



LA ARBITRABILIDAD OBJETIVA EN EL DERECHO DE ARBITRAJE

OBJECTIVE ARBITRABILITY IN ARBITRATION LAW

Por: Daniel Restrepo-Soto¹

Fecha de recepción: 30 de abril de 2014
Fecha de aprobación: 30 mayo de 2014

Resumen

El presente artículo busca analizar la institución jurídica del arbitraje, como método alternativo en la solución de conflictos, partiendo del papel preponderante que juega el principio de la autonomía de la voluntad privada, facultando a las partes a someter un conflicto a la jurisdicción arbitral, buscando una solución eficiente y eficaz ante un conflicto suscitado en virtud de un negocio jurídico. Sin embargo, es claro que no todo asunto es susceptible de someterse a esta jurisdicción, siendo necesario acudir a la jurisdicción ordinaria de un Estado, por ende se ha creado la figura de arbitrabilidad, la cual puede ser objetiva y subjetiva, entendiendo por la primera aquella según la cual se establece que materias pueden ser o no arbitrables; por la segunda, ha de entenderse la capacidad de una parte para someter el derecho que se discute a la jurisdicción arbitral. La arbitrabilidad se analizará desde el punto de vista de la legislación nacional interna, recurriendo también al derecho comparado y a diversos pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales en pro de responder a la pregunta: ¿qué materias pueden someterse al arbitraje?

Palabras clave: *Métodos alternativos en la solución de conflictos, arbitraje, arbitrabilidad, arbitrabilidad objetiva, arbitrabilidad subjetiva, autonomía de la voluntad y orden público.*

¹ Abogado de la Universidad EAFIT, Medellín, Colombia, drestre90@gmail.com



Abstract

The present article analyzes the legal institution of international commercial arbitration, particularly the role of the principle of autonomy of the will of the parties to submit a dispute to arbitration jurisdiction. Also the figures of the objective and subjective arbitrability, especially the first be analyzed, seeking to answer what issues are likely to be settled by an arbitral court? from the analysis of national and international law, comparative law and jurisprudence related to the arbitrability, and from the interpretation of these rules, will be able to determine some criteria for defining the objective arbitrability.

Key words: *Alternative Disputes Resolution, arbitration, arbitrability, objective arbitrability, subjective arbitrability, freedom of contract, public policy.*



Introducción

La realidad jurídica de muchos países latinoamericanos, especialmente de Colombia, se reduce a un escepticismo por parte de los ciudadanos para acudir a las instancias judiciales en búsqueda de resolver las diversas controversias que surgen en el ámbito de los negocios internacionales, no solo por la lentitud en el sistema judicial, sino también por la necesidad de requerir mecanismos eficientes en cuanto a la calidad de las decisiones que se tomen para ponerle fin a los conflictos, y que la misma no se limite a estar sujeta a derecho, sino también tengan en consideración las diversas especialidades jurídicas y comerciales que confluyen en el ámbito de los negocios internacionales.

Buscando resolver los problemas del sistema judicial y garantizar a los ciudadanos un acceso a la justicia eficaz y eficiente, la práctica jurídica ha creado Mecanismos Alternativos en la Solución de Conflictos (MASC) o *Alternative Disputes Resolution (ADR)*, los cuales nacen como herramientas alternas a la rama jurisdiccional, para permitirle a los ciudadanos dirimir los conflictos que surjan en virtud de un negocio jurídico de manera completamente satisfactoria.

Estos métodos están divididos principalmente en dos clases: (i) Los métodos alternativos de *autocomposición*, los cuales son los “(...) compuestos por aquellos medios en los cuales son las propias partes confrontadas las que resuelven sus desavenencias, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, ya sea de manera directa o asistidos por terceros neutrales que facilitan el diálogo y la búsqueda de soluciones al conflicto. Dentro de este primer grupo se encuentran mecanismos como la negociación, la mediación y la amigable composición.”², en este grupo, si bien hay un tercero intermediario, este no tiene la potestad para imponerle a las partes un acuerdo, es decir, el conciliador no puede tomar una decisión por las partes, debe procurar buscar acercamiento entre ellas para que sean estas quienes decidan terminar el conflicto; es decir, únicamente son las partes quienes están facultadas para decidir si llegan a un acuerdo o no. (ii) Por otro lado, se encuentran los métodos de *heterocomposición*, los cuales son aquellos que cuentan con terceros que resuelven directamente el conflicto, sin tener en consideración la autonomía de voluntad de las partes, en el sentido de que no son estas quienes deciden cómo resolver la disputa, si no que el tercero, facultado por las partes, es el encargado de decidir y ponerle fin al conflicto. Dentro de este grupo, podemos observar al arbitraje como el mecanismo por excelencia, y sobre el cual se comenzará a elaborar el presente texto como se detallará a continuación.

Es así como el presente artículo girará en torno a la arbitrabilidad en el derecho de arbitraje internacional, sin dejar de lado un breve análisis del arbitraje nacional y de inversión. Se empezará por estudiar la figura del arbitraje como MASC el cual “es, sin duda, el mecanismo más utilizado para la resolución de conflictos en el comercio internacional”³, y así profundizar en cuales asuntos son susceptibles de ser sometidos a la jurisdicción del arbitraje y la ca-

2 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-1195/01, MP. Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra.

3 Paul Friedland, Rafael Llano Oddone, Horacio Grígera Naón, *Cláusulas de Arbitraje para Contratos Internacionales*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 2010, Prologo.



pacidad de las partes para someter los mismos ante dicha jurisdicción; lo anterior teniendo como fundamento el análisis de las normas nacionales e internacionales, la jurisprudencia y el derecho comparado, que rigen la materia.

El Arbitraje en la Ley 1563 de 2012.

