



Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas
ISSN: 1657-8953
revista.civilizar@usa.edu.co
Universidad Sergio Arboleda
Colombia

Reyes Sinisterra, Cindy Charlotte

El llamamiento en garantía en el proceso arbitral en Colombia: ¿arbitraje obligatorio o voluntario?

Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas, vol. 17, núm. 33, julio-diciembre, 2017, pp. 39-57
Universidad Sergio Arboleda
Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=100254730003>

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

El llamamiento en garantía en el proceso arbitral en Colombia: ¿arbitraje obligatorio o voluntario?¹

The appeal in guarantee in the arbitration process in Colombia: Compulsory or voluntary arbitration?

Recibido: 18 de abril de 2016 - Revisado: 10 de mayo de 2016 - Aceptado: 23 de junio de 2016.

Cindy Charlotte Reyes Sinisterra²

Resumen

Durante varios años el concepto de *tercero* ha sido concebido, dentro de lo que concierne a la doctrina procesal en Colombia, desde una perspectiva confusa, específicamente en el caso del llamado en garantía, dejando de lado, el hecho de que si bien al inicio del proceso no pudiera aparecer claramente como una de las partes que intervendrán de forma principal, será una parte sobreviniente, lo que debe interpretarse en coherence con lo que se podría decir es en Colombia un arbitraje forzoso; en la medida en que el estudio de Constitucionalidad de la norma en mención presenta algunas contradicciones que serán revisadas en el desarrollo de este artículo.

Palabras clave

Proceso arbitral, proceso civil, Código General del Proceso, llamamiento en garantía, tercero, parte, laudo arbitral, Estatuto de Arbitraje.

Abstract

For several years the concept of a third party has been conceived, as far as the procedural doctrine in Colombia is concerned, from a confused perspective, specifically in the case of the so-called guarantee, leaving aside the fact that although at the beginning of the process could not appear clearly as one of the parties that will intervene in a main way, it will be a supervening party, which should be interpreted in coherence with what one might say is forced arbitration in Colombia; to the extent that the study of constitutionality of the aforementioned rule presents some contradictions that will be reviewed in the development of this article.

Keywords

Arbitration process, civil process, General Code of the process, appeal in guarantee, third party, party, arbitration award, laudo arbitral, Statute of Arbitration.

¹ Artículo de investigación como producto parcial del proyecto de investigación denominado “Implicaciones del Código General del Proceso en el Proceso Arbitral en Colombia”, el cual está adscrito en el Grupo de Investigación de Derecho Procesal GIDPRO de la Universidad Libre de Colombia – Seccional Cúcuta.

² Abogada de la Universidad Libre de Colombia –Cúcuta; Especialista en Derecho Procesal Civil de la Universidad Externado de Colombia; Magíster en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín; docente de las cátedras Teoría general del proceso, Derecho procesal civil general, Derecho comercial general, Títulos valores y prueba electrónica, en la Universidad Libre de Colombia –Cúcuta, ganadora del IX Concurso Internacional de Estudiantes de Derecho, organizado por el Instituto Colombiano de Derecho Procesal.; Abogada litigante en asuntos civiles y comerciales; asesora y consultora empresarial; directora de los proyectos *La Prueba Electrónica en Colombia, La costumbre mercantil válida en Cúcuta, e Incidencias de la entrada en vigencia del Código General del Proceso en el proceso arbitral en Colombia (Ley 1563 de 2012)*, como docente investigadora y colíder del Grupo de Investigación de Derecho Procesal GIDPRO de la Universidad Libre de Colombia –Cúcuta. Actualmente, directora encargada del Centro Seccional de Investigaciones de la Universidad Libre de Colombia –Cúcuta. Los estudiantes Stefania Sánchez Quiroz y Christian Camilo Gómez participaron en este artículo como auxiliares de investigación.

Correo electrónico: cindy.reyes@unilibrecucuta.edu.co

Para citar este artículo use: Reyes, C. (2017). El llamamiento en garantía en el proceso arbitral en Colombia: ¿arbitraje obligatorio o voluntario? *Civilizar Ciencias Sociales y Humanas*, 17(33), 39-58. doi: 10.22518/16578953.898

“La tarea del juez, del defensor, del docente, se desenvuelve a posteriori, cuando se trata de juzgar si la obra del legislador se ha realizado dentro del ámbito fijado por la norma constitucional. En cambio, para el legislador, la norma constitucional es un a priori de su tarea”

Eduardo J. Couture (2010)

Introducción

Este trabajo de investigación es de naturaleza teórico-analítica; teórica porque se desarrolló, partiendo de temáticas generales, legislación, autores, jurisprudencia y doctrina en torno a las implicaciones del Código General del Proceso en el proceso arbitral en Colombia, partiendo de lo establecido en el Estatuto Arbitral en Colombia. Hay que señalar que, hasta el momento, no se ha identificado ningún estudio teórico que aborde dichas implicaciones de forma sistemática y conjunta, pero si por separado. Es analítica porque se va a examinó la incidencia de lo establecido en el Código General del Proceso y el desarrollo incluido frente al llamamiento en garantía en la actualidad en Colombia. El enfoque de este estudio es cualitativo; no se pretendió desarrollar un cuadro basado en antecedentes relacionados con estadísticas o datos para estructurar las mismas, sino en la interpretación sistemática de dos normas actualmente vigentes en Colombia para lo que se hicieron algunas entrevistas a árbitros del ámbito nacional, en la mayoría pertenecientes a lista a y b de la Cámara de Comercio de Bogotá, siendo el centro con más solicitudes de arbitrajes en el país.

Diseño del plan para procesar y analizar los datos

Gestión de los datos. Consultando textos académicos e históricos, así como documentos oficiales y públicos. La información será obtenida acudiendo a diversas fuentes secundarias: Libros, fichas bibliográficas, artículos de revistas, bases de datos, motivación de las leyes, leyes, textos jurisprudenciales, entre otros. Se

estructuró una base de datos con las referencias; se organizó en carpetas y se mantiene grabada tanto en los computadores personales de la investigadora del proyecto como en dos copias de seguridad. Adicionalmente, se creó una carpeta en *Google Drive* para tener toda la información segura en *la nube*, y otra carpeta en *Dropbox*, que facilitó el acceso a la información desde cualquier lugar.

Control de sesgos. Para evitar que surgieran opiniones subjetivas en el desarrollo de la investigación, se aplicó un estricto control, contando como se indicó anteriormente con el respaldo de las fuentes primarias y secundarias relacionadas.

El llamamiento en garantía se concebía como una figura que solo invadía la esfera de aplicación de lo que se podría considerar como un tercero, que no era más que un garante involucrado para garantizar sentencia desfavorable ya fuera respaldando al demandante o al demandado, según fuera el caso.

Por otra parte, está lo que se entiende son las partes del proceso, que prácticamente se ha venido ligando a la intervención que hace un sujeto de derecho en el proceso, sin distinguir en esta ocasión con el arbitral. Ante esto, se presentan ciertas críticas por cuanto de un lado se tenía al llamado como parte por su vinculatoriedad con los efectos de la sentencia o en este caso del laudo arbitral, o como de cierta manera lo explica el profesor Ramiro Bejarano desde el año 1994. Desde otra perspectiva, se concebía al llamado no como parte, por cuanto quien tenía esta calidad precisamente era quien actuaría en el proceso ya fuera como demandante o demandado; cosa diferente a esto era que los efectos positivos o negativos le traerían consecuencias por ser el garante de alguno de los extremos procesales.

El profesor Jairo Parra Quijano (2011), en su obra *Los terceros en el proceso civil*, defiende esta figura de la siguiente manera:

El llamamiento en garantía es uno de los casos de intervención forzosa de terceros, que se presenta cuando entre la parte y el tercero, existe una relación legal de garantía que lo obliga a indemnizarle al cliente el perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que genera el llamamiento.

