

GACETA ARBITRAL

PROPIETARIO-EDITOR: RODRIGO BECERRA TORO, Cali, Colombia

NUMERO: 71

AÑO: VI

FECHA: 1 DE MARZO DE 2019

ASUNTO: La materia de los procesos arbitrales (arbitrabilidad objetiva).

CARÁCTER: Los comentarios u opiniones del editor en este texto no obligan al lector porque la doctrina no es fuente formal del derecho colombiano.

Si bien las partes de un conflicto sustantivo legalmente pueden acudir a los mecanismos alternos de solución de controversias, la escogencia del arbitraje impone un examen detenido porque no todo asunto puede ser de conocimiento de los árbitros.

I). Aproximación a la idea: *Ab initio*, dos cosas deben ser tenidas en cuenta: la arbitrabilidad *subjetiva*, que indica quiénes son capaces para someter su conflicto a arbitraje, de la cual nos ocuparemos en otra entrega, y la *objetiva*, que determina cuáles materias son susceptibles de controvertirse en dicho proceso, a la luz de la legislación nacional, la jurisprudencia y la doctrina.

No sobra decir tangencialmente, -a pesar de ser tema de otra entrega-, que la arbitrabilidad *subjetiva* mira a la capacidad para someterse al arbitraje, esto es, se trata de la capacidad de una parte que tiene las facultades de disponer del derecho subjetivo en controversia, para acudir a arbitraje, pues, no puede pensarse que quien no tenga disposición sobre un derecho pueda someterlo a arbitraje [Ver, DANIEL RESTREPO SOTO, La arbitrabilidad objetiva en el derecho de arbitraje, pág. 3/10, Journal of International Law, Vol. 5, Medellín, Colombia, 2014]. [Ver, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU-174 de 2007. M. Manuel José Cepeda Espinosa].

Se acepta entonces que el arbitraje es un mecanismo abierto, en general, a todas las personas, siempre y cuando cuenten con capacidad de *disposición*. Queda, pues, a criterio de los sujetos de derecho acudir al arbitraje, de suerte que la arbitrabilidad objetiva ha sido reconocida a partir del principio de la *autonomía de la voluntad*, puesto que son las partes las que deciden contraer un asunto a la jurisdicción arbitral; esta asignación proviene de la autonomía de las mismas para otorgarle la competencia a los árbitros. Dicho principio tiene como límite la propia ley, el orden público y las buenas costumbres reconocidos por ella [lo que lleva a que el laudo pueda ser anulado cuando viola estos límites], [Ver, Profesor RESTREPO SOTO, ob cit., pág., 7/10].

Ahora, objetivamente visto el asunto, la materia en el proceso arbitral es determinante, en la medida que traza el límite de su "validez" [Sólo es válido el arbitraje que se concreta a las materias autorizadas por la ley]. De modo que con esa sola precisión es ya posible establecer que al arbitraje no puede llevarse todo género de conflictos, entre otras cosas, porque el ente estatal se quedaría sin el ejercicio de la función jurisdiccional [Ver, MARIO CASTILLO FREYRE, RICARDO VÁSQUEZ KUNZE y RITA SABROSO MINAYA, Nueva ley de arbitraje: ¿cuáles son las materias arbitrables?, pág. 1, Lima, 2008]. Hay, por ende, un marco de materias que la ley permite que sean conocidas por la jurisdicción estatal o por los árbitros, a elección de las partes, y respecto de

aquellas se predica la “validez” del arbitraje. Es, por ende, la *ley* la que establece el marco objetivo (ámbito material de validez) del arbitraje y le confiere validez a la actuación de las partes y de los árbitros. A este respecto, la CORTE CONSTITUCIONAL ha expresado sobre la arbitrabilidad objetiva que el arbitramento tiene límites materiales, en el sentido en que no todos los asuntos se pueden someter a la decisión de los árbitros, pues, en términos generales, únicamente se pueden sujetar a este tipo de procedimiento los asuntos de naturaleza transigible, que pueden ser objeto de libre disposición, negociación o renuncia por las partes en conflicto y, en consecuencia, deben necesariamente ser resueltas por los jueces de la República [Ver, Sentencia SU-174/2007]. Mas, cuáles son esos asuntos conflictivos?

Aunque, hablar de “materia” sería impropio por aludir a algo tangible, los *asuntos* que pueden ventilarse en el arbitraje son los conflictos sobre intereses jurídicos respecto a los cuales cada parte tiene su propia versión; se trata de disputas sobre derechos concretos. Y esa es la primera aproximación al contenido del arbitraje. Pero, entiéndase bien, se trata de los conflictos sobre derechos discutidos en la práctica que la ley ha determinado antes y sobre los cuales confiere la posibilidad de arbitrar. Así, primero es la ley que declara arbitrable un derecho discutido, o sea, como lo admite la doctrina, la ley es la suprema fuente de todo lo que puede o no ser arbitrable [Ver, FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY y MANUEL ARAMBURÚ YZAGA, El arbitraje en el Perú: Desarrollo actual y perspectivas futuras, Fundación M.J. Bustamante, pág. 189-190, Lima, 1994], de lo que se sigue que el abanico de derechos discutibles en el arbitraje es tan amplia o reducida como lo conciba la ley, y luego, ante esa consagración, entra en juego la voluntad de las partes sustantivas para concretar si el conflicto debe ser de conocimiento de los árbitros.