El arbitraje, como MASC, ha sido definido como “un proceso en virtud del cual, personas plenamente capaces, sustraen de la justicia ordinaria el conocimiento de una controversia susceptible de transacción, para que sea decidida por particulares, investidos transitoriamente de la función pública de administrar justicia”⁴, el cual puede ser principalmente, según la clasificación establecida en el Ley 1563 de 2012, nacional o internacional.

El arbitraje nacional, definido en el artículo 1° de la Ley 1563 de 2012 como “un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice”, se centra en asuntos que tengan lugar exclusivamente dentro del territorio Colombiano, y que por exclusión, no tengan elementos que hagan que el arbitraje puedan catalogarlo como internacional. No obstante, es importante señalar, la relevancia del principio de la autonomía de la voluntad privada para enmarcar un asunto al arbitraje nacional.

Por otro lado, la misma ley consagra el arbitraje internacional partiendo de los criterios señalados en la Ley Modelo: Ley de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (CNUDMI), establece los criterios que le dan el carácter de internacional al arbitraje, los cuales son: a) Las partes en un acuerdo de arbitraje tengan, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus domicilios en Estados diferentes; o b) El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, está situado fuera del Estado en el cual las partes tienen sus domicilios; o c) La controversia sometida a decisión arbitral afecte los intereses del comercio internacional (este último, no fue tomado de la Ley modelo CNUDMI). Se puede señalar, que basta la concurrencia de uno de estos elementos, para estar en el ámbito del arbitraje internacional.

Para el efecto del presente artículo, se analizará la arbitrabilidad en el arbitraje internacional, sin desconocer que para el efecto es indispensable tener en consideración la legislación nacional, entre ellas la ley de arbitraje nacional.

El pacto arbitral ha sido catalogado como un negocio jurídico formado por la manifestación de voluntad de las partes, voluntad que se ve reflejada en un pacto arbitral, el cual es un contrato autónomo al negocio jurídico principal que lo comprende, este pacto puede verse reflejado mediante una cláusula compromisoria o por un compromiso:

4 Ramiro Bejarano Guzmán, *Procesos Declarativos, Ejecutivos y Arbitrales*, 5ª Edición, Bogotá, Editorial Temis, 2011, p. 456.



La cláusula compromisoria “es el acuerdo de voluntades en virtud del cual las partes se obligan a solucionar los eventuales conflictos nacidos de un contrato por medio de un proceso arbitral”⁵, mientras que el compromiso es aquel pacto arbitral que se da una vez se presenta la ocurrencia de la diferencia o conflicto contractual. Este compromiso puede pactarse desde que se presenta el conflicto hasta la sentencia judicial en primera instancia.

Una vez analizada la figura del arbitraje, su clasificación en el Nuevo Estatuto Arbitral Colombiano, el principio de la autonomía de la voluntad del cual se deriva el pacto arbitral, es necesario preguntarse ¿Qué asuntos pueden ser conocidos y dirimidos por particulares que cumplen la función pública de administrar justicia como árbitros? y ¿Quiénes tiene capacidad para someter un conflicto a la jurisdicción del arbitraje internacional? Preguntas que se buscarán resolver a continuación.

1. Arbitrabilidad

Si bien el arbitraje ha sido reconocido como el método por excelencia para la resolución de conflictos, esto no ha sido sólo en el ámbito del comercio internacional, sino también “en aquellos donde la controversia concierne una inversión extranjera e involucra el ejercicio de poder del imperio de un Estado”⁶, conocido como el arbitraje de inversión. No obstante, es de anotar que no todo asunto o materia que de origen a un conflicto jurídico en el ámbito del comercio internacional o de inversión extranjera, puede ser dirimido por el arbitraje.

Para determinar cuáles de estos temas pueden ser resueltos por árbitros, se ha configurado la *Arbitrabilidad*, la cual es definida como “la calidad del litigio que permite a los árbitros asumir la competencia para resolver el conflicto sometidos a ellos a través del pacto arbitral”⁷ o como “la posibilidad de someter a árbitros una determinada controversia”⁸.

Para un sector de la doctrina, la arbitrabilidad es un concepto que atañe estrictamente a lo contractual, esto es, los asuntos susceptibles de arbitraje están ligados directamente con cuestiones transables, es decir de libre disposición. Lo anterior, teniendo como base el principio de la autonomía de la voluntad privada y, como límite, el orden público y la legislación nacional de cada Estado. Para otro sector, este concepto se relaciona con el ámbito procesal, y no contractual, en el sentido, de que trata normas eminentemente dispositivas; sin embargo para el efecto del presente artículo, serán admitidas ambas teorías y no se entrará a tomar posición sobre una u otra.

5 Néstor Humberto Martínez Rave, *El Pacto Arbitral: Estatuto Arbitral Colombiano*, Bogotá, Editorial Legis, 2013, p. 44.

6 Eduardo Zuleta Jaramillo, *Arbitraje de Inversión en Colombia: Estatuto Arbitral Colombiano*, Bogotá, Editorial Legis, 2013, p. 582.

7 Myriam Salcedo Castro. “Arbitrabilidad Subjetiva: la capacidad de las entidades públicas para concluir contratos de arbitraje”, en: Eduardo Silva Romero y Fabricio Mantilla Espinoza, *El Contrato de Arbitraje*, Bogotá D.C, Editorial Legis, 2005, p. 113.

8 Eduardo Romero Silva, *El Contrato de Arbitraje: La formación del contrato de arbitraje*, Bogotá D.C, Editorial Legis, 2005, p. 84.



Como se estableció anteriormente, el contrato de arbitraje o el pacto arbitral, como negocio jurídico independiente al principal, debe cumplir con los parámetros de la teoría del negocio jurídico, esto es, requisitos de existencia, de validez y de oponibilidad, de los cuales y para el efecto del presente artículo se enunciarán brevemente los dos primeros.

