
En torno a la naturaleza jurídica del arbitraje

*Álvaro Salcedo Flórez**

Resumen

La estructura sobre la cual se construyen cada una de las teorías aquí enunciadas e igualmente transcritas nos lleva a preguntarnos –sin caer, como acusa Talero Rueda, en la “evidente evasión de una explicación con respecto a la naturaleza jurídica del arbitraje”– lo siguiente: ¿Es el arbitraje un equivalente funcional del papel que histórica y paradigmáticamente ha sido asumido por el Estado, en la solución de los conflictos de carácter privado entre particulares?

Abstract

The structure on which each one of the theories are constructed and also transcribed in this document leads us to ask –without falling into the “obvious evasion of explanation regarding the legal status of arbitration”, which accuses Talero Rueda– the following: Is arbitration a

* Abogado del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, especializado en Procedimientos Comerciales, Derecho Contractual y Docencia Universitaria. Se ha desempeñado por más de 20 años como docente universitario en las áreas de Derecho de las Obligaciones, Derecho Contractual, Derecho de Sociedades, Títulos Valores y Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos.

functional equivalent of the role that historical and paradigmatically has been assumed by the State in the resolution of conflicts of private character between individuals?

Palabras clave: Arbitraje, arbitraje ad-hoc, naturaleza jurídica, teoría jurisdiccional, teoría contractualista, teoría autónoma o supranacional, teoría de los equivalentes funcionales.

1. Naturaleza jurídica del arbitraje

Son varias y de diferentes linajes las teorías que se han construido en torno a la naturaleza jurídica del arbitraje, al punto de que no existe aún en el mundo un consenso respecto al área del derecho a la cual pertenece y que algunos ubican como procesal, otros como contractual, otros como comercial y otros como una figura autónoma que hace parte de los mecanismos alternativos de solución de conflictos.¹ En consecuencia, por ahora expondremos solamente las teorías más destacadas:

1.1. La teoría jurisdiccional

Se le conoce también como Teoría Procesalista² y considera que el arbitraje es una concesión, que en materia de derecho privado hace el estado a los particulares, para resolver sus conflictos,³ mediante un tipo especial de jueces denominados como árbitros, considerando además que se trata de una función de orden público, que en consecuencia le permite, como estado, ejercer el control sobre los procesos arbitrales y reconocer efectos tanto al pacto arbitral como al laudo que se dicte con fundamento en éste y reglamentar las funciones, poderes y facultades de los árbitros. Tratándose de un proceso, debe reconocérsele entonces su naturaleza jurisdiccional, sin importar que los árbitros deriven su competencia de la voluntad de las partes y deban desempeñarse como verdaderos jueces, con autonomía e independencia frente a las mismas partes que hicieron su designación.⁴

1.2. La teoría contractualista

Hace oposición a la anterior, considerando que el arbitraje es una institución del derecho privado, regido por la voluntad de las partes y no por la voluntad del estado. El laudo

1 Fernando Suárez Martínez. En: www.monografias.com/trabajos39/arbitraje2.shtml

2 Jorge Hernán Gil Echeverry. *Nuevo Régimen de Arbitramento*. Cámara de Comercio de Bogotá. 23 a 30 pp. 1999.

3 Santiago Talero Rueda. *Arbitraje Comercial Internacional*. Bogotá: Temis. 1-25 pp. 2008.

4 Marco Gerardo Monroy Cabra. *Arbitraje Comercial*. Bogotá: Temis. 6 p. 1982.

y el pacto arbitral son partes estructurales de un negocio jurídico complejo que por sus características hace poco conveniente la intervención del estado directamente o por conducto de sus órganos jurisdiccionales. La parte positiva de una posición como la antes señalada, está en que los árbitros tendrían una mayor libertad y flexibilidad para determinar la forma de solucionar la controversia puesta a su consideración.

Al tratar el tema, Jorge Hernán Gil,⁵ cita a Alfredo Rocco quien sostiene que el arbitraje no es otra cosa que una transacción anticipada, limitándose los árbitros a cumplir su función en la forma determinada por las partes, dentro de un ámbito previamente delimitado en el pacto arbitral.

1.3. La teoría autónoma o supranacional

Considera que el arbitraje es un fenómeno económico cuya naturaleza no se puede enmarcar de manera exclusiva en las teorías existentes al respecto. Ni la teoría jurisdiccional ni la teoría contractualista pueden explicar completamente el problema y mucho menos una teoría mixta construida a partir de las dos mencionadas, que carecería de identidad ontológica. Por lo anterior el fenómeno hay que observarlo como una realidad práctica del comercio.

