

GACETA ARBITRAL

PROPIETARIO-EDITOR: RODRIGO BECERRA TORO, Cali, Colombia

NUMERO: 93

AÑO VII

FECHA: 1 de abril de 2020

ASUNTO: El arbitraje debe versar sobre un derecho de libre disposición

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

Dice el inciso primero del artículo 1 de la ley 1563 de 2012 que el arbitraje debe versar sobre una controversia disponible, o sobre las que determine la ley. En esencia reconoce dos orígenes, la voluntad y la ley como fuentes del arbitraje. Con todo, la norma mencionada se concreta a establecer la disponibilidad de la controversia como presupuesto de cualquier arbitraje, cuyo origen sea la voluntad de las partes del pacto correspondiente, pero deja abierta la posibilidad legal del arbitraje para otras materias, que no condiciona a la arbitrabilidad. [El casuismo de la ley]. Así las cosas, en el arbitraje nacido de la voluntad de quienes lo acuerdan, el conflicto que convoca a las partes en el proceso debe gozar de *disponibilidad*, lo que ocupa nuestra atención en esta entrega.

1). Los derechos subjetivos son excepcionalmente indisponibles:

El núcleo del derecho subjetivo discutido en el arbitraje está determinado por la facultad jurídica de poder disponer de él, lo que supone valernos de la hermenéutica para poder comprender su condición esencial. En un principio y por vía de generalidad hay que tener en cuenta que la obligación de carácter jurídico está concebida para expresarse sin condicionamientos y sin sujeción a situaciones excepcionales, pero que puede verse afectada por éstas (la condición y las excepciones a la regla), que tienen el efecto de limitar o restringir el ejercicio del derecho y convertirlo en *indisponible*, en cuyo caso el derecho subjetivo originado en la obligación jurídica ya no tiene alcance absoluto o pleno, de modo que los condicionamientos o excepciones al derecho subjetivo terminan por justificar su indisponibilidad, lo que lleva a pensar que tal indisponibilidad debe obedecer a causas *objetivas* que se oponen al sustrato material del derecho respectivo y al efecto que tienen frente a los sujetos de la obligación jurídica. [Por ende, la indisponibilidad del derecho muestra otra cara o realidad diferente a la que presenta el derecho mismo, y que legalmente se justifica porque la realidad opuesta al derecho subjetivo resulta válida y superior a éste].

Con todo, los condicionamientos y excepciones al ejercicio del derecho deben basarse en razones *objetivas* y de orden *superior* al de las partes de la obligación jurídica, porque de lo contrario su propagación se extendería como una plaga que terminaría por desconocer el aludido derecho, luego la objetividad de que estamos hablando guarda una relación inherente al contenido del derecho, oponible al titular y obligado de la relación jurídica que lo origina, sin destruir el libre albedrío ni el derecho mismo, porque la voluntad del legislador no es autárquica y está limitada por las reglas kantianas de la convivencia. Evidentemente, como bien lo afirma Fernando Adrián Bermúdez, la fundamentación racional del derecho sólo se alcanza dentro de un marco de *objetividad de sus condicionamientos o excepciones* [Ver, La indisponibilidad del derecho, una tesis

iusnaturalista en la obra de Carlos Manssini Correas, pág. 409, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2016].

2). El alcance de la voluntad y la disponibilidad del derecho:

La idea de disponibilidad del derecho subjetivo o del bien o interés jurídico de un sujeto de derecho, visto desde la perspectiva de quienes pretenden adelantar un proceso arbitral, con fundamento en un pacto de la misma naturaleza, *implica la posibilidad jurídica de disfrutarlo y corrientemente de disponer de él* (entendido por tal, sacarlo del patrimonio para radicarlo en otro por las formas propias de la ley), lo que resulta diametralmente opuesto a la indisponibilidad, en cuyo caso puede haber disfrute (como ocurre con determinados derechos reales) pero no hay facultad para su enajenación (a título gratuito u oneroso). Así, la disponibilidad del derecho, bien o interés jurídicamente tutelado hace relación a su propia naturaleza, esto es, que no esté limitado su tráfico jurídico, y que la ley establezca las *razones* de indisponibilidad de aquellos, cuando a juicio del legislador debe imponerse. Por consiguiente, el orden jurídico prohíba la voluntad de los sujetos para constituir derechos subjetivos o para convertirse en titular y disfrutar los que emanan de la ley, pero la tendencia intervencionista del ente estatal de derecho limita su goce o su disponibilidad (cuando hay de por medio un interés público prevalente).