Los requisitos de existencia de un negocio jurídico son: (i) objeto, (ii) causa, (iii) manifestación de voluntad, y (iv) solemnidad. Así mismo, los requisitos de validez son: (i) objeto lícito, (ii) causa lícita, (iv) consentimiento libre de vicios, entre estos se encuentra la capacidad para ser parte, y (iv) formalidades habilitantes. Lo anterior, es importante ya que la arbitrabilidad puede verse reflejada en (i) el objeto lícito, es decir que el asunto que da origen al conflicto pueda ser dirimido por la justicia arbitral, conocida como la arbitrabilidad objetiva, y (ii) en la capacidad de las partes para someter un derecho de libre disposición a esta jurisdicción.

En consecuencia, a la hora de analizar la figura del arbitraje, es trascendental realizar un estudio previo a los elementos que componen el pacto arbitral. No obstante, hay un sector de la doctrina que considera que “en aplicación del principio de autonomía, aunque la materia del litigio no fuera arbitrable, los árbitros mantienen competencia para así declararlo, es decir que la no arbitrabilidad del asunto, no entraña la invalidez del pacto”⁹.

A partir del análisis de la validez del pacto arbitral, se deriva la clasificación de la arbitrabilidad, en subjetiva y objetiva, como se enunciará a continuación:

La arbitrabilidad subjetiva, ha sido considerada como “la capacidad de la persona para someterse al arbitraje”¹⁰, es decir, la capacidad de una parte que tiene las facultades de disponer del derecho u obligación fruto de la controversia que se quiere someter al arbitraje. No podría pensarse en que quien no tiene disposición sobre un derecho decida someterlo al arbitraje. En tal sentido, y partiendo del arbitraje como un negocio jurídico, se desprende la necesidad de analizar los elementos de validez del contrato de arbitraje, especialmente la capacidad, estableciendo cuáles sujetos son incapaces de remitir las controversias al arbitraje.

Sobre lo anterior, la jurisprudencia de la Corte Constitucional en Sentencia SU-174/2007, ha señalado que la arbitrabilidad subjetiva establece “quiénes pueden acudir al mecanismo del arbitraje para resolver sus conflictos de carácter transigible. Si bien persiste, en algunos sistemas jurídicos extranjeros¹¹, un debate sobre el alcance de la arbitrabilidad *ratione*

9 Adriana Zapata Suarez, *Estatuto Arbitral Colombiano: La Norma sustancial aplicable al arbitramento internacional*, Bogotá D.C, Editorial Legis, 2013, p. 423

10 M. Salcedo Castro, *Op cit.*

11 En algunos sistemas jurídicos existe una distinción entre las entidades públicas y empresas estatales regidas por el derecho privado para efectos de la posibilidad de someter sus disputas a arbitramento; en dichos ordenamientos, mientras que prácticamente no existen restricciones para las compañías regidas por el derecho privado, incluso si son de propiedad del Estado, existen diversas restricciones en el caso de las entidades públicas en cuanto al sometimiento de controversias a arbitraje. Así, según un estudio comparado efectuado a mediados



personae, en nuestro ordenamiento jurídico el legislador ha dejado en claro que pueden recurrir al arbitramento las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, nacionales o extranjeras, que tengan capacidad de disposición respecto de sus derechos transigibles. Es decir, el arbitramento es un mecanismo abierto, en general, a todas las personas, siempre que cuenten con capacidad dispositiva”¹².

Este concepto se desarrolla con mayor amplitud en lo relacionado con la capacidad de las Entidades Estatales que participan en el arbitraje internacional, ya que en la mayoría de los Estados, está prohibido que actúen como ente estatal, “esto es, al ser parte el Estado en un convenio arbitral actúa como particular y no como una entidad soberana, por tanto, no podrá ampararse en las prerrogativas que le reconoce, o concede su propio derecho para evadir las obligaciones derivadas de la suscripción del convenio arbitral”¹³.

La arbitrabilidad objetiva es aquella que “se refiere a las controversias, que según el legislador, pueden ser sometidas a solución mediante arbitraje”, estableciendo así las materias en controversia que las partes deciden sean sometidas, conocidas y resueltas por los árbitros, es decir, la arbitrabilidad objetiva responde a la pregunta “¿Qué puede someterse a arbitraje?”¹⁴.

Para resolver el anterior interrogante, la doctrina ha establecido dos posibles respuestas: Por un lado está quienes afirman que puede someterse a arbitraje aquellas materias susceptibles de transacción; mientras que otro sector, considera que son materia de arbitraje aquellas que por su naturaleza se desprenden de normas dispositivas¹⁵. Sin embargo, la legislación nacional, internacional, y los tratados internacionales, entre otros, han establecido ciertos criterios para determinar los asuntos que pueden someterse a arbitraje, como se analizará a continuación.

de los ochentas, (a) mientras que no existen restricciones en Austria, Gran Bretaña, Italia, los Países Bajos, Suiza, Canadá o Australia (b) en países como Bélgica y Luxemburgo las entidades públicas en principio no pueden acordar pactos arbitrales en relación con sus contratos, sean estos nacionales o internacionales, salvo excepciones establecidas expresamente en la ley para el caso de Bélgica, (c) en Francia las entidades públicas requieren permiso especial para someter sus conflictos contractuales internos –no internacionales- a arbitramento, (d) en Alemania se requiere el consentimiento del Ministro de Finanzas para que el Estado o las entidades públicas recurran al arbitramento, a excepción de lo cual no existen restricciones, (e) en Finlandia no hay restricciones para el sometimiento de disputas a arbitraje, pero las entidades públicas mantienen abierta la opción de recurrir a las cortes a pesar de la existencia de pactos arbitrales, y (f) en los Estados Unidos, aunque no existe una restricción expresa, el gobierno federal y algunos gobiernos estatales a menudo argumentan que no tienen autorización para recurrir al arbitramento, mientras que la mayoría de los gobiernos locales y las autoridades públicas cuentan con dicha autorización. Ver, a este, respecto: Böckstiegel, Karl-Heinz: “Arbitration and State Enterprises”. Kluwer Law and Taxation Publishers – ICC, 1984. Tomado de: Corte Constitucional, sentencia SU- 174 de 2007.

