

ARBITRAMENTO. UBICACIÓN Y RECURSOS

*Rafael H. Gamboa Serrano**

RESUMEN

El arbitraje es apenas una de las formas para solucionar un conflicto, mas no la única; no se debe hacer un enfrentamiento entre la justicia arbitral y la justicia ordinaria; la conciliación y el arbitraje no son métodos para exclusivamente dirigidos a descongestionar la justicia ordinaria, sino dos de las varias maneras de solución de conflictos. En Colombia, el arbitraje es un verdadero proceso, el laudo es una verdadera sentencia y los árbitros son verdaderos jueces que imparten justicia con carácter jurisdiccional, emanado de la soberanía del Estado. La amigable composición no es un proceso jurisdiccional, es otra de las formas de solucionar conflictos, pero no de manera jurisdiccional sino de forma contractual, su decisión no es una sentencia sino una convención y los amigables compondores no son jueces sino apoderados de ambas partes para llegar a una solución de las diferencias; la amigable composición no tiene ni reglas de trámite ni recursos, ni siquiera legislación aplicable al paso que el arbitramento sí las tiene. El “debido proceso” exige que haya “formas procesales” como lo establece el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia con la expresión “observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”; quienes abogan por un arbitramento “informal” olvidan que éste es un verdadero “proceso” que debe seguir “las formas propias de cada juicio”, y así, más les convendría acudir a la amigable composición

*Fecha de recepción: 22 de septiembre de 2005
Fecha de aceptación: 25 de octubre de 2005*

* Profesor titular de la Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas. Profesor de teoría general del proceso. Árbitro de las cortes de arbitraje de las cámaras de comercio de Bogotá, Cali, Medellín para Antioquia.

que al arbitraje. En el caso del arbitramento nacional, como los árbitros son jueces de la República, ejercen jurisdicción en virtud de la soberanía del Estado; en el arbitramento internacional, los árbitros no son jueces de ningún Estado y por lo tanto no ejercen sus funciones en virtud de ninguna soberanía, ni están obligados por ninguna ley. De ahí que su decisión la tomen por la designación que les han hecho las partes, quienes pueden pactar alguna ley o ninguna, por ello, generalmente su laudo no es en derecho sino es *aequo et bono*. Cuando ese laudo quiere ejecutarse en algún Estado, debe pasar por el trámite del *exequatur*, para que una Corte nacional de ese país, examine si la determinación cumple los requisitos mínimos.

Palabras clave: amigable composición, anulación, arbitraje, conciliación, conflictos, casación, *exequatur*, soberanía.

ARBITRATION. FORUM AND RESOURCES

ABSTRACT

Arbitration is a way to solve a conflict, but it is not the only way to solve conflicts; there is not really a confrontation between Arbitral justice and ordinary justice; conciliation and arbitration are not methods exclusively directed to clear or banned ordinary justice, but just two of several ways to manage conflict resolution. In Colombia, arbitration is a true process; the arbitral award (laudo) is a true judgment; Arbitrators are true judges who serve justice with jurisdictional character, emanated directly from the sovereignty of the State. The so called "amigable composición" is not a jurisdictional process, it is other way to solve conflicts, not as a "jurisdictional" matter, but by a way of contractual agreement between the parties in dispute; their decision are not similar to a judgment sentence but to a convention, and the "amigables componedores" are not truly judges but just empowered by both parties to reach a solution of their differences; the amigable composición has neither rules of proceeding nor resources, not even applicable legislation like the Arbitration proceedings. "Due process" requires the fulfillment of "procedural forms" as states art., 29 of the Colombian Political Constitution by the expression "observance of the fullness of the proper forms of each judgment".

Those who plead for “an informal” Arbitration forgot that Arbitration in Colombia is a true “process” that must follow “the proper forms of each judgment”; thus, they should try the proceedings of an “amigable composición”. In a national arbitration, Arbitrators are truly Colombia judges that exerts jurisdiction by virtue of the sovereignty of the State; in international Arbitration, the Arbitrators are not judges of any State; therefore, they do not exert its functions by virtue of any sovereignty, nor are forced by any law. For the later reasons, the power of the judgment emanates by the designation that the parts have done to them; they can decide what law should apply the case and the ruling, because their arbitral award (laudo) is generally rendered aequo et bono. Whenever the arbitral award (laudo) needs to be executed in some other State, generally must have to pass through an exequatur proceeding, in order to have a national Court of that State, to examines if the award fulfills the minimum requirements needed to have that decision as a national award.

