



Revista de Derecho Privado
E-ISSN: 1909-7794
mv.pena235@uniandes.edu.co
Universidad de Los Andes
Colombia

Osorio H., Mario R.
Arbitraje: un caso en contra de la constitucionalización de los mecanismos alternativos de solución de conflictos
Revista de Derecho Privado, núm. 47, enero-junio, 2012, pp. 1-34
Universidad de Los Andes
Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360033218007>

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

redalyc.org

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



**ARBITRAJE: UN CASO EN CONTRA DE LA
CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS MECANISMOS
ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS**

MARIO R. OSORIO H.

Universidad de los Andes
Facultad de Derecho
Revista de Derecho Privado N.º 47
Enero - Junio de 2012. ISSN 1909-7794

Arbitraje: un caso en contra de la constitucionalización de los mecanismos alternativos de solución de conflictos

Mario R. Osorio H.*

RESUMEN

La *constitucionalización* de los mecanismos alternativos de solución de conflictos (MASC) es un error. Al *constitucionalizar* los MASC se corre el riesgo de fosilizar unas herramientas que requieren, por su propia naturaleza, de cierta flexibilidad, y de entorpecer la posibilidad de contar con alternativas de solución de conflictos que atiendan a las necesidades del tiempo. El constituyente de 1991 optó por incluir en el artículo 116 de la Carta, consideraciones específicas sobre el ejercicio de funciones jurisdiccionales de conciliadores y árbitros, decisión que ha restringido y continuará limitando a éstos y otros MASC en detrimento de todo el sistema para la superación de disputas de Colombia. Este artículo analiza los antecedentes y discute los errores inherentes a la *constitucionalización* de una alternativa de solución de conflictos como el arbitraje y, por consiguiente, también hace las

ABSTRACT

The *constitutionalization* of alternative forms of dispute resolution (ADR) is a mistake. It entails the risk of fossilizing tools that require, by way of their nature, a level of flexibility, and of hindering the possibility of having dispute resolution alternatives that respond to the needs of time. The constituents of 1991 decided to include within Article 116 of the Constitution specific considerations in reference to jurisdictional functions carried out by conciliators and arbitrators, a choice that has restricted and will continue to limit these and other ADR mechanisms in a way detrimental to the entire dispute settlement system of Colombia. This article analyzes the precedents and discusses the mistakes inherent to the *constitutionalization* of an alternative form of dispute resolution as arbitration, and consequently also serves as a beckoning call for the Congress of Colombia –entity that is about

* Abogado y economista de la Universidad de los Andes. El presente artículo es producto de una demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el autor y admitida mediante auto del 9 de septiembre de 2011 en el proceso D-8677 de la Corte Constitucional (Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto); al momento de su redacción, la demanda no había sido decidida.

veces de llamado de alerta al Congreso de la República –ente que se encuentra *ad portas* de decidir sobre una gran reforma constitucional a la justicia– para que no perpetúe los errores cometidos por el legislador superior en 1991 y remueva, de una vez y por todas, los elementos mal *constitucionalizados* de los MASC.

Palabras clave: arbitraje; mecanismos alternativos de solución de conflictos (MASC); administración de justicia; teoría jurisdiccional, contractual e híbrida; equidad; amigable composición.

to decide over a lengthy constitutional reform of the justice system– not to perpetuate the mistakes of the drafters of the 1991 Constitution, and remove once and for all the incorrectly *constitutionalized* elements of ADR mechanisms.

Keywords: arbitration; alternative forms of dispute resolution (ADR); administration of justice; jurisdictional, contractual and hybrid theories; equity; amiable composition.

SUMARIO

Introducción - I. ANTECEDENTES DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ARBITRAJE EN COLOMBIA - II. PROBLEMAS DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ARBITRAJE - A. *La habilitación de las partes* - 1. La prohibición del arbitraje obligatorio en el precedente constitucional - 2. La prohibición del arbitraje obligatorio a la luz del artículo 229 de la Constitución - B. *Fallos en derecho o en equidad* - 1. La restricción por la motivación de los fallos - 2. La limitación al fallador en el arbitraje técnico - 3. La limitación al fallador en el ámbito internacional - C. *La jurisdicción temporal* - 1. El carácter jurisdiccional del arbitraje - 2. La taxatividad de los MASC a través de los cuales se ejerce jurisdicción - III. HACIA LA DESCONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ARBITRAJE EN COLOMBIA - IV. CONCLUSIÓN - Bibliografía.

Introducción

El Congreso de la República se encuentra actualmente estudiando dos proyectos de Acto Legislativo que proponen reformar, entre otras, el artículo mediante el cual se ha *constitucionalizado* el arbitraje en Colombia.

El primero de estos proyectos es el presentado por el Gobierno, y en él se ha propuesto extender el fuero jurisdiccional para incluir a notarios y centros de arbitraje y/o conciliación dentro de quienes estarían habilitados para administrar justicia y admitir la posibilidad del arbitraje obligatorio.¹ Adicionalmente, como medida transitoria de descongestión de la justicia, en el proyecto del Gobierno se ha planteado atribuir funciones jurisdiccionales a abogados en ejercicio en materias precisas definidas por la ley.² Su texto relevante es el siguiente:

“El artículo 116 de la Constitución Política quedará así:

Artículo 116. [...]

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

De manera excepcional, la ley podrá conferir funciones jurisdiccionales a notarios, centros de arbitraje y/o conciliación.

[...] Parágrafo transitorio. **La ley podrá atribuir, excepcionalmente, función jurisdiccional en materias precisas a abogados en ejercicio como medida transitoria de cinco años prorrogables con fines de descongestión judicial. La ley establecerá los requisitos que deben cumplir los abogados para ejercer estas funciones, así como los eventos en que deben ser asumidas como condición obligatoria no remunerada para el ejercicio de la profesión**” (negrilla fuera del texto original).³

El segundo proyecto es el presentado por el Consejo de Estado, planteándose en él elevar a rango constitucional el arbitraje en el marco de los derechos de los consumidores.⁴ Aun cuando el Consejo de Estado ha decidido marginarse de las deliberaciones que se adelantan en el Congreso, su propuesta inicial establecía:

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley. **La ley podrá regular la procedencia del arbitramento para el ejercicio efectivo de los derechos de los consumidores al cual se refiere el parágrafo 1 del artículo 78 de la**

1 MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA. Exposición de motivos “Proyecto de Acto Legislativo por medio del cual se reforma la Constitución Política en asuntos relacionados con la justicia”. 4 de agosto de 2011. p. 69 y ss. y p. 99 y ss.

2 *Ibíd.*

3 MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA. Proyecto de Acto Legislativo Senado 07/11 “Por medio del cual se reforma la Constitución Política en asuntos relacionados con la justicia”. 4 de agosto de 2011. Artículo 2.

4 CONSEJO DE ESTADO. Exposición de motivos “Proyecto de Acto Legislativo por medio del cual se reforman los artículos 78, 86, 116, 179 a 181, 183, 184, 228, 230 a 232, 237, 238, 241, 254 a 257, 264 y 265 de la Constitución Política de Colombia”. 11 de agosto de 2011. p. 46 y ss.

presente Constitución, en cuyo caso la habilitación para la realización del mismo será conferida directamente por la ley” (negrilla fuera del texto original).⁵

Al analizar estos proyectos es evidente su intención de extender el marco de posibilidades dentro del cual funciona el arbitraje en Colombia hoy, lo cual es ciertamente bienvenido. El proyecto del Gobierno, en especial, debe ser loado en lo concerniente con el arbitraje, pues su advenimiento –aunque veinte años tarde– responde a una verdadera deficiencia estructural detectada tras la *constitucionalización* de este mecanismo. Más que todo, sin embargo, el texto de estos proyectos refleja unos intereses concretos de dos partes, por un lado del Gobierno Nacional que busca dar pronta solución a la congestión e ineficiencia que se presenta en la rama judicial,⁶ y por el otro del Consejo de Estado que ante la expedición de un Estatuto del Consumidor procura blindar constitucionalmente una de las alternativas mediante las cuales se puede hacer efectivo el ejercicio de los derechos de los consumidores.⁷

Al ser más el producto de concretos intereses y del afán por solucionarlos, estos proyectos se han quedado cortos en enmendar de una vez y por todas los males constitucionales que aquejan a los mecanismos alternativos de solución de conflictos (en adelante MASC), y en particular

el arbitraje. La miopía con la que tratan varios padecimientos del arbitraje es desilusionante, ya que ambos proyectos reproducen condicionamientos inconvenientes, entre los que se encuentra la exigencia dicotómica de la motivación de los fallos (derecho o equidad) o que su ejercicio implique principal y necesariamente una función jurisdiccional; también es desacerchado que se conserve una lista taxativa de los mecanismos bajo los cuales se entiende válida la administración de justicia por particulares.

Así las cosas, el propósito de este artículo, como su título indica, es erigir un caso en contra de la *constitucionalización* de uno de los MASC más difundidos, el arbitraje, rastreando los antecedentes de su consagración en la Carta Superior, y exponiendo los problemas que ello conlleva, todo esto con el fin de inducir un cambio constitucional, aprovechando la coyuntura única mediante la cual el Congreso pronto modificará muchos de los preceptos constitucionales que rigen para la administración de justicia.

I. ANTECEDENTES DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ARBITRAJE EN COLOMBIA

El arbitraje se encuentra actualmente constitucionalizado por vía del último inciso del artículo 116 que establece:

“Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de **árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en**

5 CONSEJO DE ESTADO. Proyecto de Acto Legislativo Senado 11/11 “Por medio del cual se reforman los artículos 78, 86, 116, 179 a 181, 183, 184, 228, 230 a 232, 237, 238, 241, 254 a 257, 264 y 265 de la Constitución Política de Colombia”. 11 de agosto de 2011. Artículo 3.

6 MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA. Exposición de motivos. *Óp. cit.* pp. 1-4.

7 CONSEJO DE ESTADO. Exposición de motivos. *Óp. cit.* pp. 4-5.

derecho o en equidad, en los términos que determine la ley” (negrilla fuera del texto original).

