

El concepto y la naturaleza del arbitraje comercial en el ordenamiento jurídico colombiano*

The concept and nature of commercial arbitration in the Colombian legal system

Recibido: 5 de mayo de 2017 / Aceptado: 11 de agosto de 2017
<https://doi.org/10.17081/just.22.32.2917>

Palabras clave:

Arbitraje, Convencionalidad, Jurisdicción, Justicia, Mecanismos alternativos, Procedimiento.

Resumen

El arbitraje es una figura centenaria en nuestro ordenamiento jurídico que surge como una instancia procesal independiente autorizada por el Estado, cuya esencia radica en que personas especializadas en la materia, resuelven controversias sobre derechos de libre disposición que le son presentadas por sujetos que pactan o acuerdan que sean los árbitros a través del arbitraje y no los jueces por la vía judicial estatal, quienes diriman la controversia que se les ha encomendado. No obstante, su antigüedad dentro de nuestro ordenamiento jurídico, el arbitraje toma su asiento constitucional a partir de la expedición de la Constitución de 1991, de cuyo artículo 116 surge la noción de Mecanismo Alternativo de Solución de Conflictos, para luego de incesantes pero decantados debates académicos, dar a luz la más completa e integrada reglamentación legal a partir de la expedición del Estatuto Arbitral Colombiano –Ley 1563 de 2012–; las primeras decisiones arbitrales eran llamadas “Sentencias Arbitrales” y posteriormente, exactamente en 1970, a estas se les comienza a denominar “Laudos Arbitrales”. Ahora, en cuanto a la naturaleza jurídica del arbitraje, se fueron formulando y defendiendo diversas doctrinas al respecto, entre las cuales se tienen: la contractualista, la jurisdiccional o procesal, la mixta y la más reciente de todas ellas, la doctrina autónoma o arbitral, que entiende al arbitraje como una institución jurídica independiente con naturaleza propia. Así, el arbitraje se caracteriza por su convencionalidad, temporalidad, excepcionalidad y su juridicidad, por lo que este mecanismo alternativo de solución de controversias se erige como un auténtico equivalente jurisdiccional.

Key words:

Arbitration, Conventionality, Jurisdiction, Justice, Alternative mechanisms, Procedure.

Abstract

Arbitration is a century-old figure in our legal system that emerges as an independent trial body authorized by the State, whose essence lies in that person specialized in the matter, resolve disputes over rights of free disposition that are presented to them by subjects that accord or agree that they are the arbitrators through arbitration and not the judges through the state judicial route, who settle the controversy that has been entrusted to them. Notwithstanding its seniority within our legal system, arbitration takes its constitutional seat from the issuance of the Constitution of 1991, whose article 116 arises the notion of Alternative Mechanism for Conflict Resolution, after incessant but decanted academic debates, to give birth to the most complete and integrated legal regulation as of the issuance of the Colombian Arbitral Statute Law 1563 of 2012; the first arbitration decisions were called “Arbitral Judgment” and later, exactly in 1970, they are called “Arbitral Award”. Now, as regards the legal nature of arbitration, various doctrines have been formulated and defended in this respect, among which we have: contractualist, judicial or procedural, mixed and most recent of all of them, autonomous or arbitral doctrine, which understands arbitration as an independent legal institution with its own nature. Thus, arbitration is characterized by its conventionality, temporality, exceptionality and its legality, so that this alternative mechanism for the settlement of disputes rises as a true jurisdictional equivalent.



Referencia de este artículo (APA): Pérez, J. (2017). El concepto y la naturaleza del arbitraje comercial en el ordenamiento jurídico colombiano. En *Justicia*, 32, 259-282. <https://doi.org/10.17081/just.22.32.2917>

* Este artículo es resultado de la investigación del marco teórico de la tesis doctoral titulada: La seguridad jurídica en el derecho arbitral colombiano y español en el marco del control jurisdiccional del laudo, realizada dentro del Doctorado en Administración, Hacienda y Justicia en el Estado Social de Derecho en la Universidad de Salamanca, España, dirigida por el Doctor Lorenzo Bujosa Vadell.

¹ Profesor e investigador de la División de Derecho de la Universidad del Norte, Abogado de la Universidad Nacional de Colombia y Especialista en Derecho Privado-Económico de la misma universidad, Especialista en Gestión Pública e Instituciones Administrativas y Magister en Derecho Público para la Gestión Administrativa de la Universidad de los Andes. D.E.A. y Doctorando en Derecho de la Universidad de Salamanca-España. pjimmy@uninorte.edu.co

Introducción

El interés del autor por este tema tiene como causa la elaboración del marco teórico de su tesis doctoral referida a la seguridad jurídica en el derecho arbitral colombiano y español en el marco del control jurisdiccional del laudo, lo cual hizo necesario sentar las bases conceptuales sobre las cuales habría de desarrollarse la tesis, encontrando en ese camino un tema de gran importancia para la arqueología jurídica nacional, la génesis normativa del arbitraje en Colombia, lo cual a su vez impone detenerse en el fundamento constitucional y legal, con miras a conceptualizar y describir detalladamente la naturaleza jurídica del arbitraje, para finalmente concluir que se trata efectivamente de un mecanismo alternativo de solución de controversias que funge como un auténtico equivalente jurisdiccional, no sin antes entender que no ha sido una temática pacífica en cuanto a las posturas de las distintas escuelas o doctrinas que categorizan al arbitraje, al punto de encontrar no pocos autores nacionales consagrados a esta disciplina con percepciones antagónicas al respecto, lo cual lleva inevitablemente al suscrito a tomar partido y adoptar una postura sobre la cual se desarrolla la investigación, pretendiendo que los lectores comprendan, sin dificultad alguna, los conceptos aquí expresados, a través de una exposición clara, amena, concreta y comprensible, de manera que el documento sirva, aun si se está en desacuerdo con la postura del autor, como referente académico normativo y de utilidad práctica para quienes tienen formación o, al menos, un especial interés por el arbitraje comercial como un equivalente jurisdiccional.

I. Aparición de la figura del arbitraje en el Derecho colombiano

El arbitraje, no obstante ser una figura de relevancia jurídica en la actualidad y de ser una alternativa para resolver las controversias que tradicionalmente habrían de solucionarse por la vía judicial, aparece ya regulado dentro del ordenamiento jurídico colombiano desde hace más de un siglo. En efecto, al revisar los antecedentes jurídicos del arbitraje, se encuentra que la Ley 105 de 1980, fechada en 24 de noviembre, entró a regir en toda la República desde el 1 de marzo de 1981 por disposición expresa del artículo 423 de dicha norma, la cual dedica el título XIX, que va del artículo 307 al 322 “Juicio por Arbitramento”, donde se puede apreciar que: “Pueden someterse a la decisión de arbitradores las controversias que ocurran entre personas capaces de transigir, en los casos en que la ley permite la transacción” (Art. 307).

Posteriormente, la Ley 103 de 1923 de 5 de diciembre, dedica un capítulo, que va del artículo 307 al 322, al “Juicio por Arbitramento”, en el cual prácticamente se reproduce la institución que proviene de su norma predecesora en los mismos términos normativos, con excepción de una nueva causal de anulación de la decisión arbitral, esto es, “*por la nulidad del compromiso considerado como contrato*”, en los términos del numeral primero del artículo 1144 de la ley en comento.

En 1931 se expide la Ley 28, de 18 de febrero, que en su artículo 12, numeral XIII, estableció como función especial de las Cámaras de Comercio: “XIII. Servir de Tribunal de Comercio

para resolver como árbitro o amigable componedor las diferencias que ocurran entre comerciantes” (Art. 12, núm. XIII), con lo cual se estaban sentando las bases para tener una entidad que se encargara, al menos, de acopiar a aquellos comerciantes que tuviesen controversias y quisieran resolverlas por la vía del arbitramento. En ese mismo año, se expide la *Ley 105*, de 17 de octubre de 1980, *Sobre organización judicial y procedimiento civil*, más conocido como “Código Judicial”, en cuyo título XLVII denominado “Arbitramento” que va de los artículos 1214 a 1227, se sigue la estructura de las normas que la antecedieron; pero se incluye como novedad la posibilidad de dictar sentencias en derecho o en conciencia, así como un mayor énfasis en los aspectos probatorios durante el curso del trámite arbitral.

