

GACETA ARBITRAL

PROPIETARIO-EDITOR: RODRIGO BECERRA TORO, Cali, Colombia

NUMERO: 80

AÑO VII

FECHA: 1 de NOVIEMBRE de 2019

ASUNTO: ¿Los árbitros ejercen jurisdicción?

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

Hoy, un poco menos que antes, se sigue discutiendo si los árbitros ejercen jurisdicción, pese a que en nuestro medio jurídico el asunto ha sido definido por la Constitución Política (Art. 116, inc. 4), y a que existe jurisprudencia constitucional y, de otros entes judiciales, que lo confirman. [Desde cuando la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, se ocupó del tema al declarar exequibles los artículos 1214 a 1227 del antiguo Código de Procedimiento Civil (Ley 105/1931) y de la Ley 2ª de 1938, se sostuvo que el arbitramento tenía carácter *jurisdiccional*, como una especie de habilitación legal a los particulares para participar en la función pública de administración de justicia (Ver, Sentencia de 29 de mayo/1969, G.J. CXXXVII)].

Nos detendremos, por ende, a examinar las razones jurídicas por las cuales se considera que el árbitro cumple función jurisdiccional. [El común denominador de quienes acuden al arbitraje lo hace porque ven en él una justicia confiable, docta, imparcial y rápida, cualidades que se vuelven lunares -no generalizados- cuando se habla de la justicia que imparte el órgano estatal]. Pensamos, como reiteradamente lo hemos dicho, que conforme a la filosofía-política el árbitro ejerce jurisdicción porque, al momento de producirse el tránsito de la sociedad natural a la política, los miembros de aquella ejercitaban el derecho a designar a sus propios jueces, y este estado de cosas fue advertido y reconocido por el naciente ente político, para no alterar las bases estructurales y de convivencia social, aunque, como regla general, le fue delegada al Estado la facultad de administrar justicia por medio de jueces públicos, ejerciendo el derecho de acción [lo que deja ver que no se trata de una *graciosa concesión* del ente público sino un derecho constitutivo y natural del constituyente primario], [Ver, Eduardo J. Couture, Fundamentos de Derecho Procesal Civil, 3ª edición, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1973], máxime si en la actualidad se aprecia que el *deber* jurisdiccional del ente público, que discurre paralelo al derecho de acción, no se satisface a plenitud por diversas causas [exceso de ritualidades y procedimientos; la falta de idoneidad profesional de algunos jueces; la congestión; la existencia de etapas, términos y recursos que no se compadecen con la idea de un procedimiento dinámico; etc.]. Con todo, no nos detendremos a examinar las causas negativas que perturban la administración de una pronta y cumplida justicia estatal, sino a sopesar si la función del árbitro implica el ejercicio de la jurisdicción. No hay poder político, cualquiera sea su clase, que no provenga del pueblo (el Estado es titular de los derechos que, por delegación, le atribuye la sociedad civil), razón por la cual bien puede ésta atribuir la facultad de administrar justicia al ente estatal y *reservarse* la propia sociedad el derecho a nombrar al juez, en ciertos casos, lo que equivale a la derogatoria de la jurisdicción de aquél [La excepción previa de compromiso o de cláusula compromisoria -ha dicho la Corte Constitucional- surge del pacto arbitral para someter el conflicto a la decisión de un tribunal de arbitraje, siendo ésta la instancia correspondiente, lo que implica *derogar la jurisdicción ordinaria* (de decir, la funcional del juez), (Ver, Sentencia C-662 de 8 de julio de 2004, Exp. D-4993, M.P. Rodrigo Upimny Yepes)].

Entendemos que si se mira a la jurisdicción como una *función*, tanto la administrada por el poder público como por los particulares, *se trata de manifestaciones de un mismo concepto*, ya que en ambos casos se definen conflictos de intereses por medio de un *juzgador* (que tiene la facultad de generar, crear o reconocer el derecho subjetivo en discusión), [que es lo que se conoce como *ius dictio*

(jurisdicción)]. Visto así, cuando el juez (o árbitro) administra justicia lo que hace es aplicar el derecho objetivo a un caso particular que satisface los requisitos de la norma (configuración fáctica), con lo cual da origen al derecho subjetivo, haciéndolo exigible. Entonces, la función del juzgador (juez), como tercero independiente e imparcial con relación a las partes del litigio, busca en rigor la seguridad jurídica desde la perspectiva de la axiología del derecho, y adicionalmente la decisión de la controversia elevada a estrados. De ahí que, en términos generales, la jurisdicción no es otra cosa que la potestad del Estado, delegada a éste por la sociedad políticamente organizada, para asumir el conocimiento y decidir en un proceso (judicial) la controversia presente en estrados y para hacer cumplir lo decidido. A su turno, el ente estatal, obrando como delegatario de la comunidad política, la administra a través de los órganos establecidos por las disposiciones constitucionales y legales, en seguimiento de los criterios de la doctrina moderna de la separación e independencia de los poderes públicos.