La consagración explícita del arbitraje en la Carta Superior, sin embargo, es una industria novedosa, pues en la Constitución Política de 1886 no se previó de manera expresa este MASC; de su texto, no obstante, fue posible extraer y justificar su constitucionalidad en la medida que en el artículo 58 de la Carta de 1886 se incluyó la expresión: “y demás Tribunales y Juzgados que establezca la ley, administran justicia”.⁸

Todo parece indicar que desde los comienzos de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, el legislador superior optó no sólo por elevar el arbitraje a rango constitucional, sino por incluirlo como una modalidad de ejercicio jurisdiccional. El articulado de ponencia para primer debate en plenaria de la Comisión Cuarta de la Asamblea Constituyente decía:

“Funcionarios que administran justicia. [...] Toda providencia deberá ser motivada en derecho.- Sin embargo, los particulares podrán intervenir en la administración de justicia a través de los jurados de conciencia y de los tribunales de conciliación o **arbitramento**; estos últimos y los jueces de paz pueden proferir fallos en equidad” (negrilla fuera del texto original).⁹

Durante los debates de la Comisión Cuarta se aprobó el siguiente texto que –salvo por la

calificación dada a las reglas de motivación de los fallos– otorgaba al legislador una facultad de configuración normativa más amplia en cuanto se refiere a la regulación del ejercicio de funciones jurisdiccionales a cargo de particulares:

“Funcionarios que administran justicia. [...] Los particulares podrán intervenir en la administración de justicia en los casos que determine la ley y proferir fallos en equidad.”¹⁰

Siguiendo por mejor camino, el sábado 1 de junio de 1991, el constituyente Fernando Carrillo Flórez presentó una proposición sustitutiva para consideración de la Plenaria que establecía lo siguiente:

“Funcionarios que administran justicia. Artículo. [...] Con el debido control judicial, las autoridades administrativas y los particulares podrán ejercer funciones jurisdiccionales, en los casos, las condiciones y con las formalidades que determine la ley.”¹¹

Posteriormente, el 7 de junio, quizás con ánimo de conciliar la propuesta de la Comisión Cuarta y la proposición sustitutiva, y respondiendo a la preocupación que se fuera a permitir a particulares y a autoridades administrativas juzgar delitos, la Plenaria en primer debate aprobó el siguiente texto:

“Las autoridades administrativas y los particulares podrán ejercer función jurisdiccional y

8 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 2338 de 29 de mayo de 1969. M.P.: Luis Sarmiento Buitrago. En esta sentencia la Corte sostuvo que la ley podía “organizar o establecer tribunales y juzgados que administren justicia, además de los previstos expresamente en la Constitución”.

9 ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. *Gaceta Constitucional* No. 81. Mayo 24 de 1991. p. 12.

10 *Ibid*; ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. *Gaceta Constitucional* No. 119. Agosto 16 de 1991. p. 15; *Gaceta Constitucional* No. 83. Mayo 27 de 1991. p. 28 y ss.; *Gaceta Constitucional* No. 122. Septiembre 6 de 1991. p. 24.

11 ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. *Gaceta Constitucional* No. 123. Septiembre 9 de 1991. p. 7.

proferir fallos en equidad, en los términos que determine la ley sin que les sea permitido juzgar y sancionar delitos.”¹²

Según consta en la *Gaceta Constitucional*, poco después, el 20 de junio, la Plenaria, con cuarenta y siete (47) votos a favor, ninguno (0) en contra y una (1) abstención aprobó el siguiente texto, restringiendo significativamente las circunstancias bajo las cuales particulares podrían administrar justicia y, por ende, se concebía válido el arbitraje:

“ARTÍCULO 4. (48). [...] En las condiciones que determine la ley, los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores, o en la de **árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad**” (negrilla fuera del texto original).¹³

Esta fue la proposición que posteriormente nutrió el contenido del artículo presentado por la Comisión Codificadora, y que fue aprobado el 30 de junio en segundo debate con cuarenta y dos (42) votos a favor, treinta (30) más que los votos afirmativos que recibió el texto menos restrictivo que se había adoptado en primer debate,¹⁴ y

que luego se convirtió en el artículo 116 de la Constitución que se conoce hoy.¹⁵

Ahora bien, la fijación del constituyente por *constitucionalizar* el arbitraje no se circunscribe solamente a las propuestas de la Comisión Cuarta y la Comisión Codificadora Constituyente. Tras examinar los proyectos de Acto Legislativo presentados para reformar la Constitución, resulta notoria esa misma intención. Varios de los proyectos presentados por los constituyentes proponían explícitamente elevar a rango constitucional el arbitraje.

El Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política de Colombia Número 67 de los constituyentes Misael Pastrana, Augusto Ramírez, Carlos Rodado, Hernando Yepes y Mariano Ospina establecía:

“ARTÍCULO 171. El Artículo 157 de la Constitución Política quedará así: Toda persona podrá someter sus controversias a la decisión de **tribunales de arbitramento** o jueces de paz. Los **árbitros** y los jueces de paz ejercen función judicial y sus decisiones serán obligatorias. La ley reglamentará el ejercicio de estas funciones” (negrilla fuera del texto original).¹⁶

Limitando su alcance a los conflictos colectivos de trabajo, los proyectos de Acto Reformatorio número 3 presentado por Guillermo Guerrero Figueroa,¹⁷ número 113 presentado por Alfredo

12 ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. *Gaceta Constitucional* No. 109. Junio 27 de 1991. p. 9; *Gaceta Constitucional* No. 134. Noviembre 13 de 1991. p. 7.

13 ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. *Gaceta Constitucional* No. 109. Óp. cit. p. 9; *Gaceta Constitucional* No. 140. Diciembre 17 de 1991. pp. 8-9.

14 ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. *Gaceta Constitucional* No. 113. Julio 5 de 1991. p. 8; *Gaceta Constitucional* No. 142. Diciembre 21 de 1991. p. 28.

15 ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. *Gaceta Constitucional* No. 114. Julio 7 de 1991. p. 8; *Gaceta Constitucional* No. 116. Julio 20 de 1991. p. 9.

16 ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. *Gaceta Constitucional* No. 23. Marzo 19 de 1991. p. 25.

17 ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. *Gaceta Constitucional* No. 6. Febrero 18 de 1991. p. 2.

Vázquez Carrizosa y Aida Yolanda Abella Esquivel¹⁸ y el no Institucional presentado por el Instituto Andino del Trabajo y la Federación de Trabajadores de Bogotá y Cundinamarca¹⁹ también preceptuaban al arbitraje como un mecanismo alternativo de solución de conflictos en la Constitución. Asimismo, los proyectos sobre descongestión de la justicia de los constituyentes Luis Guillermo Nieto Roa²⁰ y Álvaro Gómez Hurtado,²¹ acompañados por el entonces ministro de Gobierno Humberto de la Calle Lombana²² contemplaban el arbitraje obligatorio y la creación constitucional de árbitros especiales.

En los informes de ponencia también se encuentra plasmada la intención codificadora constitucional y jurisdiccional del legislador superior. Por ejemplo, el Informe de Ponencia de la Administración de Justicia presentado por Julio Simón Salgado Vásquez establecía:

“Artículo 1. [...] Los particulares administran justicia a través de los jurados de conciencia y de los Tribunales de Conciliación o **Arbitramento**.

Toda sentencia deberá ser motivada pero los jurados de conciencia, los Tribunales de Conciliación o **Arbitramento** y los jueces de paz

puede (sic) proferir fallos en equidad” (negrilla fuera del texto original).²³

En el mismo tenor, la ponencia sobre la Fiscalía General de la Nación de Carlos Daniel Abello Roca decía:

“Artículo: Funcionarios que administran Justicia (modifica los artículos 58 y 163 de la actual constitución). [...] “Toda providencia deberá ser motivada en derecho. Sin embargo, los particulares podrán intervenir en la administración de justicia a través de los jurados de conciencia y de los tribunales de conciliación o **arbitramento**; estos últimos y los jueces de paz pueden proferir fallos en equidad” (negrilla fuera del texto original).²⁴

El informe de ponencia de Jaime Fajardo Landaeta sobre la Creación Constitucional de los Jueces de Paz, a su vez fijaba:

“Artículo.- Administran Justicia: El Consejo Superior de la Judicatura, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, los Tribunales Superiores y Contencioso Administrativos, las Autoridades de los Grupos Étnicos, los Jueces de Paz, los Organismos de Conciliación y **Arbitraje** y los demás Juzgados que establezca la ley” (negrilla fuera del texto original).²⁵

18 ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. *Gaceta Constitucional* No. 27. Marzo 26 de 1991. p. 7.

19 ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. *Gaceta Constitucional* No. 72. Mayo 10 de 1991. p. 16.

20 ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. *Gaceta Constitucional* No. 91. Junio 6 de 1991 p. 3; *Gaceta Constitucional* No. 124. Septiembre 13 de 1991. p. 11.

21 ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. *Gaceta Constitucional* No. 92. Junio 7 de 1991 p. 3.

22 ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. *Gaceta Constitucional* No. 141. Diciembre 19 de 1991. p. 32

23 ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. *Gaceta Constitucional* No. 46. Abril 15 de 1991. p. 14.

24 ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. *Gaceta Constitucional* No. 51. Abril 16 de 1991. p. 10; *Gaceta Constitucional* No. 81. Óp. cit. p. 12.

25 ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. *Gaceta Constitucional* No. 66. Mayo 3 de 1991. p. 15.

Por último, el Informe de Minoría sobre la Fiscalía General de la Nación, la Administración de Justicia y el Sistema Acusatorio presentado por el constituyente Julio Simón Salgado Vásquez, igualmente se refería al arbitraje de la siguiente forma:

“Artículo 1. [...] Los particulares administran justicia a través de los Jurados de Conciencia y de los Tribunales de Conciliación o **Arbitramento**.

Toda sentencia deberá ser motivada pero los Jurados de Conciencia, los Tribunales de Conciliación o **Arbitramento** y los Jueces de Paz pueden proferir fallos en equidad” (negrilla fuera del texto original).²⁶

Vale la pena subrayar que también se presentaron otros proyectos que, en lugar de *constitucionalizar* el arbitraje, procuraron simplemente garantizar que por vía de la Carta Superior no fuera a cerrársele la puerta. Un ejemplo es el texto presentado por el Gobierno Nacional que decía:

“ARTÍCULO 150. Órganos que administran justicia.

[...] 2. Con el debido control judicial, las autoridades administrativas y los particulares podrán ejercer función jurisdiccional, en los casos, las condiciones y con las formalidades que determine la ley.”²⁷

De la misma forma, el Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política de

Colombia número 108, pretendía en su artículo 42 “autorizar el funcionamiento de tribunales de arbitramento”²⁸ y el Proyecto no Gubernamental número 2 excluía de su texto cualquier referencia a la expresión que “la justicia es un servicio permanente, pues ello podría suscitar la duda sobre la constitucionalidad de los Tribunales de Arbitramento”.²⁹

No obstante, lo que primó en la Asamblea Nacional Constituyente fue el deseo por elevar a rango constitucional el arbitraje, no meramente con la vocación de conferirle resguardo superior, sino de sentar unas reglas que encauzaran su regulación. Esto, como se expondrá en seguida, se ha convertido en una camisa de fuerza entorpecedora de un mecanismo que no puede instituirse de forma estática, pues, por su misma naturaleza y función, debe poder fácilmente moldearse, adaptarse e incluso anticiparse a los requerimientos de un mundo con conflictos y necesidades cambiantes.

II. PROBLEMAS DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ARBITRAJE

Muchas de las consecuencias de la infatuación del constituyente por *constitucionalizar* ciertos MASC, y en especial el arbitraje, están por preverse. Otras son tan manifiestas que hasta el mismo Gobierno ha tenido que intervenir y co-

26 ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. *Gaceta Constitucional* No. 84. Mayo 28 de 1991. p. 6

27 ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. *Gaceta Constitucional* No. 5. Febrero 15 de 1991. p. 17.

28 ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. *Gaceta Constitucional* No. 25. Marzo 21 de 1991. pp. 48 y 55.