Key words: amicable arrangement, annulment, arbitration, conciliation, conflicts, cassation, exequator, sovereignty.

SUMARIO

1. LOS CONFLICTOS Y SU SOLUCIÓN
2. SISTEMAS PARA LA SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS
3. LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS PARA LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS
4. LA “IDOLATRÍA” DE LA CONCILIACIÓN Y EL ARBITRAJE
5. EL ARBITRAJE NACIONAL Y EL INTERNACIONAL
6. EL “OLVIDO” DE LA AMIGABLE COMPOSICIÓN
7. EL ARBITRAJE: UN PROCESO SIN RECURSOS

8. EL RECURSO DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL. SITUACIÓN ACTUAL
9. PROPUESTA DE REFORMAS AL RECURSO

1. LOS CONFLICTOS Y SU SOLUCIÓN

El hombre es social por naturaleza y tiene vocación innata para relacionarse con sus congéneres; algunas de esas relaciones tienen una especial relevancia por su incidencia en el orden social y, respecto de ellas se estimó oportuno que tuvieran una reglamentación de carácter obligatorio. Fue así como surgió el derecho, y, a las relaciones reguladas por él se las ha denominado relaciones jurídicas, para diferenciarlas de las relaciones familiares, sociales, sentimentales, religiosas, etc. Paralelamente se vio cómo, también existía en el hombre una conducta de rebeldía en contra del orden establecido, y de ahí que a las normas jurídicas se les haya dotado de fuerza para obligar a su cumplimiento.

Cuando una persona en sus relaciones con otra, entra en rebeldía contra el orden jurídico, se origina un conflicto de tipo jurídico, que debe ser solucionado; la primitiva forma de solucionarlo era a través del empleo de la fuerza; la parte que se creía agraviada, si era fuerte físicamente, imponía su decisión, lo cual estaba más del lado de la venganza que de la justicia. Con la aparición de la noción de Estado, a él se confió el monopolio del uso de la fuerza, entre otras cosas para imponer el respeto de la ley, y fue así como además, se fue quedando cada vez más, con el monopolio de la solución de los conflictos, para lo cual creó un gran aparato: el poder judicial, como el encargado de dirimir conflictos e imponer su decisión a la persona renuente a acatarla. De ahí la función protagónica del Estado en relación con la justicia, a la cual más adelante se hará referencia.

2. SISTEMAS PARA LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Son varios los hasta ahora conocidos:

1. *Autotutela*. Cuando la persona, por sí misma o en grupo —familiar, social, económico— asume la defensa de lo que considera que es su derecho.

Es la justicia por propia mano, la cual está reconocida y aceptada por la ley, como ocurre en los casos de legítima defensa¹, derecho de huelga², excepción de contrato no cumplido³, el derecho de retención⁴.

2. *Autocomposición*. Cuando las personas solucionan por ellas mismas su conflicto, sin acudir ni a la fuerza ni a un tercero.

Son especies de la autocomposición el desistimiento⁵, el allanamiento⁶ y la transacción⁷.

3. *Heterocomposición*. Se presenta cuando, para la solución de un conflicto interviene un tercero, bien para mediar entre las partes, bien para solucionarlo con fuerza obligatoria.

Son especies de la heterocomposición: la mediación, la amigable composición⁸, la conciliación⁹, y la función jurisdiccional del Estado, bien a través de la justicia ordinaria, bien a través de la justicia arbitral.

1 Código Penal colombiano, artículo 32: “Ausencia de responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:

“6. Se obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión”.

2 Constitución Política de Colombia, artículo 56: “Se garantiza el derecho de huelga, salvo en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador”.

3 Código Civil colombiano, artículo 1609: “En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la firma y tiempo debidos”.

4 Código Civil colombiano, artículo 2417 inciso segundo: “No se podrá retener una cosa del deudor en seguridad de la deuda, sin su consentimiento; excepto en los casos que las leyes expresamente designan”.

5 Código de Procedimiento Civil colombiano, artículo 342 inciso segundo: “El desistimiento implica la renuncia de las pretensiones de la demanda en todos aquellos casos en que la firmeza de la sentencia absolutoria habría producido efectos de cosa juzgada”.