De esta manera, la posibilidad jurídica de que un sujeto pueda *disponer* de su derecho (real o personal), bajo determinadas reglas y en ciertas circunstancias, pone de presente la incidencia que tiene la emisión del consentimiento en su desplazamiento a terceros. [Desde luego que estamos refiriéndonos a un derecho personal debidamente amparado por el ordenamiento jurídico, en los distintos estados que implica su garantía de ejercicio y disposición]. Es, por eso, que la indisponibilidad es una *contención* que la ley establece para que el interés que se pretende proteger con ella, se sujete a una tipicidad que se concrete y no exceda los parámetros taxativos y obre de modo excepcional y restrictivo, sin dar pábulo a un catálogo incoherente y caprichoso que a cada paso a que se desconozca la autonomía de la voluntad y fomente la práctica de la intervención pública sin justo motivo para ello. Desde nuestra posición personal sólo entendemos la *indisponibilidad* que obedezca a un criterio racional, plenamente justificado, que constituya una real doctrina sobre las causas de la excepcionalidad, con aplicación sistemáticamente y coherente, bajo parámetros razonables y de equidad, que jerarquicen el bien común respecto al particular, y que no obstruyan el ejercicio autónomo de la voluntad en el derecho. No puede ser, por ende, que la voluntad se reconozca en el derecho por el atajo de la situación excepcional, porque ello equivale a eliminar el acto voluntario (unilateral o bilateral) como fuente material de la obligación jurídica, y que su oficio y aplicación se rija por la naturaleza del acto público (donde el principio obra a la inversa). La causa de la inoponibilidad -conforme a lo dicho- es típica y de orden legal, y su inclusión en ella excluye la antijuridicidad de la imposibilidad de disponer del derecho, de lo que se colige que la indisponibilidad presenta primero un problema de tipicidad legal, bien por vía de generalidad o en casos específicos, y otro referido a la justificación de la excepción de la ley (por el interés que se encuentra en juego al momento del traspaso del derecho). [No hay, pues, causas atípicas de indisponibilidad del derecho, pues ellas requieren consagración legal]. Cuando a tenor de la preceptiva legal este fenómeno se presenta, impidiendo la disponibilidad del derecho subjetivo, se crea para nosotros un conflicto de intereses entre el titular del derecho citado y el excepcional de la ley que impide su transferencia, que las normas jurídicas privilegian haciendo prevalecer el interés común o general (que es el bien supremo tutelado).

3). El consentimiento presunto del titular del derecho a la indisponibilidad:

Si un sujeto adquiere un derecho *subjetivo* por ministerio de la ley, o por un acto voluntario (a título gratuito u oneroso), sabe jurídicamente si su derecho es o no susceptible de transferencia, por acto entre vivos o por causa de muerte. Ese consentimiento deriva del conocimiento público y generalizado de la ley y lo deducimos porque ella se presume pública y conocida, lo que impide ignorar sus preceptos o su alcance, y porque ella misma establece los motivos de indisponibilidad del derecho (subjetivo), de ahí que no es posible sostener que ese consentimiento presunto sólo se entienda al momento de la adquisición del derecho, sino que también se mantiene el consentimiento presunto de disponibilidad (o indisponibilidad) durante el tiempo en que se ejerza su titularidad (es decir, cuando se disfruta), si surgen causas de indisponibilidad nacidas en la ley que terminen impidiendo la libre enajenación del derecho, razón por la cual quien lo adquiriera no sólo debe gozar de capacidad plena de ejercicio sino también de la posibilidad jurídica de adquirirlo y transferirlo. Puede afirmarse entonces que nada impide que si se adquiere un derecho subjetivo, respecto del cual no existe en ese momento un motivo para su disponibilidad, mientras está vigente y se disfruta, la ley lo convierta en indisponible.