29 ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. *Gaceta Constitucional* No. 33. Abril 2 de 1991. p. 18.

regírlas.³⁰ La *constitucionalización* ha afectado principalmente al arbitraje nacional –siendo su codificación mucho más extensa y su ejercicio mucho más profuso que el del arbitraje internacional– sin embargo, ante el advenimiento de un Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional³¹ por medio del cual se adaptan para el arbitraje internacional las reglas de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional,³² la afectación podría extenderse y tener consecuencias nefastas en el ámbito internacional. Sean las afectaciones presentes o futuras, o entorno al arbitraje nacional o internacional, el caso es que por circunscribir el arbitraje 1) al ámbito de la *jurisdicción*, 2) de particulares, 3) *habilitados por las partes*, 4) transitoriamente, 5) para emitir fallos *en derecho o en equidad*, se ha enmarañado innecesariamente al arbitraje (e incluso a otros MASC), malogrando su finalidad e impidiendo que se pueda adecuar a estándares internacionales y que progrese según las necesidades del tiempo.

A. La *habilitación de las partes*

El problema más litigado producto de la *constitucionalización* del arbitraje, emana de la

expresión superior que supedita la investidura de particulares en la condición de árbitros a la *habilitación de las partes*. El problema surge tras cotejar el inciso del artículo 116 de la Carta Política que califica en esta forma a dicho MASC y que se ha entendido en el sentido de constituir una prohibición al arbitraje obligatorio, con la plétora de normas que han surgido en el ordenamiento interno sustrayendo a este mecanismo de la esfera de la voluntad.

Actualmente se pueden identificar varias normas vigentes que imponen forzosamente el arbitraje:

- El literal a) del numeral 1° del artículo 19 de la Ley 584 de 2000, que prevé que los conflictos colectivos de trabajo en las empresas de servicios públicos esenciales que no hubieren podido resolverse mediante arreglo directo, se resuelvan mediante el arbitraje; el literal b) del mismo artículo, que dispone que todo conflicto colectivo del trabajo en el que el sindicato o los sindicatos que agrupen más de la mitad de los trabajadores de la empresa o la mayoría absoluta de los trabajadores (*i. e.* independientemente de la voluntad de los trabajadores disidentes y del empleador) opten por el arbitraje según lo establecido en el artículo 444 del Código Sustantivo del Trabajo, sea sometido a dicho mecanismo de solución de conflictos; asimismo, el literal c) de dicha disposición que establece que todo conflicto colectivo del trabajo de sindicatos minoritarios, cuando la mayoría absoluta de los trabajadores de una empresa no haya optado por la huelga cuando esta sea

30 MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA. Proyecto de Acto Legislativo. Artículo 2, en referencia con el arbitraje obligatorio.

31 MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA. Proyecto de Ley Senado 018/115 "Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones". 26 de julio de 2011.

32 ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006. Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/61/17), Anexo I, Nueva York, 2006.

procedente, deba obligatoriamente resolverse mediante el arbitraje.

- El numeral 1° del artículo 432 del Código Sustantivo del Trabajo, el artículo 18 de la Ley 584 de 2000, los artículos 61 y 62 de la Ley 50 de 1990, los numerales 2 y 3 del artículo 3° de la Ley 48 de 1968 y el artículo 143 del Decreto-ley 2158 de 1948 que hacen referencia a un arbitraje que se impone como mecanismo de solución de conflictos cuando mediante votación en Asamblea General, el sindicato o los sindicatos que agrupan más de la mitad de los trabajadores de la empresa y/o la mayoría absoluta de los trabajadores opta por él, obligando tanto a trabajadores disidentes como a empleadores.
- El artículo 1° de la Ley 1210 de 2008 que impone a las partes en un conflicto desencadenado en huelga, la obligación de solicitar ante el Ministerio de la Protección Social la convocatoria a un tribunal de arbitramento.
- El numeral 4 del artículo 3° de la Ley 48 de 1968 que establece que el Presidente de la República puede ordenar que las diferencias que llevaron a huelga sean sometidas a fallo arbitral, si por razón de la naturaleza o magnitud de esta se afectan de manera grave los intereses de la economía nacional considerada en su conjunto.
- El artículo 65 de la Ley 143 de 1994 que ordena que el arbitraje sea el mecanismo para resolver todo conflicto suscitado en el marco del servicio público de electricidad cuando una de las partes a la terminación del

contrato de concesión no acepta el dictamen pericial de reconocimiento y pago del valor de salvamento de las instalaciones.

Estas normas, sin embargo, se encuentran en conflicto con la Constitución, ya que como se demostrará, el arbitraje obligatorio está totalmente proscrito en Colombia.

1. La prohibición del arbitraje obligatorio en el precedente constitucional

No es un misterio que el arbitraje forzoso esté prohibido en Colombia, pues no sólo la Constitución es enfática al determinar que al arbitraje solamente se puede llegar mediante “árbitros habilitados por las partes”, sino que en numerosas y repetidas oportunidades la jurisprudencia constitucional ha destacado la voluntariedad como principio constitucional rector del arbitraje, exaltando como requisito *sine qua non* para su procedencia, la habilitación de las partes. El precedente de la Corte Constitucional que deja sin cabida al arbitraje obligatorio se puede resumir como sigue.

La providencia que sienta la regla es la C-226/93, sentencia en la cual la Corte precisa por primera vez que la función jurisdiccional ejercida por particulares “es **voluntaria** por cuanto son las partes quienes habilitan al particular para resolver la controversia”.³³ Luego, en la sentencia C-294/95 puntualiza que el ordenamiento constitucional parte de la base de que “es la **voluntad de las partes** en conflicto, potencial o actual,

³³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-226 de 1993. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

la que **habilita** a los árbitros para actuar”³⁴, y en la sentencia C-431/95 especifica que “el arbitramento se origina en un negocio jurídico privado, por virtud de la **habilitación de las partes**” y “**son ellas quienes habilitan a los árbitros para fallar**” (negrilla fuera del texto original).³⁵

Subsiguientemente, en la sentencia C-242/97 la Corte fija que, “para que sea procedente la 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”³⁶, estableciendo también que,

“disponer por vía legal y genérica, **a manera de mandato obligatorio**, que el instrumento que debe utilizarse para resolver las diferencias [...] sea el del procedimiento arbitral, **desconoce el mandato de la Constitución Política**, según el cual son las partes **las únicas que pueden invertir 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” (negrilla fuera del texto original).³⁷

En las providencias C-163/99 y C-211/00 la Corte sentencia respectivamente que “la **habilitación de los árbitros** que realizan las partes contratantes, **es un requisito constitucional imperativo sin el cual no es procedente la justicia arbitral**”³⁸ y que “la decisión de someter las diferencias a árbitros debe surgir de la **libre y autónoma voluntad de las partes** en conflicto. En consecuencia, **las disposiciones que consagren el arbitramento con carácter obligatorio violan la Constitución**” (negrilla fuera del texto original).³⁹

Posteriormente, en las sentencias C-330/00, C-1140/00, C-060/01 y C-098/01 la Corte, en relación con el arbitraje, establece respectivamente que “el fundamento de esta figura procesal es, entonces, la **determinación voluntaria** de acudir a una forma alternativa de resolver conflictos”⁴⁰; que “el artículo 116 de la Constitución, al prever la posibilidad del arbitraje, lo contempla como extraordinario, puesto que, además de hacerlo transitorio, **exige la ‘habilitación’ por las partes**, lo que significa que, por definición, **debe ser convenido, no impuesto**”⁴¹; que “**resulta contradictorio con el carácter voluntario**, temporal y excepcional que se le reconoce al arbitramento [...] que una disposición legal

34 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-294 de 1995. M.P.: Jorge Arango Mejía.

35 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-431 de 1995. M.P.: Hernando Herrera Vergara.

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

37 *Ibid.*

38 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-163 de 1999. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

39 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-211 de 2000. M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

40 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-330 de 2000. M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

41 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1140 de 2000. M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

pretenda establecer la **obligatoriedad** de dicho mecanismo”⁴²; y, que,

“la nota característica de este instituto, requisito que la propia Constitución impone y que la jurisprudencia constitucional ha resaltado [...] está en que los sujetos en controversia o que prevean que pueden llegar a estarlo, **determinen autónoma y voluntariamente** que su diferencia no será decidida por el Estado a través de sus jueces, sino por un particular a quien ellos le reconocen el poder y la competencia para resolver sus desavenencias” (negrilla fuera del texto original).⁴³

Similarmente, en la sentencia C-1038/02 se falla que el arbitraje “está regido por el **principio de habilitación o voluntariedad**, pues el desplazamiento de la justicia estatal por el arbitramento tiene como fundamento ‘un **acuerdo previo** de carácter **voluntario y libre** efectuado por los contratantes’”⁴⁴, determinándose que es por consiguiente “un procedimiento de carácter excepcional que **opera basado en la habilitación dada por la voluntad de las partes** que acuden al mecanismo” (negrilla fuera del texto original).⁴⁵

En la misma línea, la Corte, en la sentencia C-878/05 indica que “recurrir al arbitraje es una decisión voluntaria de las partes” y que por consiguiente “**exige, necesariamente que se pacte de manera autónoma, esto es, con una voluntad**

libre”⁴⁶, reiterando en la sentencia C-961/06, por un lado, que “los árbitros administran justicia y cuando lo hacen cumplen una función pública a la cual no pueden acceder sino por la voluntad de las partes que, libremente, los habilitan para fallar” y que “**la habilitación por las partes es la fundamental** y sirve de base a una **característica esencial del arbitramento cual es su voluntariedad**”⁴⁷ y, por otro lado, que “tratándose del arbitramento y de conformidad con lo que se ha expuesto, **el legislador no podría, en principio, conferirle carácter obligatorio**, porque a ello se opone, precisamente, **el principio de voluntariedad**” (negrilla fuera del texto original).⁴⁸

En la sentencia C-035/08 se manifiesta que “el principio de voluntariedad en el ámbito arbitral tiene fundamento constitucional expreso en el artículo 116 de la Carta” y es “**elemento esencial de la vía arbitral** de resolución de conflictos”⁴⁹, cuestión también reconocida en las sentencias C-378/08 y C-713/08 en las cuales la Corte afirma respectivamente que, “la justicia arbitral **sólo existe cuando media habilitación voluntaria**, tal como lo dispone el artículo 116 superior”⁵⁰, y que el arbitraje “se rige por el principio de voluntariedad o libre habilitación” el cual “constituye así una de las características propias del

42 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-060 de 2001. M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

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

44 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1038 de 2002. M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.

45 *Ibid.*

46 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-878 de 2005. M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.

47 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-961 de 2006. M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

48 *Ibid.*

49 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-035 de 2008. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

50 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-378 de 2008. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

arbitraje, de modo que **las partes deben tener la posibilidad de acogerse o no al mismo**⁵¹.