II). La idea de la libre disposición: La ley, ante la imposibilidad de establecer un listado de asuntos arbitrables, particularmente, para obviar la discusión de si éstos violan la idea de orden público, prefiere sentar una regla de tipo, más o menos, general, para concretar los derechos discutidos que pueden decidirse a través de árbitros. Así, bajo el Decreto 1818 de 1998, se dijo que eran arbitrables los conflictos respecto a los cuales las partes pudieran *transigir*. Entonces se tomó a la transacción como medida de lo que podía ser arbitrable. En la nueva legislación (Ley 1563/2012) se adoptó como criterio objetivo de arbitrabilidad la libre disposición del derecho en cuestión, y se agregó que también resultaban arbitrables los casos expresamente señalados por la ley (como las controversias sobre contratos estatales y sobre las consecuencias económicas de los actos administrativos), [Ver, inciso 1, art. 1].

Con todo, la alusión a idea de *libre disposición* no es en sí misma *clara* ni *suficiente* para que se sepa qué es lo arbitrable. Por qué, *cuál* es el criterio que define lo disponible? No cabe duda que la idea de disponibilidad al principio no arroja luces concretas. Por tanto, no hay una regla que en abstracto y de frente a la lógica jurídica diga cuándo se está en presencia de un derecho disponible; así las cosas es la *ley* la que define en cada país lo que se debe entender por derecho disponible, de modo que su entidad no es absoluta sino meramente relativa y casuística. Luego, la libre disposición debe ser mirada conforme a lo que pregona el derecho positivo (“libre disposición *conforme* a derecho”), ya que, como bien lo dice la doctrina española, el concepto de libre disposición se verifica atendiendo a lo que el ordenamiento jurídico disponga en cierto momento [Ver, SILVIA GASPAS, El ámbito de aplicación del arbitraje, pág. 90, Edit. Aranzandi, Navarra, España, 1998]. Pero, la disponibilidad no puede ir separadamente de lo que cada legislación

entiende por orden público; de modo que la arbitrabilidad de la materia no puede ir en contravía de lo que dicho principio abarque, lo que pone de presente que el mismo concepto de “orden público” es variable y casuístico, y que si lo es, la arbitrabilidad del derecho discutido también está sometido a ese vaivén normativo. Luego, aceptando la idea de la disponibilidad del derecho, se llega a la conclusión que lo que en esencia se discute en el proceso arbitral, es la *causa petendi* y, concretamente, las pretensiones que el titular del derecho subjetivo en discusión formula a la parte contraria de la relación jurídica sustancial, cualquiera sea su fuente, cuando no se viola el orden público, y que constituye una obligación a su cargo, que debe entrar a satisfacer.

Lo anterior deja ver que la idea de la libre disposición del derecho debe mirarse sobre dos aspectos diferentes: La arbitrabilidad “objetiva” que pone de presente el derecho subjetivo en discusión, que se plantea en la causa petendi y, concretamente, en las pretensiones de la demanda, y lo que se conoce como arbitrabilidad “procesal”, con lo que se hace referencia a que las partes sustantivas del conflicto de intereses jurídicos no tengan impedimento legal para someter su controversia al arbitraje. No basta entonces que el conflicto jurídico sea arbitrable sino que adicionalmente las partes puedan legalmente adoptar el arbitraje, lo que descarta la existencia de una norma jurídica que lo impida. Así las cosas, la arbitralidad objetiva, fundada en la libre disposición del derecho subjetivo reclamado, descarta la posibilidad que el conflicto verse sobre cuestiones extrapatrimoniales (como el estado civil de las personas), lo que pone de presente que la materia arbitral es patrimonial. [Sobre la idea de la libre disponibilidad puede consultarse lo dicho por la CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-098 de 2001, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez].

A tenor de la idea expuesta, la libre disposición del derecho debe ser examinada bajo dos aspectos diferentes, el permisivo y el prohibitivo. El primero determina el criterio que indica cuáles asuntos son arbitrables, expuesto sobre la noción de la libertad de disposición, lo que constituye la regla general, y el segundo indica los ítems que quedan excluidos. El primero se traduce en una proposición genérica, abierta e incluyente, mientras el otro se conforma por un listado de casos determinados por la ley para los cuales las partes no pueden pactar el arbitraje [Ejemplos: Los que versan sobre el estado civil de las personas; la capacidad legal de las mismas; los que se refieran a derechos o bienes de incapaces; las decisiones judiciales en firme; los asuntos en que esté involucrado el orden público; los delitos penales; las cláusulas exorbitantes de la contratación pública; entre otros.]. [Sobre este aspecto pueden ser consultadas las Sentencias C-294 de 1995; C-242 de 1997; C-330 de 2000; y SU-174 de 2007, amén de otras, de la CORTE CONSTITUCIONAL]. Mientras el primer sentido obra por vía general, el segundo actúa a modo de excepción. Si la ley hubiera optado por citar casuísticamente las situaciones arbitrables, el método hubiera fallado porque siempre habría dejado casos por fuera del enunciado; lo que resulta casuístico son las excepciones al principio. A contrario sensu, si no existe la excepción legal expresa la conclusión es la arbitrabilidad. Para concluir si el derecho subjetivo es arbitrable lo más lógico es partir de la base de indagar si existe prohibición legal del arbitraje en ese caso.

