

## La viabilidad del proceso ejecutivo arbitral en Colombia\*

The Viability of the Arbitration Executive Proceeding in Colombia

Luisa María Brito Nieto <sup>a</sup>

Universidad Externado de Colombia, Colombia

luisa.brito@uexternado.edu.co

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4481-8811>DOI: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj69.vpea>

Recibido: 05 Septiembre 2019

Aceptado: 30 Septiembre 2019

Publicado: 15 Agosto 2020

## Resumen:

Este artículo tiene como objetivo examinar si resulta viable el proceso ejecutivo arbitral en Colombia y estudiar los principales cuestionamientos que surgen en torno a esta posibilidad, a través de un método deductivo y de análisis crítico. Esto incluye explorar su verdadera utilidad, los requisitos que se predicarían del pacto arbitral ejecutivo y las pautas principales en caso de una eventual regulación normativa respecto del tema. Como principal conclusión se arribó a que no existen impedimentos normativos ni de la naturaleza jurídica misma del arbitraje nacional en Colombia que vayan en contravía de la viabilidad de un proceso ejecutivo arbitral. No obstante, deberá existir una regulación al respecto de forma previa.

**Palabras clave:** proceso ejecutivo, proceso arbitral, proceso ejecutivo arbitral, pacto arbitral ejecutivo, medidas cautelares previas, árbitro de emergencia.

## Abstract:

This article aims to examine whether the arbitration executive process is viable in Colombia as well as to study the main questions about this possibility, through a deductive method and critical analysis. This includes exploring its real usefulness, the requirements of the executive arbitration agreement and the main guidelines in case of an eventual regulation on the subject. The main conclusion is that there are no regulatory nor legal impediments of the national arbitration in Colombia that goes against the viability of an arbitral executive process. Nevertheless, there must exist a regulation in this respect in advance.

**Keywords:** executive proceeding, arbitral proceeding, arbitral executive proceeding, executive arbitration agreement, prior precautionary measures, emergency arbitrator.

## Introducción

Tradicionalmente, el proceso arbitral se ha concebido como un proceso meramente de carácter declarativo. Lo anterior, principalmente, en virtud de que los árbitros carecen de imperio, potestad que corresponde de forma exclusiva al Estado, al ser una expresión de la soberanía estatal. Sin embargo, y dada la naturaleza del arbitraje nacional en Colombia, ha sido necesario cuestionarse acerca de si existen razones válidas en la normatividad para excluir la posibilidad de incoar pretensiones ejecutivas a través del proceso arbitral.

En ese sentido, en el presente artículo se analizará la viabilidad del proceso ejecutivo arbitral en Colombia y los principales interrogantes que surgen en torno a dicha posibilidad y a una eventual regulación de este procedimiento. En primer lugar, se responderá al interrogante de si es viable incoar pretensiones ejecutivas a través del proceso arbitral en Colombia, para lo cual se analizará: i) si la naturaleza jurídica del arbitraje excluye dicha posibilidad; y ii) si en Colombia los árbitros tienen la competencia para conocer demandas en las que se incoen este tipo de pretensiones. Después de responder los anteriores cuestionamientos, se estudiarán algunas consecuencias teórico-prácticas que surgen en razón de la viabilidad del proceso ejecutivo arbitral, los requisitos que, a nuestro criterio, debería tener el pacto ejecutivo arbitral y las principales características que debería tener el proceso ejecutivo arbitral.

## Notas de autor

<sup>a</sup> Autora de correspondencia. Correo electrónico: [luisa.brito@uexternado.edu.co](mailto:luisa.brito@uexternado.edu.co)

## **¿Es viable incoar pretensiones ejecutivas en una demanda arbitral bajo el ordenamiento jurídico colombiano?**

Con el fin de responder el interrogante planteado, se determinará si la naturaleza jurídica del arbitraje excluye necesariamente la posibilidad de tramitar pretensiones ejecutivas y analizaremos si en Colombia los árbitros tienen o no competencia para conocer demandas en las que se incoen pretensiones ejecutivas.