Recientemente, en la sentencia C-349/09 la Corte señala que “la regla general es la administración de justicia pública y estatal por parte de los jueces de la República”⁵² y que,

“de conformidad con lo anterior, las características esenciales del arbitramento, en general, han sido definidas por esta Corporación a partir de los elementos de **voluntariedad, temporalidad**, excepcionalidad, y como un mecanismo procesal. Y ha puntualizado, que tal caracterización es plenamente predicable cuando el estudio se restringe concretamente al ámbito del derecho laboral” (negrilla fuera del texto original).⁵³

Paralelamente, pero con más contundencia, en la sentencia C-014/10 la Corte expone que,

“la ‘habilitación de las partes’ que exige la Constitución para que proceda, ha sido interpretado en el sentido de que **en todos los casos** debe ser **expresa, manifiesta y libre la voluntad de las partes de acudir a ella**. Las disposiciones que restringen o limitan esa libertad, o que **hacen obligatorio el mecanismo desatendiendo el principio de voluntariedad, son contrarias a la Constitución**” (negrilla fuera del texto original).⁵⁴

Esta regla también ha sido acogida en sentencias de tutela, estableciéndose, por ejemplo, en la sentencia T-299/96, que no es la ley sino “las partes las que habilitan a los árbitros para fallar”⁵⁵, y en la sentencia SU-174/07 que,

“el principio de habilitación voluntaria de la justicia arbitral por las partes ha sido uno de los **ejes cardinales** de la doctrina constitucional sobre el tema, en aplicación del artículo 116 de la Carta. **Incluso el Legislador debe respetar la autonomía de la voluntad de las partes**. La Corte ha concluido que son contrarias a este principio esencial que determina el origen, los alcances, el ámbito y los efectos del arbitramento las normas legales que (i) imponen a los particulares en determinados contextos la obligación de acudir al arbitraje; (ii) exigen a ciertas empresas estatales someter las diferencias que puedan surgir en los contratos que celebran a procesos arbitrales; (iii) obligan a las partes en ciertos tipos de contratos a incluir una cláusula compromisoria; o (iv) atribuyen funciones arbitrales a entidades o individuos que no han sido expresamente habilitados por las partes en ejercicio de su voluntad libre y autónoma” (negrilla fuera del texto original).⁵⁶

Es así entonces como en virtud del artículo 116 de la Constitución se erige la regla según la cual las leyes que regulan el arbitraje en Colombia tienen que partir de la base que *sólo* es la voluntad de las partes en un conflicto la que puede habilitar y dar vía a un árbitro para administrar justicia y ejercer funciones jurisdiccionales. Dicha habilitación además debe provenir del

51 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-713 de 2008. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

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

53 *Ibíd.*

54 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-014 de 2010. M.P.: Mauricio González Cuervo.

55 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-299 de 1996 M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

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

acto *libre y voluntario* de todos los contratantes, por lo que no es suficiente la aquiescencia de una mayoría calificada de las partes para que se proceda al arbitramento, tal como ha considerado la Corte Constitucional (sentencias C-014/10 y C-378/08).

2. La prohibición del arbitraje obligatorio a la luz del artículo 229 de la Constitución

Un ingrediente que permite reforzar la prohibición del arbitraje forzoso se encuentra resguardado en el artículo 229 de la Carta Política, mediante el cual se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. Lo anterior por cuanto el último inciso del artículo 116 de la Constitución, que establece que el arbitraje debe ser voluntario y temporal, exige una calificación sobre lo que en el ordenamiento se debe entender como *administración de justicia*. Si se tiene que los árbitros sólo ejercen funciones jurisdiccionales cuando lo hacen temporalmente mediando la voluntad de las partes, se llega inevitablemente a la conclusión que cuando un arbitraje es impuesto y/o un árbitro llega a conocer de un asunto permanentemente, éste no está administrando justicia; y, por la misma vía, que quien está sometido de esa forma a este mecanismo se le está negando su derecho reconocido por el artículo 229. A través del último inciso del artículo 116 Superior, es entonces posible inferir la voluntad del constituyente en cuanto a las circunstancias bajo las cuales las partes pueden acudir al arbitraje sin detrimento del derecho a acceder a la administración de justicia, ya que, como ordena

la regla de hermenéutica, las normas deben ser interpretadas conforme a su contexto, el cual sirve “para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía”⁵⁷. De no ser así, el constituyente no habría impuesto tan grande limitación sobre el arbitraje como mecanismo en que se ejerce la función de la administración de justicia a cargo de particulares. En este sentido, hoy en día, para no ser inconsistente con el ordenamiento constitucional, la administración de justicia como función pública esencial a cargo del Estado sólo puede ser otorgada a particulares en la condición de árbitros *transitoriamente* y por medio de un convenio arbitral *voluntariamente* suscrito por las partes en el conflicto. Contrariamente, cuando el mecanismo alternativo es impuesto y adquiere carácter permanente sobre la justicia ordinaria, resulta contrario al artículo 229 de la Constitución.

Esta *ratio iuris* ha sido con anterioridad compartida por la Corte Constitucional. Es así como, por ejemplo, en la sentencia C-242/97 la Corte señaló que las normas que prevén el arbitraje con carácter imperativo y genérico no se ajustan al ordenamiento constitucional y “**restringe[n] en forma absoluta el derecho fundamental de los asociados para acceder a la administración de justicia**, en la forma garantizada por el artículo 229 de la Carta Política”⁵⁸. En la providencia C-163/99 la Corte, además, sentenció que los “estímulos legales al uso de los mecanismos

57 CONGRESO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE COLOMBIA. Ley 26 de 1873 “Código Civil de los Estados Unidos de Colombia”. 26 de mayo de 1873. (Adoptado por la Ley 57 de 1887 “Sobre la adopción de códigos y unificación de la legislación nacional”. 15 de abril de 1887). Artículo 30.

58 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-242 de 1997. *Óp. cit.*

alternativos de solución de los conflictos **no pueden llegar al extremo de bloquear** o afectar de manera desproporcionada la posibilidad de una persona de llevar su controversia **ante los jueces**⁵⁹, concluyendo en la sentencia C-349/09 que,

“(i) la regla general es la administración de justicia pública y estatal por parte de los jueces de la República; (ii) no obstante, la Constitución consagra el arbitramento como un mecanismo de administración de justicia por parte de los particulares, **pero con un carácter estrictamente excepcional, voluntario, transitorio o temporal, y procesal**” (el mismo texto también aparece en la sentencia C-466/08⁶⁰, negrilla fuera del texto original).⁶¹

Recientemente, en la sentencia C-014/10 la Corte fijó que,

“la figura del arbitramento es un vehículo constitucionalmente válido de administración de justicia, **siempre y cuando se haga transitoriamente, presuponga la habilitación de las partes**, y se haga en los términos que determine la ley” (negrilla fuera del texto original).⁶²

Las normas que sustraen del ámbito de la voluntad y la temporalidad el acceso a la justicia administrada por árbitros, resultan entonces violatorias del núcleo esencial del derecho a acceder a la administración de justicia, toda vez que por esa vía truncan el acceso a toda forma de

administración de justicia constitucionalmente válida. Lo anterior, sin embargo, no quiere decir que el arbitraje obligatorio resulte incompatible de forma abstracta con el derecho a acceder a la administración de justicia, menos aún en virtud de su celeridad, del reconocimiento de figuras como el amparo de pobreza a su interior, del desarrollo jurisprudencial que ha solidificado en él el debido proceso y de su naturaleza jurisdiccional a través de la cual se le otorgan características de un proceso y se asimilan los árbitros a jueces y los efectos y alcances del laudo a los de una providencia judicial. Abstraído del ordenamiento interno, todo parecería indicar que el arbitraje forzoso sería un mecanismo válido a través del cual se accede a la administración de justicia. Sin embargo, consagrada la limitación impuesta al mecanismo alternativo por el constituyente, y sentado el precedente que reconoce dentro de sus elementos esenciales la temporalidad y la voluntad, mal puede abstraerse del derecho al acceso a la justicia en Colombia un sentido amplio mediante el cual se entienda que con el arbitraje obligatorio se da cabal cumplimiento al derecho de toda persona a tener acceso a un sistema que de forma eficiente, justa, imparcial, autónoma e independiente resuelva sus conflictos –aunque bien mediante un arbitramento obligatorio se cumpla con esa finalidad en la realidad–. Así las cosas, independientemente de las loables intenciones legislativas para forzar un arbitraje, hasta que no se elimine el condicionamiento del artículo 116 referente a que los árbitros deban ser habilitados

59 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-163 de 1999. *Óp. cit.*

60 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-466 de 2008. M.P.: Jaime Araújo Rentería.

61 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-349 de 2009. *Óp. cit.*

62 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-014 de 2010. *Óp. cit.*

por la partes, no hay cabida en Colombia para el arbitraje obligatorio.⁶³

B. Fallos en derecho o en equidad

La exigencia que los fallos sean en derecho o en equidad es otro dolor de cabeza fruto de la *constitucionalización* del arbitraje. Esta es una restricción constitucional alrededor de la cual poco se ha litigado, pero relevante en la medida que en el ordenamiento existen normas como el artículo 111 de la Ley 446 de 1998, el artículo 46 del Decreto 2279 de 1989 y el artículo 74 de la Ley 80 de 1993, que consagran modalidades de arbitraje en las cuales se admite la posibilidad que árbitros emitan fallos con base en criterios diferentes al derecho o a la equidad. Por un lado, el artículo 111 de la Ley 446 de 1998 permite a las partes nombrar árbitros para que resuelvan una controversia *en razón* de sus conocimientos en una determinada ciencia, arte u oficio y, por otro lado, el artículo 74 de la Ley 80 de 1993 faculta a las partes en un arbitramento Estatal a someter sus diferencias al *criterio* de expertos o al *parecer* de un organismo consultivo del Gobierno, de una asociación profesional o de un centro docente universitario o de enseñanza superior. Acotar la motivación de los fallos al derecho o la equidad, como se argüirá a continuación, resulta limitante, tanto, que figuras como el arbitraje técnico actualmente tienen poca cabida en el ordenamiento legal.

63 Para profundizar en los argumentos, ver demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el autor de este artículo y admitida mediante auto del 9 de septiembre de 2011 en el proceso D-8677 de la Corte Constitucional (Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto). En ella se arguye que no existe ninguna justificación para el arbitraje obligatorio, en la medida que con esta figura incluso se viola el principio constitucional de legalidad junto con los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

1. La restricción por la motivación de los fallos

El elemento que debe tenerse presente para analizar la limitación que se impone a un fallador al circunscribir su motivación a los conceptos de derecho o equidad, es que existe una diferencia importante entre el nombre que se da a un tipo de decisión emitida por el fallador y las reglas que alimentan y demarcan esa decisión. En el caso de las decisiones en derecho, el nombre y las reglas coinciden ya que el fallo en derecho es concretado estrictamente por el mandato legal vigente. Cuando un fallador emite su decisión en derecho, lo hace apoyado en motivaciones que provienen exclusivamente de las reglas legales vigentes.