Es, por eso, que la jurisdicción, tomada en su acepción propia, conlleva la presencia de: a). Una *función pública* aplicada específicamente a la administración de *justicia*, mediante la aprehensión o conocimiento de un caso concreto [nocio]; b). La existencia de un *proceso* dirigido por el juez, con participación de las partes [vocatio]; c). El *procedimiento* determinado por la Ley; d). La existencia de un *conflicto de intereses* alrededor de un derecho subjetivo; e). La *decisión* del juez (con carácter de cosa juzgada formal y material), [judicium]; f). La *coercibilidad* [coercio] y *ejecutabilidad* del fallo [imperium]; y g). El cumplimiento de la *finalidad de la justicia* (la seguridad jurídica) y la definición del conflicto. [Es, por eso, que la Corte Constitucional ha dicho que la Ley 1563 de 2012 asigna a los miembros del tribunal arbitral las funciones que implican el ejercicio de la *jurisdicción* (admisión de la demanda, inadmisión de la misma, su rechazo, el traslado al demandado, la competencia para conocer las pretensiones, la definición del conflicto, el laudo o sentencia, etc.), (Ver, Sentencia C-765 de 6 de noviembre de 2013, Exp. D-9617, M.P. Alberto Rojas Ríos)].

Lo anterior indica que la jurisdicción emerge y se ejerce cuando el órgano determinado por las reglas constitucionales y legales tiene capacidad para decidir e imponer su fallo, lo que descarta que otro pueda desarrollar al tiempo esa potestad sobre el mismo asunto, porque el ejercicio y conocimiento del asunto debatido implica exclusividad. Es claro entonces que el ente estatal reparte la jurisdicción y la distribuye en los órganos públicos a los que asigna competencia, con la excepción de los particulares que actúan como árbitros para administrar justicia, según voces del inciso 4 del artículo 116 C.N., lo que permite ver que el derecho positivo extiende la jurisdicción al arbitraje, primero, porque es un derecho natural de la comunidad determinar quién la juzga y bajo qué procedimiento, y en segundo lugar porque la función de los árbitros reúne los requisitos esenciales para que la jurisdicción exista [y sin que se pueda suponer anticipadamente que la intervención del tercero como árbitro (juez) viola la garantía del debido proceso, o el derecho a la defensa, o que sus decisiones vulneran derechos fundamentales]. [La Corte Constitucional, dijo que el artículo 116 de la C.P. permitía a la ley atribuir transitoriamente la función jurisdiccional a particulares que obren como árbitros, con carácter transitorio y excepcional, los que disponen de poder coactivo, sobre asuntos disponibles (Ver, Sentencia T-057 de 20 de febrero de 1995, Exp. T-49986, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz)].

El ente estatal, paralelamente al reconocimiento al derecho a la vida, también garantiza el derecho a la *libertad* individual, para que cada quien, bajo el entendido de ser sujeto de derecho, haga uso discrecional de su *autonomía* para celebrar actos jurídicos (como el arbitraje), a fin de definir el conflicto sobre un asunto disponible, mediante el procedimiento que logren acordar (salvedad hecha de las entidades públicas o de las que prestan servicios públicos), [Es, por eso, que la Corte Constitucional expresó que los árbitros ejercen una función pública, establecida en el inciso 4 del artículo 116 C.P. y en las leyes que la regulan, pero *habilitados por las partes* para proferir fallos en derecho o en equidad, transitoriamente si el asunto es transigible (Ver, Sentencia C-294 de 6 de julio de 1995, Exp. D-791, M.P. Jorge Arango Mejía). Se trata, por consiguiente, de una función de carácter jurisdiccional, creada explícitamente y regulada por