### **¿La naturaleza misma del arbitraje excluye la posibilidad de tramitar pretensiones ejecutivas?**

Inicialmente, es preciso anotar que si hablamos de arbitraje nacional<sup>1</sup>, la naturaleza del arbitraje dependerá de la regulación en concreto que se haga de esta figura y de sus rasgos característicos.

Doctrinalmente, se han concebido dos posturas acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje: i) la contractualista; y ii) la jurisdiccional. Según la corriente que indica que la naturaleza del arbitraje es contractual, el contrato llamado pacto arbitral es el origen del arbitraje, consistente en aquel negocio jurídico bilateral por medio del cual las partes, de forma voluntaria, someten válidamente la solución de una o varias controversias a un proceso arbitral excluyendo la posibilidad de que estas sean dirimidas ante los jueces estatales, y su desarrollo se llevará a cabo en el ámbito de las relaciones privadas de las partes de una relación contractual. De esta manera, la participación del legislador en el arbitraje se restringe al revestimiento legal del pacto arbitral, pero no intervendrá en la regulación del procedimiento<sup>2</sup>. Así las cosas, el laudo arbitral no se asemeja a una sentencia judicial, sino más bien a un contrato. Adicionalmente, las facultades de los árbitros provienen únicamente del pacto arbitral más no de la ley y, en ese orden de ideas, no administran justicia<sup>3</sup>.

Por su parte, también se ha apuntado a que la naturaleza del arbitraje es jurisdiccional. En primera medida, una de las razones para apostar por esta teoría señala que los árbitros tienen la potestad para resolver controversias mediante laudos con fuerza ejecutiva e incluso decretar medidas cautelares, elementos propios de la función jurisdiccional<sup>4</sup>. En ese sentido, los árbitros administran justicia, porque así lo dispone la misma ley, razón por la cual el laudo tiene el mismo valor de una sentencia judicial y los árbitros se someten al mismo régimen de responsabilidad que los jueces<sup>5</sup>. Aunado a ello, el proceso arbitral es un proceso autorizado y reglamentado por la ley, por lo que se puede categorizar como derecho procesal, el cual es de orden público y de obligatorio cumplimiento<sup>6</sup>.

Por último, existe una postura mixta -que, a nuestro juicio, es la más acertada- que, al ser un punto intermedio, acepta ciertos rasgos de ambas teorías al acercar las posiciones antagónicas<sup>7</sup> y reconocer la autonomía de la voluntad de las partes y el papel del estado en el desarrollo y regulación del arbitraje<sup>8</sup>. En ese orden de ideas, esta postura reconoce que es la ley la que le otorga validez, efectos y ejecutabilidad al laudo arbitral. Adicionalmente, el procedimiento, en mayor o menor medida, y dependiendo del país de que se trate, se encuentra reglado por la ley y es esta la que autoriza al arbitraje como mecanismo idóneo para solucionar conflictos. De igual forma, se evidencia el origen contractual del pacto arbitral<sup>9</sup>, sin el cual no hay lugar al arbitraje<sup>10</sup>.

En todo caso, si bien consideramos que la teoría acertada es la teoría mixta respecto de la naturaleza jurídica del arbitraje, lo cierto es que, dependiendo de la legislación de que se trate, podremos ver más o menos inclinaciones hacia una concepción jurisdiccional o contractualista, sin caer en los absurdos que ya fueron mencionados. Veamos qué sucede en Colombia.

En Colombia, el artículo 116 de la Constitución Política indica quiénes están investidos de la función pública de administrar justicia. Según el mencionado artículo, se confiere de manera excepcional la función

jurisdiccional a los particulares de forma transitoria para obrar como árbitros habilitados por las partes para proferir fallos conforme lo disponga la ley<sup>11</sup>. En ese orden de ideas, la legislación relativa al arbitraje ha señalado de igual modo la naturaleza jurisdiccional de este mecanismo alternativo de solución de conflictos (en adelante MASC), al indicar que los árbitros se encuentran investidos transitoriamente de la función pública de administrar justicia<sup>12</sup>.

Así las cosas, se ha afirmado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional que una de las características esenciales del arbitraje es precisamente su naturaleza procesal, que hace referencia a que este MASC está sujeto a las reglas que establezca la Constitución, la ley y, en especial, al debido proceso<sup>13</sup>. De igual forma, no deja de ser cierto que se ha recalcado que el arbitraje tiene su origen en un acuerdo de voluntades y, por ende, el árbitro no tiene poder de coacción<sup>14</sup>.