En cuanto a las decisiones en equidad, el nombre difiere de las reglas en la medida que el fallo en equidad no es solamente aquel en el cual se aplican abstractamente principios de equidad. Como bien lo ha señalado la Corte Internacional de Justicia, las decisiones en equidad “no implican simplemente encontrar una solución equitativa, sino una solución equitativa **derivada de la ley aplicable**” (traducción sugerida, negrilla fuera del texto original).⁶⁴ La equidad es un concepto relativo si se forma con base en el criterio de una persona particular, pero es definido si se parte de la administración de justicia como un fin esencial del Estado definido por un acuerdo social. Las decisiones rendidas en equidad por un ente que administra justicia hacen parte de un sistema concreto de reglas legales, lo

64 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Jurisdicción de Pesquerías* [Reino Unido vs. Islandia], Sentencia, Reportes CIJ, 1974, 33. p. 34, para. 78.

cual las diferencia de las decisiones basadas en principios abstractos de equidad o meramente en principios de moralidad, conciencia o sentido común. Por ende, cualquier particular que ejerce funciones jurisdiccionales está mandado a razonar desde un concepto definido y no subjetivo de equidad; cuando fundamenta una decisión en el criterio de equidad, no debe, como también ha expuesto la Corte Internacional de Justicia “aplicar la equidad simplemente en forma de justicia abstracta, sino **aplicar reglas de derecho que a la vez requieren la aplicación de principios de equidad**” (traducción sugerida, negrilla fuera del texto original).⁶⁵ De ahí que la diferencia entre decisiones en derecho y en equidad sea el grado de sometimiento a las reglas jurídicas. Mientras el fallo en derecho debe estar fundado en y ceñirse a las reglas legales, el fallo en equidad admite una dependencia más flexible de las normas jurídicas.

De tal manera que el fallo en equidad es mucho menos exigente que el fallo en derecho en cuanto a la aplicación de reglas legales se refiere, sin que por ello sean ajenas las reglas jurídicas vigentes en la motivación del fallo en equidad. Por el contrario, las decisiones en equidad deben partir de la base de las reglas del ordenamiento legal, pero su aplicación es mucho menos estricta en tanto en aras de generar soluciones justas a situaciones específicas, es posible para un fallador apartarse de la aplicación concreta de dichas reglas legales. Algo muy diferente ocurre con las decisiones rendidas en conciencia o según el sentido común, pues en ellas no se exige

ex ante un fundamento en el ordenamiento jurídico, siendo su remisión a él parcial y voluntaria, lo cual se traduce en que la motivación para fallar provenga de criterios subjetivos e internos y de una noción abstracta de justicia. En la construcción de ambas decisiones, no obstante, se deben respetar los derechos constitucionales de las partes so pena de nunca poder contar con reconocimiento jurídico, cuestión que por ende *de facto* comparten. También existe una diferencia importante entre decisiones en equidad y las decisiones en las cuales la equidad funge como criterio auxiliar. La diferencia estriba en que en las segundas la dependencia de las reglas legales es total –la equidad juega un papel meramente auxiliar– mientras que en las primeras la equidad es el criterio decisivo que determina cuánto se debe apartar un fallador de la aplicación concreta de reglas jurídicas para generar soluciones equitativas.

Ahora, lo anterior es respaldado no solamente por la posición de la Corte Internacional de Justicia, sino por quien dio origen al término mismo *en equidad* –*in aequitas*–: Aristóteles. El concepto de equidad nació, para este antiguo filósofo, como respuesta a la generalidad y falta de previsión universal de las normas. La equidad fue el criterio llamado a actuar cuando de la aplicación de una norma a un caso concreto surgían vacíos o se creaban situaciones injustas, convirtiéndose este en una herramienta que operaba al interior del ordenamiento jurídico.⁶⁶ Doctrinantes internacionalmente reconocidos también han avalado el sentido dado acá al concepto de equidad; uno de ellos, Sir

65 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Plataforma Continental del Mar del Norte* [Dinamarca & Países Bajos vs. Alemania], Sentencia, Reportes CIJ, 1969, 3. p. 47, para. 85.

66 ARISTÓTELES. *Éthique à Nicomaque*. Livre V. Traducción J. Tricot. París: Librairie Philosophique J. Vrin, 1990.

Hersch Lauterpacht quien sostuvo que era impropio usar la frase “en equidad” para referirse a decisiones que creaban situaciones por fuera de la ley.⁶⁷ La Corte Constitucional también ha confirmado el alcance sugerido acá para las decisiones en equidad, aunque infortunadamente con poca homogeneidad. La anulada sentencia T-046/02 y la sentencia SU-837/02 quizás sean las providencias que mejor sientan el precedente. En ellas la Corte establece:

“quien decide en equidad debe considerar las particularidades fácticas de la situación, apreciar su valor para que sus conclusiones sean justificables, **no a partir de su conciencia subjetiva**, sino del concepto indeterminado pero **objetivo de equidad**. La flexibilidad asociada a la equidad, inclusive en la definición más restrictiva de la misma, estriba en que es posible apartarse de una aplicación estricta de las reglas jurídicas precisamente cuando los hechos especiales del caso –las particularidades del mismo– así lo requieren para que la decisión sea justa. De tal manera que las razones de equidad son las que parten de los hechos y justifican una decisión que consulta las especificidades de un conflicto determinado, sin depender de la aplicación estricta de cierta regla” (negrilla fuera del texto original).⁶⁸

Anteriormente, en relación con el arbitraje, se admitían decisiones aún menos exigentes que la equidad en cuanto a la aplicación de las reglas legales se refiere. Es así como, por ejemplo, la Ley 105 de 1931 en su artículo 1164 disponía

que “los autos de los árbitros se dictan **verdad sabida buena fe guardada**”; luego, en el artículo 1º del Decreto 2279 de 1989 se concibió que el arbitraje fuera “en derecho, **en conciencia o técnico**” (negrillas fuera del texto original). Sin embargo, a partir de la *constitucionalización* del arbitraje como un mecanismo de administración de justicia a cargo de particulares transitoriamente habilitados por las partes para preferir fallos en derecho o en equidad, la exigencia cambió, no siendo posible para el legislador establecer modalidades de arbitraje cuyos fallos partan de la base de una flexibilidad mayor a la concedida por los criterios objetivamente sentados de equidad, derivados del ordenamiento interno. La Asamblea Constituyente optó por sacar la *conciencia* de la esfera del arbitraje, seguramente reconociendo el alcance e importancia de este mecanismo en la función de administrar justicia, subiendo así el estándar mínimo para el ejercicio deliberativo de un árbitro, de forma que las soluciones equitativas sugeridas por él se derivaran no sólo de un concepto de justicia abstracto e interior al fallador, sino de una flexible aplicación de las reglas que integran el ordenamiento legal.

2. La limitación al fallador en el arbitraje técnico

El artículo 111 de la Ley 446 de 1998, el artículo 46 del Decreto 2279 de 1989 y el artículo 74 de la Ley 80 de 1993 consagran unas modalidades de arbitraje que se encuentran claramente apartadas de la habilitación para fallar en derecho que concede el artículo 116 Superior, en

67 LAUTERPACHT, Hersch. *The Development of International Law by the International Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

68 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-046 de 2002. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa; Sentencia SU-837 de 2002. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

la medida que esta ciñe el razonamiento arbitral a los mandatos legales vigentes, mientras que aquellas facultan a los árbitros para fallar *en razón de sus conocimientos* en una determinada ciencia, arte u oficio, según sus *criterios*, o, tratándose de un organismo consultivo del Gobierno, de una asociación profesional o de un centro docente universitario o de enseñanza superior, a su *parecer*. Estas disposiciones, además, también desbordan el límite de la habilitación constitucional para fallar en equidad en cuanto, como se ha planteado arriba, el criterio que nutre la equidad no es tan amplio y flexible como para admitir que la noción de equidad del fallador sea aquella interna, subjetiva y particular a él, pues la noción de equidad debe derivarse del ordenamiento interno.

Un análisis cuidadoso de las expresiones utilizadas en dichas normas permite llegar puntualmente a esta conclusión. La expresión *en razón de* utilizada en el artículo 111 de la Ley 446 de 1998, significa, según la Real Academia Española, “por lo que pertenece o toca a algo”⁶⁹. Si se atiende entonces al sentido natural y obvio de las palabras de la ley, según el uso general de las mismas,⁷⁰ cuando se faculta a un árbitro para emitir un fallo *en razón de* sus específicos conocimientos, lo que se hace es autorizarlo para pronunciar su laudo *por lo que pertenece a* una determinada ciencia, arte u oficio, y no necesariamente por lo que toca al derecho o a la concepción de equidad, según el ordenamiento interno. Lo anterior coincide, además, con la

forma como en el mismo artículo 111 se definen las modalidades de otras decisiones de un árbitro: en derecho, como aquellas *fundadas* en el derecho positivo vigente, y en equidad cuando *deciden según* el sentido común y la equidad. Las expresiones del artículo 74 de la Ley 80 de 1993 también conceden a los árbitros un margen de discrecionalidad en sus pronunciamientos, más allá de lo autorizado por el artículo 116 Superior. Al establecer que un fallo arbitral provenga del *criterio* de unas personas naturales o el *parecer* de unas jurídicas, el artículo 74 abre la puerta a la ponderación de elementos ajenos o que no necesariamente coinciden con el derecho o con la concepción constitucionalmente aplicable de equidad y por consiguiente rebasa la limitación constitucional impuesta a los fallos arbitrales.

En estos artículos es, además, perceptible la intención del legislador en el sentido de ampliar los criterios según los cuales puede fallar un árbitro: no sólo por un ejercicio de hermenéutica gramatical como el anterior, sino que por vía de la teleología manifiesta su decisión de crear una *tercera* modalidad de arbitraje por fuera del derecho y de la equidad: el técnico. Al crear esta tercera modalidad el legislador quiso no sólo especificar un aspecto *subjetivo* del arbitraje como son las cualidades profesionales que ante determinada habilitación debe satisfacer un árbitro, sino definir un aspecto *objetivo* de su fallo, permitiendo que su decisión sea formada por la noción de justicia interna a él como técnico en una determinada ciencia, arte u oficio, o como una persona jurídica con un objetivo social particular.

69 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésima Segunda Edición. En: <http://buscon.rae.es/drael/>

70 CONGRESO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE COLOMBIA. *Óp. cit.* Artículo 28.

Se tiene entonces, al analizar las expresiones utilizadas, que actualmente existen normas que facultan a un árbitro para que su decisión sea formada por la noción de justicia interna a él como experto en una determinada ciencia, arte u oficio, o por el solo hecho de ser un organismo consultivo del Gobierno, una asociación profesional o un centro docente universitario o de enseñanza superior. La *constitucionalización* del arbitraje como un MASC mediante el cual se deben proferir fallos en derecho o en equidad afecta negativamente a estas otras modalidades que con buenas intenciones el legislador ha querido instaurar en Colombia, cuestión que pronto definirá la Corte Constitucional.⁷¹ Al establecer que un árbitro pueda referirse a *sus conocimientos, criterio o parecer* y formar una noción de justicia conforme a una ciencia, arte u oficio, lo que hacen estas normas es autorizarlo para decidir con base en razonamientos internos y subjetivos y no al concepto de equidad derivado del ordenamiento jurídico, como exige el artículo 116. En esta medida, entonces, el artículo 116 Superior se erige como una camisa de fuerza para las reglas de motivación de los fallos de los árbitros, lo cual restringe considerablemente las nuevas modalidades de arbitraje nacional que se han querido y que se quieran en el futuro instaurar en Colombia.