6 *Ibidem*, artículo 93: “Allanamiento a la demanda. En la contestación o en cualquier momento anterior a la sentencia de primera instancia el demandado podrá allanarse expresamente a las pretensiones de la demanda, reconociendo sus fundamentos de hecho, caso en el cual se procederá a dictar sentencia de conformidad con lo pedido (...)”.

7 Código Civil colombiano, artículo 2469: “La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven uno eventual”.

8 Ley 446 de 1998, artículo 130: “La amigable composición es un mecanismo de solución de conflictos, por medio del cual dos o más particulares delegan en un tercero, denominado amigable componedor, la facultad de precisar, con fuerza vinculante para ellas, el estado, las partes y la forma de cumplimiento de un negocio jurídico particular. El amigable componedor podrá ser singular o plural”.

9 Ley 446 de 1998, artículo 64: “La conciliación es un mecanismo de solución de conflictos a través del cual, dos o más personas, gestionan por sí mismos la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador”.

Como se puede observar, hay: autotutela, desistimiento, allanamiento, transacción, mediación, conciliación, amigable composición, justicia ordinaria y justicia arbitral, ¡nueve! métodos posibles para solucionar conflictos.

3. LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Alternativa es la posibilidad de optar entre varias cosas.

Entendido así el concepto, encontramos cómo para solucionar un conflicto se puede optar entre ¡nueve! posibilidades: autotutela, desistimiento, allanamiento, transacción, mediación, conciliación, amigable composición, justicia ordinaria y justicia arbitral.

Ahora bien: ¿cuál de ellas? La respuesta depende tanto de lo que se quiera como de lo que se pueda. En efecto transacción, conciliación, amigable composición, y justicia arbitral, tienen en común que se trate de asuntos susceptibles de transacción, motivo por el cual aquéllos no transigibles quedan por fuera y pueden ser resueltos por mediación, desistimiento, allanamiento y justicia ordinaria.

4. LA “IDOLATRÍA” DE LA CONCILIACIÓN Y DEL ARBITRAJE

La miopía en la visión de la solución de los conflictos, nos ha llevado a la pésima presentación que se está haciendo de los “métodos alternativos” para la solución de los conflictos, porque se cree que la alternativa a la justicia ordinaria es o la conciliación o la justicia arbitral, lo cual no es cierto. Ya vimos cómo hay ¡nueve! posibilidades entre las cuales se puede optar. Lo que ocurre es que se ha presentado una especie de “revancha” contra la justicia ordinaria, que a su turno ha creado una reacción de defensa por parte de ésta. Frente a la evidente congestión judicial se han alzado voces que proclaman su proscripción y su cambio por la conciliación y por el arbitraje, como si se tratara de instituciones adversarias, cuando en realidad no lo son. Veamos.

La conciliación y el arbitraje no son métodos de descongestión judicial, son métodos de solución de conflictos. La confusión parte desde el comienzo: que al juez se le ha encomendado la solución de todo tipo de conflictos, como fórmula impuesta por un simple “convencionalismo” social; se quiere que el juez ordinario resuelva toda clase de controversias, sin importar ni su naturaleza, ni su génesis, ni su desarrollo, ni los intereses de las partes involucradas; si el legislador se presume

sabio, el juez, como su operador, también debe serlo y por eso cumple una función casi divina: juzgar, decir la verdad con fuerza vinculante a perpetuidad, y ello hasta puede ser cierto. Pero lo que no se toma en cuenta al mirar al legislador y al juez es su eficiencia. La ley puede ser sabia, ¿pero será eficiente y oportuna? El juez puede ser sabio, ¿pero será eficiente y oportuno? Justicia tardía no es justicia, pero justicia precipitada tampoco es justicia; no siempre la solución más pronta es la más eficaz y justa, como con seguridad tampoco lo es la solución tardía. ¿Cuál debe ser la duración de un proceso? ¿Un mes, dos, un año, dos? eso depende de variados factores. Un proceso debe ser decidido por la persona calificada para ello, ¿por la menos calificada? obvio que no, se quiere que sea resuelto por la persona más calificada y, ¿quién es la persona más calificada? también depende de variados factores, porque una persona puede ser calificada para un asunto y no para otro. Como se ve, no hay una verdad absoluta ni sobre la duración ni sobre el definidor; lo que sí está claro es que un conflicto debe ser resuelto en el menor término posible, según el conflicto, y por la persona más calificada posible, también según el conflicto. El más connotado jurista no es el mejor definidor de un problema de pastaje como tampoco el más rústico campesino es el mejor definidor de los derechos de primera generación.