Ahora, sea que el llamamiento en garantía lo proponga una u otra parte, lo significativo es que éste comporta el planteamiento de la llamada pretensión revésica o la proposición anticipada de la pretensión de regreso, o el denominado derecho de regresión o de reversión, como lo ha dicho la Corte, que tiene como causa la relación sustancial de garantía que obliga al tercero frente a la parte llamante, a indemnizarle el perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia. Es decir que la pretensión que contra el tercero se formula es una pretensión de condena eventual, es decir, que ella solo cobra vigencia ante el hecho cierto del vencimiento de la parte original y que con ocasión de esa contingencia de la sentencia, se vea compelido a resarcir un perjuicio a efectuar un pago (pp. 336-339).

Por lo tanto, se traza una significativa referencia ya que, teniendo en cuenta que no es posible hablar de pretensión sin hablar de proceso, al decir esto prácticamente se podría interpretar como que existe una pretensión discutida entre el demandante y el demandado pero además entre el llamado en garantía y a quien está garantizando para el caso, en el entendido de que la figura puede ser utilizada por ambas partes.

En ese orden de ideas, se puede pensar que si bien en un momento lo que quiso decir Parra Quijano era que el llamado en garantía no era parte, de cierta manera termina concluyendo por el mismo, en que no es parte en el proceso donde ha sido llamado pero sí pudiera ser parte en el sentido en que existe otra pretensión que no está siendo discutida entre sí mismo y

quien lo ha llamado al proceso. Entonces, ¿el concepto de parte ha evolucionado a través del tiempo?; ¿qué implicaciones tienen estas aseveraciones frente a la figura del llamamiento en garantía en el proceso arbitral en Colombia?; ¿es realmente claro el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional o Ley 1563 de 2012 (de aquí en adelante será mencionado simplemente como el “Estatuto de Arbitraje”) al tratar este tema sin terminar cayendo en una posición que vulnere el debido proceso del llamado en garantía? En esta investigación se demostrará cómo dicha confusión conceptual, heredada desde hace tiempo, sigue generando problemas, y presentará una propuesta frente a la interpretación de la misma con respecto al problema planteado.

En la actualidad, el llamamiento en garantía, reconocido jurisprudencial y doctrinalmente como un tipo de intervención forzosa de un tercero mediante la cual una parte solicita sea llamado como garante en el proceso ya iniciado. Vale aclarar que la relación jurídico-procesal entre el demandante y demandado es totalmente diferente a la del demandado-llamante, ya que la condena interpuesta a éste no necesariamente tiene que ver con el llamado.

Según sentencia C-170 de 2014, la Corte Constitucional expresa lo siguiente frente a la concepción de proceso arbitral:

La Corte ha señalado que el arbitramento es un mecanismo 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. Este procedimiento supone otorgar jurisdicción a favor de un particular, respecto de un litigio específico, quien queda investido de la facultad temporal de resolverlo con carácter definitivo y obligatorio mediante una decisión denominada laudo arbitral. El ejercicio de la facultad de administrar justicia denota su naturaleza eminentemente jurisdiccional y marca el carácter procesal de esta figura ya que como lo ha explicado

esta Corte se trata de un proceso, puesto que 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 trazado por el legislador.

Según el profesor Henry Sanabria Santos (2013):

En cuanto a lo que hace referencia a la adhesión al pacto por el llamado en garantía, es de advertir que el parágrafo primero del artículo 37 establece una nueva forma de adhesión o aceptación del pacto arbitral por parte de quien no lo ha suscrito. De acuerdo con la norma, quien se obligue a garantizar el cumplimiento de un contrato que tenga incorporado pacto arbitral, automáticamente adhiere el mismo, lo acepta y se vincula a los efectos que genera, de tal suerte que queda cobijado por él y obligado a acudir a la justicia arbitral. De esta forma, si una aseguradora celebra un contrato de seguro de cumplimiento en virtud del cual garantiza un determinado contrato en el cual se ha incorporado cláusula compromisoria, dicha compañía está manifestando con ello su aceptación y adhesión al pacto arbitral, de tal suerte que si es llamada en garantía en el proceso arbitral que se ha originado con ocasión del contrato afianzado, no le quedará más remedio que intervenir en el mismo, sin que le sea dado, como ocurría en vigencia de la norma anterior, manifestar que no adhiere el pacto arbitral. De esta manera se asegura la vinculación al proceso del llamado en garantía, quien por el solo hecho de haber garantizado el cumplimiento del contrato que cuenta con pacto arbitral, queda vinculado por éste, habilitando a los árbitros para resolver acerca de la relación sustancial derivada, en nuestro ejemplo, del contrato de seguro (p. 248).

Según el profesor Ulises Canosa Suárez (2014):

Tradicionalmente se calificó como tercero a quien no es parte en sentido estricto, es de-

cir, quien no es demandante ni demandado. Sin embargo, hay terceros que al intervenir en el proceso (voluntaria o forzosamente) se vuelven parte, por introducir una pretensión, reclamar un derecho o ser las personas frente a las cuales se reclama un derecho.

La novedad del Código General del Proceso está en reorganizar las partes y los terceros con otro criterio: en la denominación de capítulos se utiliza el concepto de parte en sentido amplio, incluyendo como parte tanto a las iniciales, como a las sobrevinientes (antes terceros intervinientes), entre ellos el litisconsorte cuasinecesario, el interviniente excluyente, el llamado en garantía, el llamado como poseedor o tenedor, los sucesores procesales y los intervinientes para incidentes o trámites especiales, porque se involucran directamente con la pretensión.

El capítulo de terceros del nuevo Código General del Proceso queda reservado para el coadyuvante (art. 71), por no tener una pretensión propia en el proceso, y para el llamado de oficio (art. 72), que citado podrá decidir presentarse al proceso para convertirse en parte si en él concurren los presupuestos de las figuras mencionadas en el literal anterior o, en su caso, iniciar actuación por separado (p. 112).

Por su parte, el profesor Ramiro Bejarano Guzmán (2016):

Cuando una persona garantice el cumplimiento de las obligaciones de un contrato suscrito entre otros sujetos sometido a pacto arbitral, ese garante o asegurador queda vinculado a los efectos del fallo. Esta previsión contenida en el parágrafo 1 del artículo 37 de la Ley 1563 de 2012, fue declarada exequible en Sentencia C-170 de 2014 (pp. 432).

Sin embargo, no hace referencia a la discusión que frente a esta figura y la habilitación del arbitraje puede suscitar en Colombia, que se obligue a acudir a un proceso arbitral a quien es parte dentro del proceso y no estuvo de acuerdo en que se sometiera el litigio a este mecanismo alternativo.

¿Sería entonces la anterior, ejemplo de la creación de un arbitraje impuesto u obligatorio en Colombia?; ¿acaso el pacto arbitral solo puede darse en la modalidad de la cláusula compromisoria?; ¿qué sucede en los casos en que las partes decidan acudir al arbitraje pero por medio del compromiso, que sin lugar a dudas sorprenderá a quien para el caso del ejemplo anterior sea la aseguradora?; ¿acaso olvidó el profesor Bejarano que el Estatuto de Arbitraje permite que el pacto sea también verbal?; ¿dónde quedó la autonomía del pacto arbitral frente al contrato que lo contiene?; ¿por qué asegurar el contrato tiene la implicación de habilitar obligatoriamente un tribunal de arbitramento?.

Problema de investigación y método: planteamiento del problema de investigación y síntesis del enfoque metodológico; clase o tipo de investigación; procesos; técnicas y estrategias utilizadas para la recolección y análisis de la información

En principio las instituciones procesales que han estudiado lo referente a los sujetos que como partes o como terceros pueden intervenir dentro del proceso, se ligaron a una concepción de quien defendía de cierta manera dicha calidad, arraigada al proceso mismo y a su participación como extremo procesal, activo o pasivo respectivamente. Por citar unos ejemplos, el profesor Piero Calamandrei (1962) explica que “las partes son el sujeto activo y el sujeto pasivo de la demanda judicial” (p. 15) y el profesor Hernando Morales Molina (1991) considera que “es parte el que demanda en propio nombre o en cuyo nombre se demanda la tutela jurídica, es decir, quien ejerce la acción y aquel frente al cual se pide la intervención del Estado, vale decir, a quien se demanda” (p. 15), concepción que varío en el Código General del Proceso tal y como lo explica el profesor Henry Sanabria (2012):

Cuando en el Código de Procedimiento Civil se habla de integración del contradictorio o conformación del litisconsorcio necesario, se

hace referencia a la presencia de varios sujetos como demandantes o como demandados, pero no a la intervención de terceros, toda vez que, como se dijo, a quienes actúan en el proceso en una condición diferente a la demandante o demandado se les considera terceros, con independencia de si estos concurren al proceso a hacer valer un derecho propio, a resistir una pretensión formulada en su contra por una de las partes o tan solo desean actuar sin esperar que sobre ellos recaiga una decisión judicial (...).