Para 1938 se expide la *Ley 2*, de 25 de febrero, *Por la cual se da validez a la cláusula compromisoria*, en donde se define la cláusula compromisoria y se regula lo concerniente a la designación de los arbitradores por las partes suscribientes de la cláusula.

Con una diferencia de más de tres décadas, en 1970 se expide el Código de Procedimiento Civil colombiano mediante el *Decreto-Ley 1400*, de 6 de agosto, y en este solo se hace referencia al arbitraje en tres aspectos muy puntuales, a saber: i) La competencia funcional de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia para conocer “Del exequátur de sentencias y laudos arbitrales proferidos en país extranjero, sin perjuicio de lo estipulado en los tratados internacionales”, ii) El efecto y fuerza vinculante

de las sentencias extranjeras y a los laudos proferidos en el exterior, y iii) El diligenciamiento de exhortos por parte de los jueces colombianos sobre pruebas decretadas por funcionarios extranjeros de orden jurisdiccional o de tribunales de arbitramento, así como de las notificaciones, requerimientos y actos similares ordenados por aquellos, siempre que no se opongan a las leyes u otras disposiciones nacionales de orden público (artículos 25, 693 y 696).

Se tiene como dato histórico a considerar, el hecho de que solo hasta 1970, esto es, 80 años después de expedida la primera norma relativa al arbitraje, se comienza a utilizar el vocablo Laudo Arbitral en una norma de carácter legal. Antes de ello, la decisión arbitral se denominaba Sentencia Arbitral.

En ese mismo año, mediante el *Decreto-Ley 2019*, de 26 de octubre de 1970, se introdujeron unas modificaciones y correcciones al recién expedido Código de Procedimiento Civil, lo cual incluyó aspectos relevantes relativos al arbitraje (artículos 663 al 677).

En 1971 se expide el Código de Comercio, a través del *Decreto-Ley 410*, de 27 de marzo, regulando en su Título III (de los artículos 2011 a 2025), lo concerniente al arbitramento.

Posteriormente, con la expedición del *Decreto-Ley 2272* de 1989, se introdujo una importante modificación al Código de Procedimiento Civil en cuanto a la jurisdicción de familia, pero llama la atención que no se hizo referencia alguna al arbitraje, manteniendo la misma filosofía y estructura.

Sin embargo, ese mismo año se expidió el

Decreto-Ley 2279, de 7 de octubre, *Por el cual se implementan sistemas de solución de conflictos entre particulares y se dictan otras disposiciones*, y en particular regula lo concerniente al arbitramento.

Nótese que pocos meses antes de que entrara en vigencia la Constitución Política de 1991, se expidió la *Ley 23, de 21 de marzo de 1991, Por medio de la cual se crean mecanismos para descongestionar los Despachos Judiciales, y se dictan otras disposiciones*, y entre ellas, se establecieron las reglas para el arbitramento institucional y el arbitramento independiente (artículos 90 al 117).

En efecto, luego de una Asamblea Nacional Constituyente nace la *Constitución Política de Colombia de 1991*, que en su artículo 116 referido a las autoridades que administran justicia dispuso:

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.

Es importante resaltar que esta es la primera vez que el arbitraje tiene rango constitucional en la historia jurídica colombiana, de suerte que en la norma en cita se sentaron las bases de su naturaleza jurídica y de sus elementos esenciales, tal como se verá más adelante, dejando en manos del legislador la expedición de la ley que regule especialmente la materia.

El 25 de noviembre de 1991, el Presidente de

la República en ejercicio de facultades extraordinarias conferidas por el aparte e) del artículo transitorio 5° de la Constitución Política, expidió el *Decreto-Ley 2651 de 1991, Por el cual se expiden normas transitorias para Descongestionar los Despachos Judiciales* y en este hace referencia expresa a la posibilidad de acudir al proceso arbitral en los distintos eventos en que fracase la conciliación. De igual manera se adoptaron medidas transitorias en materia de arbitramento y se concedió el término de cuarenta y dos (42) meses para adoptar las disposiciones contenidas en él, encaminadas a descongestionar los despachos judiciales, tal como lo dispone el artículo 1 de dicha norma.

Por su parte, la *Ley 80 de 28 de octubre 1993, Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*, se refirió de manera precisa y categórica a los mecanismos de solución directa de controversias contractuales y en particular reguló la figura del compromiso y la cláusula compromisoria disponiendo de forma imperativa que “Las entidades no prohibirán la estipulación de la cláusula compromisoria o la celebración de compromisos para dirimir las diferencias surgidas del contrato estatal” (artículo 68).

El 7 de marzo de 1996 se expide la *Ley 270, Estatutaria de Administración de Justicia –LEAJ–*, en la cual se regula el ejercicio de la función jurisdiccional por otras autoridades y por particulares, entre los cuales están los árbitros que actuarán en los términos del artículo 13 de dicha norma. Es de destacar la precisión y restricción perentoria que hace la norma al indi-

car que en lo que respecta al arbitraje donde no sea parte el Estado o alguna de sus Entidades, los particulares podrán acordar las reglas de procedimiento a seguir, directamente o por referencia a la de un Centro de Arbitraje, respetando, en cualquier caso, los principios constitucionales que integran el debido proceso, y privilegiar con ello la autonomía de la voluntad dentro del pacto arbitral.

Meses después, se expide la *Ley 315 de 12 de septiembre de 1996, por la cual se regula el arbitraje internacional y se dictan otras disposiciones*, y en ella se fijan los criterios determinantes para considerar un arbitraje como internacional y la normativa que le es aplicable y se establece en su artículo tercero el concepto de *Laudo Extranjero*.

El 7 de julio de 1998 se expide la *Ley 446, 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*. Esta ley buscaba fundamentalmente adoptar medidas de descongestión en la justicia.

Uno de los aspectos más relevantes de esta norma es que se facultó al Gobierno Nacional para que, dentro de los dos (2) meses siguientes a la expedición de dicha ley, se compilaran las normas aplicables a la conciliación, al arbitraje, a la amigable composición y a la conciliación en equidad que se encontraran vigentes en esta ley,

en la *Ley 23 de 1991*, en el *Decreto-Ley 2279 de 1989* y en las demás disposiciones que estaban vigentes, sin entrar a cambiar su redacción, ni contenido, siendo el resultado de tal compilación lo que se conoció como el Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos –MASC–.

En efecto, el Gobierno Nacional en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas por el artículo 166 de la *Ley 446 de 1998*, expidió el mencionado Estatuto, mediante el *Decreto-Ley 1818 de 7 de septiembre de 1998*, norma en la que se dedica un aparte especial al arbitramento (artículos 115 al 222) en la que se fijaron los principios y normas que lo regularían, incluyendo normas especiales referidas al arbitramento técnico, al arbitraje internacional, arbitramento en materia laboral y al arbitramento en materia de contratos de concesión para la prestación del servicio público de electricidad.

Como complemento de las materias sobre las cuales podría acudir al arbitraje, en 1999 se expidió la *Ley 510 de 3 de agosto* (artículos 87 a 91), *Por la cual se dictan disposiciones en relación con el sistema financiero y asegurador, el mercado público de valores, las Superintendencias Bancaria y de Valores y se conceden unas facultades*. De igual manera y en un sentido similar, se expidió la *Ley 546 de 23 de diciembre, Por la cual se dictan normas en materia de vivienda ...y se expiden otras disposiciones*. Mediante estas normas se autorizó a las partes para que pudieran suscribir pactos arbitrales dentro de los contratos de crédito hipotecario y los de

emisión de títulos de crédito hipotecario, de tal suerte que pudieran convenir en cualquier momento de su vigencia, la definición de las diferencias surgidas de tales contratos o títulos, y la ejecución de las obligaciones que en ellos constan, incluyendo el remate y venta de los bienes o su restitución forzosa, a través de la confianza en la decisión de un tribunal arbitral. Sin embargo, los artículos contentivos de procedimientos arbitrales regulados en dichas normas fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional: La primera de ellas, lo fue en consideración a que todo el tenor literal de la norma declarada inexecutable conformaba una proposición jurídica completa relativa a las facultades del Gobierno Nacional para fijar las reglas de procedimiento arbitral, las cuales, desbordaban lo autorizado por la Constitución (Corte Constitucional, C-384, 2000).

