration with uncertainty averse parties. *Games and Economic Behavior*, 109, 484-500. Recuperado de <https://doi.org/10.1016/j.geb.2018.01.007>
- Clavijo, S. (2011). *Costos y eficiencia de la rama judicial en Colombia*. Bogotá: ANIF.
- Colombia, Ministerio de Justicia y del Derecho. (2017). *Análisis de contexto: comparación entre los casos atendidos por la conciliación extrajudicial en derecho y la jurisdicción ordinaria*. Bogotá. Recuperado de <https://sej.minjusticia.gov.co/AccessoJusticia/SiteAssets/Paginas/ConciliacionDerecho/An%C3%A1lisis%20de%20contexto%20CED%202017.pdf>
- Deck, C., & Farmer, A. (2009). Strategic bidding and investments in final offer arbitration: theory and experimental evidence. *Journal of Economic Behavior & Organization*, 70(1-2), 361-373. Doi: <https://doi.org/10.1016/j.jebo.2009.01.010>
- Flores Borda, G. (2012). Teoría de juegos y derecho: “arbitraje de oferta final”. *Berkeley Program in Law and Economics*. Recuperado de <https://escholarship.org/uc/item/7hc9g5p7>
- Gómez Estrada, C. (2008). *De los principales contratos civiles*. Bogotá: Editorial Temis.
- Organización de los Estados Americanos. (2011). *Métodos alternativos de resolución de conflictos en los sistemas de justicia de los países americanos*. Recuperado de https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwj_0JCIwe3kAhWGq1kKHe5IDgkQFjAAegQIABAC&url=https%3A%2F%2Fwww.oas.org%2Fconsejo%2Ffsp%2FCAJP%2Fdocs%2Fcfc09044s04.doc&usg=AOvVaw3BTyW-vQELC1RIkLyuLayP
- Perdomo, C. G. (2015). Arbitraje de última oferta o “baseball arbitration”: virtudes y viabilidad en Colombia. En *Ensayos sobre MASC. Ganadores de los concursos universitarios de ensayos en métodos alternos de solución de conflictos años 2011, 2012, 2013 y 2014*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.
- Perdomo, C. G. (2016). *Arbitraje de última oferta o ¿baseball arbitration?: virtudes y viabilidad en Colombia*. Uniandes.

- Ramírez, C. E. (2005). Internacionalización de Leonisa: una empresa colombiana de ropa interior. *Revista de Estudios Gerenciales*, 25-55.
- Rey-Vallejo, P. (2016). El arbitraje doméstico colombiana a la sombra de la amigable composición como mecanismo que privilegia la autonomía de la voluntad. *Vniversitas*, 133, 227-270. Doi: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj133.adcs>
- Stevens, C. M. (1966). Is compulsory arbitration compatible with bargaining? *Industrial Relations*, 5(1), 38-52. Doi: <https://doi.org/10.1111/j.1468-232X.1966.tb00450.x>
- Tijmes-Ihl, J. (2015). El arbitraje de oferta definitiva en la legislación eléctrica chilena. *Revista Jurídicas*, 12(2), 90-102. Doi: <https://doi-org.ezproxy.unianandes.edu.co:8443/10.17151/jurid.2015.12.2.7>
- Tulis, B. (2010). Final-offer baseball arbitration: contexts, mechanic & applications. *Seton Hall Journal of Sports and Entertainment Law*, 20(1), 85-130. Recuperado de <https://heinonline-org.ezproxy.uniandes.edu.co:8443/HOL/P?h=hein.journals/shjsl20&i=91>
- Valencia Zea, A. (1999). *Derecho civil: de los contratos*. Bogotá: Editorial Temis.
- Zack, A. (1974). Final offer selection-panacea or Pandora's box. *New York Law Forum*, 19(3), 567-586. Recuperado de <https://heinonline-org.ezproxy.uniandes.edu.co:8443/HOL/P?h=hein.journals/nyls19&i=593>

Normatividad

- Colombia, Congreso de la República. Ley 84 de 1873, "Código Civil de los Estados Unidos de Colombia". *Diario Oficial* N° 2.867 del 31 de mayo de 1873.
- Colombia, Congreso de la República. Ley 1563 de 2012, por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones". *Diario Oficial* N° 48.489 del 12 de julio de 2012.
- Colombia, Presidencia de la República. Decreto 410 de 1971, "por el cual se expide el Código de Comercio". *Diario Oficial* N° 33.339 del 16 de junio de 1971.

Jurisprudencia

- Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Auto 2014-00652, M. P.: Carlos Alberto Zambrano Barrera, 23 de marzo de 2017.

- Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Gaceta Judicial 2281, M. P.: Enrique López de la Pava, 6 de mayo de 1966.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Gaceta Judicial 2470, M. P.: Héctor Marín Naranjo, 30 de noviembre de 1994.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC8220-2016, M. P.: Fernando Giraldo Gutiérrez, 2 de junio de 2016.