El Código General del Proceso parte de una lógica diferente, estimando que es parte no solamente quien tiene la calidad de demandante o demandado, sino también quien acude al proceso a hacer valer una pretensión propia o a procurar la solución de una controversia jurídica que se ha suscitado con una de las partes en razón de un vínculo de derecho sustancial, debiendo el juez en su sentencia pronunciarse y decidir tanto del asunto litigioso planteado entre demandante y demandado como del propuesto por los demás intervenientes (p. 15).

Pero, ¿por qué es importante la perspectiva desde la cual se aborda en la actualidad el concepto de parte, para efectos de verificar la forma en que debe concebirse el llamamiento de garantía en el proceso arbitral en Colombia en vigencia, según el Código General del Proceso?

El presente estudio ha puesto en evidencia desde el inicio, el problema que representa la confusión que puede generar el ángulo desde donde se aborda el concepto de si el llamado en garantía es parte o simplemente puede considerarse como un tercero a partir de lo que ahora se explica es la evolución contenida en el Código General del Proceso acerca de quien tiene o no dicha calidad, porque es bastante relevante en materia de arbitraje y más cuando el artículo 37 del Estatuto de Arbitraje maneja la figura desde la siguiente perspectiva:

Según el artículo 36 de la Ley 1563 de 2012:

Cuando por la naturaleza de la relación jurídica debatida en el proceso, el laudo haya de gene-

rar efectos de cosa juzgada para personas que no estipularon el pacto arbitral, el tribunal ordenará la citación personal de todas ellas para que manifiesten si adhieren o no al pacto. La notificación personal de la providencia que así lo ordene, se llevará a cabo dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de su decreto.

Los citados manifestarán expresamente su decisión de adherir al pacto arbitral dentro de los cinco (5) días siguientes. De no hacerlo, el tribunal declarará extinguidos los efectos del compromiso o de la cláusula compromisoria para dicha controversia. Igual pronunciamiento se hará cuando no se logre notificar a los citados. En la misma providencia en la que se declaren extinguidos los efectos del pacto arbitral, los árbitros ordenarán el reintegro a las partes de la totalidad de los honorarios. En estos eventos, no se considerará interrumpida la prescripción y operará la caducidad, salvo que se promueva el respectivo proceso ante el juez dentro de los veinte días (20) hábiles siguientes a la ejecutoria de la providencia referida en este inciso.

Si todos los citados adhieren al pacto arbitral, el tribunal fijará la contribución que a ellos corresponda en los honorarios y gastos generales.

Cuando se trate de integración del contradictorio con quien haya suscrito el pacto arbitral, se ordenará su notificación personal, surtida la cual, el citado tendrá veinte (20) días para pronunciarse, según corresponda a su condición de parte activa o pasiva. Vencido este término, el proceso continuará su trámite.

Con todo y lo anterior, esta investigación propone el siguiente análisis: el Estatuto de Arbitraje no dispuso en ningún aparte del mismo cuando se refiere a los casos del llamado en garantía de un tercero que solo se tratara desde la posición de garante, pero si hace referencia a que cuando el laudo arbitral vaya a generar efectos de cosa juzgada para personas que no estipularon el pacto arbitral (ejemplo de esto: el llamado en garantía) se dará una oportunidad para que se adhieran al pacto y en caso de que expresen que no se adhieren al mismo el

tribunal deberá declarar extinguidos los efectos del compromiso o de la cláusula compromisoria para dicha controversia.

Sin embargo, si la situación anteriormente planteada se estudia desde la aplicación e interpretación integral del artículo 37 del Estatuto de Arbitraje, deberá leerse con detenimiento la norma, específicamente los párrafos 1 y 2 del mismo:

Intervención de otras partes y terceros. La intervención en el proceso arbitral del llamado en garantía, del denunciado en el pleito, del interviniente excluyente y demás partes, se someterá a lo previsto en las normas que regulan la materia en el Código de Procedimiento Civil. Los árbitros fijarán la cantidad adicional a su cargo por concepto de honorarios y gastos del tribunal, mediante providencia susceptible de recurso de reposición. La suma correspondiente deberá ser consignada dentro de los diez (10) días siguientes.

Tratándose de interviniente excluyente que no haya suscrito el pacto arbitral, su demanda implica la adhesión al pacto suscrito entre las partes iniciales. En caso de que el interviniente excluyente que haya suscrito pacto arbitral o que haya adherido a él, no consigne oportunamente, el proceso continuará y se decidirá sin su intervención, salvo que la consignación la efectúe alguna otra parte interesada, aplicando en lo pertinente el artículo 27.

Cuando el llamado en garantía o denunciado en el pleito, que ha suscrito el pacto arbitral o ha adherido a él, no consigne oportunamente, el proceso continuará y se decidirá sin su intervención, salvo que la consignación la efectúe alguna otra parte interesada, aplicando en lo pertinente el artículo 27.

En los casos de llamamiento en garantía y de denuncia del pleito, la existencia del pacto arbitral también podrá probarse conforme a lo previsto en el párrafo del artículo 30.

Si se trata de coadyuvante o llamado de oficio, su intervención se someterá a lo previsto en

las normas que regulan la materia en el Código de Procedimiento Civil para esta clase de terceros. En este caso, el tribunal le dará aplicación al inciso primero de esta norma y el no pago hará improcedente su intervención.

PARÁGRAFO 1o. Cuando se llame en garantía a una persona que ha garantizado el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato que contiene pacto arbitral, aquella quedará vinculada a los efectos del mismo.

PARÁGRAFO 2o. En ningún caso las partes o los reglamentos de los centros de arbitraje podrán prohibir la intervención de otras partes o de terceros.

Entonces, según esta norma, en todos los casos que se llame en garantía a una persona que ha garantizado el pago de las obligaciones que contiene el pacto arbitral en sí mismo tendrá efectos así no se haya adherido al mismo. Ahora bien, algunos tomarán la interpretación de esta norma como si debiera hacerse la notificación y si este no comparece (es decir, el llamado en garantía) entonces el laudo generará efectos, sin embargo, esto último la norma no lo estipula en ningún párrafo.

A diferencia de dicha interpretación se ha de destacar lo que el profesor Henry Sanabria (2012) expone:

Sin embargo en vigencia del artículo 30 el Decreto 2279 de 1989, creado por el artículo 127 de la Ley 446 de 1998, siempre se presentó el inconveniente de que el llamado en garantía, una vez era convocado al proceso, manifestaba su decisión de no adherir al pacto arbitral celebrado entre demandante y demandado, con lo cual se frustraba su intervención y el proceso se adelantaba solamente entre las citadas partes, sin la concurrencia del llamado [...]. Es por ello que el artículo 37 de la Ley 1563 de 2012 soluciona los problemas planteados disponiendo, por un lado, en su parágrafo primero, que cuando se llame en garantía a una persona que ha garantizado el cumplimiento de las obligaciones derivadas

de un contrato que contiene pacto arbitral [...] De esta forma, si una aseguradora celebra un contrato de seguro de cumplimiento en virtud del cual garantiza un determinado contrato en el cual se ha incorporado cláusula compromisoria, dicha compañía está manifestando con ello su aceptación y adhesión al pacto arbitral, de tal suerte que si es llamada en garantía en el proceso arbitral que se ha originado con ocasión del contrato afianzado, no le quedará más remedio que intervenir en el mismo, sin que le sea dado, como ocurría en vigencia de la norma anterior, manifestar que no se adhiere al pacto arbitral. De esta manera se asegura la vinculación al proceso del llamado en garantía, quien por el solo hecho de haber garantizado el cumplimiento del contrato que cuenta con pacto arbitral, queda vinculado por este, habilitando a los árbitros para resolver acerca de la relación sustancial derivada, en nuestro ejemplo del contrato de seguro (p. 236).