12 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia SU-174/07, M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, Bogotá, 14 de marzo de 2007.

13 Irma Graciela Cervantes Bravo, “Comentarios a la Ley Española de Arbitraje”, en: *Unirevistas*, Bogotá, D.C. Núm. 115, enero junio de 2008, p. 26.

14 María Fernanda Vásquez Palma, “Arbitralidad Objetiva: Delimitación e importancia”, Sitio Web Editorial Legis, [en línea], disponible en: http://www.arbitrajecomercial.com/BancoConocimiento/A/arbitralidad_objetiva_delimitacion_e_importancia/arbitralidad_objetiva_delimitacion_e_importancia.asp?CodSeccion=15, consulta: 2 de febrero de 2014

15 *Ibid.*



2. La Arbitrabilidad Objetiva en el Derecho Colombiano.

A partir de la Constitución Política de Colombia en su artículo 116, se otorgó la posibilidad de que particulares quedaran investidos de funciones públicas jurisdiccionales para dirimir un conflicto entre personal naturales o jurídicas, entre los cuales se resalta el arbitraje, el cual ha sido definido por la Corte Constitucional como “una de las instituciones más sólidamente establecidas en el derecho, no sólo porque se le ha considerado como una forma eficaz de dirimir el conflicto, sino porque tiene evidentes ventajas prácticas para quienes lo utilizan y para el orden social mismo”¹⁶.

Si bien, es claro que el arbitraje como mecanismo alternativo para dirimir los conflictos tiene un claro fundamento constitucional, tenemos que analizar el tema respecto a cuáles asuntos pueden ser sujetos de arbitraje internacional, por lo que es necesario analizar las leyes colombianas, ya que es el legislador, como poseedor de la configuración legislativa, y la rama jurisdiccional a partir de la jurisprudencia, quienes definen la arbitrabilidad objetiva, y señalar qué asuntos pueden someterse al arbitraje.

El primer desarrollo legislativo, a partir de la Constitución Política de Colombia de 1991 de la arbitrabilidad objetiva en la legislación colombiana, se reflejó en la Ley 270 de 1996, Ley sobre Administración de Justicia, en donde en el artículo 3° No. 3 se estableció que: “Ejercen función jurisdiccional, (...): 3. Los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en asuntos susceptibles de transacción, de conformidad con los procedimientos señalados en la ley. Tratándose de arbitraje, las leyes especiales de cada materia establecerán las reglas del proceso, sin perjuicio de que los particulares puedan acordarlas. Los árbitros, según lo determine la ley, podrán proferir sus fallos en derecho o en equidad (Subraya fuera de texto)”.

Lo anterior dejó entrever que la arbitrabilidad objetiva, responde a la pregunta: ¿Qué materias son susceptibles de arbitraje?, cuya respuesta ha establecido que son aquellos asuntos relacionados con la transabilidad o no de los derechos u obligaciones que dan origen al conflicto, y así lo corroboró la Corte Constitucional en sentencia C- 226/97, al afirmar que “el arbitramento debe referirse a bienes o derechos patrimoniales que puedan disponer las partes libremente”¹⁷.

Posteriormente, en la Ley 446 de 1998 se mantuvo el concepto inicial de arbitrabilidad objetiva, dicha ley señaló en su artículo 11 que “El arbitraje es un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, difieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia,

16 Corte Constitucional, Sentencia C-226-93, MP Alejandro Martínez Caballero, Santa Fe de Bogotá D.C., 17 de junio de 1993.

17 *Ibíd.*



profiriendo una decisión llamada laudo arbitral”(Subraya fuera de texto)¹⁸; esto corroboraba la posición legislativa y jurisprudencial colombiana en señalar que únicamente los asuntos susceptibles de transacción podían ser materia de arbitraje, y que el Congreso, como titular de la configuración legislativa, y la rama jurisdiccional a partir de sus pronunciamientos, les es dable delinear qué asuntos podían ser sometidos a la jurisdicción arbitral.

La Ley 1563 de 2012, Nuevo Estatuto de Arbitraje, reafirma esta tendencia al señalar en su artículo 62° que “La presente sección(sobre arbitraje internacional) no afectará ninguna otra ley colombiana en virtud de la cual determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje o se puedan someter a arbitraje únicamente de conformidad con disposiciones que no sean las de la presente ley”, ampliando el concepto de arbitrabilidad en el sentido de establecer que todo asunto es susceptible de arbitraje, excepto aquellos asuntos en los que la ley expresamente lo señale. En consecuencia, además del orden público como límite a los pronunciamientos arbitrales, el derecho interno también es un límite, ya que es este quien define los asuntos susceptibles de arbitraje y cuáles no.

Adicionalmente, el Nuevo Estatuto de Arbitraje ha establecido en su artículo 62 que “ningún Estado, ni empresa propiedad del Estado, ni organización controlada por un Estado, podrá invocar su propio derecho para impugnar la arbitrabilidad de una controversia comprendida en un acuerdo de arbitraje”, siendo procedente señalar que la arbitrabilidad subjetiva cobra relevancia en el sentido de analizar la participación del Estado colombiano, o alguna de sus entidades, en el arbitraje, aclarando que no se discute un problema de capacidad, sino de arbitrabilidad subjetiva. Sin embargo, y para el efecto del presente artículo solo se analizara en profundidad lo relacionado con la arbitrabilidad objetiva.