Lo que quiere la sociedad es una solución justa, oportuna y eficaz.

Lo que ha ocurrido es que se ha sobredimensionado la labor de la jurisdicción y se le ha recargado con un trabajo que no le corresponde; si jurisdicción, *iuris dicere*, es decir el derecho, el juez debe estar reservado para ello, y por tanto no debe ocuparse de asuntos que no correspondan a esa función y que pertenecen al gobierno del proceso, a la administración del mismo; no todo lo que un juez hace es jurisdiccional, ni todo lo que sucede dentro del llamado poder judicial es jurisdiccional. Esta diferenciación entre la labor jurisdiccional y la labor judicial, no es objeto de este estudio y merece un análisis profundo a los efectos de “desjudicializar” muchos asuntos, v.gr., avalúos, remates, liquidación de créditos, con lo cual sí se logra una eficiente “descongestión” de los despachos judiciales.

Como los juzgados están recargados —porque los hemos recargado con asuntos que no le corresponden al juez— y como se ha visto que la conciliación es eficaz y que el arbitraje también lo es, se ha querido que todo pase por el tamiz previo de la conciliación, a punto tal de volverla obligatoria y además como requisito de procedibilidad; y es así como se ha erigido una estatua a la conciliación como forma de descongestión, siendo que es una forma de solución de conflictos, pero no es una fórmula mágica que sirva para todos los casos, porque hay algunos en los cuales el remedio es otro; la conciliación no es la panacea, pero tampoco es mala, sirve para unos asuntos y no sirve para otros. Lo propio ocurre con el arbitraje.

Es que se ha hecho una pésima presentación ante la sociedad, al presentar “los métodos alternativos” como adversarios de la justicia ordinaria, cuando en realidad, todos los “métodos” no son antagónicos entre sí, sino que atienden a diferentes concepciones y sirven para diferentes asuntos; sin embargo, tal como se han planteado, implican un enfrentamiento entre el juez y dichos “métodos”, pues a las gentes se les dice: allí está el juez, demorado e ineficiente, y aquí están “los métodos alternativos” que ellos sí son eficaces y eficientes, con la consecuencia del descrédito del juez ordinario y la consiguiente desinstitucionalización del Estado. Ello evidentemente no es así, con ello lo que se está pregonando es nuestra propia culpa al recargar al juez, se está pregonando lo que es una verdad de a puño: que no todas las cosas deben ir al juez. En síntesis, con ello lo que se está pregonando desde ya, es la necesidad urgente de una “desjudicialización” de asuntos, es el reconocimiento expreso de que no todo tiene que ir al juez, sino que puede ser resuelto en otras instancias, y eso está bien, pero preséntese de una manera diferente y no como en enfrentamiento con el juez

Y frente a esa animosidad, a esa belicosidad contra el juez, ha ocurrido lo que tenía que pasar: que la jurisdicción ordinaria ha reaccionado contra esa condición humillante en que se la ha querido colocar de manera injusta. La sociedad debe reconocer que no todo le corresponde al juez y éste debe reconocer que no debe reivindicar para sí la solución de todos los conflictos, porque la solución judicial tampoco es panacea.

5. EL ARBITRAJE NACIONAL Y EL INTERNACIONAL

En este aspecto también se han presentado grandes y graves deformaciones, por una confusión de circunstancias. En Colombia el arbitraje es de linaje jurisdiccional, los árbitros son verdaderos jueces y los laudos arbitrales son verdaderas sentencias que no están sujetas a ninguna validación ni homologación por parte del juez ordinario, porque los árbitros están investidos de jurisdicción, de esa que proviene de la soberanía del Estado, del *ius imperii*, que les da inmediato poder de ejecución a sus decisiones. En cambio, cuando se trata de arbitraje internacional, esos árbitros no están investidos de jurisdicción, porque ¿de cuál?, no hay soberanía, porque ¿cuál? Ese arbitraje internacional más se parece a una amigable composición que a un proceso propiamente jurisdiccional, en el cual se puede pactar la ley sustancial con arreglo a la cual se va a decidir la controversia, se puede pactar el procedimiento, el idioma, la designación de árbitros, etc., porque no está sujeto a ninguna ley de ningún Estado, simplemente porque no puede estarlo. Ese arbitraje internacional ha ido creando su propia normatividad en cuanto a la forma, acogiénose a reglamentos y en cuanto al fondo creando o acudiendo a la *lex mercatoria*. Los problemas de esos laudos