Si bien el Sanabria enaltece la constitucionalidad de dicha norma, cabe plantear diferentes interrogantes, como por ejemplo los que surgen a partir de la siguiente pregunta: ¿qué ocurriría en los casos en que, si bien el llamado en garantía (en los casos en donde se trate de una aseguradora, por ejemplo) otorgó una póliza, pero jamás tuvo conocimiento de un pacto arbitral porque no estaba contenida en el negocio que fue puesto de presente a la misma?

Como bien puede tenerse por válido en la práctica, la habilitación a los árbitros puede hacerse no solo en la modalidad de cláusula compromisoria, sino a través del compromiso, siendo este último un pacto que siendo celebrado con posterioridad al otorgamiento de la póliza y el surgimiento de la controversia entre las partes puede dejar de presente lo siguiente: ¿era la aseguradora consciente de que en caso de litigio se acudiría al proceso arbitral?; ¿todo lo anterior no puede terminar generando una violación del debido proceso por cuanto la norma sigue siendo confusa al hablar no de partes sino de quienes genere efectos el laudo arbitral?; ¿acaso el concepto de parte en el Código General del Proceso no se debe mirar desde otra ideología?.

Inicialmente hay que decir que la figura es expresa en mostrar que la intervención del llamado en garantía en el proceso, ha de ser como lo indica el Código de Procedimiento Civil, por lo que estando en la actualidad en vigencia el Código General del Proceso, dicha normativa es la aplicable.

Añádase a esto, lo que el profesor Ulises Canosa Suarez (2014) expresa frente a lo que considera una evolución en el Código General del Proceso, con respecto a la figura de intervención en el proceso en estudio:

El Código General del Proceso elimina la denuncia del pleito para unificar en el llamamiento en garantía la citación de cualquier tercero garantizador [...]. Si la demanda es admitida, para que el llamamiento sea eficaz debe notificarse al llamado en los seis meses siguientes, ampliándose de esta manera el término de noventa días que tría el Código de Procedimiento Civil. Bienvenida también la aclaración sobre la posibilidad que tiene el llamado de contestar la demanda y el llamamiento en un solo escrito, porque contribuye a superar las dificultades y discusiones que eran tan corrientes como infundadas sobre esta inobjetable alternativa.

No puede dejarse de mencionar una trascendental modificación que resulta de comparar el texto del artículo 64 del Código General del Proceso frente al 57 del Código de Procedimiento Civil. Antes se citaba a un tercero y ahora se permite reclamar de otro, que obviamente ya puede ser parte, la indemnización del perjuicio que se llegare a sufrir o el reembolso del pago que se tuviere que hacer como resultado de la sentencia, quedando así incluida en el llamamiento en garantía del Código General del Proceso la conocida institución de la demanda de coparte, que ha tenido desarrollo en otros ordenamientos jurídicos y que en Colombia no había podido abrirse paso por las limitaciones legales que ahora están allanadas (p. 114).

Entonces, ¿se ha superado la concepción de que el llamado en garantía es un tercero para concebirlo como parte del proceso?; de ser así,

¿qué interpretación debería tener el Estatuto de Arbitraje frente a la regulación de esta figura?; ¿cómo se aplica la figura del llamamiento en garantía en el proceso arbitral en Colombia en vigencia del Código General del Proceso?

Presentación de los resultados de la investigación

A continuación se presentan los siguientes resultados, desarrollados a partir de los interrogantes planteados con respecto a la figura del llamamiento en garantía en el proceso arbitral en Colombia:

El concepto de parte en el Código General del Proceso vs. el llamamiento en garantía en el proceso arbitral en Colombia

El concepto o figura de llamamiento en garantía en el proceso arbitral colombiano genera la necesidad de puntualizar a su vez, la concepción de parte, para ligar dicha situación a la importancia que implican los derechos de un llamado tercero que en realidad también tiene una pretensión in reverso, así como lo ha designado el profesor Jairo Parra Quijano (2001), y como lo sustenta el profesor Ulises Canosa Suarez (2014), cuando reconoce que incluso frente a esta figura, se acepta en el Código General del Proceso lo que se ha denominado coparte. De manera que, aquí se pone en evidencia que el concepto que se tenía de parte aislado de garantizar la habilitación que del mismo debe esperarse, por cuanto, para efectos del pacto arbitral de naturaleza contractual es de vital importancia la voluntad de las partes, no se puede discutir argumentando que dicho sujeto es un simple garante; si así fuera, no se entiende la justificación para que deba ser notificado, pueda contestar demanda y ejercer derecho de defensa. Si solo se trata de un garante que como expectante debe atender el resultado del debate que se discute entre demandante y demandando, la lógica indica que no debería intervenir y que solo debería garantizar aisladamente al proceso.

Como ejemplo para sustentar aún más lo anterior, se encuentran perspectivas en donde se habla de que existe, entre el llamado y algunas de las partes, una pretensión in reverso; por cuanto, desde las mismas instituciones del derecho procesal, se puede concluir que no se puede pensar en pretensión sin que exista un proceso y por ende unas partes involucradas en el mismo. Lo que sucede ciertamente es que para el caso de un proceso donde se permite el llamamiento en garantía, lo que se pretende es que en virtud de la economía procesal se puedan discutir, por la relación que tienen, tanto la pretensión del demandante y del demandado, como la del llamado frente a quien está garantizando o respaldando, según sea el caso, por cuanto la figura permite tanto para el extremo demandante como el demandado.

El efecto de cosa juzgada del laudo arbitral vs. el llamamiento en garantía en el proceso arbitral en Colombia

Esta investigación destaca las siguientes visiones de la institución que se concibe como cosa juzgada:

Según Eduardo J. Couture (2010):

La aplicación de la regla de que la cosa juzgada alcanza a quienes han sido partes en el juicio, impone la conclusión de que sus efectos se consideran indistintamente según que el actor del primer juicio actúe como demandado en el segundo y viceversa; el cambio de posición no altera el efecto de la cosa juzgada (p. 345).

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SC9722 del 18 de mayo de 2015, explicó lo siguiente:

Las sentencias judiciales proferidas en procesos contenciosos, una vez ejecutoriadas, es regla general, adquieren el sello o la fuerza de cosa juzgada, razón por la cual, en salvaguarda de los principios de certeza, seguridad jurídica y paz sociales, se tornan inmodificables

e inimpugnables, y como consecuencia, coercibles. El anterior postulado, sin embargo, no es absoluto, en cuanto existen casos que autorizan derruir los aludidos efectos, en concreto, cuando los fallos en firme son contrarios a la justicia, atentan contra el derecho de defensa o desconocen la misma cosa juzgada material. La excepción encuentra respuesta en el recurso de revisión, instituido, precisamente, para hacer imperar la justicia, restablecer el derecho de defensa cuando ha sido conculcado y asegurar la certeza judicial, esto último, cerrando ataques ulteriores a la pretensión reconocida o impidiendo reclamarla de nuevo si ha sido negada.

Sin embargo, antes de poder concluir por medio de esta investigación si realmente se produce este efecto de cosa juzgada, cabe retomar la siguiente postura del profesor Enrique Vescovi:

Este fenómeno es la consecuencia de que, en virtud de las normas de derecho sustancial, el tercero (llamado) es el verdadero responsable (caso de la citación de evicción), o a la parte (demandada), en el caso de ser condenada, tendría a su vez, una acción (de regreso) contra ese tercero. Como el caso del dueño del vehículo que llama al que lo conducía, por ser el verdadero responsable del accidente (su empleado, aquel a quien le prestó el vehículo, se lo robó, al asegurador, etc.). Estamos también frente a un proceso acumulativo, generalmente, en el cual se quiere evitar dos sentencias contradictorias sobre una misma causa.