En concordancia con la legislación nacional, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado sobre la arbitrabilidad objetiva que “el arbitramento tiene límites materiales, en el sentido de que no todos los asuntos se pueden someter a la decisión de los árbitros. 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, se incluyen dentro de la órbita de su voluntad. En consecuencia, existen ciertas materias que, por su naturaleza no transigible ni sujeta a disposición, deben necesariamente ser resueltas por los jueces de la República”¹⁹. Siendo procedente señalar, que aquellos asuntos exentos de sometimiento a la justicia arbitral, deben ser sometidos a la jurisdicción ordinaria, ya que son asuntos que por su naturaleza, las partes carecen de negociabilidad en el mismo.

18 Esta disposición de la Ley 446 de 1998, compilada luego en el Decreto 1818 de 1998, ha sido objeto de dos pronunciamientos de la Corte Constitucional. En la C-672 de 1999, se consideró que tal delimitación material de la competencia de la justicia arbitral podía hacerse en ley ordinaria, pues no constituía asunto reservado al legislador estatutario; y en la Sentencia C-098/01, se consideró que la disposición no violaba el artículo 116 de la Constitución, pues al legislador le es dable imponer límites materiales a los asuntos susceptibles de arbitramento.

19 Corte Constitucional, Sentencia SU-174/07



Como ya se dijo, los asuntos susceptibles de arbitraje dependen, en un principio del poder legislativo del Estado, como creador de la ley, estableciendo mediante la misma cuales 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. Lo anterior puede observarse en los siguientes casos: (i) los asuntos relacionados con el estado civil de las personas, (ii) asuntos laborales sobre derechos ciertos e indiscutibles, (iii) la impugnación de actos o decisiones de la asamblea de accionistas o juntas de socio en las sociedades comerciales, entre otros, deben ser sometidos a la jurisdicción ordinaria, pues no son asuntos sujetos de transacción.

No obstante, la jurisprudencia se ha encargado de desarrollar con mayor especificidad los asuntos susceptibles de ser sometidos al arbitraje. En consecuencia, han sido considerados y analizados por la jurisprudencia constitucional, en otros, los siguientes casos: “en la sentencia C-242 de 1997 la Corte señaló que no pueden someterse a decisión arbitral los temas relacionados con el estado civil de las personas, en la sentencia C-294 de 1995, se indicaron como ejemplos de asuntos no sujetos a transacción: las obligaciones amparadas por leyes “en cuya observancia estén interesados el orden y las buenas costumbres”, al tenor del artículo 16 del Código Civil; las cuestiones relacionadas con los derechos de los incapaces; o los conflictos relacionados con derechos de los cuales la ley prohíbe a sus titulares disponer. También se ha mencionado en esta categoría, en la sentencia C-330 de 2000, el conjunto de derechos mínimos de los trabajadores. En lo esencial, los asuntos transigibles son aquellos que se refieren a obligaciones de contenido económico”²⁰, siendo procedente señalar, que a partir de los pronunciamientos jurisprudenciales se ha determinado con mayor claridad los asuntos susceptibles de ser arbitrables en el territorio colombiano, lo cual si bien en principio sería vinculante para el arbitraje nacional, también es vinculante para el arbitraje internacional, ya que una de las causales para la no aplicación de un laudo arbitral en esta clase de arbitraje es que la ley de un Estado no permita que ese asunto sea resuelto vía arbitraje, por ende, los árbitros en el arbitraje internacional deben tener en consideración la arbitrabilidad objetiva del ordenamiento jurídico colombiano.

Como conclusión, hay que señalar que la posición jurisprudencial sobre la arbitrabilidad objetiva, establece que el sometimiento por las partes a la jurisdicción arbitral, sólo se puede dar en aquellos eventos en donde los derechos sean de libre disposición, y las partes puedan renunciar en todo o en parte a estos derechos, es decir, sean transigibles.

Dejando de lado las normas internacionales ratificadas por el Estado colombiano cuyo contenido será tratado posteriormente, puede concluirse que es el legislador y la jurisdicción ordinaria como las ramas del poder público con facultades para definir la arbitrabilidad objetiva, y que tienden a señalar a los asuntos sujetos de transacción como criterio para determinar dicha arbitrabilidad.

20 *Ibid.*



No sólo la legislación y la jurisprudencia son quienes determinan la arbitrabilidad objetiva, también lo permite el ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad privada, el cual es el principal fundamento jurídico para que las partes decidan someter un asunto al arbitraje, y así lo corrobora la Corte Constitucional al señalar que “En suma, el arbitramento (...) surgen de la voluntad de las partes (...) tienen como límite de conocimiento los asuntos o materias transables o transigibles (...) el legislador ordinario está facultado para determinar qué asuntos pueden ser competencia de los mecanismos alternativos de solución de conflictos (MASC), incluyendo el arbitramento”²¹.

3. La Arbitrabilidad Objetiva en el Derecho Internacional.

El arbitraje internacional, ha sido fruto de largo desarrollo legal, jurisprudencial y doctrinal alrededor del mundo, lo cual se ve reflejado en diversos tratados internacionales que han sido ratificados por la mayoría de los Estados. En este sentido, el tema de arbitrabilidad objetiva no ha sido desconocido por estas normas de carácter internacional, dentro de las cuales se han detallado algunos matices para definirla.