La segunda norma, esto es, la *Ley 546 de 1999*, fue declarada inexecutable en razón a que los deudores hipotecarios no estarían suscribiendo libremente los pactos arbitrales en la medida en que ellos se adhieren a los contratos que suscriben con las entidades bancarias (Corte Constitucional, C-1140, 2000).

No obstante lo anterior, el 5 de enero de 2001 se expidió la *Ley 640*, con el fin de modificar normas relativas a la conciliación, así como otras disposiciones, entre las cuales se estableció una inhabilidad especial para el conciliador quien no podría actuar como árbitro, asesor o apoderado de una de las partes intervinientes en la conciliación en cualquier proceso judicial o arbitral

durante un (1) año a partir de la expiración del término previsto para la misma (artículo 17).

En el año 2008 se expide la *Ley 1258 de 5 de diciembre, Por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada*, de suerte que para la resolución de conflictos societarios, el artículo 40 de esta norma, dispuso que:

Las diferencias que ocurran a los accionistas entre sí, o con la sociedad o sus administradores, en desarrollo del contrato social o del acto unilateral, incluida la impugnación de determinaciones de asamblea o junta directiva con fundamento en cualquiera de las causas legales, podrán someterse a decisión arbitral o de amigables compondores, si así se pacta en los estatutos.

Sin embargo, este artículo, fue derogado por el literal a), Art. 626 de la *Ley 1564 de 2012*, conocida como Código General del Proceso –CGP–.

El 22 de enero de 2009, se expidió la *Ley 1285, Por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia*, sin mayores modificaciones en materia arbitral.

Finalmente, y luego de muchos debates académicos en los que se expresó la necesidad de hacer ajustes a la institución arbitral y darle el posicionamiento y reconocimiento jurídico que ameritaba su frecuente utilización, se expidió la *Ley 1563 de 12 de julio de 2012, Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones*. Que es la norma sobre la cual se hará mayor referencia en el cuerpo del artículo, habida cuen-

ta que no solo es la norma vigente, en materia de arbitraje comercial nacional e internacional, sino que regula integralmente el asunto y recoge toda la evolución normativa, salvo algunos aspectos que pudieron mejorarse, y refleja una gran armonización y coherencia en la institución arbitral en el derecho colombiano.

Con posterioridad a la expedición del Estatuto Arbitral de 2012 se expidieron las *Leyes 1682 de 22 de noviembre de 2013* y *1742 de 26 de diciembre de 2014*, referidas, la primera al arbitraje estatal en materia de infraestructura de transporte y la segunda, en materia de infraestructura de transporte, agua potable y saneamiento básico, y los demás sectores que requieran apropiación en proyectos de inversión que adelante el Estado.

Dado lo anterior, el Gobierno Nacional expide el Decreto 1069 de 26 de mayo de 2015, conocido como el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho, cuyo capítulo 2 (artículos 2.2.4.2.1.1 al 2.2.4.2.11.1) está especialmente referido a los Centros de Conciliación y Arbitraje, fijando allí las reglas y principios bajo los cuales deben actuar en tales materias.

II. Fundamento constitucional y legal del arbitraje

La Constitución Nacional de 1991 es la primera en la historia jurídica del país en elevar a este rango la figura del arbitraje sin que ello significara, como en efecto se vio en el acápite anterior, que la figura no tuviese aplicaciones en vigencia de Constituciones anteriores; en su momento solo tuvo un rango legal, de suerte que

las Constituciones, hoy vigentes², no se ocuparon de la materia en ningún sentido, pero ello no detuvo el desarrollo y utilización de la figura.

Aunque el arbitraje no gozaba de rango constitucional (Zapata de Arbeláez, 2010, p.256), en ningún momento fue excluida la figura del ordenamiento jurídico por ser contraria al orden constitucional vigente en su momento. Sin embargo, su ausencia del texto constitucional dio lugar a que algunos juristas más aferrados al positivismo normativo le negaran la importancia y alcance que podría tener para el ordenamiento jurídico, en tanto que no contaba con un lineamiento expreso proveniente de la misma Constitución.

El arbitraje se incluye en la Constitución de 1991, como respuesta al clamor de muchos juristas locales en razón a la corriente arbitral a nivel internacional y a la propuesta que se hiciera en la Asamblea Nacional Constituyente dentro de la exposición de motivos del *Proyecto de articulado para una Constitución Política de Colombia*, en cuyo Título Cuarto (de la Función Legislativa), se dispuso que corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las atribuciones de expedir la ley marco de organización judicial, y por medio de: “Esta ley podrá establecer jurisdicciones privadas para el juzgamiento de ciertos conflictos que solo afecten los intereses particulares. Así mismo se fa-

2 Constituciones Nacionales de Colombia: Acta de Independencia de 1810, Constitución de Cundinamarca de 1811, Carta de Jamaica de 1814, Ley Fundamental de Angostura 1819, Constitución de Cúcuta 1821, Constitución de Ocaña de 1830, Constitución de 1832, Constitución de 1843, Constitución de 1848, Constitución de 1853, Constitución de 1858, Constitución de 1863, Constitución de 1886 y Constitución de 1991.

cultará para descentralizar o delegar en las entidades territoriales la administración de justicia, bajo el control de la Nación” (Gómez & Londoño, 1991, Art. 36, núm. 2, lit. b. Énfasis mío).

De igual manera, en este mismo proyecto de articulado, “Título Sexto (De la Función Judicial)”, se expresó que “La ley podrá atribuir competencia a entidades privadas para la solución de conflictos que solo afecten los intereses particulares. En estos casos podrán establecerse medios alternativos de financiación” (Gómez & Londoño, 1991, Art. 62, inc. Cuarto. Énfasis mío), lo cual es el antecedente del actual artículo 116 constitucional, modificado por el Acto Legislativo No. 3 de 2002, en cuyo inciso final dispone que:

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.

Como se ve, del texto constitucional se puede deducir el establecimiento de las bases mínimas que permiten conceptualizar la institución arbitral, en tanto que autoriza expresamente el que los particulares puedan ser investidos transitoriamente –temporalidad– de la función –potestad– de administrar –impartir– justicia en la condición de árbitros habilitados –autorizados– por la partes –de manera concertada y voluntaria– para proferir fallos –laudos o sentencias arbitrales– en derecho –normas positivas– o en equidad –razones objetivas–, en los términos

que determine la ley –ordenamiento jurídico en general–.

De igual manera, y en total consonancia con la Carta Fundamental, se expidió la *Ley 270 de 1996*, que en su artículo 13, numeral 3, estableció:

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

Es menester aclarar que este numeral fue declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional, en el entendido de que las partes también deben respetar lo dispuesto por las leyes especiales que regulen los procedimientos arbitrales (Sentencia C-713 de 2008).

Así mismo, se expidió la *Ley 446 de 1998*, en cuyo artículo 111 se definía con precisión y amplitud la figura del arbitraje, sin embargo, este mismo artículo fue revisado y reajustado y viene a ser el artículo primero del actual EAC, expedido mediante la *Ley 1563 de 2012* que, como se pudo observar en el acápite de antecedentes normativos, es una institución centenaria que se ha ido depurando y especializando al punto de tener su propio régimen jurídico, cada vez con mayor independencia del régimen procesal propio de la jurisdicción y con total arraigo constitucional a partir de 1991.