Considera Talero Rueda⁶ que la principal objeción a ésta teoría es la “*evidente evasión de una explicación con respecto a la naturaleza jurídica del arbitraje*”. Y consideramos nosotros en adición a lo anterior y acompañando al autor, que al no plantearse mediante ésta teoría una verdadera explicación sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, lo que hace es llevar al extremo la teoría contractualista en el sentido de que la autonomía de las partes en materia arbitral sea ilimitada.

2. Naturaleza jurídica del arbitraje comercial en el derecho colombiano

Resulta claro que en Colombia fue acogida la teoría jurisdiccional, aún cuando algunas sentencias de la Corte Constitucional, parezcan indicarnos que lo que existe es una concepción mixta sobre dicha naturaleza jurídica, como veremos más adelante.

Tal posición es de vieja data, si tenemos en cuenta que resulta siendo tema medular en la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia el 29 de Mayo de 1969, mediante la cual se declaró la constitucionalidad del arbitraje en Colombia, en la cual se considera a ésta institución como un verdadero “*juicio*”, en el que su origen convencional no incide

5 Jorge Hernán Gil Echeverry. Op cit. 23-30 pp.

6 Santiago Talero Rueda. Op cit. 1-25 pp.

en su constitucionalidad.⁷ La Corte Constitucional, a su turno y congruente con lo anterior, en sentencia C-242 de 1997⁸ expresó:

El arbitramento representa un mecanismo para impartir justicia, a través del cual igualmente se hace efectiva la función pública del Estado en ese sentido, y claramente consagrado por el ordenamiento jurídico ; es más, dicho instituto goza de autorización constitucional expresa, con determinadas características, en donde los árbitros quedan investidos transitoriamente, de la función de administrar justicia, con los mismos deberes, poderes, facultades y responsabilidades, en razón de haber quedado habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que señale la ley. [...] La decisión arbitral concretada en un laudo arbitral, bien sea en derecho o en equidad, es eminentemente jurisdiccional y equivale a una providencia judicial, en cuanto resuelve el litigio suscitado entre las partes, pronunciándose sobre los hechos, resolviendo sobre las pretensiones, valorando las pruebas y declarando el derecho a la luz de los mandatos constitucionales y legales o atendiendo a los principios de equidad. Claro está, que la ejecución y control de ese laudo corresponde a la jurisdicción ordinaria permanente. No cabe, entonces, duda alguna de que el arbitramento constituye una institución importante para la obtención de una eficaz administración de justicia.

7 Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia de fecha 29 de Mayo de 1969, con ponencia del H. Magistrado Luís Sarmiento Buitrago: “[...] b) El arbitramento es un verdadero Juicio. Por esta inclusión del arbitramento entre los procedimientos que regula el Código del ramo, deber ser tratado *como* un verdadero procedimiento, sea simplemente *ad similitudinem iudiciorum*, como dijo Paulo, sea como verdadero juicio, según la tesis del procurador. Mas no es solamente por esta razón de mera técnica positiva por lo que debe ser tratada así la cuestión, sino porque conceptualmente se trata de eso, ya que, como todo procedimiento, es un medio de acción que tiene por objeto la efectividad de los derechos sustantivos, dentro de un orden preestablecido que permite a los árbitros el cumplimiento del encargo conferido a ellos por las partes y que facilita a éstas una amplia y metódica discusión de sus derechos. Pero es un procedimiento que difiere sustancialmente del común de los procedimientos estrictamente judiciales, por varias razones que lo tipifican de manera especial: porque no lo adelantan personas investidas de manera permanente *de la jurisdicción del Estado para decidir* en nombre de la República, sino por particulares designados para ello por las partes, que derivan del acuerdo de estas mismas la facultad de decidir con efectos de sentencia, por el solo ministerio de la ley, sin necesidad de homologación o confirmación judicial posterior; porque es un procedimiento que no puede ser utilizado por toda clase de personas, sino por aquéllas que tengan capacidad legal para transigir esto es, que puedan directamente y ante sí terminar un litigio pendiente o precaver uno eventual; y porque no toda diferencia o controversia puede ser sometida a arbitramento, sino aquéllas sobre las cuales sea lícito o permitido transigir” (63 y 64 pp.) “ c) *El carácter convencional o jurisdiccional del arbitramento no incide sobre su constitucionalidad.* La discusión sobre el carácter jurisdiccional o simplemente privado o convencional del arbitramento, especialmente en algunas de sus forma ha dado y suministra importante y abundante material a la especulación jurídica, pero cualquiera que sea la tesis que se acoja no incide en la decisión que la Corte adopte sobre la exequibilidad del título XLVII del Código de Procedimiento Civil y de la ley 2ª de 1938. Porque el arbitramento, tal como está regulado en dichas disposiciones legales, o tiene carácter privado o tiene carácter jurisdiccional, en todas sus formas o en algunas de ellas (arbitramento en derecho, arbitramento en equidad, arbitramento libre arbitramento forzoso)” (65 p.).