La arbitrabilidad se ve plasmada en la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras de 1958, y ratificada por Colombia²², al señalar en su artículo V Numeral 2 literal A, que “También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, comprueba: a) Que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje”, dejando entrever que la rama legislativa de cada Estado miembro ha de definir en su ordenamiento jurídico interno que clase de asuntos no son susceptibles de arbitraje, hasta el punto de ser una herramienta jurídica para evitar la aplicación de un laudo arbitral dentro del territorio interno de un Estado miembro.

Igualmente, la Ley Modelo CNUDMI señala en el artículo 1° No. 5 que “La presente Ley no afectará a ninguna otra ley de este Estado en virtud de la cual determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje o se puedan someter a arbitraje únicamente de conformidad con disposiciones que no sean las de la presente Ley”. Adicionalmente, el artículo 36 de la Ley Modelo consagra la posibilidad de decretar la nulidad del laudo arbitral, cuando: “la parte que interpone la petición pruebe: i) que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley de este Estado, o b) el tribunal compruebe: i) que, según

21 Corte Constitucional, Sentencia C-014/10, MP Mauricio González Cuervo, Bogotá D.C., enero 20 de 2010. Además el tribunal constitucional señaló que “Esta disposición fue declarada exequible en forma condicional por la Corte Constitucional, en sentencia C-713 de 2008 “en el entendido de que las partes también deben respetar lo dispuesto por las leyes especiales que regulen los procedimientos arbitrales”

22 Convención ratificada por Colombia el 25 de septiembre de 1979, la cual entró en vigor el 24 de diciembre del mismo año.



la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje (resalto fuera de texto)". Sobre este último precepto puede advertirse la arbitrabilidad subjetiva y objetiva como causales de nulidad del laudo proferido por el tribunal arbitral.

Analizando las normas internacionales anteriormente señaladas, puede concluirse lo siguiente: (i) el principio de la autonomía de la voluntad prima como criterio para señalar que asuntos son susceptibles de arbitraje, salvo que (ii) el legislador de cada Estado señale que aspectos no pueden ser sujeto de dirimirse mediante el método alternativo del arbitraje, y (iii) la arbitrabilidad objetiva, o más bien, la inarbitrabilidad de un asunto dará lugar a la inaplicabilidad del laudo arbitral.

No obstante, hay que señalar que los criterios anteriormente señalados y analizados para determinar la arbitrabilidad objetiva siguen siendo un poco ambiguos, por lo tanto, es necesario analizar y revisar cómo se ha regulado el tema en diversos Estados, como España, Alemania, Suiza y Chile, para así encontrar elementos que nos permitan determinar con mayor claridad el concepto de arbitrabilidad objetiva.

Es así como el derecho español, en la Ley 60 de 2003²³, ha establecido en su artículo 2° la arbitrabilidad objetiva a las materias que sean de libre disposición conforme a derecho, es decir que "basta con establecer que la arbitrabilidad de una controversia coincide con la disponibilidad de su objeto para las partes". Algo similar ocurre en ordenamientos jurídicos como "los derechos suizo y alemán se refieren respectivamente a las "causas de naturaleza patrimonial" (Art. 177 de la Ley Federal Suiza sobre DIPr de 1987), y a las "pretensiones que tienen un valor económico para las partes" (Art. 1.030 de la Ley Alemana de arbitraje de 1997). La ley Modelo Uncitral, asimismo, plantea la "mercantilidad" como criterio a seguir en torno a la arbitrabilidad (Art. 1°)²⁴.

Incluso, el nuevo Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional 2012 dispuso en el numeral 5 del artículo 1 que "These Rules shall govern the arbitration, except if one of them is in conflict with a provision of the law applicable to the arbitration from which the parties cannot derogate, in which case that provision shall prevail", es decir que dicho reglamento no prevalece sobre asuntos que estén prohibidos o sean contrarios a la ley aplicable. Lo anterior, en concordancia con lo establecido en la Ley Federal Suiza de 1987 deja entrever dos criterios para señalar la arbitrabilidad objetiva: (i) asuntos de carácter patrimonial, y (ii) asuntos que se permitan someter al reglamento arbitral según la ley aplicable al conflicto.

Por otro lado, el derecho chileno establece la existencia de arbitrajes forzosos y voluntarios, los primeros están expresamente señalados y determinados por la legislación chilena como

23 Ley que fue reformada en sus artículos 8, 11, 14, 15, 17, 21, 28, 37, 39, 42, 43 por la Ley 11 de 2011. Lo cual permite ratificar el concepto de arbitrabilidad objetiva que se consagra en Ley 60 de 2003.

24 María Fernanda Vásquez Palma, "La arbitrabilidad objetiva: aspectos históricos, modernas tendencias en derecho comparado y ubicación en el escenario chileno", en: *Revista Jus Et Praxis*. Talca Chile, vol.12, num.1, 2006, pp. 181-213.



por ejemplo, la liquidación de una sociedad conyugal o de una sociedad colectiva o en comandita civil y la de las comunidades, o la partición de bienes, entre otros. Mientras que en los asuntos no forzosos prevalece la autonomía de la voluntad privada, salvo en los que expresamente esté prohibido someter una controversia a arbitraje, como lo son los asuntos relacionados con la separación de bienes entre cónyuges, los alimentos a menores y las causas criminales, entre otros. El derecho chileno ha detallado el ámbito de la arbitrabilidad objetiva de manera muy completa y detallada, evitando recurrir a interpretaciones o análisis sobre la materia que se discute en el arbitraje²⁵.

La tendencia del derecho arbitral internacional se centra en establecer que todos los asuntos pueden ser arbitrables, incluso aquellas que tienen que ver con el orden público, tal y como ocurre con el derecho francés y el derecho norteamericano, los cuales parten de que “no hay razón para desconfiar de la capacidad de los árbitros para conocer de estas controversias y resolverlas igual que los jueces”²⁶.