En ese sentido, de acuerdo con la Corte Constitucional, el actual modelo de arbitraje corresponde a una postura mixta, por dos razones principales: i) el proceso arbitral se somete a la regulación que haga el Estado, ya sea excluyendo ciertas materias al sometimiento de este mecanismo<sup>15</sup> o fijando el procedimiento aplicable a él; y ii) es necesario la celebración de un pacto arbitral, en cualquiera de las modalidades que la Ley 1563 de 2012 (Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional) permite, para que se habilite a los árbitros para ejercer función jurisdiccional<sup>16</sup>. Adicionalmente, la Corte Suprema de Justicia ha indicado que debe predominar la postura ecléctica en virtud de que el pacto arbitral, si bien tiene origen contractual, produce efectos que son propiamente procesales<sup>17</sup>.

Así mismo, se ha definido el arbitraje a partir de dos elementos básicos: i) los árbitros ejercen función jurisdiccional, al ser su función principal resolver en forma definitiva una disputa de índole fáctica o jurídica; y ii) la fuente de esta función no es un acto del Estado, sino el acuerdo de voluntades de las partes mediante el cual se habilita a los árbitros<sup>18</sup>.

A pesar de lo anterior, no deja de ser cierto que en nuestro actual modelo y en la misma jurisprudencia se evidencian serias inclinaciones hacia la naturaleza jurisdiccional del arbitraje<sup>19</sup>, sin abandonar una postura mixta. Así las cosas, se ha afirmado que a la ley le corresponde determinar<sup>20</sup>: i) los asuntos y la forma en la cual los árbitros podrán administrar justicia<sup>21</sup>; ii) los límites y condiciones bajo las cuales los árbitros se encuentran habilitados para administrar justicia; y iii) que las funciones y facultades de los árbitros son las mismas que tienen los jueces de la república<sup>22</sup>, claro está, con ciertas limitaciones.

Adicionalmente, el factor jurisdiccional del arbitraje se percibe en dos aspectos centrales: i) la decisión de los árbitros es un acto de naturaleza jurisdiccional que debe resolver de manera definitiva la controversia, mediante un laudo con fuerza vinculante que hace tránsito a cosa juzgada; y ii) la naturaleza eminentemente procesal del arbitraje, ya que se sujeta a un marco legal, incluyendo lo que dispongan las partes sobre el procedimiento a seguir, de manera que el legislador puede contemplar varias alternativas de regulación del proceso arbitral, dejando a las partes la libertad de definir cuáles serán las aplicables a su caso y contemplando, en todo caso, normas supletorias de la voluntad de las partes<sup>23</sup>.

En consecuencia, si bien la postura que caracteriza el arbitraje nacional colombiano es la mixta, lo cierto es que existen marcados rasgos hacia una concepción más jurisdiccional del arbitraje, independientemente de mi posición al respecto, que no es objeto del presente escrito. Por lo anterior, es preciso preguntarnos si dicha naturaleza jurídica impediría, por sí sola, la posibilidad de que por medio del proceso arbitral se tramiten pretensiones ejecutivas. A nuestro juicio, y de manera preliminar, creemos que no. Al concebir el proceso arbitral y a los árbitros mismos de manera semejante al proceso judicial y a los jueces, nada impediría que a estos se les fuera adjudicada la posibilidad de tramitar este tipo de pretensiones. Adicionalmente, si se tiene en cuenta que el proceso arbitral debe ser regulado de manera previa por el legislador, este podría contemplar dicha alternativa al concederle de forma expresa esta facultad a los árbitros.

## En Colombia ¿los árbitros tienen la competencia para conocer demandas en las que se incoen pretensiones ejecutivas?

Si bien en el arbitraje no existen reglas de competencia, es importante determinar los poderes de los árbitros, que deben estar establecidos según lo dispuesto por las partes en el pacto arbitral<sup>24</sup>. Sin duda alguna, y como se mencionó, en el arbitraje nacional colombiano los árbitros ejercen transitoriamente función jurisdiccional. No obstante, es necesario determinar hasta dónde llegan las potestades de los árbitros para dirimir los conflictos encomendados a ellos. Estas potestades tienen límites en cuanto a las personas, a la materia objeto del litigio, la naturaleza de las facultades del tribunal arbitral y el tiempo en el cual ejercen sus funciones<sup>25</sup>.