Los modernos códigos como, en Iberoamérica, el colombiano, el brasileño, etc., regulan este instituto y permiten, en ciertas circunstancias, que este llamado se haga por el juez de oficio. Es el caso de integración de la Litis y, al igual que otros, procede cuando existe un litisconsorcio necesario y, en consecuencia, no se puede resolver (válidamente) la situación jurídica planteada sin la asistencia de todos los litisconsortes.

La doctrina procesal y la jurisprudencia uruguaya establecen, no sin discordancias y dudas, los siguientes puntos al respecto:

- a) La citación en garantía la puede hacer el demandado, no el actor que al demandar puede hacerlo contra las partes que desee, por lo cual, luego, le queda cerrada esta vía. Inclusive se admite que el demandado, al re-convenir, traiga al pleito algún otro actor. Se discute si el juez puede hacerlo; en la duda, nos inclinamos por la afirmativa, cuando es imprescindible integrar el contradictorio (Litisoconsorcio necesario), o al menos, intimar al actor (o reconviniente) a que lo haga, bajo pena de declarar improponible objetivamente la demanda.
- b) Se puede citar al pleito a quien no es parte; en cambio, quien ya es demandado no puede ser citado.
- c) El citante no está obligado a citar y no pierde el derecho (acción de regreso) en caso de que no lo haga.
- d) El citado, a su vez, como todo demandado, puede o no comparecer, y debe atenerse a las consecuencias de su omisión.
- e) La citación amplía la competencia del juez (por conexión), y se discute si, también, en caso de que al citarse se cambie de materia, es posible hacerlo o no.
- f) La citación no exime al demandado de contestar la demanda, pues no constituye una excepción dilatoria y sí solo planea un incidente innominado que se rige por las reglas generales.
- g) En consecuencia puede discutirse la admisión o no de la citación, y el propio juez, a nuestro parecer, de oficio, lo debe considerar para admitirla solo si se dan las reglas generales de la conexidad (identidades).
- h) El citado no entra, en ningún caso, en sustitución del citante pues el actor tiene derecho a elegir su contraparte.
- i) Entrando el citado, este es un tercero, que ahora se ha convertido en parte (pp. 206-207).

A este propósito, el interrogante a responder sería el siguiente: ¿el laudo arbitral que no ha sido adherido por el llamado en garantía, produce efectos de cosa juzgada para el mismo?

En materia procesal, para que se hable de forma general de esta institución, se debe

contar con que se trate de un proceso en donde se pretendan discutir los mismos hechos y por supuesto las mismas pretensiones, y que además haya entre el uno y el otro identidad de partes. Se podrá pensar entonces, que al no ser el llamado parte sino un simple garante, que no se hable de cosa juzgada frente a éste sino frente al citante; o en otras palabras, la persona que el llamado se encuentra respaldando o garantizando dentro del proceso.

Sin embargo, en esta investigación es relevante lo que el profesor Enrique Vescovi (1984) explicó en la cita anterior frente a la sustitución de parte y la conversión del tercero en parte que se produce para estos casos: Es importante entonces, que se entienda que si bien el llamado en garantía no es una parte principal, será una sobreviniente dentro del proceso, incluso vista desde lo que podría considerarse sea un litisoconsorcio.

Por otra parte, se encuentra el litisoconsorcio necesario, con la salvedad de que inmediatamente algunos dirán que no es posible darle esta connotación a la figura, por cuanto sería abrir la puerta para futuras nulidades provenientes de la no integración del contradictorio en los casos en que no se adhiera el llamado, para al caso del arbitraje, al respectivo pacto arbitral.

Por último, se halla el litisoconsorcio cuasinecesario en donde, si bien no es indispensable que comparezca el citado, la sentencia sí producirá efecto frente al mismo; este es evidentemente el tratamiento que se le ha dado al llamamiento en garantía en Colombia. Tal como lo exponen los siguientes juristas:

Según el profesor Jairo Parra Quijano (2001):

El litisoconsorcio es impuesto por la naturaleza de la relación material; es una imposición de la relación material con vigencia en la relación procesal, no para la existencia del proceso, sino para que se pueda, como en el caso

de Colombia, dictar sentencia de mérito o de fondo (p. 41).

El profesor Manuel De la Plaza (1945), señala que “Se produce litisconsorcio necesario siempre que, por la naturaleza de la relación jurídica material que en el proceso se crea, los litigantes estén unidos de tal modo, que a todos afecte la resolución que en él pueda dictarse” (p. 40).

El profesor Hugo Rocco (1970), señala al respecto que “Dicho tipo de litisconsorcio se deriva de la naturaleza de la relación sustancial que constituye el objeto de la de la declaración de certeza por parte de los órganos jurisdiccionales” (p. 40).

Por su parte, el profesor Jairo Parra Quijano (2001) considera lo siguiente:

Para que se de este tipo de litisconsorcio se requiere, en nuestro criterio, que exista una relación material que la ley regule dándoles, a varios sujetos, la legitimidad para intervenir en determinados eventos que se refieren a esa relación material. En los ejemplos de la doctrina, estarían las obligaciones solidarias (relación material) reguladas por la ley (norma), en virtud de las cuales se puede demandar a todos los deudores o solo a uno (artículo 1571 del Código Civil Colombiano) (pp. 25-26).

Con base en las citas anteriores, esta investigación pudo concluir que partiendo del litisconsorcio cuasinecesario que se integra con el llamado en garantía, mal podría considerarse como un simple garante porque, si fuera así, no tendría derecho a ningún tipo de actividad dentro del proceso, situación contraria a lo que sucede en la realidad en Colombia; de hecho, a eso responde también la lógica de que lo que se discuta en el proceso para que tenga entonces efecto de cosa juzgada frente al llamado.

Lo que si no queda claro es la contradicción del Estatuto de Arbitraje, pues por un lado establece que la no adhesión al pacto del llama-

do va a generar que se declare la inexistencia del pacto y por otra parte establece que en todo caso el laudo tendrá efectos.

La adhesión obligatoria del llamado en garantía en el proceso arbitral en Colombia

En Colombia se estipularon dos artículos (en el Estatuto Arbitral Colombiano Ley 1563 de 2012 y en la sentencia C-170 de 2014) que terminan siendo contrarios y por ende, generan confusión, por una parte, en cuanto al tratamiento que se le da al llamado en garantía, como coparte dentro del proceso arbitral, y de otra parte, en cuanto a los efectos obligatorios del laudo, que terminan convirtiendo en obligatoria la adhesión al pacto arbitral pero, siendo éste último un negocio jurídico, independiente y autónomo, no se caracteriza por esos efectos si las partes no están de acuerdo.

En este contexto, la misma Ley 1563 de 2012 define así el pacto arbitral:

El pacto arbitral es un negocio jurídico por virtud del cual las partes someten o se obligan a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas. El pacto arbitral implica la renuncia de las partes a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El pacto arbitral puede constituir en un compromiso o en una cláusula compromisoria.

Según el profesor Néstor Humberto Martínez Neira (1988):

El pacto arbitral es un acto jurídico bilateral o plurilateral, como quiera que constituye la expresión de la voluntad de los contratantes destinada a producir efecto jurídico: otorgar una jurisdicción especial a los árbitros para que diriman en derecho o en conciencia las controversias presentes o futuras que pueda vincularlos (p. 343).

Y por último, para destacar los requisitos que requiere el pacto arbitral como negocio

jurídico, el profesor Jaime Alberto Arrubla Paucar (2013) explica que “Los requisitos del pacto arbitral son los mismos de todo negocio jurídico: capacidad, consentimiento, objeto y causa lícitos” (p. 251).