empiezan cuando, al no cumplirse voluntariamente, deben hacerse valer en algún Estado; los tratados y convenciones prevén, casi siempre, la necesidad previa del *exequatur*, en donde sí tienen que vérselas con la legislación interna, no de una manera tan rigurosa, pero sí en relación con unos principios mínimos, como algunos casos de estatuto personal, de debido proceso, de orden público.

Sin embargo, esa libertad que existe en el arbitraje internacional ha llevado a muchos a “engolosinarse” con ello y a reclamar la aplicación de sus normas y principios al arbitraje interno, cuando ello no es posible, por la propia naturaleza de las cosas; y aquí se cae nuevamente en ese deseo de universalización de una solución, como se ha visto que el arbitraje internacional funciona, pues apliquémoslo a todos los arbitrajes, sin parar mientes en que funcional para unas cosas —los conflictos de los negocios internacionales— pero no para otras, que no corresponden a su hábitat jurídico; es el prurito de trasplantar instituciones sin el correspondiente análisis de la realidad nacional. El arbitraje internacional es contractual y no es un proceso sino un procedimiento, al paso que el arbitraje nacional colombiano es jurisdiccional¹⁰ y es un verdadero proceso, con sus propias reglas dadas por la ley y no por las partes, quienes no pueden pactar la ley aplicable, que siempre será la colombiana y quienes no pueden pactar el procedimiento, pues a ello sólo se puede llegar por vacío de la ley, como lo determinó la Corte Constitucional.

6. EL “OLVIDO” DE LA AMIGABLE COMPOSICIÓN

A los iconoclastas del derecho procesal lo que más los atrae del arbitraje internacional es la falta de reglas predeterminadas, la posibilidad de pactar todo, y la ausencia de recursos; todo ello es lo que reclaman vehemente para el arbitraje interno.

Pues bien, lo que ocurre es que quieren descontextualizar el arbitraje interno, al cual, por su propia naturaleza no le cabe la laxitud que sí campea en el internacional. Quienes así piensan, lo hacen por el mismo error en que ha caído el país: querer aplicar a la solución de un caso una institución que no es la pertinente; si se quiere llegar a la solución que pretenden, en lugar de pactar un arbitraje, pacten una amigable composición, que allí sí tienen campo propicio y fértil para echar a volar su imaginación en la solución del conflicto; si el arbitraje internacional es solución de stirpe contractual, la amigable composición también lo es; si en el arbitraje

¹⁰ De conformidad con el inciso final del artículo 116 de la Constitución Política de Colombia, “Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.

internacional no hay reglas preestablecidas, en la amigable composición tampoco hay reglas, porque ni siquiera hay ley que la reglamente. Lo único que hay es su mención en apenas tres artículos de la Ley 446 de 1998¹¹ y allí sí pueden acordar todo lo que quieran, con el agregado de la ausencia absoluta de recursos, porque no es un proceso. Si hay descontento con la decisión, al inconforme le queda la vía de su impugnación, en la forma como se impugna una transacción: por las mismas causales que vician cualquier acto jurídico. La única restricción que se tiene es que el Estado no puede acudir a la amigable composición, pues ella está prevista es para conflictos entre particulares: “por medio del cual, dos o más particulares”, como expresa el artículo 130 de la citada Ley 446 de 1998, y está bien que así sea en el ámbito interno, porque el Estado no puede estar sometido a los vaivenes de los caprichos del funcionario de turno que pactare la solución de la amigable composición.

7. EL ARBITRAJE: UN PROCESO SIN RECURSOS

Las instituciones hay que recibirlas como son, sin pretender desnaturalizarlas, so pena de que pierdan su identidad. Cuando las partes optan por la vía arbitral, saben de antemano que el laudo no tiene apelación; durante el trámite, las decisiones de los árbitros sí son objeto del recurso de reposición, y nada más. Por consiguiente constituye necesidad pretender que haya recurso contra una decisión que por su propia naturaleza y por definición legal carece completamente de ella; una cosa es la legislación existente y otra la que se desea.