Adicionalmente, la realidad económica, política, social y jurídica del país, refleja un gran expansión en el ámbito internacional, especialmente con dos potencias, Estados Unidos de América (EE.UU) y la Unión Europea (UE), con quienes se ha firmado Tratados de Libre Comercio (TLC), asuntos como el arbitraje no han sido desconocidos por estos instrumentos internacionales, pues han reflejado que el método alternativo en la resolución de controversias que se suscite en virtud de dichos tratados será sometido al arbitraje, bien sea comercial internacional o de inversión, permitiendo así analizar si en estos el tema de la arbitrabilidad es tenido o no en consideración.

En primer plano, el TLC Colombia-UE²⁷, consagra el arbitraje como método para dirimir lo relacionado con la aplicación e interpretación del tratado, el cual regula aspectos relacionados con la propiedad intelectual, intercambio de ciertos bienes comerciales, la contratación pública, entre otros, y permite señalar y establecer qué asuntos pueden ser susceptibles de arbitraje bajo los parámetros del TLC.

Sin embargo, los TLC celebrados por Colombia con EE.UU y Canadá, si consagran una especie de arbitrabilidad objetiva en el ámbito del arbitraje de inversión, señalando claramente, qué se entiende por inversión, así por ejemplo, el TLC Colombia-EUA inversión significa “todo activo de propiedad de un inversionista controlado por el mismo, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión”²⁸.

25 María Fernanda Vásquez Palma, “La arbitrabilidad objetiva: aspectos históricos, modernas tendencias en derecho comparado y ubicación en el escenario chileno”, en: *Revista Ius Et Praxis*. Talca Chile, vol.12, num.1, 2006, pp. 181-213.

26 Colombia, Congreso de la República, Ley 1563 de 2012, por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones, Diario oficial, Bogotá, Imprenta Nacional, 12 de julio de 2012, p. 388

27 Tratado aprobado y ratificado por la Ley 1669 del 16 de julio de 2013.

28 Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, *Tratado de Libre Comercio Colombia Estados Unidos*, 22 de noviembre de 2006, cap. 10, art. 10.28.



Puede observarse, como todas las legislaciones en mención, incluidos los tratados internacionales establecen la prevalencia del principio de la autonomía de la voluntad privada en lo relacionado con la arbitrabilidad objetiva. Sin embargo, se imponen como límite los asuntos que la ley prohíba expresamente. Adicional a esto, establecen criterios como la transacción, la disposición de los derechos y la mercantilidad, criterios que han sido asumidos por la jurisprudencia y la doctrina en el ámbito del arbitraje internacional con base a los cuales se ha ido delimitando el criterio objetivo de la arbitrabilidad.



Conclusiones

El arbitraje, como método alternativo en la solución del conflicto, se fundamenta en el principio de la autonomía de la voluntad privada, el cual permite que las partes en un negocio jurídico determinado, decidan someter cualquier controversia suscitada por la implementación, negociación o ejecución del mismo sea sometida a la jurisdicción del arbitraje, el cual nace a la vida jurídica con base a este principio, “the primary rule that governs the law, practice and regulation of arbitration is the principle of freedom of contract”²⁹.

La autonomía de la voluntad privada no es absoluta y tiene como uno de sus límites el orden público, siendo este una excepción a la aplicación de un laudo arbitral dentro de un territorio. Es por ello, que para analizar la arbitrabilidad, bien sea objetiva o subjetiva, es indispensable partir por el principio de la autonomía de la voluntad, y la potestad que este otorga a las partes dentro de un litigio arbitral.

La importancia del principio referido y el orden público frente a la arbitrabilidad también se ve reflejada al momento en que los árbitros analizan el reconocimiento del principio y la no afectación del orden público, so pena de nulidad o inaplicabilidad del laudo dentro de un territorio, siendo procedente que en tal caso la decisión del tribunal se base en señalar su no competencia para dirimir un conflicto con base en el orden público.

En este sentido, la arbitrabilidad objetiva, en la mayoría de los Estados, ha sido reconocida a partir del principio de la autonomía de la voluntad, ya que son las partes quienes deciden someter un asunto a la jurisdicción arbitral, ésta asignación se deriva expresamente de la autonomía de las mismas para otorgarle la competencia al tribunal arbitral. Dicho principio, como se menciono anteriormente, tiene como límite el orden público y las buenas costumbres, como también lo tienen los laudos arbitrales, que pueden ser declarados nulos por ir en contravía de estos, además de leyes especiales de cada ordenamiento interno que expresamente prohíbe que un asunto sea sometido a arbitraje.

Como pudo observarse a lo largo del presente escrito, basados en el análisis normativos, jurisprudencial y doctrinal al respecto, la ley no contiene reglas específicas en materia internacional sobre la arbitrabilidad objetiva, “pero en todo es claro que, dado el origen convencional del arbitraje internacional, el mismo no será procedente en aquellos casos en que se trata de hacer una declaración erga omnes, habida cuenta del alcance inter partes que tiene el pacto arbitral”³⁰.

En conclusión, puede establecerse que son arbitrables tanto las controversias transigibles y aquellos donde prima la autonomía de la voluntad de las partes para decidir someterse al arbitraje, es decir, las partes tienen una facultad de disposición, y obviamente, aquellos

29 Thomas Carbonneau. *Arbitration*. West Nutshell Series, 2007, p. 36

30 Juan Pablo Cárdenas Mejía, *Estatuto Arbitral Colombiano: El acuerdo de arbitraje en el arbitraje internacional*, Legis, p. 387.



en que no se afecta el orden público. Al ser esto tan amplio, no puede establecerse con claridad “un criterio global que determine cuáles asuntos las materias sobre las que debe girar el concepto arbitrabilidad”³¹. Sin embargo, hay instrumentos normativos, como los TLC que permiten determinar con mayor facilidad los asuntos arbitrables, ya que los mismos se enmarcan dentro del cuerpo normativo del tratado.