Entonces, ¿sería razonable que, por medio del Estatuto de Arbitraje, se imponga en Colombia para el caso del llamamiento en garantía, una adhesión al pacto arbitral? Si bien se aplaudió lo dicho en el parágrafo 1 del artículo 37 de la Ley 1563 de 2012, lo cierto es que resulta evidentemente contradictorio a lo que sustancialmente es el pacto arbitral como negocio jurídico, lo cual es una segunda conclusión de esta investigación.

La adhesión del llamado en garantía cuando el pacto no se incluya dentro del contrato, cuando se trate de compromiso o cuando sea verbal

Durante mucho tiempo se ha entendido que el pacto arbitral debe responder a la solemnidad de ser por escrito; sin embargo, esta perspectiva cambió con la entrada en vigencia de la Ley 1563 de 2012 o Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, tal y como lo explica el profesor Jaime Arrubla Paucar (2013) en el estudio que hace sobre este tipo de acuerdo:

En nuestra opinión, de conformidad con la legislación vigente, la cláusula compromisoria solamente es solemne cuando no está anexa al contrato respectivo y se estipula por aparte y la solemnidad consiste en un escrito. El compromiso sí es solemne y consiste la solemnidad en cualquier clase de documento, incluso no autógrafo, como un fax, un telegrama o un documento informático.

Sin embargo, es significativo lo que dispone el parágrafo del artículo 3 de la Ley 1563 de 2012 sobre arbitraje: “Si en el término de traslado de la demanda, o de su contestación, o de las excepciones previas, una parte invoca la existencia de pacto arbitral y la otra no la niega expresamente, ante los jueces o tribunal de

arbitraje, se entiende válidamente aprobada la existencia del pacto arbitral.

Como puede observarse, se le está dando completo alcance a una eventual estipulación verbal del pacto arbitral, sin distingo alguno, pudiendo referirse a cualquiera de sus dos especies” (p. 255).

Se ha entendido como un avance el hecho de que se obligue de cierta manera al llamado en garantía a adherirse al pacto arbitral con el argumento de que para ello, él mismo debió tener conciencia de estar entonces garantizando un contrato que tenía incluida la cláusula compromisoria respectiva. Pero esto no es tan sencillo, porque el Estatuto de Arbitraje, como se evidenció anteriormente, abrió la puerta a que dicho negocio jurídico no deba estar contenido en el contrato e incluso que se realice de forma verbal. Ni qué decir en los casos en donde el pacto arbitral responda a la segunda modalidad o compromiso, en el entendido de que siendo éste realizado después de celebrado el contrato que está siendo garantizado por el llamado, es ilógico que tuviera conciencia vidente de lo que va a suceder en el futuro. Lo cierto es que en ningún aparte de la Ley 1563 de 2012 se estipula que opere esta figura, que es contradictoria con la misma naturaleza del pacto arbitral (la adhesión obligatoria en el caso del llamado), cuando se trate de cláusula compromisoria; sino que se habló en términos generales del pacto arbitral y sin hacer distingo alguno frente a la solemnidad que de forma abierta presenta el mismo para el caso de Colombia.

En este orden de ideas, esta investigación puede concluir que la adhesión obligatoria del llamado en garantía en los términos en que se le regula en el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, se torna evidentemente inconstitucional y más aún en los casos donde el pacto arbitral no esté estipulado en el contrato, se trate de compromiso o sea cualquiera de las anteriores modalidades pero acordado verbalmente.

Violación al debido proceso derivada de los artículos 36 y 37 del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional en Colombia

Como bien se ha venido señalando sobre la figura del llamamiento en garantía en el proceso arbitral en Colombia, es necesario tener en cuenta lo que el profesor Jairo Parra Quijano (2001) expresa en relación al debido proceso:

La razón de ser de esta figura se halla ligada al concepto del debido proceso como derecho fundamental de las personas que les otorga la garantía de no ser vinculadas o afectadas por una decisión judicial, sin haber tenido la oportunidad de exponer su posición en un proceso adelantado de acuerdo a los ritos pre establecidos" (p. 55).

Si bien Parra se refiere en su libro al litisconsorcio necesario, no puede leerse de forma aislada al cuasinecesario que de cierta manera se conforma cuando tiene lugar en el proceso el llamamiento en garantía.

Análisis jurisprudencial de la adhesión obligatoria del pacto arbitral en Colombia

Hasta este momento se han planteado desde diferentes perspectivas lo que implica el tener como parte al llamado en garantía y lo que establece el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional en su artículo 37, el cual mediante la sentencia C-170 de 2014, fue declarado exequible. Antes de estudiar los argumentos que fueron soporte de dicha decisión, es conveniente estudiar la postura que ha tenido la Corte Constitucional a través del tiempo frente a la importancia de la voluntad de las partes manifestada en el pacto arbitral:

Según la Sentencia C-330 de 2012:

La voluntad de las partes se manifiesta en diferentes aspectos del sistema arbitral, por medio de su acuerdo, deciden libremente que no acu-

dirán a la justicia del Estado para resolver sus diferendos, establecen cuáles controversias someterán a arbitraje, determinan las características del tribunal, designan los árbitros e incluso fijan el procedimiento arbitral a seguir dentro del marco general trazado por la ley. La voluntad de las partes es, así, un elemento modular del sistema de arbitramento [...].

Una consecuencia importante del papel central de la voluntad autónoma de las partes dentro del sistema de arbitramento es que cualquier circunstancia que viese la voluntad de las partes de acudir a este mecanismo de resolución de conflictos afecta la legitimidad, tanto del tribunal arbitral, como de las decisiones que él adopte, y constituye un obstáculo indebido en el acceso a la administración de justicia. De tal manera, el pacto arbitral debe resultar de la libre discusión y autónoma aceptación por las personas concernidas, sin apremio alguno, a la luz de su evaluación autónoma de las circunstancias que hacen conveniente recurrir a tal curso de acción, y no de una imposición que afecte su libertad negocial.

Lo mismo sostuvo en casos como cuando, otorgando especial importancia al principio de voluntariedad que rige el sistema arbitral, examinó la constitucionalidad del artículo 19 de la Ley 142 de 1994, en virtud del cual las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios debían incluir en sus estatutos una cláusula arbitral. En dicha oportunidad sostuvo en sentencia C-242 de 1997:

La realización de funciones jurisdiccionales por los árbitros requiere por exigencia constitucional de la habilitación por las partes en conflicto para que puedan proferir, en cada caso en concreto, los fallos en derecho o en equidad en los términos legalmente establecidos; lo que indica que para que sea procedente al utilización de este mecanismo en la misión esencial de administrar justicia por particulares investidos transitoriamente de dicha facultad, se requiere indefectiblemente del consentimiento o la habilitación por parte de aquellos que han optado por someter sus conflictos a la decisión arbitral. Debe darse a través de un acuerdo interpartes de escoger el mecanismo

del arbitramento como el instrumento adecuado y competente para resolver sus diferencias, a causa de la espontánea y libre voluntad de someterse al proceso arbitral, a cambio del conocimiento de las mismas por la jurisdicción ordinaria. Disponer por vía legal y genérica, a manera de mandato obligatorio, que el instrumento que debe utilizarse para resolver las diferencias surgidas entre los asociados o con la sociedad, con motivo del contrato social, sea el del procedimiento arbitral, desconoce el mandato de la Constitución Política, según el cual “son las partes” las únicas que pueden investir transitoriamente y en cada caso específico a los particulares, a fin de que sirvan de árbitros para que decidan en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”

Posteriormente, en la sentencia C-1140 de 2000, se pronunció sobre los artículos 35, 36 y 37 de la Ley 546 de 1999, que regulaban la conformación y el funcionamiento de tribunales de arbitramento pactados en contratos de crédito para construcción o adquisición de vivienda con entidades financieras:

Los tribunales arbitrales han de ser convenidos libremente por las personas que participan en la relación negocial, y no asignados por la más fuerte. Por ello concluyó la Sala Plena, las normas eran abiertamente inconstitucionales, dado que propiciaban la inclusión de cláusulas compromisorias en este tipo de contratos, lo cual en su criterio violaba el derecho al acceso a la administración de justicia, el principio de igualdad y como consecuencia de este análisis se declararon inexequibles las normas acusadas.