3. La limitación al fallador en el ámbito internacional

También es importante, por último, considerar los efectos derivados de restringir binariamente la motivación de los fallos de un árbitro en el ámbito internacional. La regla generalmente aplicable en el arbitraje internacional para la motivación de fallos es que los árbitros pueden valerse de las normas de derecho (las escogidas por las partes para el fondo del litigio o las que resulten aplicables según las normas de conflicto de leyes) o fallar *ex aequo et bono* o en función de amigable componedor.⁷²

Aunque no existe consenso sobre la forma como las reglas de derecho se deben aplicar en las decisiones *ex aequo et bono* o en función de amigable componedor, o sobre si hay una diferencia entre ambos tipos de decisiones,⁷³ el hecho es que los instrumentos sobre arbitraje internacional más trascendentes abren la posibilidad que árbitros emitan fallos en estos sentidos,⁷⁴ y ello, conforme a la evolución en el entendimiento del Derecho, puede o no coincidir con la forma como se rinden las decisiones en equidad.⁷⁵

71 Ver *supra* nota 63 en relación con la demanda instaurada y la subsecuente providencia que decidirá sobre las normas de arbitraje presuntamente inconstitucionales.

72 ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Óp. cit.* Artículo 28.

73 Para resolver estas interrogantes, la Cámara de Comercio Internacional ha creado un Grupo de Trabajo sobre Amigable Composición y *Ex Aequo Et Bono*: <http://www.iccwbo.org/policy/arbitration/id6566/index.html>

74 Ver, entre otras, el artículo 17.3 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, el artículo 33.2 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, el artículo 28.3 de la Ley Modelo de la CNUDMI, el artículo 28.3 de las Reglas de Arbitraje Internacional de la AAA y el artículo 59.a de las Reglas de Arbitraje de la OMPI.

75 La doctrina mayoritaria parece asignar un estándar más bajo a las decisiones *ex aequo et bono* y en función de amigable composición que a las decisiones en equidad, admitiendo que las primeras estén sus-

Así las cosas, al *constitucionalizar* el arbitraje de manera que se restrinja al árbitro a fallar en equidad, se corre el riesgo de circunscribir esta figura más de lo necesario, de estancar el desarrollo y dejar por fuera de los procesos internacionales de homogeneización a las reglas de arbitraje internacional aplicables en Colombia. El Proyecto de Estatuto de Arbitraje que se encuentra estudiando el Congreso contempla incluir estas modalidades de motivación de las decisiones para el arbitraje internacional, esfuerzo que probablemente se vea truncado de continuar estando constitucionalmente limitados los fallos al derecho o a la equidad.

C. La jurisdicción

Haber incorporado en la Constitución el arbitraje como un mecanismo mediante el cual se ejerce la función de administrar justicia, es el tercer y último error producto de su *constitucionalización*. Como se planteará adelante, la equivocación no sólo estriba en atar constitucionalmente el arbitraje a la jurisdicción, omitiendo hacer referencia a su carácter contractual, sino también en elevar mediante una lista taxativa ciertos MASC –incluido al arbitraje– a la categoría de mecanismos constitucionalmente válidos para el ejercicio de la jurisdicción por parte de particulares.

1. El carácter jurisdiccional del arbitraje

La inmensa mayoría de los proyectos presentados por el constituyente en 1991 se hincaron

traídas del todo de las reglas jurídicas del ordenamiento legal aplicable (ver, entre otros: LAUTERPACHT, Hersch. *Óp. cit.*).

en el supuesto que el arbitraje envuelve primordialmente el ejercicio de una función jurisdiccional. Los proyectos de Acto Reformatorio de la Constitución Política de Colombia números 2, 67 y 108; el Proyecto no Gubernamental número 2; el Proyecto de Acto Legislativo de Vigencia Inmediata; las Disposiciones Transitorias sobre el Capítulo de la Justicia y todos los informes de ponencia y artículos aprobados en la Comisión Cuarta y la Plenaria presuponían la función de administrar justicia. Quizás los únicos que no se formaron necesariamente con base en ella fueron los proyectos de Acto Reformatorio de la Constitución Política de Colombia números 3 y 113. El artículo 116 Superior definitivo, claramente impuso la visión jurisdiccional en Colombia, estableciendo que en su condición de árbitros, los particulares son “investidos transitoriamente de la función de **administrar justicia**” (negrilla fuera del texto original), cuestión reconocida explícitamente por la Corte Constitucional.⁷⁶ Este ha sido quizás el error más grave producto de la *constitucionalización* del arbitraje, en tanto ha llevado a perpetuar una preferencia de su carácter jurisdiccional sobre el contractual.

No en todo el mundo se atribuye al arbitraje un carácter principal o exclusivamente jurisdiccional. En sistemas como el suizo su condición es principalmente contractual, enfoque en virtud del cual se da tal prevalencia a la autonomía de la voluntad que las partes pueden acordar

76 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-294 de 1995. *Óp. cit.* En esta sentencia la Corte afirma que “A la luz de esta norma, todas las lucubraciones sobre la función arbitral, como si es de naturaleza pública o privada, si los árbitros son verdaderos jueces, etc., quedan reducidas al ámbito académico. Pues la norma transcrita no deja lugar a dudas: los particulares, en su condición de árbitros, administran justicia, en los términos que determine la ley.”

plena y libremente, entre otras, las reglas procesales a seguir.⁷⁷ No obstante lo anterior, acogiendo un enfoque excesivamente jurisdiccional –por no decir antediluviano– en Colombia se ha restringido enormemente la facultad de las partes para acordar las reglas de procedimiento aplicables a la solución de su conflicto, cuestión que resulta muy desfavorable para la evolución y el progreso de un MASC trazado en torno de la eficiencia y la celeridad. Saltan a la vista, en especial, los pronunciamientos de la Corte Constitucional a través de los cuales se ha intentado limitar la facultad que *según los términos de la ley*, y desde una visión mucho más contractual del arbitraje, ha sido otorgada a los particulares para fijar sus propias reglas procesales.⁷⁸ Se tiene así la sentencia C-037/96 en la cual la Corte limita la autonomía de las partes a “aquellos casos no previstos por el legislador”⁷⁹, y en lo relacionado con arbitramentos en los que no es parte el Estado o alguna de sus entidades, la sentencia C-713/08 en la cual se confina la autonomía a “lo dispuesto por el Legislador en las normas especiales que regulan los procedimientos arbitrales”⁸⁰.

77 SAMUEL, Adam. *Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration: A Study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, US and West German Law*. Zurich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1989, p. 34 y ss.

78 Ver también: CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 446 de 1998 “Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia”. 7 de julio de 1998. Artículo 112.

79 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037 de 1996. M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

80 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-713 de 2008. *Óp. cit.*

Podría pensarse que en Colombia las reglas propias de la autonomía de la voluntad lograrían asentarse y dar vía para que las partes acuerden, entre otras, las reglas procesales a seguir, por el sólo hecho de haberse incluido en el artículo 116 de la Constitución la facultad que *en sus términos* el legislador determine reglas aplicables para el arbitraje. Esto por cuanto en principio no pareciera ser constitucionalmente necesario que las partes sigan las normas procesales arbitrales fijadas por el legislador para una clase de arbitraje (el legal), para así garantizar la observancia de garantías constitucionales en otras clases de arbitrajes como el institucional o el *ad hoc* (independiente). Sin embargo, dado el enjambre jurisdiccional de este MASC producto de la consagración explícita de su naturaleza procesal en el artículo 116 Superior, a través de la jurisprudencia se ha instaurado la política de resistir elementos que son propios de un arbitraje de naturaleza contractual, de tal manera que elementos de este tipo son desechados cuando se trasponen a consideraciones jurisdiccionales. En Colombia, entonces, todo pareciera indicar que el carácter contractual del arbitraje ha sido eclipsado –casi que eliminado– y que para poder promover reglas propias de la autonomía de la voluntad en él es menester prescindir de toda referencia explícita a su naturaleza jurisdiccional en la Carta, es decir, *desconstitucionalizándolo*.

En el ámbito de las relaciones jurídicas internacionales resulta igualmente problemático conferir al arbitraje una naturaleza primordialmente jurisdiccional y asimilar por ende el árbitro a un juez y el laudo a una sentencia judicial.

Al incrustar al arbitraje en el ejercicio de una función pública –la de administración de justicia– se corre el riesgo de extrapolar a él reglas constitucionales concebidas para jueces y sentencias nacionales, que no son aplicables para árbitros y laudos fraguados para conflictos derivados de relaciones jurídicas internacionales. Como ha ocurrido en el pasado, con ello puede llegarse a la conclusión que en un arbitraje internacional cuya *lex fori* sea Colombia sólo puedan decidir árbitros colombianos, en tanto “el mandamiento de ser ciudadano debe impregnar el ejercicio de la función jurisdiccional en todas sus modalidades”.⁸¹ Esto por cuanto el artículo 99 de la Constitución establece que “la calidad de ciudadano en ejercicio es condición previa e indispensable para [...] desempeñar cargos públicos que lleven anexa autoridad **o jurisdicción**” (negrilla fuera del texto original), y la función jurisdiccional es una sola independientemente de si quien la ejerce es un funcionario que permanentemente desempeña un cargo público o un particular con investidura transitoria. Y sería desafortunado instaurar la condición que los árbitros nacionales sean los únicos quienes puedan conocer de los asuntos de arbitrajes internacionales en Colombia, pues por vía de esa discriminación negativa se desestimularía la práctica del arbitraje internacional en el país, desconociendo además reglas internacionalmente reconocidas.⁸² Complicaciones como esta pueden igualmente surgir al profundizar en la constitucionalidad de otras normas aplicables en el arbitraje internacional, como la

potestad para fallar con base en reglas de derecho diferentes a las colombianas o el idioma del laudo, con lo cual resulta imperante el llamado a abandonar el enfoque extremo jurisdiccional del arbitraje adoptado presentemente en el ordenamiento colombiano.

2. La taxatividad de los MASC a través de los cuales se ejerce jurisdicción

Otra consecuencia nefasta, producto de la *constitucionalización* del arbitraje en torno al ejercicio de una función jurisdiccional, atañe no sólo a este mecanismo sino a otros MASC ya establecidos o por concebirse que pudieran llevar implícito el ejercicio de la función de administrar justicia. Lo anterior por cuanto al hacer una lista taxativa en el artículo 116 Superior de ciertos mecanismos a través de los cuales un particular se entiende investido de la función de administrar justicia, en lugar de dejar abierta su configuración a la potestad legislativa, se corre el riesgo de omitir otros mecanismos que envuelven el ejercicio de jurisdicción y, por consiguiente, de truncar la posibilidad a la codificación parlamentaria de alternativas de solución de conflictos aptas para generar incentivos que descongestionen la justicia en Colombia.

Bien se sabe que a pesar de las recomendaciones de quienes fueron designados para formular el articulado sobre la administración de justicia,⁸³ el constituyente de 1991 cometió el

81 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 42 del 21 de marzo de 1991. M.P.: Pedro Escobar Trujillo.

82 ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Óp. cit.* Artículo 11 (1).