Ahora es de manifestar que las normas que regulaban el Derecho Arbitral Internacional estuvieron contenidas, en un primer momento, en el *Decreto-Ley 1818 de 1998*, artículo 196 a 221. El viejo Estatuto, hoy derogado, integró las *Leyes 267 de 1996* y *315 de 1996*; la primera se dio por la aprobación de la adhesión al Convenio de Washington de 1958 con el cual se creó el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones –CIADI–, y la segunda sobre el arbitramento internacional, inspirada en el Modelo de CNUDMI - Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL, por las siglas en inglés) (Marín, 2014, p.150). En la actualidad el Arbitraje Internacional está regulado por el Estatuto Arbitral Colombiano –EAC– de que trata la *Ley 1563 de 2012*.

Valga decir, que el EAC se expide bajo el modelo dualista, es decir, que aun cuando el Estatuto Arbitral reposa en un solo cuerpo normativo, lo cierto es que hay dos regulaciones diferentes para el arbitraje dependiendo de si se trata de arbitraje nacional o interno o si se trata de arbitraje internacional. Así por ejemplo, de una parte (Sección Primera, artículos 1 al 58), se trata el Arbitraje Nacional y de otra (Sección Tercera, artículos 62 al 116), el Arbitraje Internacional. De igual manera, en esta norma se dictaron otras disposiciones relativas a la Amigable Composición (Sección Segunda, artículos 59 al 61) y al Arbitraje Social (Sección Cuarta, artículo 117 y párrafo).

Este modelo dualista, se estructura a diferencia del modelo de corte monista, esto es, que en

un mismo cuerpo normativo se regula la institución arbitral pero no se hace una separación entre el arbitraje nacional e internacional, sino que se aplica mayoritariamente la misma norma para ambos tipos de arbitraje, haciendo las correspondientes excepciones y distinciones de acuerdo a si se trata de un arbitraje nacional o internacional, por razones de tipo práctico y operativo.

III. Noción, concepto y naturaleza jurídica del arbitraje

Noción

El arbitraje hace parte de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC) de que trata la *Ley 270 de 1996*, modificada por la *Ley 1285 de 2009*, y se erigen como una manera diferente que tienen las partes involucradas en un conflicto para que, de manera voluntaria, sea un tercero distinto de un juez de la República, quien entre a resolver la situación objeto del conflicto, bajo el principio competencia-competencia y de la materia arbitral, valiéndose de diversas posibilidades autorizadas por el mismo ordenamiento jurídico.

En efecto, de acuerdo con lo establecido en el Estatuto Arbitral Colombiano –EAC–, en su artículo primero se establece que:

El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice.

El arbitraje se rige por los principios y reglas de imparcialidad, idoneidad, celeridad, igualdad, oralidad, publicidad y contradicción.

Ahora bien, respecto a la voluntad de las partes el texto de notas de arbitraje expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, manifiesta lo siguiente:

(...) La voluntad de las partes se manifiesta en diferentes aspectos del sistema arbitral: por medio de su acuerdo deciden libremente que no acudirán a la justicia del Estado para resolver sus diferendos. Establecen cuáles controversias someterán al arbitraje, determinan las características del tribunal, designan los árbitros e incluso fijan el procedimiento arbitral a seguir, dentro del marco general trazado por la ley. Así, la voluntad de las partes es un elemento medular del sistema de arbitramento diseñado en nuestro ordenamiento jurídico y se proyecta en la estabilidad de la decisión que adoptará el tribunal arbitral, como se señalará más adelante. Más aún, como consecuencia del acuerdo de voluntades reflejado en el pacto arbitral, las partes aceptan por anticipo que se sujetarán a lo decidido por el tribunal de arbitramento. (Cámara de Comercio de Bogotá, 2008, pp.191-192)

Concepto

En este contexto se entiende por arbitraje la institución jurídica mediante la cual, las partes involucradas someten voluntariamente y de manera temporal, uno o más intereses particulares en conflicto para que uno o más árbitros, de manera excepcional, resuelvan la diferencia que las partes convencionalmente han sometido al conocimiento del tribunal arbitral con la aplicación de todas las garantías y los principios

establecidos en la Constitución, en la *Ley 1563 de 2012 –EAC–* y, de acuerdo con lo expuesto por Paz Russi (2015, pp.16-20), sobre imparcialidad, idoneidad, celeridad, igualdad, oralidad, publicidad y contradicción también hacen parte del arbitraje, así como lo dispuesto en las demás normas procesales que le son aplicables por remisión expresa.

Este concepto se construye a partir de los elementos mínimos esenciales del arbitraje que se extraen no solo de la norma legal antes transcrita, sino de lo que ella incorpora, o lo que es lo mismo, de su naturaleza jurídica, por lo que amerita una breve explicación a efectos de una mejor ilustración de la figura.

Naturaleza

La doctrina no es unánime a este respecto, así por ejemplo, parte de los doctrinantes nacionales plantean en esencia la existencia de varios enfoques o doctrinas respecto de la naturaleza jurídica del arbitraje (Arévalo, 2012; Monroy, 2011; Rodríguez, 2013):

1. Enfoque o doctrina contractualista

En este enfoque se enseña que el arbitraje es el producto de una negociación y/o pacto entre las partes que voluntariamente acuerdan que las controversias que surjan entre ellos, respecto del asunto objeto del acuerdo y que tengan el carácter transigible, serán sometidas al conocimiento y decisión de árbitros, quienes actuarán a la manera de unos mandatarios, de forma que su configuración estará determinada por las relaciones jurídico-privadas:

La jurisdicción arbitral ya está estableci-

da por el ordenamiento jurídico, pero es el acuerdo de las partes a través de un contrato el que activa esta jurisdicción y la hace competente para conocer del asunto y para establecer las vías por las cuales se desarrollará. (Rodríguez, 2013, p.40)

Sin el acuerdo de voluntades previo no podrá activarse la jurisdicción arbitral. De lo dicho se sigue que se requiere el contrato arbitral, denominado pacto arbitral, para poder dotar al tribunal de la competencia para conocer y decidir el asunto de acuerdo con la ley y con la materia arbitral, que es la que delimita aquella competencia. Sin embargo, hay que reconocer que, si bien el contrato arbitral es necesario para activar la jurisdicción, lo cierto es que el mero contrato no es suficiente para considerar sólidamente que el arbitraje es de estirpe simplemente contractualista o convencional.

Ello es así, en la medida en que los acuerdos de voluntad privados por sí solos no logran hacer efectivos los derechos de las partes por ausencia del poder de coercitividad propia de la jurisdicción estatal, dejando un escenario incompleto desde lo práctico y lo conceptual, de suerte que se nos hace necesario indagar otras maneras de caracterizar el arbitraje con miras a entender su naturaleza jurídica.

2. Enfoque o doctrina jurisdiccional o procesal

Esta corriente sostiene que en el arbitraje se sigue un auténtico proceso (Bejarano, 2016, p. 389) ya que los árbitros actúan como unos verdaderos jueces. Aquí se le da relevancia a la fun-

ción que en esencia cumplen los árbitros, esto es, administrar e impartir justicia y, se hace un pleno reconocimiento del imperio del Estado a través de las actuaciones que surten los particulares investidos temporalmente de la facultad de administrar justicia. Tales actuaciones se verifican, por ejemplo: con la adopción de medidas cautelares, la práctica de pruebas y, la adopción de decisiones con fuerza ejecutiva, actuaciones que dejan ver que el arbitraje es una auténtica cuerda procesal en virtud de la cual unos particulares delegados por el Estado profieren un fallo luego de surtir un procedimiento propio de una jurisdicción, sea ella estatal o convencional.

No obstante ello, tal como lo manifiesta Rodríguez (2013):

Si bien es cierto que no debe negarse la identidad de funciones entre jueces y árbitros en materia declarativa y cautelar, no pueden ser estas las razones para afirmar que la naturaleza jurídica del arbitraje es jurisdiccional, dado que dentro de este no puede acoplarse la función ejecutiva. Demás, esta concepción desconoce un componente importantísimo del arbitraje como lo es la autonomía de la voluntad de las partes, que, si bien tampoco es suficiente para explicar la naturaleza jurídica de aquel –tal como expuso en el epígrafe anterior–, sería un error desconocerle e ignorarle. (pp.41 y 42)

Sea del caso afirmar que esta postura jurisdiccional o procesal, se da en contraposición a la tesis contractualista mencionada pero, se reitera, deja por fuera precisamente el componente del “Pacto” o “Acuerdo” que le da vida a la jurisdic-

ción, siendo este, entonces, un defecto conceptual que impide categorizarlo como puramente procesal.