Siguiendo con la línea anterior, en sentencia C-060 de 2001 que trata sobre el artículo 19 de la Ley 182 de 1995, en virtud del cual si no se llegaba a un acuerdo entre los concesionarios del servicio de televisión y las empresas de servicios públicos o el Estado sobre el uso de la infraestructura de redes de cableado, ductos y postes existentes para efectos de facilitar la transmisión de la señal, se habría de someter la controversia al arbitramento, la Corte reiteró que:

El arbitramento es marcadamente voluntario, por lo cual las cláusulas compromisorias deben resultar de la libre discusión de las partes y no de condiciones legalmente impuestas a uno de los contratantes, pues de lo contrario desconocería el principio de autonomía de la voluntad, particularmente en relación con la decisión de los procedimientos y autoridades que han de resolver eventuales desacuerdos contractuales. También recordó la Sala Plena que la autorización constitucional para acudir a mecanismos alternativos de resolución de conflictos no puede tomarse como vía libre para bloquear el acceso a la administración de justicia.

Tanto la cláusula compromisoria como el compromiso son instituciones jurídicas derivadas de un acuerdo explícito, y que resultan del análisis de circunstancias jurídicas y económicas concretas que hacen recomendable recurrir a un tribunal arbitral, la Corte afirmó que no se puede crear mediante ley un arbitramento obligatorio para resolver disputas contractuales, ya que ello crearía una instancia forzosa que desconocería la libertad de las partes para solucionar sus conflictos y restringiría el acceso a la administración de justicia, declarando inexequibles las expresiones acusadas.

En sentencia C-1038 de 2002, la Corte se pronunció sobre las normas contenidas en el Decreto 2651 de 1991 y la Ley 446 de 1998, que atribuían a los Centros de Arbitraje funciones de índole jurisdiccional durante la etapa prearbitral, en relación con la admisión o rechazo de la solicitud de convocatoria a un tribunal arbitral, la realización de la audiencia de conciliación, la designación de los árbitros y la conformación e instalación del tribunal, y sostuvo lo siguiente:

Teniendo en cuenta que el artículo 116 de la Carta autoriza a los particulares para habilitar a los árbitros, y no a los Centros de Arbitraje, para administrar justicia, se concluyó que desconoce la Constitución la atribución legal de funciones judiciales a los funcionarios de dichos centros. Se resaltó en esa medida, que es la voluntad de las partes la que activa la

jurisdicción arbitral, la competencia de los árbitros y sus atribuciones por lo cual admitir el ejercicio de funciones judiciales excepcionales por quienes no han sido expresamente autorizados por la voluntad de las partes contraria el principio de habilitación que está a la base del arbitramento, y el carácter excepcional y por ende de interpretación restrictiva de este mecanismo de solución de conflictos.

En sentencia C-211 de 2000, en estudio del artículo 59 de la Ley 79 de 1988 en virtud del cual las diferencias que surjan en las cooperativas de trabajo asociado se someterán al procedimiento arbitral o a la justicia laboral ordinaria, la Corte lo declaró exequible porque no imponía un arbitramento forzoso sino uno voluntario, puesto que dejaba abierta la opción a las partes de recurrir al sistema estatal de administración de justicia.

En sentencia C-572A de 2014, la Corte sostuvo:

El principio de habilitación de los árbitros, para destacar que los árbitros no tienen competencia por sí mismos, sino por la habilitación de las partes, que se da en razón de su voluntad o consentimiento, expresada de manera válida y sin apremio alguno; y el *principio de Kompetenz-Kompetenz*, para advertir que, en principio, es el propio tribunal de arbitramento el encargado de definir su propia competencia. Esto es evidente en un contexto normativo en el cual no se admite el arbitraje obligatorio, sino que se requiere de manera indispensable del consentimiento de las partes involucradas.

A partir de lo dicho, se puede indicar que es contrario al principio de habilitación de las partes: i) imponer a los particulares, en determinados contextos, la obligación de acudir a arbitraje; ii) exigir a empresas estatales someter las diferencias que puedan surgir de sus contratos a procesos arbitrales; iii) obligar a las partes en ciertos contratos a incluir una cláusula compromisoria; y iv) atribuir funciones arbitrales a entidades o individuos que no han sido expresamente habilitados por

las partes en ejercicio de su voluntad libre y autónoma.

Críticas a la posición de la Corte Constitucional en su sentencia C-170 de 2014

La visión expuesta por la Corte en la Sentencia C-170 de 2014 fue la siguiente:

Según el recuento jurisprudencial se demuestra la importancia dada por la Constitución a la autonomía de las partes como fundamento del origen de cada proceso arbitral, y que el principio de habilitación voluntaria de la justicia arbitral por las partes ha sido uno de los ejes cardinales de la doctrina constitucional sobre el tema, en aplicación del artículo 116 de la Carta.

Es decir que la Corte en ningún momento centra su argumentación en negar que el arbitraje debe ser voluntario, tanto así que no comparte la teoría de aplicar una aceptación tácita frente a la garantía que se da de forma implícita al conocer el llamado, de cierta manera, la existencia de cláusula compromisoria dentro de un contrato.

Por otra parte, la Corte explica en la Sentencia C-170 de 2014:

El concepto de parte es restringido al escenario del proceso y se asume así tanto en su aspecto formal, como en su aspecto material, determinado en esencia por la relación jurídico-sustancial. Es decir, es parte no solo quien asume la calidad de demandante o quien ostenta la de demandado en consideración a la pretensión objeto de debate, sino también quien se vincula al proceso de manera sobreviniente en razón de la naturaleza de la relación jurídico-sustancial. Quien sea virtualmente ajeno a dicha relación solo tiene la calidad de tercero en los términos dispuestos por nuestra preceptiva procesal.

Bajo estas premisas, puede concluirse que el llamado en garantía es un tercero que, en relación de necesidad, participa en el proceso arbitral, según se vio, pero no es parte.

No existen razones de orden constitucional para afirmar, como lo hace la demandante, que la Constitución en el último inciso del artículo 116, se refiere a la noción de partes, en algún sentido doctrinal distinto a aquel con el que se identifican demandante y demandado en el Código General del Proceso, y antaño en el Código de Procedimiento Civil. En efecto, nada indica que cuando la Constitución utiliza la expresión “árbitros habilitados por las partes”, pretende incluir a intervenientes en los procesos, distintos a quien formula la pretensión, y a quien es destinatario de dicha pretensión. Por ello, en los términos del artículo 116 citado, el tercero garante no es parte.

Con respecto a lo anterior, surgen las siguientes preguntas: ¿acaso tuvo en cuenta la variación frente al concepto de parte que se expone en el Código General del Proceso frente al llamado en garantía?; si el llamado no es parte porque puede actuar como parte, ¿la sentencia o el laudo tiene efectos frente al mismo?; ¿cuál es el estudio que hace de esta figura para concluir que no es parte?

Otro argumento que expone la Corte siendo la sentencia C-170 de 2014 es el siguiente:

La proposición jurídica demandada se refiere al tercero garante que ha suscrito un contrato de garantía que contiene una cláusula compromisoria o pacto arbitral, por lo cual se entiende que al suscribir el mencionado contrato de garantía aceptó tácitamente que su obligación de garante podría exigirse en un proceso ante árbitros.

¿Reconoce la Corte con lo anterior, una aceptación tácita del pacto arbitral cuando esta línea era totalmente contraria a la que en numerosas sentencias había explicado la corporación?; cuando se refiere al pacto arbitral, ¿olvida que la modalidad del compromiso no implica que sea conocido de forma previa por el llamado?; ¿qué ocurriría en los casos en que ese pacto sea verbal como lo permite el Estatuto de Arbitraje (Ley 1563 de 2012), en el parágrafo del artículo 3?