83 Los integrantes de la Comisión Cuarta Constituyente, encargada de los temas de la administración de justicia, propusieron otorgar al legislador la más amplia potestad configurativa. Ver: ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. *Gaceta Constitucional* No. 81. *Óp. cit.* p. 12; *Gaceta Constitucional* No. 119. *Óp. cit.* p. 15; *Gaceta Constitucional*

grave error de relacionar en el artículo 116 de la Carta específicos mecanismos a través de los cuales se entiende válido que particulares administren justicia. Los proyectos de Acto Legislativo presentados ahora por el Gobierno y el Consejo de Estado incurren en el mismo desliz, dejando así de lado las ventajas de configuración normativa provenientes de un mandato constitucional genérico al legislador.

A primera vista se puede advertir cómo este desacierto del constituyente –y ahora también del Gobierno y el Consejo de Estado– podría afectar a un MASC en particular, la amigable composición, en la medida que este mecanismo no está contemplado dentro del listado que hace el artículo 116 Superior, ni encaja en una de las jurisdicciones especiales consagradas en los artículos 246 y 247 de la Constitución, no obstante la posición de la Corte Constitucional que los amigables componedores ejercen funciones jurisdiccionales, Corporación que así lo ha indicado cuando, al justificar en la sentencia C-672/99 la exequibilidad de las normas que codifican el arbitraje y la amigable composición, señaló que estas dos figuras tratan “situaciones relacionadas con la atribución de función jurisdiccional a los particulares”.⁸⁴

No. 83. *Óp. cit.* p. 28 y ss.; y *Gaceta Constitucional* No. 122. *Óp. cit.* p. 24.

84 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-672 de 1999. M.P.: Antonio Barrera Carbonell. En una sentencia que no tiene efectos *erga omnes* (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-091 de 2000. M.P.: Álvaro Tafur Galvis), la Corte llega a la opuesta conclusión, amparando el derecho al “debido proceso” lo cual a su vez es contradictorio si se tiene en cuenta que lo que se configuraba implícitamente según la Corte en esa oportunidad era un incumplimiento o extralimitación contractual carente de efectos jurisdiccionales –recuérdese que al momento de la demanda no podía haber “proceso” conforme a esta conclusión de la Corte, pues tan sólo se había puesto en marcha la amigable composición sin convocarse un tribunal de arbitramento–.

Un análisis de los elementos formales y materiales señalados por la Corte en la sentencia C-1038/02 como útiles para determinar si la función ejercida por un particular es o no de naturaleza jurisdiccional, en el caso en cuestión también conduce a la misma conclusión. En aquella oportunidad, como criterio formal, la Corte manifestó que se podían presumir

“judiciales aquellas (i) funciones que se materializan en actos con fuerza de cosa juzgada, o (ii) son desplegadas por jueces, o al menos por funcionarios que gozan de los atributos propios de los jueces, o (iii) se desarrollan en el marco de procesos judiciales, o se encuentran indisolublemente ligadas a un proceso judicial”.⁸⁵

En cuanto a criterio material, la Corte formuló que era indicio del ejercicio de una función judicial si “en principio” la decisión emitida por el particular “restring[ía] el acceso a la administración de justicia”.⁸⁶ Aunque merece precisión el criterio material en la medida que ninguna función analizada bajo este espectro podría ser en principio constitucional si el precepto para presumir una función como judicial fuese que a través de ella se restrinja el acceso a la administración de justicia, de todas formas se rescata de él su sentido, el cual es que puede suponerse como judicial la función ejercida por un particular en la cual se imparta justicia, ya sea porque el particular administre justicia como funcionario del Estado o porque desplaza al Estado en su función esencial de administrar justicia.

85 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1038 de 2002. *Óp. cit.*

86 *Ibid.*

Si se aplican entonces *in casu* los criterios planteados por la Corte en la sentencia C-1038/02, resulta manifiesto el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de los amigables componedores: ellos gozan de atributos propios de jueces como el de definir con fuerza vinculante para las partes una controversia sometida a su consideración; sus funciones se materializan en actos que adquieren fuerza de cosa juzgada en virtud de que su determinación produce los efectos legales relativos a la transacción, y; sus actuaciones desplazan al Estado en su función esencial de administrar justicia, en la medida que las partes al acudir al amigable componedor no tienen que (y en la mayoría de casos tampoco luego pueden) activar el aparato judicial Estatal para encontrar una solución justa en relación con el cumplimiento de un negocio jurídico particular.

Contrario a lo anterior, podría llegar a pensarse que la amigable composición es simplemente una transacción lograda a través de un tercero con la facultad para comprometer contractualmente a las partes. Con esta concepción se conseguiría, además, una aproximación más fiel a la figura francesa del *amiable compositeur*. Desafortunadamente, del trasplante legal de esta figura al derecho colombiano no es posible llegar a esa conclusión. La singularidad de la amigable composición debería ser –como la misma palabra lo indica– el acto de amigablemente “formar de varias cosas una, juntándolas y colocándolas con cierto modo y orden”⁸⁷; *i. e.* su característica esencial debería ser la de acercar y orientar a las partes de forma que luego y a

causa de esa acción, de las mismas partes emane un nuevo orden o el orden según el estado original. Sin embargo, conforme al artículo 130 de la Ley 446 de 1998, la principal función del amigable componedor en Colombia no es *componer*, sino vía la delegación emitir una decisión *con fuerza vinculante*. Adicionalmente, lejos de poder identificarse como mecanismo autocompositivo, en el ordenamiento interno la amigable composición surge como mecanismo heterocompositivo, ya que si dicho carácter se predica en virtud de la imposición de una solución por parte de un tercero (independientemente de la voluntad contractual de las partes para acudir a él), de la representación irrevocable y la facultad de precisar, con fuerza vinculante para las partes, “el estado, las partes y la forma de cumplimiento de un negocio jurídico particular” en la amigable composición no se puede más que enfatizar la imposición de una solución.⁸⁸ Así las cosas, en Colombia no es posible sino reconocer la naturaleza jurisdiccional de las funciones de un amigable componedor.

Esto conlleva un problema pues en virtud de los principios de legalidad y prevalencia de la Carta, para el legislador sólo es viable asignar funciones jurisdiccionales a quien la Constitución faculta para ello. Dado que el constituyente no previó para la amigable composición el ejercicio de función jurisdiccional, la *constitucionalización* no es habilitante sino, por el contrario, obra en perjuicio de este MASC cerrándole la puerta hasta que no medie un cambio constitucional.⁸⁹

88 Ver, entre otras: GIL ECHEVERRY, Jorge Hernán. *La conciliación extrajudicial y la amigable composición*. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2003. pp. 383-84, 391, 409 y 414.

89 Ver *supra* nota 63.

87 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Óp. cit.*

III. HACIA LA DESCONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ARBITRAJE EN COLOMBIA

Habiendo dado aviso sobre las complejas contrariedades que surgen por cuenta de la *constitucionalización* del arbitraje, resulta ineludible arribar a la siguiente conclusión: es necesaria una intervención crítica y total para acabar de una vez y por todas con los males constitucionales que aquejan a los MASC y en particular al arbitraje. Los preceptos constitucionales que rigen al arbitraje en Colombia han volcado a este mecanismo hacia un estado de subdesarrollo, habida cuenta del camino constreñido dentro del cual le permiten desenvolverse. Es necesario entonces remover la camisa de fuerza que se usa como pretexto de su rezago y concederle así la flexibilidad que de él ya se reclama y que sin duda demandarán los conflictos en los tiempos a venir.

La solución no puede ser, como pretende el Consejo de Estado y el Gobierno, aumentar el catálogo de requisitos para validar constitucionalmente al arbitraje, pues con ello lo único que se hará es ahondar en los errores cometidos por el constituyente de 1991. Por el contrario, al artículo 116 de la Carta Política se le deben extirpar todas las arandelas y condicionamientos, en tanto ellos son la causa de los problemas que arriba se han podido identificar. En este sentido, debe concederse al legislador la posibilidad de admitir o no, según las necesidades del tiempo, el arbitraje obligatorio en Colombia. Debe también abrirse el camino para que el entendimiento que se tiene sobre la naturaleza del arbitraje

sea dinámico y pueda nutrirse del desarrollo doctrinal y jurisprudencial y no sólo de lo decidido al momento de promulgar la Constitución. Debe –so pena de condenar el arbitraje al desuso– dejarse igualmente abierta la posibilidad para que las reglas nacionales aplicables a este MASC se homologuen con las del resto del mundo, lo que incluye desmontar el condicionamiento de los fallos en derecho o equidad. Por último, para no cerrarles la puerta sin razón a figuras de administración de justicia válidamente planteadas, deben evitarse listas constitucionales de específicos mecanismos a través de las cuales se entiende ejercida la jurisdicción por particulares. Es preciso entonces rescatar la propuesta constitucional del Gobierno en 1991 y desmontar el grueso de su texto de forma que se establezca sólo que “los particulares podrán ejercer función jurisdiccional, en los casos, las condiciones y con las formalidades que determine la ley”⁹⁰.

La cuestión sobre la naturaleza del arbitraje merece especial atención, en tanto una *desconstitucionalización* puede ser insuficiente para propender por un trato más dinámico en la razón de ser de este MASC. Es pues la postura de este artículo, que se debe velar proactivamente para que el fundamento del arbitraje sea no sólo la ley, sino la autonomía de la voluntad. Al enfatizar el componente contractual se logra no sólo promover la posibilidad de que las partes escojan con plena libertad el procedimiento a seguir, sino además que las disposiciones internas sean homologables con los instrumentos internacionales que llevan la delantera en

90 ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. *Gaceta Constitucional* No. 5. *Op. cit.* p. 17.

el progreso y mejoramiento de este MASC.⁹¹ También puede resultar conveniente permitir que el arbitraje conserve elementos jurisdiccionales, en la medida que la naturaleza procesal puede significar mayor flexibilidad, facilitando la evolución de este mecanismo.⁹² Así las cosas, la postura sensata es adoptar una visión *híbrida*, y reconocer en el arbitraje tanto su naturaleza jurisdiccional como contractual.

Hay autores que afirman que el arbitraje en Colombia ya es híbrido.⁹³ Esto, no obstante, tiene poco asidero ya que como fue argüido y demostrado arriba, es clara la intención del constituyente y manifiesta la literalidad del artículo 116 de la Constitución en atribuirle principal y exclusivamente carácter jurisdiccional. Se requiere entonces de alguna intervención para cambiar la naturaleza del arbitraje, sin embargo, mal puede propenderse porque en la Constitución se manifieste literalmente el reconocimiento de una teoría híbrida, pues como ya se ha demostrado, el error principal inherente a la *constitucionalización* es sentar reglas de carácter permanente e inmutable que obstruyan el avance de un mecanismo dinámico como el arbitraje. La mejor opción consistiría, por consiguiente, en remover de la Carta toda referencia a la naturaleza jurisdiccional del arbitraje, al tiempo que se promueva constitucionalmente el desarrollo de éste y otros MASC, dejando las

demás cuestiones en manos del legislador, la doctrina y la jurisprudencia. En estos términos, la única *constitucionalización* de buen recibo es una por medio de la cual se establezca que: “es deber del Estado promover los mecanismos alternativos de solución de conflictos”.