3. Enfoque o doctrina mixta

Se trata de una teoría Ecléctica que recoge lo más significativo de las dos anteriores, sosteniendo que la naturaleza del arbitramento nace de la voluntad de las partes en un acuerdo contractual o convencional y que si bien por esa simple condición carecería de eficacia ejecutiva y obligatoria, lo cierto es que sin el Pacto o Acuerdo previo no tendría sentido hacer declinar la jurisdicción estatal ordinaria ya establecida, por lo que una vez sometida a esta jurisdicción alternativa, se tiene una regulación jurídico-procesal amparada por el ordenamiento jurídico y a ella deben estar sujetas las partes en el arbitraje ya que la función judicial sería la misma que la de los jueces ordinarios por ser jueces instituidos por el mismo Estado:

Por consiguiente, el compromiso implicaría una ampliación de la jurisdicción, ya que no solo impediría la constitución de la relación procesal ante el juez ordinario, sino que produciría también el efecto de constituir una distinta relación procesal, en virtud de la cual, por obra de los árbitros y del pretor, se decidiría la controversia tal como hubiera sido definida mediante una sentencia del juez ordinario. (Carnacini, 1961, citado por Monroy, 2011, p.15)

Esta postura ecléctica supone que: “la conjunción de la autonomía de la libertad de las partes y la función ejecutiva propia del Estado vie-

nen a conformar lo que debe entenderse como arbitraje” (Rodríguez, 2013, p.42).

4. Enfoque o doctrina autónoma o doctrina arbitral

Esta cuarta visión, que se escapa de los dos extremos de las doctrinas contractualistas vs la jurisdiccional y, aun de la ecléctica que pretende conciliar a las dos primeras, surge como el reconocimiento de la naturaleza propia y *sui generis* del arbitraje como institución jurídica independiente. En ese sentido, la autora Marcela Castro sostiene que “El arbitraje es el arbitraje”, de manera que cuando así lo afirma: “Pretende dar a entender que las particularidades que acompañan la normatividad que lo regula, no responden a una figura jurídica determinada, sino al carácter propio del arbitraje” (Rodríguez, 2013, p.43). En este sentido, es pertinente considerar que si bien es cierto que la competencia de los árbitros para fungir como administradores de justicia para un caso particular y concreto emana de la autorización que le conceden las partes, también es cierto que la misma surge precisamente de la potestad general que la *Carta Fundamental* le otorga a los árbitros y que la particularizan directamente las partes suscribientes del Pacto o Acuerdo, cuya dinámica y funcionamiento está regulada especialmente en el EAC.

Características que resaltan de la naturaleza jurídica del arbitraje

De lo analizado anteriormente respecto de la naturaleza del arbitraje, y de lo expresado por la Corte Constitucional respecto de las caracterís-

ticas básicas del arbitraje, se infieren y se comparten las siguientes:

Es un mecanismo heterocompositivo: La heterocomposición como lo reseña Luis Alfonso Rico Puerta:

Implica la intervención de un tercero, con poder decisorio y vinculante para los sujetos del conflicto. Está representada prevalentemente por el proceso jurisdiccional, pero también por los equivalentes jurisdiccionales: arbitramento, amigable composición o jueces de paz, cuando, la decisión, aunque sea en conciencia, es obligatoria para los extremos en conflictos. (Rico, 2008, p.26)

La Corte Constitucional colombiana también los describe de la siguiente manera:

El segundo grupo, denominado de heterocomposición, compuesto por aquellos medios en los cuales las partes enfrentadas someten la solución de sus conflictos a terceros que se encargan de resolverlos independientemente de la autonomía de la voluntad de las partes. En este segundo grupo se ubican tanto los mecanismos de justicia formal como el arbitraje. (Corte Constitucional, Sentencia C-1195, 2001)

Se tiene entonces al arbitraje como un mecanismo heterocompositivo en la medida en que si bien tiene asidero, consagración y autorización constitucional y legal, son las partes quienes deciden que sea un tercero, diferente del órgano jurisdiccional del Estado, quien entre a dirimir la controversia que se le pone en su conocimiento para ser resuelta.

De acuerdo con lo establecido en los artículos 116 constitucional y 8 de la *Ley 270 de 1996*

–Estatutaria de la Administración de Justicia–, modificada por la *Ley 1285 de 2009*, la ley podrá establecer mecanismos alternativos al proceso judicial para solucionar los conflictos que se presenten entre los asociados y señalará los casos en que los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros debidamente habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, dejando claro que tales mecanismos alternativos para el caso de los arbitrajes están contenidos en el Estatuto Arbitral de que trata la *Ley 1563 de 2012*.

La convencionalidad: Que es el aspecto volitivo esencial e innegable. No podría pensarse en un arbitraje que surja de la mera liberalidad de una sola de las partes, se requiere que las partes con intereses contrapuestos decidan por acuerdo mutuo, mediante convención o contrato, someter sus diferencias (transables) al conocimiento de un Tribunal Arbitral, porque de no mediar la voluntad y acuerdo al respecto, la regla general es que se someten a la justicia ordinaria del Estado.

La temporalidad: Aspecto esencial en la medida en que esas atribuciones especiales que son propias de los jueces del Estado no pueden trasladarse a los árbitros de manera indefinida (Correa, 2013, p.23). Esta potestad que los sujetos involucrados tienen para sustraerse de la jurisdicción ordinaria para que su asunto no sea conocido por los jueces de la República y que en su lugar quien decida sea un Tribunal integrado por unos particulares, siempre en número im-

par, que impartirán justicia, tiene una limitación en el tiempo. En efecto, el o los juzgadores *pro tempore* que han de resolver el conflicto entre las partes, lo harán única y exclusivamente para dicha controversia y por el tiempo máximo que imponen los términos procesales establecidos para proferir el fallo (laudo) correspondiente.

La excepcionalidad: Deroga la justicia estatal o permanente. Es una característica que se refiere a que los asuntos sometidos a conocimiento de los árbitros no corresponden a los mismos que tradicionalmente conocen los jueces de la República, es decir, para los árbitros, en principio, los temas sometidos a su conocimiento están reservados a aquellos que por su naturaleza sean de libre disposición, de lo que se concluiría con toda claridad que no todas las controversias pueden ser resueltas por la vía de procedimientos arbitrales. Esta es una postura que doctrinalmente ha sido mayoritaria en Colombia (Morales, 1985, p.453; Arévalo, 2012, p.18; Correa, 2013, p.24); habida cuenta que ha sido el mismo EAC que dispuso que “*El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice*” (artículo 1°).

Sin embargo, autores como López (2013, p.61), están de acuerdo con que los árbitros solo pueden conocer y decidir asuntos que versen sobre derechos disponibles por la expresa disposición legal anteriormente anotada, y llama la atención de los académicos al manifestar que es preciso conocer el alcance de la expresión

“*asuntos de libre disposición*” contenida en la norma en estudio, justamente por ser tales asuntos sobre los que recae el poder decisorio jurisdiccional de los árbitros.

Advierte igualmente López (2013, p.62) que, al no existir otra ley diferente al Estatuto Arbitral que diga lo contrario o que adicione la expresión antes señalada, es preciso atenerse a lo expresado en el EAC; pero sin perder de vista que en la exposición de motivos de dicha ley se manifiesta que se:

Establece el proyecto de ley una ampliación de los asuntos arbitrables. En efecto, de aprobarse el Proyecto de Ley quedarían sujetos a la decisión de árbitros no solo aquellos asuntos que por naturaleza sean transigibles, sino también los que por ley se defina que puedan ser dirimidos por el arbitraje, sean o no de carácter transigible.