el legislador, que se ejerce por árbitros (particulares habilitados como jueces), designados por las partes del proceso o por sus delegados (conforme al pacto arbitral), cuyo laudo es una sentencia a la que la ley otorga firmeza de cosa juzgada, [lo cual está conforme con lo expresado por la Corte Constitucional, al reconocer que el arbitraje es un *mecanismo alternativo de solución de conflictos, que implica la derogación que hacen las partes de la jurisdicción en cabeza de los jueces del Estado*, para que frente a un conflicto determinado o previendo uno futuro, sean terceros distintos de los jueces, quienes con carácter definitivo resuelvan la controversia suscitada, mediante una decisión – fallo arbitral- que es igual a las decisiones de los jueces de la República, con tránsito a cosa juzgada (Ver, Sentencia C-1436 de 25 de octubre de 2000, Exp. D-2952, M.P. Alfredo Beltrán Sierra)], y cuyo cumplimiento queda encomendado a los órganos jurisdiccionales públicos (o a los árbitros, en caso que la ley los faculta para llevar a cabo el cumplimiento de la decisión, lo cual en teoría es viable, como, por ejemplo, en el arbitraje ejecutivo que se practica en algunos países, y que en Colombia se discute ahora).

Llegando a este punto pensamos que el arbitraje ofrece dos facetas que deben ser precisadas, la primera, que pone de presente que surge por el acuerdo de las partes del conflicto, las cuales han conservado su derecho primario a la designación de los jueces que han de fallar su caso, con la consiguiente substracción de la controversia de los estrados judiciales, de modo que tiene un origen contractual, y la segunda, que implica la existencia de un proceso en el que los árbitros desempeñan la función jurisdiccional, porque así lo dispone el inciso 4 del artículo 116 C.N., lo que deja claro que tratándose de una función y servicio esencial de la sociedad, como es la justicia, los árbitros ejercen la jurisdicción como medio alternativo para su realización. [Basta ver cómo la Corte Constitucional definió el asunto, en argumento que resumimos: 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 conflicto 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 o legales o atendiendo a los principios de equidad (Ver, Sentencia C-242 de 20 de mayo de 1997, Exp. D-1501, M.P. Hernando Herrera Vergara). Vale reiterar que la jurisdicción es una sola, en cabeza del Estado, que ha asumido la función de impartir justicia, y se materializa en el caso del arbitraje, cuando las partes del conflicto, vinculadas al pacto arbitral, invocan su materialización. Si bien las partes del arbitraje designan sus propios jueces (o la delegan en un tercero), que es lo que permite la disposición constitucional citada atrás, éstos no actúan a nombre de aquellas ni tienen su representación judicial, antes bien, obran como jueces plenamente facultados para ejercer jurisdicción, en nombre del ente público y de la ley. [Se entiende, pues, que el arbitraje es una figura de orden constitucional de excepción a la regla general que consagra la administración de justicia por parte de los jueces de la República, con claros límites materiales y formales, contenidos tanto en mandatos constitucionales o legales (Ver, Sentencia C-349 de 29 de mayo de 2009, Exp. D-7474, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva)]. [A este propósito cabe decir, como lo hace el profesor Alberto Fabián Ayala Molina, que el árbitro no es mandatario de las partes y su función cumple verdaderas potestades jurisdiccionales, El Arbitraje, ¿Es realmente una jurisdicción?, pág. 6, Asunción, Paraguay].

En otras palabras, el pacto arbitral (cláusula compromisoria o contrato de compromiso) es el instrumento que permite declinar que un asunto litigioso que debe ser tramitado y decidido por los órganos públicos que imparten justicia, sea de conocimiento de los árbitros, con lo que la potestad estatal de administrar justicia permanece inalterada, sólo que otro tipo de juez ejerce la función jurisdiccional (el árbitro), y ni aun en el caso en que las partes adopten las reglas de procedimiento, dicha facultad puede ir en contra de los derechos fundamentales que están presentes en el proceso (arbitral), [Lo cual está claramente definido por la Corte Constitucional al concluir que el arbitraje es un mecanismo de carácter excepcional y temporal de administrar justicia en cabeza de particulares, en forma temporal, y con los mismos deberes, poderes, facultades y responsabilidades de los jueces, cuya decisión hace tránsito a cosa juzgada, implica un auténtico proceso, y la sujeción a la garantía del debido proceso (Ver, Sentencia C-305 de 22 de mayo de 2013, Exp. D-9330, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo)].