IV. CONCLUSIÓN

El arbitraje en Colombia se encuentra en estado crítico; es actualmente el séptimo mecanismo arbitral más engorroso del mundo desde el punto de vista de la autonomía de la voluntad, por encima sólo de países como Camboya,⁹⁴ Albania y Afganistán⁹⁵ y el cuarto más espinoso en cuanto a la interacción con la administración de justicia estatal se refiere, según el más reciente estudio del Banco Mundial.⁹⁶ El problema con el arbitraje en Colombia es explicado, en parte, por la cultura jurídica que su *constitucionalización* ha propiciado, pues es a causa de su excesiva concepción jurisdiccional –atribuida al artículo 116 de la Constitución– que comparativamente no se puede hablar del arbitraje en Colombia como un MASC moderno.

Dado el retraso del mecanismo y la gravedad del problema, no cabe duda que amerita una intervención inmediata, por lo cual es lamentable –no obstante la coyuntura favorable de la

91 Muchas de las reglas internacionales del arbitraje se encuentran revestidas por la naturaleza contractual que por mucho tiempo se le atribuyó al arbitraje.

92 Ligar el arbitraje a la administración de justicia puede ser provechoso para superar la limitación dispositiva de este mecanismo e incluso dar cabida al arbitraje obligatorio.

93 BENETTI SALGAR, Julio J. *El arbitraje en el Derecho Colombiano*. Tercera Edición. Bogotá: Editorial Kimpres Ltda., 2009, p. 59.

94 País que no tiene instituciones funcionales de arbitraje (ver *infra* nota 96 en p. 54 y 96).

95 País en el cual no hay una sola institución que administre el arbitraje (ver *infra* nota 96 en p. 82).

96 WORLD BANK GROUP. *Investing Across Borders 2010: Indicators of foreign direct investment regulation in 87 economies*. En: <http://iab.worldbank.org/~media/FPKM/IAB/Documents/IAB-report.pdf>.

reforma a la administración de justicia–, la omisión de los proyectos de Acto Legislativo en el sentido de no formular una solución definitiva a los males que aquejan al arbitraje. No es tarde todavía, puesto que la reforma final ha de surgir del seno del Congreso, sin embargo, resulta preocupante que a la fecha no se haya intervenido para prevenir al legislativo sobre los padecimientos del arbitraje y en general de los MASC.

Para llamar la atención sobre algunas posibles causas de este problema ya está en curso una demanda de inconstitucionalidad y, con ella y este artículo, la esperanza es que se genere una primera ola de alerta, de forma tal que de los debates que restan sobre la reforma a la justicia emane la propuesta de *desconstitucionalizar* al arbitraje para poder así dar sepultura a los problemas más graves que lo afligen. De todas formas, independientemente de que se logre que el Congreso interfiera o que prospere la demanda de inconstitucionalidad, lo importante es que se continúen exponiendo inquietudes sobre los MASC y que con artículos como el presente, se genere mayor debate y se lleve eventualmente a mecanismos como el arbitraje al desarrollo y perfeccionamiento total.

Bibliografía

Normas, convenciones y otros instrumentos

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985

con las enmiendas aprobadas en 2006. Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/61/17), Anexo I, Nueva York, 2006.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA

- ____. Decreto-ley 2158 de 1948 “Sobre los procedimientos en los juicios del trabajo”. 24 de junio de 1948.
- ____. Ley 48 de 1968 “Por la cual se adopta como legislación permanente algunos decretos legislativos, se otorgan facultades al Presidente de la República y a las Asambleas, se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”. 16 de diciembre de 1968.
- ____. Decreto 2279 de 1989 “Por el cual se implementan sistemas de solución de conflictos entre particulares y se dictan otras disposiciones”. 7 de octubre de 1989.
- ____. Ley 50 de 1990 “Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”. 28 de diciembre de 1991.
- ____. Ley 80 de 1993 “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”. 28 de octubre de 1993.
- ____. Ley 143 de 1994 “Por la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización

de electricidad en el territorio nacional, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones en materia energética”. 11 de julio de 1994.

____. Ley 446 de 1998 “Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia”. 7 de julio de 1998.

____. Ley 584 de 2000 “Por la cual se derogan y se modifican algunas disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo”. 13 de junio de 2000.

____. Ley 1210 de 2008 “Por la cual se modifican parcialmente los artículos 448 numeral 4 y 451 del Código Sustantivo del Trabajo y 2 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y se crea el artículo 129A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y se dictan otras disposiciones”. 14 de julio de 2008.

CONGRESO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE COLOMBIA. Ley 26 de 1873 “Código Civil de los Estados Unidos de Colombia”. 26 de mayo de 1873. (Adoptado por la Ley 57 de 1887 “Sobre la adopción de códigos y unificación de la legislación nacional”. 15 de abril de 1887).

Providencias judiciales

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL

____. Sentencia C-226 de 1993. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

____. Sentencia C-294 de 1995. M.P.: Jorge Arango Mejía.

____. Sentencia C-431 de 1995. M.P.: Hernando Herrera Vergara.

____. Sentencia C-037 de 1996. M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

____. Sentencia T-299 de 1996 M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

____. Sentencia C-242 de 1997. M.P.: Hernando Herrera Vergara.

____. Sentencia C-163 de 1999. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

____. Sentencia C-672 de 1999. M.P.: Antonio Barrera Carbonell.

____. Sentencia SU-091 de 2000. M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

____. Sentencia C-211 de 2000. M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

____. Sentencia C-330 de 2000. M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

____. Sentencia C-1140 de 2000. M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

____. Sentencia C-060 de 2001. M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

____. Sentencia C-098 de 2001. M.P.: Martha Victoria Sáchica Méndez.

____. Sentencia T-046 de 2002. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

____. Sentencia SU-837 de 2002. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

____. Sentencia C-1038 de 2002. M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.

____. Sentencia C-878 de 2005. M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.

____. Sentencia C-961 de 2006. M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

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

____. Sentencia C-035 de 2008. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

____. Sentencia C-378 de 2008. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

____. Sentencia C-466 de 2008. M.P.: Jaime Araújo Rentería.

____. Sentencia C-713 de 2008. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

____. Sentencia C-349 de 2009. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

____. Sentencia C-014 de 2010. M.P.: Mauricio González Cuervo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

____. Sentencia 2338 de 29 de mayo de 1969. M.P.: Luis Sarmiento Buitrago.

____. Sentencia 42 del 21 de marzo de 1991. M.P.: Pedro Escobar Trujillo.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

____. *Plataforma Continental del Mar del Norte* [Dinamarca & Países Bajos vs. Alemania], Sentencia, Reportes CIJ, 1969, 3.

____. *Jurisdicción de Pesquerías* [Reino Unido vs. Islandia], Sentencia, Reportes CIJ, 1974, 33.

Libros y diccionarios

ARISTÓTELES. *Éthique à Nicomaque*. Livre V. Traducción J. Tricot. Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 1990.

BENETTI SALGAR, Julio J. *El arbitraje en el Derecho Colombiano*. Tercera Edición. Bogotá: Editorial Kimpres Ltda., 2009.

GIL ECHEVERRY, Jorge Hernán. *La conciliación extrajudicial y la amigable composición*. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2003.

LAUTERPACHT, Hersch. *The Development of International Law by the International Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésima Segunda Edición. En: <http://buscon.rae.es/drae/>.

SAMUEL, Adam. *Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration: A Study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, US and West German Law*. Zurich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1989.

Otros

COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL
CONSTITUYENTE

- ____. *Gaceta Constitucional* No. 5. Febrero 15 de 1991.
- ____. *Gaceta Constitucional* No. 6. Febrero 18 de 1991.
- ____. *Gaceta Constitucional* No. 23. Marzo 19 de 1991.
- ____. *Gaceta Constitucional* No. 25. Marzo 21 de 1991.
- ____. *Gaceta Constitucional* No. 27. Marzo 26 de 1991.
- ____. *Gaceta Constitucional* No. 33. Abril 2 de 1991.
- ____. *Gaceta Constitucional* No. 46. Abril 15 de 1991.
- ____. *Gaceta Constitucional* No. 51. Abril 16 de 1991.
- ____. *Gaceta Constitucional* No. 66. Mayo 3 de 1991.
- ____. *Gaceta Constitucional* No. 72. Mayo 10 de 1991.
- ____. *Gaceta Constitucional* No. 81. Mayo 24 de 1991.
- ____. *Gaceta Constitucional* No. 83. Mayo 27 de 1991.
- ____. *Gaceta Constitucional* No. 84. Mayo 28 de 1991.
- ____. *Gaceta Constitucional* No. 91. Junio 6 de 1991.
- ____. *Gaceta Constitucional* No. 92. Junio 7 de 1991.
- ____. *Gaceta Constitucional* No. 109. Junio 27 de 1991.
- ____. *Gaceta Constitucional* No. 113. Julio 5 de 1991.
- ____. *Gaceta Constitucional* No. 114. Julio 7 de 1991.
- ____. *Gaceta Constitucional* No. 116. Julio 20 de 1991.
- ____. *Gaceta Constitucional* No. 119. Agosto 16 de 1991.
- ____. *Gaceta Constitucional* No. 122. Septiembre 5 de 1991.

____. *Gaceta Constitucional* No. 123. Septiembre 9 de 1991.

____. *Gaceta Constitucional* No. 124. Septiembre 13 de 1991.

____. *Gaceta Constitucional* No. 134. Noviembre 13 de 1991.

____. *Gaceta Constitucional* No. 140. Diciembre 17 de 1991.

____. *Gaceta Constitucional* No. 141. Diciembre 19 de 1991.

____. *Gaceta Constitucional* No. 142. Diciembre 21 de 1991.

CONSEJO DE ESTADO

____. Exposición de motivos “Proyecto de Acto Legislativo por medio del cual se reforman los artículos 78, 86, 116, 179 a 181, 183, 184, 228, 230 a 232, 237, 238, 241, 254 a 257, 264 y 265 de la Constitución Política de Colombia”. 11 de agosto de 2011.

____. Proyecto de Acto Legislativo Senado 11/11 “Por medio del cual se reforman los artículos

78, 86, 116, 179 a 181, 183, 184, 228, 230 a 232, 237, 238, 241, 254 a 257, 264 y 265 de la Constitución Política de Colombia”. 11 de agosto de 2011.

MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA

____. Exposición de motivos “Proyecto de Acto Legislativo por medio del cual se reforma la Constitución Política en asuntos relacionados con la justicia”. 4 de agosto de 2011.

____. Proyecto de Acto Legislativo Senado 07/11 “Por medio del cual se reforma la Constitución Política en asuntos relacionados con la justicia”. 4 de agosto de 2011.

____. Proyecto de Ley Senado 018/115 “Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones”. 26 de julio de 2011.

WORLD BANK GROUP. *Investing Across Borders 2010: Indicators of foreign direct investment regulation in 87 economies*. En: <http://iab.worldbank.org/~media/FPDKM/IAB/Documents/IAB-report.pdf>.