III). Precisión del derecho subjetivo arbitrable: Es, por eso, que el inciso 1 del artículo 1 del Estatuto Arbitral (Ley 1563/2012), acogió el principio general (la disponibilidad del derecho subjetivo) y fundó la excepción en el criterio negativo. Como bien lo precisa dicho apartado, lo libremente disponible no es la controversia sino el derecho subjetivo discutido (asunto), de

manera que pueden llevarse a arbitraje las controversias (determinadas o determinables) sobre derechos subjetivos respecto a los cuales las partes tengan la facultad de disponer libremente. Por consiguiente, si el derecho tiene ese carácter y las partes se avienen al arbitraje, la consecuencia surge de inmediato: queda declinada la jurisdicción estatal. En sana lógica, para poder concretar si un derecho subjetivo es de libre disposición se debe revisar si el mismo constituye una excepción a la regla, pues, como afirman CASTILLO, VÁSQUEZ y SABROSO, “*la excepción hace a la regla*” [Ver, ob cit., pág. 7], de suerte que sin el auxilio de la excepción la disponibilidad del derecho no podría concretarse.

Ahora cabe preguntarnos de dónde viene la inarbitrabilidad de algunos derechos subjetivos, si de su naturaleza o de una disposición de la ley. A primera vista podría sostenerse que dicha inarbitrabilidad se deriva de la naturaleza humana, porque siendo propios de la esencia del ser no pueden negociarse, o porque al permitirse su controversia estaría en juego la soberanía nacional (y la función jurisdiccional del ente público), pero, si se ahonda más en la razón de ser, se encuentra que la propiedad es la que justifica en última instancia si se puede o no disponer de cierto derecho, porque solamente se puede disponer de lo que se tiene, de manera que si la propiedad es un derecho, cabe concluir que los derechos nacen de la ley; es ella la que reconoce derechos y la que en últimas dice quién puede disponer de lo suyo.

El ejercicio del derecho va hasta donde la ley lo permite. [Doctrinantes consultados al respecto opinan que es la ley la que determina quiénes pueden disponer de lo que es suyo o propio, entendiendo que lo que es suyo o propio lo es porque la ley dice que lo es]. [Ver, CASTILLO, VÁSQUEZ y KUNZER, ob cit., pág. 10]. Es, por eso, que la ley determina quién y en qué caso alguien puede disponer de lo suyo; si la ley no le atribuye un derecho a un sujeto mal puede éste disponer de él. Por consiguiente, siguiendo con este planteamiento podemos concluir que en abstracto no existen derechos que resulte posible arbitrar, y otros respecto a los cuales ello no sea posible. En ambos casos es la ley la que define cuáles sí y cuáles no, pero, como la ley la expide el Estado, es éste a quien corresponde decir qué casos son arbitrables y cuáles no, a tenor de sus políticas en beneficio de la sociedad. Como lo anota el profesor RESTREPO SOTO los asuntos susceptibles de arbitraje dependen, en un principio del poder legislativo del Estado, como creador de la ley, estableciendo mediante la misma cuáles asuntos son materia de arbitraje, partiendo de la regla general en que cualquier asunto es arbitrable excepto aquellos que la ley expresamente ha prohibido o que vayan en contra del orden público [Ver, ob cit., pág. 4/10].

IV). El acierto normativo: A tenor de lo expuesto puede decirse que el estatuto arbitral adopta la postura *positiva* para determinar las materias que pueden llevarse a arbitraje, habiendo adoptado como tales aquellas en que existe libre disposición del derecho, lo que significa que parte de la base de una autorización genérica (los asuntos arbitrables), y sólo se vale del criterio *negativo* para ir determinando las situaciones excluidas (que se concretan por casuística legal). También adopta la postura *positiva* al disponer que podrá haber arbitraje sobre las materias autorizadas por la ley (o por tratado o acuerdo que contenga la cláusula de arbitraje). Así, siempre queda a criterio de la ley, como mandato estatal, establecer las excepciones al arbitraje, en cuyo caso no habrá disponibilidad del derecho. Creemos, por tanto, que haber acogido el criterio positivo para sentar la regla de la arbitrabilidad (libre disposición del derecho) es un acierto, y que está bien que la ley aplique el criterio negativo para formular las excepciones, pues, de lo contrario, resultaría un

verdadero dolor de cabeza definir cuándo puede haber arbitraje y en qué casos no [Ver, a este respecto, RICARDO YÁÑEZ VELASCO, Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje, pág. 160, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2004]. Excepciones que, en el mundo actual, en que han desaparecido numerosas fronteras políticas y económicas, cada vez van siendo menores.

© D.R.A.