De esta manera, se establece que es viable en futuras reformas permitir que los árbitros puedan conocer y decidir asuntos que no versen sobre derechos disponibles, pero mientras esa modificación no se presente, únicamente a estos se circunscribe la jurisdicción de los árbitros.

La juridicidad: Significa que aun en los fallos que se dicten en equidad, y con más razón en los que se profieran en derecho, se aplicarán los principios y reglas de imparcialidad, idoneidad, celeridad, igualdad, oralidad, publicidad y contradicción, o lo que es lo mismo, están revestidos de las garantías procesales establecidas en la *Constitución Política* y en el EAC para asegurar la aplicación de la justicia material al asunto sometido a conocimiento y decisión del

Tribunal Arbitral (Corte Constitucional, Sentencia C-330, 2012).

Téngase presente que en relación con los principios del arbitraje, podrían tenerse, además de los anteriores, otros de cualesquiera se extraiga relevancia conceptual para su comprensión y aplicación práctica, basándose en que sean principios institucionales, relativos a las partes o relativos al proceso arbitral (Lezcano, 2016, pp.36-39).

IV. El arbitraje como equivalente jurisdiccional

Algunos autores nacionales consideran el arbitraje como un procedimiento de carácter judicial (Marín, 2014, p.149), además de compartir el criterio jurisdiccional antes mencionado respecto de la naturaleza del arbitraje, también le reconocen su carácter judicial y, en consecuencia lo tienen como un equivalente jurisdiccional para la resolución de disputas entre particulares.

Para otros autores el arbitraje:

Es un procedimiento jurisdiccional *sui generis*, mediante el cual, por expresa voluntad de las partes, se defiere la solución de conflictos contractuales y extracontractuales a un cuerpo judicial colegiado integrado por árbitros, quienes transitoriamente quedan investidos de jurisdicción para proferir un laudo con la misma categoría jurídica y los mismos efectos que una sentencia judicial. (Gil, 2013, p.21)

Otra parte de la doctrina considera que el arbitraje constituye una jurisdicción especial de tipo transitorio, en la medida en que:

estos cuentan con los tres elementos que la teoría del derecho otorga a las jurisdicciones: decisión final sobre un conflicto, pluralidad en su composición y carácter de cosa juzgada en sus decisiones. Faltaría un elemento que algunos consideran importante como lo es la permanencia. Sin embargo, la justicia arbitral es, por disposición constitucional y por la propia voluntad de las partes, de naturaleza transitoria. (Molina, 2008, p.56)

No obstante lo anterior, otra parte de la doctrina considera que:

el arbitraje no es una jurisdicción, sino una sustitución autorizada por el Estado que carece de permanencia y autonomía. Y en consecuencia, “el arbitraje es un mecanismo de resolución de conflictos, mas no una jurisdicción especial, como algunos doctrinantes lo pregonan, pues la jurisdicción tiene un elemento fundamental y es el de permanencia, algo que en el arbitraje no pasa, pues es transitorio, razón por la cual no se puede considerar como una clase de jurisdicción especial. (Paz Russi, 2015, p.15)

Por su parte, respecto a la naturaleza jurídica del arbitraje, la Corte Constitucional ha expresado que:

El arbitraje realmente más que un mecanismo alternativo de solución de conflictos, es un proceso, puesto que los particulares al administrar justicia como árbitros, deben materializar, dentro de la lógica propia del arbitraje y atendiendo a sus especificidades, los derechos fundamentales al debido proceso, de defensa y acceso a la administración

de justicia, respetando el marco trazado por el legislador. Por ello el arbitraje se concibe como un proceso que garantiza los derechos de las partes enfrentadas, mediante un conjunto de etapas y oportunidades para discutir argumentos, valorar pruebas, controvertir la posición de la otra parte e incluso controlar las decisiones de los árbitros. (Corte Constitucional, C-330, 2012)

En ese mismo sentido, autores nacionales consideran el arbitraje como un procedimiento de carácter judicial (Marín, 2014, p.149), que además de compartir el criterio jurisdiccional respecto de la naturaleza del arbitraje, le reconocen el carácter judicial al arbitraje y, en consecuencia, tienen al arbitraje como un equivalente jurisdiccional para la resolución de disputas entre particulares.

Sobre este particular, se considera que el arbitraje es un mecanismo procesal y jurisdiccional independiente y temporal, establecido y autorizado por el Estado, cuya esencia radica en que personas especializadas en la materia, resuelven controversias sobre derechos de libre disposición que le son presentadas por sujetos que pactan o acuerdan que sean los árbitros a través de este mecanismo (arbitral) y no los jueces por la vía judicial estatal, quienes diriman con carácter de cosa juzgada, la controversia que se les ha encomendado de acuerdo con las autorizaciones legales de cada país. En nada se opone el carácter jurisdiccional del arbitraje a que se le considere igualmente un mecanismo alternativo de resolución de conflictos y, por el contrario, se trata justamente de un MASC de

carácter jurisdiccional con plena autorización constitucional y con clara eficacia jurídica para ser precisamente su equivalente.

Un concepto relativo al equivalente jurisdiccional, de acuerdo con lo expresado por la jurisprudencia y la doctrina sería el siguiente: el equivalente jurisdiccional es un mecanismo diverso de la jurisdicción, que permite solucionar conflictos, el cual se caracteriza por facilitar a las partes resolver una controversia sin necesidad de ocurrir a la autoridad judicial, o estando dentro de un proceso, sin requerir el pronunciamiento de un fallo judicial, posibilitando reducir o evitar los costos propios de un juicio y, especialmente, obtener una solución capaz de satisfacer a todas las partes involucradas, los cuales producen efecto de cosa juzgada. Por lo tanto, el arbitraje se caracteriza por ser equivalente jurisdiccional, en la medida en que está dotado de jurisdicción, así sea temporal, se administra justicia y se resuelve la controversia entre las partes con pleno respaldo y legitimidad del Estado y reconocimiento en los demás Estados.

Se soporta lo anterior en Sentencia C-294 de 1995 de la Corte Constitucional de Colombia, del 26 de junio de 1995:

Los particulares solamente pueden ser investidos de la función de administrar justicia, en calidad de conciliadores o en la de árbitros, transitoriamente. Esta transitoriedad es evidente no solo por el texto mismo de la norma, sino porque al ser las partes en conflicto potencial o actual las que habilitan a los árbitros, al resolverse el conflicto desaparece la razón de ser de la función arbitral. La segunda, que

son las partes quienes habilitan a los árbitros para fallar, en derecho o en conciencia. Y una última, que los árbitros administran justicia ‘en los términos que determine la ley’. Esto permite al legislador, por ejemplo, establecer las reglas a las cuales debe someterse el proceso arbitral. No existen otras limitaciones. Por ello, no es admisible sostener que los asuntos que se ventilan, o podrían ventilarse, en el proceso de ejecución, están excluidos del proceso arbitral.

Respecto al arbitraje como equivalente jurisdiccional la Corte Constitucional ha manifestado lo siguiente:

El artículo 116 de la Constitución Política junto con la *Ley 446 de 1998*, desarrollan la figura del arbitramento, entendido como un mecanismo alternativo de solución de controversias mediante el cual las partes involucradas resuelven voluntaria y libremente sustraer de la justicia estatal la solución de un conflicto, a fin de que un tercero particular, revestido temporalmente de función jurisdiccional, adopte una decisión de carácter definitivo y vinculante para las partes. Los árbitros se pronuncian sobre los hechos que dieron lugar a la controversia, resuelven las pretensiones de las partes, practican y valoran las pruebas, resuelven el litigio con fundamento en los mandatos constitucionales y legales o atendiendo a los principios de equidad, y sus decisiones hacen tránsito a cosa juzgada. Por estas razones, la jurisprudencia constitucional ha considerado que la decisión arbitral es eminentemente jurisdiccional

y equivale a una providencia judicial. (Corte Constitucional, Sentencia T-288, 2013).