Si las partes desean que haya recursos superiores, deberán acudir a la vía de la justicia ordinaria, en donde sí existe un amplio repertorio de esos remedios procesales que atienden tanto al trámite como a la decisión, es decir, tanto para el continente como para el contenido. Si se acude a la vía arbitral, no es de recibo quejarse por la falta de medios de impugnación, porque eso se debe conocer de antemano; no se puede escoger lo mejor de dos instituciones, desechando lo que no sea deseable de

11 Art. 130. “Definición. La amigable composición es un mecanismo de solución de conflictos, por medio del cual dos o más particulares delegan en un tercero, denominado amigable componedor, la facultad de precisar, con fuerza vinculante para ellas, el Estado, las partes y la forma de cumplimiento de un negocio jurídico particular. El amigable componedor podrá ser singular o plural”.

Art. 131. “Efectos. La decisión del amigable componedor producirá los efectos legales relativos a la transacción”.

Art. 132. “Designación. Las partes podrán nombrar al amigable componedor directamente o delegar en un tercero la designación. El tercero delegado por las partes para nombrar al amigable componedor puede ser una persona natural o jurídica”.

cada una de ellas. Es lo cierto que cuando se acude al arbitraje, allí no existe la posibilidad ni de apelación ni de casación.

8. EL RECURSO DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL. SITUACIÓN ACTUAL

No obstante lo anterior, la ley ha previsto el recurso de anulación de los laudos arbitrales nacionales y ha determinado las causales taxativas tanto para aquéllos en los cuales se debate un asunto de naturaleza contencioso administrativa como para los demás, excepción hecha de los de carácter laboral.

Si se examinan las causales de anulación, se encuentra que todas ellas son de carácter meramente formal, con excepción de una, la que atiende a la *citra petita*, para los casos en los cuales el laudo ha dejado de resolver cuestiones que eran objeto del arbitraje; en lo demás, se atiende exclusivamente a la forma del proceso, a las “formas propias de cada juicio” que refiere la Constitución Política, como integrantes del derecho al “debido proceso”, conocidas en la doctrina como las “formas procesales”, puesto que todos los actos que se adelantan dentro del proceso son de carácter formal, puesto que la ley ha determinado las condiciones de tiempo, modo y lugar en que deben ejecutarse.

La competencia para conocer del recurso de anulación se ha radicado en la Sala Civil de los tribunales superiores de distrito judicial y en la Sección Tercera del Consejo de Estado, según la naturaleza del proceso arbitral en cuestión; estas corporaciones, por la vía jurisprudencial han ido fijando derroteros, que aún no tienen la consistencia conceptual que se obtiene con la decantación que da el tiempo, pues el verdadero auge del arbitraje tan sólo data del año 1992 y los primeros pronunciamientos vinieron unos años después; así, una trayectoria tan corta, de menos de diez años, no ha permitido que se forme un cuerpo jurisprudencial armónico; el arbitraje en Colombia es aún un río joven en busca de cauce y, lo que se interpreta como vaivenes de la jurisprudencia no es cosa diferente del acomodo de la institución dentro de nuestro medio jurídico, así ha sido siempre, que las cosas no nacen completamente terminadas, completas, por el contrario son perfectibles y nunca llegaremos a la perfección acabada, por lo cual debemos conformarnos con la búsqueda de la excelencia. El cuerpo jurisprudencial es como aluvión, que se forma lenta e imperceptiblemente, al compás de las necesidades sociales y de lo que, en cada momento, una generación estima lo que es el derecho, cuyas disposiciones tienen una interpretación evolutiva, casi nunca brusca; si se rastrean los fallos sobre una determinada materia, es posible detectar cómo es que se ha ido entendiendo el derecho, cómo cada fallo es antecedente del siguiente; hay que ver, con ojo zahorí

lo que hay más allá de las palabras de una sentencia, porque generalmente es premonitoria de la siguiente.