8 Expediente D-1501. Acción pública de inconstitucionalidad contra el numeral 19.14 del artículo 19 de la Ley 142 de 1994 “Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones” Actor: José Ignacio Leiva González. Magistrado Ponente: Dr. Hernando Herrera Vergara, 20 de mayo de 1997.

No obstante lo anterior, la misma sentencia y la C 163 de 1999⁹, también ponen de presente una visión contractualista en la materia, que reafirma lo ya dicho sobre la posición mixta en el tema, en torno a la jurisprudencia.

Pero tal posición no es solo jurisprudencial. El Artículo 6° de la ley 1258 de 2007, que modificó a su turno el Artículo 13 de la ley 270 de 1996, dijo:

Artículo 6°. Modifíquese el artículo 13 de la Ley 270 de 1996: Artículo 13. Del ejercicio de la función jurisdiccional por otras autoridades y por particulares. Ejercen función jurisdiccional de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política: 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.

Resulta clara la disposición al señalar, por una parte la naturaleza jurisdiccional del arbitraje y por otra el requisito condición para su valides, cual es la habilitación de las partes a los árbitros, que desde luego solo podrá provenir de un acuerdo de voluntades.

3. Nuestra posición en torno a la naturaleza jurídica del arbitraje

En punto a la naturaleza jurídica del arbitraje, que venimos estudiando veamos lo que expone la Doctora Myriam Salcedo Castro:¹⁰

9 Expediente D-2169. Norma acusada: artículo 127 de la Ley 446 de 1998. Actor: Jorge Hernán Gil Echeverry. Temas: Acceso a la justicia y mecanismos alternos de solución de conflictos, Necesidad de habilitación de la jurisdicción arbitral, Intervención de terceros en el proceso arbitral. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero, 17 de marzo de 1999. “El sustento de la justicia arbitral es el acto voluntario y libre de los contratantes de acudir a los árbitros, como quiera que “el arbitramento tiene que partir de la base de que es la voluntad de las partes en conflicto, potencial o actual, la que habilita a los árbitros para actuar”. Por consiguiente, la habilitación de los árbitros que realizan las partes contratantes, es un requisito constitucional imperativo sin el cual no es procedente la justicia arbitral. La justicia arbitral sólo está permitida constitucionalmente si está habilitada por las partes. Sin embargo, resulta equivocado deducir de esta premisa que el Legislador está impedido para regular el procedimiento que rige este tipo de mecanismos de solución de conflictos, pues si bien el acceso a la justicia arbitral es voluntario, la función de administración de justicia por árbitros deberá desarrollarse “en los términos que determine la ley”. En este orden de ideas, el artículo 116 de la Carta debe interpretarse en armonía con el artículo 29 superior, según el cual toda persona tiene derecho a ser juzgado ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”[...] lo cual permite concluir que, en situaciones donde los particulares no acordaron procedimiento especial que los regule, le corresponde al Legislador fijar las formas procesales de cada juicio, lo que incluye, el proceso arbitral. Por consiguiente, si los árbitros ejercen la función pública de administrar justicia, es razonable que el Legislador configure el marco general y las directrices de la actuación arbitral, dentro del marco de la Constitución.”

10 Myriam Salcedo Castro. *El arbitraje en los contratos concluidos por la administración. Estudio de derecho comparado francés y colombiano*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario. 16-18 pp. 2006.

En Francia el arbitraje es considerado como una justicia convencional y privada. En Colombia, el arbitraje también es una justicia convencional calificada como función pública, a pesar de ser asegurada por particulares.

La diferencia más notable radica en que el arbitraje toma su fuerza del pacto arbitral en Francia; en consecuencia, el árbitro es la única persona, que sin haber recibido una delegación del estado para poder juzgar, dispone de poder jurisdiccional. Por el contrario, en Colombia la jurisprudencia constitucional determina que los poderes jurisdiccionales de los árbitros, a pesar de su origen convencional –pacto arbitral manifestado a través de la cláusula compromisoria o el compromiso– emanan de la ley. Es por ello que la justicia arbitral es una justicia de tipo jurisdiccional.