En Sentencia C-330 de 22 de marzo de 2000, la Corte Constitucional señaló:

“d. El arbitramento, tal como ha sido concebido en nuestro ordenamiento jurídico, es una figura procesal. Cuando la Constitución defiere a los particulares la función de administrar justicia en calidad de árbitros, les confía, como a todos los demás jueces, la solución de contenciones jurídicas entre las partes en concordancia con la Constitución y las leyes. De ahí que la institución arbitral en nuestro ordenamiento tenga el carácter de un proceso, que garantiza los derechos de las partes enfrentadas disponiendo de una serie de etapas y oportunidades para la discusión de los argumentos, la valoración de las pruebas aportadas y, aun, la propia revisión de los pronunciamientos hechos por los árbitros.

Como se expresó al referirnos a la escuela procesalista, los árbitros no son mandatarios de las partes, sino jueces independientes que resuelven un conflicto de interés con efecto de cosa juzgada. Por lo que la doctrina colombiana y la jurisprudencia nacional se han pronunciado y han optado por la escuela procesalista o jurisdiccional.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia ha manifestado lo siguiente: “Los árbitros obran en forma similar a cualquier juez, ya que mediante un procedimiento preestablecido deben comprobar los hechos planteados por las partes, valorar las pruebas aportadas y extraer de este acervo una consecuencia definitiva condensada en un

proveído que, formal y materialmente, es revestido de las características de verdadera sentencia, pues se trata de un acto de declaración de certeza de derecho”. (Corte Suprema de Justicia, Sentencia 2227, 1991).

Esta posición también fue acogida por la Corte Constitucional, la cual expresa:

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

El concepto referenciado fue reiterado por la misma cooperación en sentencia de unificación SU-091 de 2001, en la cual expresó: “*El arbitraje es un procedimiento judicial aunque tenga fundamento inmediato en el acuerdo de voluntades*”.

Asimismo, es menester señalar lo manifestado por el suscrito en Concepto presentado como coadyuvante dentro de la Acción Pública de Inconstitucionalidad de un aparte del literal C del artículo 14 de la *Ley 1682 de 2013*³:

La habilitación que las partes en un contrato le dan a un tribunal arbitral para que decida la controversia, supone el sometimiento de dicho tribunal, a los preceptos constitucionales y legales, en tanto que se está ejerciendo una función pública de administrar justicia,

lo cual implica deberes y responsabilidades con consecuencias jurídicas para los árbitros al proferir el laudo, cual si estuviésemos en presencia de jueces o magistrados ejerciendo la función pública de administrar justicia que se materializa en la decisión final adoptada bajo la forma de una sentencia.

Ahora bien, realizado este recuento doctrinal y jurisdiccional del arbitraje como equivalente jurisdiccional se puede indicar que el hecho de que la Constitución haya previsto que los particulares puedan ejercer la función de administrar justicia, resulta ser un rasgo sobresaliente de las libertades individuales, en particular de la libertad de contratación y de elección del juzgador de sus controversias: No obstante ello, la libertad de configurar el procedimiento arbitral, no puede en ningún caso reemplazar la obligación de las partes y del árbitro de respetar tres principios constitucionales de carácter imperativo, aplicables a todo proceso: 1) Audiencia, 2) Contradicción y 3) Igualdad. Siendo el arbitraje el equivalente jurisdiccional, mediante el cual los particulares pueden alcanzar los mismos objetivos que ante órganos jurisdiccionales del Estado, esto es, una decisión que resuelve la controversia con efectos de cosa juzgada.

Conclusiones

Se puede evidenciar del presente trabajo que el arbitraje se ha ido constituyendo desde hace más de un siglo, con la expedición de las distintas normativas que lo regularon y aún lo regulan, como la *Constitución Política*, en su artículo 116, donde integra al arbitraje como Mecanismo

3 Expediente D-11522. Oficio No. 2271 de 4 de agosto de 2016.

Alternativos de Solución del Conflicto, y posteriormente, y luego de múltiples intentos de regulación integral, se le dio surgimiento del nuevo Estatuto Arbitral contenido en la *Ley 1563 de 2012*, dándole una verdadera regulación tanto al arbitraje nacional como al internacional.

A la vez se pueden evidenciar las posiciones doctrinales acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje, donde se parte del enfoque contractualista, el cual consiste en que el arbitraje depende de la voluntad de los sujetos, posteriormente surge un enfoque jurisdiccional en donde se enseña que los árbitros son verdaderos jueces, debido a que dentro del arbitraje surgen particulares investidos temporalmente de la facultad de administrar justicia, más adelante aparece el enfoque doctrinal mixto, conocido a su vez como doctrina de la escuela eclética, la cual recoge de las dos teorías anteriores, y finalmente está el enfoque donde se considera el arbitraje como doctrina autónoma o doctrina arbitral.

Se destacan en este trabajo cada una de las características que componen el arbitraje, las cuales son la heterocomposición debido a que en el arbitraje interviene un tercero con poder decisorio y vinculante; asimismo el arbitraje tiene como característica la convencionalidad puesto que se necesita que las partes se pongan de acuerdo a través de un contrato para someter sus diferencias al conocimiento de un Tribunal Arbitral; otra de las características relevantes es la temporalidad, debido a que el tribunal arbitral es constituido para solucionar el conflicto determinado en el tiempo máximo que impone la ley; sobre importancia el carácter excepcional del arbitraje, ya que los asuntos a resolver excep-

cionalmente son aquellos de libre disposición de los interesados o aquellos que autorice la ley y, finalmente, otra característica a resaltar del arbitraje, es la jurisdicción puesto que se le aplican cada uno de los principios y garantías establecidos en la Constitución y en la ley.

Por último, se destaca la figura del arbitraje como equivalente jurisdiccional, tal como lo ha plasmado, a veces tímidamente parte de la doctrina, y especialmente las principales Cortes de nuestro país, donde en reiterados pronunciamientos expresan que los particulares solamente pueden ser investidos de la función de administrar justicia, en su calidad de conciliadores o en la de árbitros transitorios.

Referencias

- Arévalo, H. (2012). *ARBITRAJE. Arbitramento en derecho, en equidad, técnico, legal, institucional e independiente o ad hoc. El pacto arbitral, procedimiento, minutas y modelos*. Bogotá, D.C., Colombia: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Asamblea Nacional Constituyente. República de Colombia (1991, julio 20). Constitución Política de Colombia de 1991. Gaceta Constitucional No. 116. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Bejarano, R. (2016). *Procesos Declarativos, arbitrales y ejecutivos*. Sexta edición. Bogotá. Colombia: Editorial Temis S.A.
- Cámara de Comercio (2008). *Notas de Arbitraje*. Bogotá, Colombia: Editorial Scripto Ltda.

- Congreso de la República de Colombia (1980, noviembre 24). Ley 105. *Sobre reformas a los procedimientos judiciales*. Diario Oficial No. 8.296. Recuperado de http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_0105_1890.htm
- Congreso de la República de Colombia (1923, diciembre 5). Ley 103 de 1923. *Sobre Organización Judicial y Procedimiento Civil*. Diario Oficial No. 19498 a 19509. Recuperado de https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/ley_0103_1923.htm
- Congreso de la República de Colombia (1931, febrero 18). Ley 28 de 1931. Recuperado de <http://bibliotecadigital.ccb.org.co/bitstream/handle/11520/14013/Ley%2028%20de%201931.pdf;sequence=1>
- Congreso de la República de Colombia (1938, febrero 25). Ley 2 de 1938. *Por la cual se da validez a la cláusula compromisoria*. Diario Oficial No. 23.727. Recuperado de https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/ley_0002_1938.htm
- Congreso de la República de Colombia (1991, marzo 21). Ley 23 de 1991. *Por medio de la cual se crean mecanismos para descongestionar los Despachos Judiciales, y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial No. 39.752. Recuperado de https://www.minjusticia.gov.co/portals/0/MJD/docs/ley_0023_1991.htm
- Congreso de la República de Colombia (1993, octubre 28). Ley 80. *Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. Diario Oficial No. 41.094. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html
- Congreso de la República de Colombia. (1996, marzo 7). Ley 270 de 1996. *Estatutaria de la Administración de Justicia*. Diario Oficial No. 42.745. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0270_1996.html
- Congreso de la República de Colombia (1996, septiembre 12). Ley 315 de 1996. *Por la cual se regula el arbitraje internacional y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial No. 42.878. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0315_1996.html
- Congreso de la República de Colombia. (1998, julio 7). 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*. Diario Oficial No. 43.335. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0446_1998.html
- Congreso de la República de Colombia (1999, agosto 3). Ley 510 de 1999. *Por la cual*