4). La disponibilidad del derecho subjetivo como presupuesto de la arbitrabilidad:

Según dejamos anotado la disponibilidad del derecho (subjetivo) se concreta en la posibilidad jurídica de su enajenación, luego “disponer” del derecho en cuestión significa poder enajenarlo, transferirlo, conforme a los modos adquisitivos de los derechos reales y de los derechos personales o de crédito, y lo contrario es propiamente la indisponibilidad del derecho, de manera que en la generalidad de los casos estamos en presencia de la transmisibilidad y en algunas pocas situaciones de orden legal nos hallamos ante una indisponibilidad típica del mismo. En ambos casos hay que considerar, por ende, el efecto que produce la emisión de la voluntad del titular del derecho frente a una situación de traspaso, ya que si no existe impedimento legal para su enajenación, la voluntad surte efectos de transferencia, pero si el titular se encuentra ante un motivo de indisponibilidad la expresión de la voluntad no surte efecto por expresa prohibición de la ley. Siendo así, puede afirmarse que en el campo del derecho privado y, en particular, frente a los actos nacidos de la voluntad, el consentimiento real y libre de vicios resulta válido para la enajenación del derecho que corresponda. La conclusión es que la ley indica que la materia sobre la cual se tenga derecho de disposición puede ser objeto de arbitraje, de ahí que es la propia ley la que establece en cada caso qué asuntos no son susceptibles de disposición y, por lo mismo, manda que queden por fuera del arbitraje. [Así, por ejemplo, se puede transigir siempre que el derecho sea disponible]. Conforme a lo expuesto, la arbitrabilidad es la regla general y la inarbitrabilidad es lo que está expresamente prohibido por la ley (sin que estas excepciones se puedan extender a más por vía de analogía), [Ver, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 14 de diciembre de 1998]. Conforme a lo dicho, la voluntad del titular del derecho no puede ir en contra del mandato imperativo de la ley cuando existen causas expresas de inarbitrabilidad de aquél, porque ese acto carece de validez jurídica, por mandato del artículo 16 del Código Civil.

5). La doctrina del artículo 1 de la ley arbitral sobre la materia disponible:

El artículo citado parte de la base de considerar la materia del conflicto sustantivo para determinar si es arbitrable o no, y opta para ello por la disponibilidad del derecho o interés

sustancial en controversia, de suerte que los que tienen ese carácter no pueden ser del conocimiento de los árbitros y asunto de decisión en él, de manera que se percibe que la ley excluye de este método alternativo de solución de conflictos, aquellos que resultan contrarios al interés público, que se sitúa por encima del bien particular. Por principio, la ley arbitral permite que el titular de un derecho, que se encuentra vinculado a una disputa entre partes, puede acudir a estrados arbitrales para la definición del conflicto presente o futuro, de manera que su contenido pueda ser materia de controversia, y cuyo resultado puede ser que quien pretende el derecho lo adquiera, lo conserve o lo pierda o no se le reconozca, y como existe la posibilidad de que el resultado de la litis sea adversa al demandante, pretendido titular del mismo, es evidente que quien invoca el derecho subjetivo debe gozar de disponibilidad sobre el mismo, porque, eventualmente, por el resultado incierto del fondo del litigio, puede terminar desplazado a la parte opuesta, quien también lo ha discutido o pretendido. Hay, entonces, una íntima relación jurídica entre la disponibilidad del derecho y la idea del interés prevalente de la comunidad [Ver, Silvia Gaspar, El ámbito de aplicación del arbitraje, pág. 89, Editorial Aranzandi, Navarra, 1998].

Como puede apreciarse, desde la sola indicación de la disponibilidad del derecho, hecha por el citado artículo 1, cualquiera puede deducir que la aludida frase puede y debe ser vista desde una perspectiva positiva y negativa, por cuanto la primera indica los derechos que la ley considera disponibles, y la segunda indica cuáles derechos no pueden ser materia de arbitraje, y no habiendo exclusión hecha por la ley debe colegirse que el derecho es disponible. No es que haya derechos subjetivos que por sí mismos o por su propia naturaleza sean indisponibles, sino que es la ley la que les atribuye esa calidad.

© D.A.R.