La competencia de los árbitros engloba tanto la función jurisdiccional como la noción de competencia que habilita a los árbitros a conocer de determinada controversia en función de la voluntad de las partes plasmada en el contrato de arbitraje. De esta manera, es imperioso conectar la potestad de ejercer transitoriamente funciones jurisdiccionales de los árbitros con el pacto mediante el cual se habilita a los mismos para ejercerlas.

En todo caso, la competencia de los árbitros tiene un origen contractual, toda vez que proviene de la voluntad de las partes. Adicionalmente, es de carácter excepcional, ya que se ejerce en función de un caso determinado y se agota una vez emitido el laudo arbitral. Así mismo, se limita a lo pactado por las partes y a materias de libre disposición o a las que señale la ley<sup>26</sup>.

En lo que nos concierne, es decir, a los límites en cuanto a las facultades de los árbitros, nos preguntamos si estos tienen o no potestad para conocer de pretensiones ejecutivas. Los jueces de la república no solo tienen la facultad de conocer y juzgar las controversias, sino también de ejecutar lo juzgado. Los árbitros carecen de esta última potestad, llamada imperio, que emana directamente de la soberanía<sup>27</sup>.

No obstante, no hay unanimidad en cuanto a qué se refiere y en qué consiste esta falta de imperio, respuestas que variarán dependiendo del país del que se trate. A primera vista, y dadas las reflexiones hechas hasta el momento, parecería que los árbitros no tienen la potestad de conocer y tramitar un proceso ejecutivo, ya que esta es por excelencia una vía coercitiva que se ejerce con el fin de obtener el cumplimiento forzoso de una obligación. No obstante, si se tiene en cuenta que los árbitros ejercen jurisdicción por expresa autorización de la Constitución Política, no tendría sentido negárseles la autoridad para conocer de pretensiones ejecutivas<sup>28</sup>. Además, negárseles esta potestad traería consigo dejar sin efecto el pacto arbitral en el cual las partes han deferido a los árbitros el conocimiento de pretensiones ejecutivas, contrariando la voluntad misma de las partes<sup>29</sup>.

El proceso arbitral es eminentemente de carácter declarativo, es decir, tiene como finalidad el reconocimiento de unos hechos, la creación, modificación o extinción de situaciones jurídicas preexistentes y la imposición de obligaciones de dar, hacer o no hacer. Por ello, la ejecución del laudo que recoja las decisiones del tribunal arbitral corresponde a la justicia ordinaria mediante el proceso ejecutivo<sup>30</sup> en virtud de que el tribunal arbitral, si bien ejerce funciones jurisdiccionales, carece de función ejecutiva<sup>31</sup>. Lo anterior, puesto que, si los árbitros no pueden ejecutar su propio laudo, menos podrán hacerlo con títulos ejecutivos provenientes de un distinto origen<sup>32</sup>.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia ha aseverado que el Estado puede delegar de manera excepcional la función pública de administrar justicia de conformidad con la ley. Así pues, es la misma ley la que actualmente sigue conservando el criterio de que el proceso arbitral es de carácter declarativo, reservando al Estado la ejecución. Adicionalmente, la Corte afirmó que no tendría ningún sentido que los árbitros carecieran de competencia para ejecutar sus propias decisiones, pero que sí tuvieran la potestad de hacerlo respecto de otras decisiones judiciales u otro tipo de títulos ejecutivos<sup>33</sup>.

La Corte Constitucional, en un primer momento, aseveró la improcedencia de que los árbitros pudieran tramitar procesos ejecutivos, así estos ejerzan transitoriamente funciones jurisdiccionales en virtud del

artículo 116 de la Constitución Política y las partes les habilitaran para ello, ya que esta función es precisamente transitoria y excepcional, por lo que no todo asunto que es competencia de los jueces ordinarios puede trasladarse a la justicia arbitral, quedando por fuera de su competencia el conocimiento de pretensiones ejecutivas. La Corte aseveró que los árbitros carecen de poder coactivo, muestra de ello es su falta de competencia para la ejecución del laudo arbitral. En ese sentido, según la alta corporación, el tribunal arbitral ni siquiera tendría competencia para resolver las excepciones propuestas por la parte ejecutada en virtud de que el proceso ejecutivo es inescindible<sup>34</sup>.