Adicionalmente, es de vital importancia la legislación y el desarrollo jurisprudencial, no sólo dentro de un territorio, sino también el elaborado por organismos internacional, así por ejemplo de la Cámara de Comercio Internacional, que pueden facilitar el estudio de la arbitrabilidad objetiva en el arbitraje internacional, estableciendo criterios un poco más determinados para dar respuesta a la pregunta, ¿qué materias pueden ser susceptibles de arbitraje?

Por último, sobre la arbitrabilidad subjetiva, puede establecerse que es un concepto menos amplio, mas determinable, gracias a los avances legislativos y jurisprudenciales, especialmente en el ámbito de la capacidad del Estado para ser parte en un litigio arbitral, como particular, dentro de un proceso de arbitraje internacional, ya que en el arbitraje de inversión su participación se vuelve casi indispensable y recurrente. Sin embargo, debe ser un elemento que los árbitros miembros del arbitraje de comercio internacional o de inversión, deben tener siempre en consideración para evitar la nulidad e inaplicabilidad de los laudos arbitrales.

31 Edgar Iván Robayo León, “Perspectiva y Arbitrabilidad de la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional”, en: Revista Opinión Jurídica, Medellín, Vol. 11 Núm. 22, Julio diciembre 2012, p. 137.



Bibliografía

Bejarano Guzmán, Ramiro, *Procesos Declarativos, Ejecutivos y Arbitrales*, 5ª ed., Bogotá, Editorial Temis, 2011, p. 456.

Carbonneau, Thomas, *Arbitration*, West Nutshell Series, 2007, p. 36.

Cárdenas Mejía, Juan Pablo, *Estatuto Arbitral Colombiano: El acuerdo de arbitraje en el arbitraje internacional*, Legis, p. 387.

Cervantes Bravo, Irma Graciela. “Comentarios a la Ley Española de Arbitraje”, en: *Unirevistas*, Bogotá, D.C, Núm. 115, enero junio de 2008, p. 17-48.

Colombia, Congreso de la Republica, *Ley 1563 de 2012*, por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones, Diario oficial, Bogotá, Imprenta Nacional, 12 de julio de 2012, p. 388

-----, *Ley 446 de 1998*, por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia, 7 de julio de 1998, Bogotá, Diario Oficial 43.335 del 8 de julio de 1998.

Colombia, *Constitución Política de 1991*.

Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-014/10*, MP Mauricio González Cuervo, Bogotá, 20 de enero de 2010.

-----, *Sentencia C-1195/01*, MP. Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra.

-----, *Sentencia C-226-93*, MP Alejandro Martínez Caballero, Bogotá, 17 de junio de 1993.

-----, *Sentencia SU-174/07*, M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, Bogotá, 14 de marzo de 2007.

Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, *Tratado de Libre Comercio Colombia Estados Unidos*, 22 de noviembre de 2006, cap. 10, art. 10.28.

Friedland, Paul, Rafael Llano Oddone, Horacio Grigera Naón, *Cláusulas de Arbitraje para Contratos Internacionales*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 2010, Prólogo.

Ley Alemana de arbitraje de 1997.



Ley Española 60 de 2003.

Ley Federal Suiza de 1987, diciembre 18 de 1987.

Martínez Rave, Néstor Humberto, *El Pacto Arbitral: Estatuto Arbitral Colombiano*, Bogotá, Editorial Legis, 2013, p. 44.

Organización de las Naciones Unidas, *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional*, 1985, con enmiendas adoptadas en 2006, [en línea], disponible en: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html, consultada: 15 de febrero de 2014

-----, “Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (Nueva York, 1958)”, en: *La Convención de Nueva York, 6 de julio de 1988*, [en línea], disponible en: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html, consultada: 20 de febrero de 2014

Robayo León, Edgar Iván, “Perspectiva y Arbitrabilidad de la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional”, en: *Revista Opinión Jurídica*, Medellín, vol. 11, núm. 22, julio diciembre 2012, p. 137.

Romero Silva, Eduardo, *El Contrato de Arbitraje: La formación del contrato de arbitraje*, Bogotá, Editorial Legis, 2005, p. 84.

Salcedo Castro, Myriam, “Arbitrabilidad Subjetiva: la capacidad de las entidades públicas para concluir contratos de arbitraje”, en: Eduardo Silva Romero y Fabricio Mantilla Espinoza, *El Contrato de Arbitraje*, Bogotá, Editorial Legis, 2005, p. 113.

Vásquez Palma, María Fernanda, “Arbitralidad Objetiva: Delimitación e importancia”, *Sitio Web Editorial Legis*, [en línea], disponible en: http://www.arbitrajecomercial.com/BancoConocimiento/A/arbitralidad_objetiva_delimitacion_e_importancia/arbitralidad_objetiva_delimitacion_e_importancia.asp?CodSeccion=15, consulta: 2 de febrero de 2014.

-----, “La arbitrabilidad objetiva: aspectos históricos, modernas tendencias en derecho comparado y ubicación en el escenario chileno”, en: *Revista Ius Et Praxis*. Talca Chile, vol.12, núm.1, 2006, pp. 181-213.

Zapata Suarez, Adriana, *Estatuto Arbitral Colombiano: La Norma sustancial aplicable al arbitramento internacional*, Bogotá, Editorial Legis, 2013, p. 423.

Zuleta Jaramillo, Eduardo, *Arbitraje de Inversión en Colombia: Estatuto Arbitral Colombiano*, Bogotá, Editorial Legis, 2013, p. 582.