Es simple, jurídicamente está reconocido el derecho a invocar la jurisdicción arbitral y designar árbitros, sea que las partes adopten su propio procedimiento o no lo hagan, pero quien interviene administrando justicia es el ente estatal, de manera que los árbitros están autorizados para ejercer la función jurisdiccional, y sus decisiones son verdaderas sentencias con el atributo de la cosa juzgada [Ver, art. 1 Ley 1563/2012]. Podría interpelarse que los árbitros no ejercen jurisdicción porque no ejecutan sus laudos, a lo que se contesta que el Estado puede regular la jurisdicción conforme resulte más ventajoso para lograr la seguridad jurídica, máxime si se tiene en cuenta la temporalidad del proceso arbitral, por lo que es voluntad del legislador disponer que el laudo sea ejecutado por los árbitros o por otros agentes jurisdiccionales, sin que al no atribuir esa facultad a los árbitros se desconozca la existencia de la jurisdicción arbitral. Así, si como vimos: a). Está constitucionalmente reconocido el arbitraje; b). Consagrada la existencia y validez jurídica del pacto arbitral; c). Establecida una forma procesal para tramitar la causa (que implica la existencia de un proceso), y d). Fijado un procedimiento que rige la actividad de árbitros y partes, sea que estas últimas decidan intervenir o no en las etapas del proceso, con las consecuencias propias de cada posición [la vocatio], se cumple el primer condicionamiento jurídico (en sentido *formal*) para la existencia de una jurisdicción especial. Si a eso se agrega: e). La existencia de un conflicto disponible [la nocio], nacido de una relación contractual o extracontractual, que debe ser decidido por los agentes jurisdiccionales (árbitros), mediante una sentencia revestida por ley de la peculiaridad de la cosa juzgada [la coercio], [Art. 1, Ley 1563/2012], se habrá determinado el aspecto *material* o de contenido del arbitraje, y f). Si se concluye que el laudo busca la seguridad jurídica y la definición del conflicto, se entenderá cumplida la *función* asignada a la justicia. Eso es lo que tipifica a la jurisdicción, y los elementos indicados concurren en el caso del arbitraje [De ahí que la Corte Constitucional advierta que el constituyente reconoció al arbitraje como medio alternativo de resolución de conflictos, a través del cual las partes de manera libre, se sustraen de la justicia estatal, a fin de que un tercero, *revestido temporalmente de jurisdicción*, adopte la decisión de carácter definitivo y vinculante para ellas (Ver, Sentencia T-186 de 17 de abril de 2015, Exp. T-4.551.220, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez)].

No es posible controvertir que la rama judicial del poder público ejerza jurisdicción, porque así lo reconocen los artículos 228 a 246 de la C.N., pero el mismo resultado se obtiene con relación a los árbitros, porque, como hemos dicho, el inciso final del citado artículo así lo dispone, lo que no deja duda sobre el particular. En ambos casos se trata de falladores que administran justicia en nombre del ente estatal, con la sola diferencia que en el caso de los árbitros las partes proveen su designación y hasta pueden convenir el procedimiento a seguir en el trámite del proceso (con las salvedades legales), [Ver, art. 58, Ley 1563/2012].

En consecuencia, no cabe escindir el concepto *unívoco* de jurisdicción ni *excluir* del mismo la que ejercitan los árbitros, pues, en sana lógica, la actividad de éstos consiste en *fallar* dentro del orden jurídico positivo, como lo hacen los jueces ordinarios. No sería de recibo argumentar que la actividad jurisdicción de los árbitros es temporal, porque aún durante ese espacio de tiempo, su función igualmente resultaría jurisdiccional; la función aludida no se configura necesariamente por su permanencia en el tiempo, sino por la calidad o contenido que se le atribuye a ella, de ahí que ningún otro poder o funcionario público pueda ejercer funciones jurisdiccionales. Más sencillo, los árbitros ejercen función jurisdiccional en sentido material porque definen el conflicto declarando jurídicamente a quién le asiste, y en sentido formal porque lo bastantean y emiten una sentencia [Art. 1, Ley 1563/2012], por lo que su oficio es equivalente al del juez ordinario, [por lo que los árbitros están sujetos a la garantía del debido proceso, la defensa, la contradicción, la publicidad de las actuaciones, la sujeción a un procedimiento previo, la adecuada valoración de las pruebas, la igualdad procesal de las partes, etc. (Ver, Corte Constitucional, Sentencia C-538 de 2016, Exp. D-11287, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva)], lo que lleva a la conclusión que, aunque, el arbitraje tenga origen contractual, es *jurisdiccional* por la naturaleza de

su función y la eficacia que el derecho otorga a sus decisiones, de suerte que se consigue en el arbitraje el mismo efecto que ante el juez ordinario: la definición del conflicto, el efecto de cosa juzgada de la decisión laudatoria, y la posibilidad de ser ejecutado por la autoridad judicial.

© D.A.R.