El estado actual del recurso de anulación se nos presenta y puede parecer confuso, pero no lo es tanto; la jurisprudencia es criterio auxiliar, aunque en algunas oportunidades llegue a ser obligatoria, como a propósito de la “doctrina probable” lo expresó la Corte Constitucional¹²; recordemos que la sentencia no crea derecho, sino que lo reconoce, y, en algunas oportunidades, la sentencia además reclama derecho, cuando la normatividad no existe o es insuficiente. Muchas veces se han alzado por una reciente jurisprudencia del Consejo de Estado, según la cual la interposición del recurso de anulación tiene un efecto suspensivo de los efectos del laudo y ello se debe a la derogatoria de la disposición según la cual, si se prestaba una caución, se suspendía el cumplimiento de la decisión arbitral, norma a partir de la cual se había edificado la teoría del efecto devolutivo del recurso; pues bien, lo que aquí acontece es que la jurisprudencia está reclamando una norma que defina de una vez por todas el alcance del recurso. Vemos cómo el punto es pacífico en el recurso de casación: la sentencia se cumple, salvo que se preste una caución; si la norma del proceso civil se deroga, muy seguramente llegaremos al mismo punto cuestionado en la jurisdicción contencioso administrativa; lo que se requiere es que el legislador sea más perspicaz y cuidadoso; ejemplos hay a porrillo, valga el caso que se discutió desde la vigencia del estatuto procesal civil de 1970 hasta su reforma en 1989 en relación con la prescripción como excepción previa: si la providencia que la resolvía, que es un auto, tenía o no el carácter de sentencia, para poder alcanzar el recurso de casación; la Sala Civil de la Corte, a la sazón integrada por seis magistrados, estaba dividida y la suerte final, durante ¡diecinueve años! estuvo librada al voto del congreso que se sorteara, hasta que finalmente en la reforma de 1989 se suprimió la prescripción como excepción previa, lo que llevaba a que siempre se resolviera en la sentencia, y así se acabó la discusión.

9. PROPUESTA DE REFORMAS AL RECURSO

Como los hechos son tozudos, en este aspecto del arbitraje nacional hay uno que se impone: que haya recurso contra el laudo, aun a contrapelo de lo que ocurre en el resto del mundo occidental. Y hay otro hecho, también tozudo y muy indicativo: que

12 Lo hizo al declarar la exequibilidad condicionada del artículo 4º de la Ley 169 de 1896 cuyo tenor es el siguiente: “Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores”. (Sentencia C-836 de 9 de agosto de 2001, MP Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL).

el recurso de anulación lo interpone la parte que pierde, nunca la que gana, siendo de advertir que tal y como están concebidas las causales de anulación, cualquiera de las partes está legitimada para interponerlo; pero ¿por qué lo hace únicamente la que pierde? La respuesta es sencilla: porque no está de acuerdo con el laudo.

La parte recurrente está inconforme con el contenido del laudo, no con el continente del mismo y por ello debe hacer malabarismo jurídico para demostrar la causal formal: indebida constitución del tribunal, nulidad del pacto arbitral, no decreto de alguna prueba, fallo una vez vencido el término, fallo extra o *citra petita*, etc., que, si lo logra, lo que obtiene es la nulidad y que las cosas vuelvan a su estado anterior, es decir, como si el arbitraje no hubiere existido, o a lo sumo, que se complemente el laudo o se le suprima la parte sobrante, y, cualquiera de esos resultados constituye un triunfo, cuya euforia es efímera, pues el conflicto nuevamente ha quedado sin solución y se requerirá de otro desgaste jurisdiccional para definirlo, sujeto nuevamente al mismo malabarismo y así *ad infinitum*.

Entonces, se propone encarar la realidad y darle claridad meridiana a la situación adoptando uno de dos criterios: o, (i) se suprime de tajo el recurso y expresamente se dice que no cabe ninguno, o, (ii) se le otorga recurso de casación selectiva. Se explica:

Supresión total. Con ello recoge algo que es fundamental en el arbitraje, que es su definitividad en corto tiempo: las partes confían plenamente en los árbitros y les encomiendan a ellos, y a nadie más que a ellos, la solución definitiva del conflicto, con el compromiso de acatar la determinación que adopten. Adicionalmente se acompañaría la legislación colombiana con la de la mayoría de los países, en los cuales no existe recurso alguno contra el laudo.

Casación y de preferencia selectiva. Hemos visto cómo, las causales de anulación previstas en la ley, son fundamentalmente formales, a punto tal que legitiman tanto al ganador como al perdedor, para interponer el recurso. La experiencia nos indica que únicamente lo interpone el perdedor y nos consta de la complicada arquitectura que debe diseñar para sustentar su inconformidad con el contenido del laudo, la cual disfraza transitando por los meandros del recurso de anulación.