El Consejo de Estado francés, en el informe anual de 1993 *Regler autrement les conflits*, explicó: *“El arbitraje es a la vez una justicia convencional y privada: a estos dos títulos se distingue de la justicia estatal-institucional y pública. En consecuencia, el arbitraje no tiene la plenitud de la justicia estatal que dispone a la vez de jurisdicción – decir del derecho– y del impérium –apremiar a su cumplimiento. El arbitraje se limita a la jurisdicción, las medidas de apremio pertenecen siempre a la jurisdicción estatal, es por ello que a estas autoridades corresponde la labor de ordenar el exequátur del laudo arbitral.”*

Con relación a la naturaleza del arbitraje en derecho francés, Henry Motulsky afirma: *“En el estado actual de la reglamentación, es posible declarar, como eminentes autores no han dudado en hacerlo, que existen ‘dos justicias’: la del Estado y la de los árbitros, entendiéndose que” el órgano de justicia arbitral es un juez privado” (...)* el árbitro responde a esta definición, cumple entonces tales actos del punto de vista material –solución–, formal –procedimiento– y orgánico –habilitación legal; el es juez como lo es el magistrado. Pero es un juez privado. Así las cosas, la diferencia no reside en la estructura del acto, sino únicamente en los elementos que le son exteriores; sus condiciones de puesta en marcha y sus efectos.”

Por el contrario, la Corte Constitucional colombiana determina que: *“[...] es la misma ley la que admite la posibilidad de que, en virtud de sus disposiciones, la jurisdicción pueda ser ejercida en casos particulares bajo ciertos y determinados presupuestos y condiciones por otros órganos que no sean de la jurisdicción ordinaria. [...] el otorgamiento de poderes jurisdiccionales a los terceros designados como árbitros, si bien se origina en un negocio jurídico privado (el compromiso o la cláusula compromisoria) emana de la ley. Y ello es así porque el derecho objetivo vincula a dicho acto no solo efectos jurídicos privados (entre las partes) sino también efectos jurídicos públicos (entre el estado y los árbitros) que se concretan en la atribución de funciones jurisdiccionales a estos últimos.”*

Adicionalmente, la ley 734 de 2002, Por la cual se expide el Código Disciplinario Único –específicamente en el libro III que regula el régimen especial de los particulares– Artículo 55 establece: “*Sujetos y faltas gravísimas: Los sujetos disciplinables por éste título solo responderán de las faltas aquí descritas: [...] Párrafo 2: Los árbitros y conciliadores quedarán sometidos además al régimen de faltas, deberes, prohibiciones, inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de interés de los funcionarios judiciales en lo que sea compatible con su naturaleza particular. Las sanciones a imponer serán las consagradas para los funcionarios judiciales acorde con la jerarquía de la función que le competía al juez o magistrado desplazado.*”

Por consiguiente, los árbitros están sometidos a un régimen más estricto que el de los funcionarios judiciales, puesto que pueden ser juzgados en su condición de particulares que desarrollan funciones públicas de acuerdo con el régimen establecido por el Libro III de la ley 734 de 2000 y con el régimen de los funcionarios judiciales.

Entonces podemos concluir que en Colombia los árbitros son jueces que ejercen una función pública temporal. En consecuencia, sus decisiones son públicas como las de cualquier juez estatal; entre tanto, en Francia los árbitros ejercen una justicia eminentemente privada y sus decisiones requieren del exequátur para poseer la fuerza de una sentencia jurisdiccional.

La estructura sobre la cual se construyen cada una de las teorías reseñadas al punto 1., y lo anteriormente transcrito nos lleva a preguntarnos, sin caer en la “*evidente evasión de una explicación con respecto a la naturaleza jurídica del arbitraje*”, que acusa Talero Rueda, lo siguiente: “*¿Es el arbitraje un equivalente funcional del papel que histórica y paradigmáticamente ha sido asumido por el estado, en la solución de los conflictos de carácter privado entre particulares?*”

4. Desde la sociología: La teoría de los equivalentes funcionales

La teoría de los equivalentes funcionales, que se expone a partir de los conceptos de estructura y función desarrollados por Niklas Luhmann¹¹ en su Teoría Social, considera que cuando diferentes estructuras pueden desempeñar la misma función, y por lo tanto, pueden sustituirse entre sí, son funcionalmente equivalentes.¹² Por su parte Robert King Merton afirma que:¹³ “*La orientación central del funcionalismo se expresa en la práctica de*

11 Enciclopedia www.eumed.net. En: <http://www.eumed.net/dices/definicion.php?dic=3&def=284>

12 Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhman, Giancarlo Corsi, Elena Esposito y Claudio Baraldi. En: http://books.google.com.co/books?id=qI07X1YB5Y0C&pg=PA86&clpg=PA86&dq=teor%C3%ADa+de+los+equivalentes+funcionales&source=bl&ots=LGT8rLgD2o&sig=vxIHpY58WIUKMGZTzfVb5AqVHoM&hl=es&ei=iy0GTNvxOcT68Ab8rp3mCw&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=4&ved=0CCAQ6AEwAw#v=onepage&q=teor%C3%ADa%20de%20los%20equivalentes%20funcionales&f=false

interpretar los datos mediante la determinación de las consecuencias que los mismos tienen para las estructuras más amplias de las que proceden.”