- se dictan disposiciones en relación con el sistema financiero y asegurador, el mercado público de valores, las Superintendencias Bancaria y de Valores y se conceden unas facultades.* Diario Oficial No. 43.654. Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0510_1999.html
- Congreso de la República de Colombia (1999, diciembre 23). Ley 546 de 1999. *Por la cual se dictan normas en materia de vivienda, se señalan los objetivos y criterios generales a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular un sistema especializado para su financiación, se crean instrumentos de ahorro destinado a dicha financiación, se dictan medidas relacionadas con los impuestos y otros costos vinculados a la construcción y negociación de vivienda y se expiden otras disposiciones.* Diario Oficial No. 43.827. Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0546_1999.html
- Congreso de la República de Colombia (2001, enero 5). Ley 640 de 2001. *Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones.* Diario Oficial No. 44.303. Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0640_2001.html
- Congreso de la República de Colombia (2008, diciembre 5). Ley 1258 de 2008. *Por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada.* Diario Oficial No. 47.194. Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1258_2008.html
- Congreso de la República de Colombia (2009, enero 22). Ley 1285 de 2009. *Por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996. Estatutaria de la Administración de Justicia.* Diario Oficial No. 47.240. Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1285_2009.html
- Congreso de la República de Colombia (2012, julio 12). Ley 1563 de 2012. *Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones.* Diario Oficial No. 48.489. Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1563_2012.html
- Congreso de la República de Colombia (2013, noviembre 22). Ley 1682 de 2013. *Por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte y se conceden facultades extraordinarias.* Diario Oficial No. 48.987. Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1682_2013.html
- Congreso de la República de Colombia (2014, diciembre 26). Ley 1742 de 2014. *Por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte, agua potable y saneamiento básico, y los demás sectores que requieran expropiación en proyectos de inver-*

- sión que adelante el Estado y se dictan otras disposiciones.* Diario oficial No. 49376. Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1742_2014.html
- Constituyentes: Gómez, J. & Londoño, H. (1991). *“Proyecto de articulado para una Constitución Política de Colombia”*. Digitalizado por la Biblioteca Luis Ángel Arango del Banco de la República. Recuperado de http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/ANC/br-blaa894853_342.8603_G65r.pdf
- Correa, G. (2013). *Comentarios al estatuto de arbitraje y amigable composición*. Bogotá D.C.: Editorial Temis.
- Corte Constitucional, República de Colombia (1993, junio 9). *Sentencia C-216 de 1993*. M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-216-93.htm>
- Corte Constitucional, República de Colombia (1995, julio 26). *Sentencia C-294 de 1995*. M.P. Jorge Arango Mejía. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-294-95.htm>
- Corte Constitucional, República de Colombia (2000, agosto 19). *Sentencia C-384 de 2000*. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2000/C-384-00.htm>
- Corte Constitucional, República de Colombia (2000, agosto 30). *Sentencia C-1140 de 2000*. M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-1140-00.htm>
- Corte Constitucional, República de Colombia (2001, noviembre 15). *Sentencia C-1195 de 2001*. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-1195-01.htm>
- Corte Constitucional, República de Colombia (2008, julio 15). *Sentencia C-713 de 2008*. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-713-08.htm>
- Corte Constitucional, República de Colombia (2012, mayo 9). *Sentencia C-330 de 2012*. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-330-12.htm>
- Corte Constitucional, República de Colombia (2013, mayo 20). *Sentencia T-288 de 2013*. M.P. Jorge Pretelt Chaljub. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-288-13.htm>
- Corte Suprema de Justicia, República de Colombia (1991, marzo 21). *Sentencia 2227 de 1991*. M.P. Pedro Escobar Trujillo. Recuperado de http://legal.legis.com.co/document?obra=jurcol&document=jurcol_759920414bfaf034e0430a010151f034
- Gil, J. (2013). *Régimen arbitral colombiano*.

- Ley 1563 de 2012*. Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibáñez.
- Lezcano, M. (2016). *Arbitraje Nacional e Internacional. Mecanismo alternativo para la solución de conflictos*. Medellín, Colombia: Fondo Editorial Universidad Autónoma de las Américas.
- López, H. (2013). *Proceso Arbitral Nacional*. Bogotá, D.C., Colombia: Dupré Editores Ltda.
- Marín, J. (2014). *Contratos Internacionales*. Medellín, Colombia: Sello Editorial Universidad de Medellín.
- Molina, C. (2008). Aspectos constitucionales del arbitraje en Colombia. En E. Silva Romero (Director) y F. Mantilla Espinosa (Coordinador), *El Contrato de Arbitraje*. Bogotá, D.C., Colombia: Legis Editores S.A., Universidad del Rosario.
- Monroy, M. (2011). *Arbitraje Comercial Nacional e Internacional*. (3^{ra} ed.). Bogotá D.C., Colombia: Librería Ediciones del Profesional Ltda.
- Morales, H. (1985). *Curso de Derecho Procesal Civil*. Tomo I, Parte General. Bogotá, D.C., Colombia: Editorial ABC.
- Paz Russi, C. (2015). *Análisis al proceso arbitral. Ley 1563 de 2012*. Segunda edición. Cali, Colombia: Editorial Bonaventuriana.
- Presidencia de la República de Colombia (1970, agosto 6). Decreto-Ley 1400 de 1970. *Por el cual se expide el Código de Procedimiento Civil*. Diario Oficial 33.150. Recuperado de [http://www.secretariase-](http://www.secretariase-nado.gov.co/senado/basedoc/codigo_procedimiento_civil.html)
- nado.gov.co/senado/basedoc/codigo_procedimiento_civil.html
- Presidencia de la República de Colombia (1970, octubre 26). Decreto-Ley 2019 de 1970. *Por el cual se hacen unas modificaciones y correcciones al Código de Procedimiento Civil, expedido mediante el Decreto-ley número 1400 de 1970*. Diario Oficial 33.215. Recuperado de http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/decreto_2019_1970.htm
- Presidencia de la República de Colombia. (1971, marzo 27). Decreto-Ley 410 de 1971. *Por el cual se expide el Código de Comercio*. Diario Oficial No. 33.339. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio.html
- Presidencia de la República de Colombia (1989, octubre 7). Decreto-Ley 2272 de 1989. *Por el cual se organiza la Jurisdicción de Familia, se crean unos Despachos Judiciales y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial 39.012. Recuperado de <http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1763685>
- Presidencia de la República de Colombia (1989, octubre 7). Decreto-Ley 2279 de 1989. *Por el cual se implementan sistemas de solución de conflictos entre particulares y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial 39.012. Recuperado de <http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?id=1764297>
- Presidencia de la República de Colombia (1989,

- noviembre 25). Decreto-Ley 2651 de 1991. *Por el cual se expiden normas transitorias para descongestionar los despachos judiciales*. Diario Oficial 40.177. Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_2651_1991.html
- Presidencia de la República de Colombia (1998, septiembre 7). Decreto-Ley 1818 de 1998. *Por medio del cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos*. Diario Oficial 43.380. Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_1818_1998.html
- Presidencia de la República de Colombia (2015, mayo 26). Decreto 1069 de 2015. *Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector justicia y del derecho*. Diario Oficial 49.523. Recuperado de http://www.ekogui.gov.co/Pages/marco-legal-defensa-juridica/decreto_1069_2015.aspx
- Rico, L. (2008). *Teoría General del Proceso*. Bogotá, D.C., Colombia: Editorial Leyer.
- Rodríguez, M. (2013). *Medidas cautelares en el proceso arbitral*. Bogotá, D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Zapata de Arbeláez, A. (2010). *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica. Regulación presente y tendencias del futuro*. Bogotá, D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.