Este fallo simplemente se basó en negar la calidad que el llamado en garantía tiene de parte, para de esa forma afirmar que no debe contarse con su habilitación en un proceso donde, según la Corte, debería ser un simple espectador que atiende un resultado, ya sea la sentencia o el laudo, sin poder ejercer defensa porque no es su pretensión la que está en discusión pero si sus efectos, situación totalmente contraria a lo que en la realidad procesal ocurre, de acuerdo con lo que el Código General del Proceso reguló con respecto a esta figura.

Conclusiones

1. La novedad del Código General del Proceso consiste en reorganizar las partes y los terceros con otro criterio: en la denominación de capítulos se utiliza el concepto de parte en sentido amplio, incluyendo como parte tanto a las iniciales, como a las sobrevinientes (antes terceros intervenientes), entre ellos el litisconsorte cuasinecesario, el interveniente excluyente, el llamado en garantía, el llamado como poseedor o tenedor, los sucesores procesales y los intervenientes para incidentes o trámites especiales, porque se involucran directamente con la pretensión.

El capítulo de terceros del nuevo Código General del Proceso queda reservado para el coadyuvante (art. 71), por no tener una pretensión propia en el proceso, y para el llamado de oficio (art. 72), que citado podrá decidir presentarse al proceso para convertirse en parte si en él concurren los presupuestos de las figuras mencionadas en el literal anterior o, en su caso, iniciar actuación por separado.

2. Partiendo del litisconsorcio cuasinecesario que se integra con el llamado en garantía, mal podría considerarse como un simple garante, porque si fuera así no tendría derecho a ningún tipo de actividad dentro del proceso, situación contraria a lo que realmente sucede en Colombia; de hecho, a eso responde también la lógica de que lo que se discuta en el proceso tenga enton-

ces efecto de cosa juzgada frente al llamado. Lo que si no queda claro es la contradicción del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, pues por una parte establece que la no adhesión al pacto del llamado va a generar que se declare la inexistencia del pacto y por otra, establece que en todo caso el laudo tendrá efectos.

3. La Corte Constitucional considera que el fundamento estructural para que no se tenga que tener una aceptación expresa del llamado en garantía para el caso del proceso arbitral, es que no se considera parte, posición contraria a lo que establece actualmente el Código General del Proceso para todos aquellos, que más que simples espectadores del debate procesal, sufrirán los efectos de una sentencia o, para este caso, de un laudo arbitral, tiene a esta parte sobreviniente como aquella que puede ejercer todas las formas de contradicción, tal y como quien aparece en el proceso como parte demandada inicialmente.

4. La Corte expresó en un segundo argumento que de cierta manera no se sorprende al llamado porque debe conocer la existencia del pacto arbitral, en la modalidad de cláusula compromisoria. Pero nada dijo al respecto del compromiso, ni cuando se realice un pacto arbitral de forma verbal en el entendido del parágrafo del artículo 3 de la Ley 1563 de 2012.

5. La adhesión obligatoria del llamado en garantía en los términos en que se regula lo anterior en el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional se torna evidentemente inconstitucional, aún más en los casos donde el pacto arbitral no esté estipulado en el contrato, se trate de compromiso o sea cualquiera de las anteriores modalidades pero suscrita de forma verbal.

6. Si bien en el proceso arbitral se notifica al llamado en garantía del proceso y se le da la oportunidad de contestar, no se le puede obligar a un proceso arbitral que no ha elegido y que de cierta manera no responde a los patrones pre establecidos en el ordenamiento

jurídico colombiano, sorprendiendo incluso al mismo con un negocio jurídico que no conoce en los casos que con anterioridad se citaron, por lo que con base en esta investigación se considera que dicha norma debe ser un poco más clara y evidenciar los postulados de la tutela jurisdiccional efectiva que cobija a las partes dentro de un proceso y por ende al que está siendo llamado.

Referencias

- Arrubla, J. (2013). *Contratos Mercantiles Contemporáneos*. Bogotá: Legis.
- Bejarano, R. (1994). *Intervención de terceros y medidas cautelares en el proceso arbitral* (Congreso Iberoamericano de Derecho Procesal). Bogotá. Recuperado de <http://publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/viewFile/253/pdf>
- Bejarano, R. (2016). *Procesos declarativos, arbitrales y ejecutivos*. Bogotá: Editorial Temis.
- Calamandrei, P. (1962). *Instituciones del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Editorial Ejea.
- Canosa, U. (2014). *El proceso civil a partir del Código General del Proceso*. Bogotá: Editorial Universidad de los Andes.
- Couture, E. (2010). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Editorial I de BF de Buenos Aires.
- Decreto 2651 de 1991. Por la cual se expedan normas transitorias para descongestionar los despachos judiciales. Diario Oficial 40177. Congreso de la República de Colombia, noviembre de 1991.
- De la Plaza, M. (1945). *Derecho Procesal Civil Español*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

Ley 79 de 1988. Por la cual se actualiza la Legislación Cooperativa. Diario Oficial 38.648. Congreso de la República de Colombia, enero de 1989.

Ley 142 de 1994. Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial 41.433. Congreso de la República de Colombia, julio de 1994.

Ley 182 de 1995. Por la cual se reglamenta el servicio de la televisión y se formulan políticas para su desarrollo, se democratiza el acceso a éste, se conforman la Comisión Nacional de Televisión, se promueven la industria y actividades de televisión, se establecen normas para contratación de los servicios, se reestructuran entidades del sector y se dictan otras disposiciones en materia de telecomunicaciones. Diario Oficial 41.681. Congreso de la República de Colombia, enero de 1995.

Ley 446 de 1998. Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y se expiden normas del código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia. Diario Oficial 43.335. Congreso de la República de Colombia, julio de 1998.

Ley 546 de 1999. Por la cual se dictan normas en materia de vivienda, se señalan los objetivos y criterios generales a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular un sistema especializado para su financiación, se crean instrumentos de ahorro destinado a dicha financiación, se dictan medidas relacionadas con los impuestos y otros costos vinculados a la construcción y negociación de vivienda

y se expiden otras disposiciones. Diario Oficial 43.827. Congreso de la República de Colombia, diciembre de 1999.

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 No. 48.489. Congreso de la República de Colombia, julio de 2012.

Ley 1564 de 2012. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 48.489. Congreso de la República de Colombia, julio de 2012.

Martínez, N. (1988). *El arbitraje mercantil en Derecho: Las transformaciones del derecho mercantil moderno*. Medellín: Editorial Diké.

Morales, H. (1991). *Curso de Derecho Procesal Civil*. Bogotá: Editorial ABC.

Parra, J. (2001). *Los terceros en el proceso civil*. Bogotá: Editorial Libería Ediciones del Profesional.

Rocco, U. (1970). *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Bogotá: Editorial Temis.

Sanabria, H. (2013). Integración del contradictorio e intervención de otras partes y terceros en el proceso arbitral. En H. Sanabria Santos (Ed.), *Estatuto Arbitral Colombiano: Análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012* (pp. 235-253). Bogotá: Editorial Legis.

Sentencia C-242 (1997, mayo 20). Acción de inconstitucionalidad. M.P. Hernando Herrera Vergara. Corte Constitucional.

Sentencia C-211 (2000, marzo 1). Acción de inconstitucionalidad. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Corte Constitucional.

Sentencia C-1140 (2000, agosto 30). Acción de inconstitucionalidad. M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Corte Constitucional.

Sentencia C-060 (2001, enero 24). Acción de inconstitucionalidad. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Corte Constitucional.

Sentencia C-1038 (2002, noviembre 28). Acción de inconstitucionalidad. M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Corte Constitucional.

Sentencia C-330 (2012, mayo 9). Acción de inconstitucionalidad. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Corte Constitucional.

Sentencia C-170 (2014, marzo 19). Acción de inconstitucionalidad. M.P. Alberto Rojas Ríos. Corte Constitucional.

Sentencia C-572A (2014, julio 30). Acción de inconstitucionalidad. M.P. Mauricio González Cuervo. Corte Constitucional.

Sentencia SC9722 (2015, agosto 18). Recurso de Casación. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil.

Véscovi, E. (1984). *Teoría General del Proceso*. Bogotá: Editorial Temis.