La “teoría de los equivalentes funcionales”, que nace desde la sociología, ha sido ampliamente aplicada en el derecho, por ejemplo, en el campo comercial a la desmaterialización de los títulos-valores, el comercio electrónico y prevista con amplísimos efectos sustanciales y probatorios en la legislación colombiana por la ley 527 de 1999.^{14/15} De la misma manera en el campo penal en cuanto se refiere a la sustitución de las penas por equivalentes funcionales que cumplen con el mismo papel de éstas.

En consecuencia, si la función estructural de la justicia estatal, en el derecho privado, es la de resolver conflictos entre particulares, al permitir el mismo estado mediante la ley, que los mismos particulares designen sus jueces y éstos, mediante un procedimiento decidan un conflicto, estaremos claramente en presencia de un equivalente funcional, al papel que cumple la justicia estatal. No se trata de otra justicia. Se trata de la misma con otros actores principales (árbitros), pero con las mismas partes y el mismo conflicto a resolver, todo lo cual nos libera de tener que tomar partido, en el caso del arbitraje, por una naturaleza jurídica contractualista, jurisdiccional, mixta o ecléctica.

“El funcionalismo (o análisis funcionalista) es el método científico asociado a la teoría de los sistemas sociales. El funcionalismo permite tomar cada fenómeno, dato, como contingente y como confrontable con otros. El conocimiento se construye a través del confrontamiento del dato conocido con las posibilidades alternativas; esta confrontación es operada por un observador.

En el análisis funcionalista, todo fenómeno se convierte (sic) un problema que abre diversas posibilidades de unión. El análisis describe la relación entre los problemas y sus posibles soluciones: los datos son problemas de dónde partir y las soluciones ofrecimientos para ellos son contingentes, pueden ser también diferentes. La función es entonces un esquema de confrontación entre varias soluciones funcionales equivalentes con respecto al problema en cuestión.

La relación entre el problema y su solución sirve para dirigir la investigación hacia otras posibilidades, funcionalmente equivalentes: considerando los datos como problemas, el método permite unirle varias soluciones alternativas, por lo tanto de acceder a otras posibilidades. De esta manera es posible indicar equivalentes funcionales posibles, en cuanto que solamente se actualiza una posibilidad (entre las otras) de asumir la función considerada. De tal modo, el análisis funcionalista permite ya sea la ampliación o la limitación de lo que puede ser observado. Procediendo con equivalencias funcionales, el funcionalismo se opone al presupuesto ontológico de que todo ser actual excluya necesariamente el no ser (otras posibilidades de ser).”

- 13 Robert King Merton (n. 1910) es un sociólogo norteamericano que distingue claramente entre los elementos funcionales y disfuncionales de un sistema y reconoce la posible existencia de elementos redundantes. “[...] Afirma el principio del ‘balance positivo’ de las consecuencias funcionales de las formas culturales persistentes; y el principio de las ‘alternativas funcionales’: cualquier función puede ser cumplida por varias vías alternativas.” En: http://www.eumed.net/libros/2007/b/300/Robert_King_Merton.htm

- 14 Artículo 6° de la ley 527 de 1999. “Cuando cualquier norma requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si la información que éste contiene es accesible para su posterior consulta.

Lo dispuesto en este artículo se aplicará tanto si el requisito establecido en cualquier norma constituye una obligación, como si las normas prevén consecuencias en el caso de que la información no conste por escrito.”

- 15 Artículo 10° de la ley 527 de 1999: Admisibilidad y fuerza probatoria de los mensajes de datos. “Los mensajes de datos serán admisibles como medios de prueba y su fuerza probatoria es la otorgada en las disposiciones del Capítulo VIII del Título XIII, Sección Tercera, Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil.

En toda actuación administrativa o judicial, no se negará eficacia, validez o fuerza obligatoria y, probatoria a todo tipo de información en forma de un mensaje de datos, por el sólo hecho que se trate de un mensaje de datos o en razón de no haber sido presentado en su forma original.”