Si esa es la realidad, recojámosla y digamos que contra el laudo arbitral procede el recurso de casación por las causales previstas en el Código de Procedimiento Civil; la única innovación sería darle entrada a la violación directa o indirecta de la ley sustancial, que realmente es lo que quiere el recurrente, porque las demás causales formales previstas como de anulación, también están ya previstas como de casación: nulidad, falta de notificación, incongruencia, error aritmético o de palabras, etc.

Con ello quedarían servidos a cabalidad tanto el interés del recurrente como la sinceridad del recurso, así como también aclarado el aspecto de la ejecutabilidad del laudo, que seguiría las normas generales de la casación: recurso en efecto devolutivo, salvo caución en contrario. Tendría también la innegable utilidad que es propia de la casación, la unificación de la jurisprudencia, para evitar la dispersión que se está presentando actualmente.

Desde luego que sería necesario hacer una reglamentación para el recurso según sea ante la Corte Suprema o ante el Consejo de Estado, pero ello no implica un problema mayor, pues como ya existe la casación en lo contencioso administrativo bajo el seudónimo de recurso extraordinario de súplica, bastaría con hacerle algunos ajustes pertinentes a los laudos arbitrales y su cumplimiento.

Por lo demás, la doctrina es pacífica en cuanto a lo que se considera como recurso extraordinario y sus efectos frente al cumplimiento de la decisión reclamada; es prácticamente general la tendencia para que el recurso extraordinario opere contra decisiones ejecutoriadas, vale decir aquellas que ya pueden cumplirse, por no estar sujetas a ningún recurso ordinario, bien porque no se interpuso, bien porque ya se decidió; sobre el particular existe un cuerpo jurisprudencial y doctrinal suficientemente sólido y decantado que no debe despreciarse y sobre el cual, al menos por ahora, no se justifica causar innovación alguna.

El otro aspecto, es uno que desde hace tiempo reclama la casación: que sea selectiva a discreción de la Corte Suprema o del Consejo de Estado, que no todo lo que llegue al juez de casación tenga necesariamente que ser resuelto.

Está también claro que la casación no es instancia, que allí no se juzgan los hechos sino la sentencia, que es un enfrentamiento entre la sentencia y la ley, para que se obtenga el respeto de la norma, en eso consiste la nomofilaquia y a ello está principalmente dirigido el recurso de casación; no por desconocimiento de los constituyentes existe el numeral 1 del artículo 235 de la Carta:

“Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia: 1. Actuar como Tribunal de Casación (...)”.

Y los códigos de procedimiento expresan:

“Fines de la casación: el recurso de casación tiene por fin primordial unificar la jurisprudencia nacional y proveer a la realización del derecho objetivo en los respectivos procesos; además, procura reparar los agravios inferidos a las partes por la sentencia

recurrida”¹³. “Fines de la casación. La casación debe tener por fines la efectividad del derecho material y de las garantías debidas a las personas que intervienen en la actuación penal, la unificación de la jurisprudencia nacional y además la reparación de los agravios inferidos a las partes con la sentencia demandada”¹⁴.

Y lo propio decía el artículo 86 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Por tanto, si la jurisprudencia nacional está unificada, no se ve razón para que el juez de casación tenga la imperiosa obligación de reiterar muchísimas veces el mismo punto; en un giro muy propio de su autor en alguna ocasión dijo la Corte algo parecido a lo siguiente: “tiene averiguado la Corte, en sentencias que son ya muchedumbre”, lo que pone de relieve la finalidad del recurso y la inutilidad de la repetición de sus decisiones cuando éstas alcanzan a constituir “muchedumbre”.

Sin embargo, la Corte Constitucional encontró inexecutable una disposición similar a la discrecionalidad del recurso en materia de casación penal; sería pertinente, aunque en otra ocasión, analizar si los motivos que se tuvieron para la casación penal son también extensivos a la casación no penal.

BIBLIOGRAFÍA

- Constitución Política de Colombia.
- Código Civil colombiano.
- Código Penal colombiano.
- Código de Procedimiento Civil colombiano.
- Código de Procedimiento Penal colombiano.
- Corte Constitucional colombiana; sentencia C-836 de 9 de agosto de 2001; MP Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL.

13 Art. 365 del Código de Procedimiento Civil colombiano.

14 Art. 206 del Código de Procedimiento Penal colombiano.