Sin embargo, la Corte Constitucional declaró exequible el inciso segundo del artículo 2<sup>35</sup> del Decreto 2561 de 1991, mediante una sentencia que abrió la puerta para que, mediante el arbitraje, no solamente se dirimieran controversias con trámite declarativo, sino también para conocer de pretensiones ejecutivas<sup>36</sup>.

Por su parte, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado<sup>37</sup> aseveró que el proceso arbitral es un proceso declarativo. A su vez, según el Consejo de Estado, la definición misma del arbitraje trae consigo la existencia de un litigio que requiere la intervención de un tercero que lo dirima. En ese orden de ideas, de una u otra manera, la función de los árbitros es la de resolver las controversias a ellos deferidas por las partes. Ahora bien, según la alta corporación, controversia o litigio, solo puede entenderse como la situación en la que se enfrentan diferentes intereses o derechos cuya titularidad se controvierte por las partes de un negocio jurídico, existiendo una pugna o desacuerdo sobre cierto objeto, en virtud de que se presentan intereses excluyentes entre sí. Así las cosas, los litigios solo pueden dar lugar a procesos declarativos, no a procesos ejecutivos, ya que en estos últimos se pretende el cumplimiento de una obligación respecto de la cual ninguna duda existe. En ese orden de ideas, la alta corporación se apartó de lo dispuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia C-294 de 1995<sup>38</sup>.

No puede perderse de vista que lo cierto es que el artículo 116 de la Constitución Política estableció que los árbitros podrán ser investidos transitoriamente de la función pública de administrar justicia, sin determinar limitación alguna distinta a lo que establezca la ley. En ese sentido, y tal como sucedió con la Ley 510 de 1999 (por la cual se dictan disposiciones en relación con el sistema financiero y asegurador, el mercado público de valores, las Superintendencias Bancaria y de Valores y se conceden unas facultades), el Congreso de la República, en virtud de la libertad de configuración legislativa, puede establecer la posibilidad de que la justicia arbitral tramite procesos ejecutivos. De esta manera, será posible que los árbitros conozcan de este tipo de pretensiones, siempre y cuando el legislador establezca un procedimiento reglado para ello y las partes expresamente hayan habilitado a los árbitros con tal fin.

Adicionalmente, de acuerdo con el Consejo de Estado, si pueden transigirse las obligaciones que prestan mérito ejecutivo (artículo 2469 del Código Civil), no habría razones para sustraerlas del conocimiento de los árbitros. En ese orden de ideas, los árbitros, cuando están habilitados por las partes, tienen competencia para decidir conflictos surgidos en relación con obligaciones exigibles ejecutivamente<sup>39</sup>.

Si bien inicialmente la Corte Constitucional aseveró que los árbitros pueden administrar justicia, se preguntó si esto les permitiría tramitar juicios ejecutivos a través del proceso arbitral. Según la Corte, hay asuntos que no pueden ser trasladados a la justicia arbitral. Así las cosas, el proceso ejecutivo se encuentra relacionado íntimamente con el uso de la fuerza pública, ya que con él se pretende la intervención del Estado para lograr el cumplimiento forzado de una obligación. La ley no podría válidamente transferirles a los árbitros dicha potestad, ya que estos carecen de poder coactivo, lo cual se corrobora al tener que someterse a la justicia ordinaria en la ejecución del laudo arbitral.

Adicional a ello, la Corte Constitucional aseveró en dicha oportunidad que el proceso ejecutivo, si bien puede comprender una fase cognitiva y una fase de ejecución, es inescindible. De esta manera, es totalmente contrario a la economía procesal admitir la posibilidad de suspender el proceso ejecutivo en curso para llevar a cabo la fase cognitiva ante un tribunal arbitral<sup>40</sup>.

Posteriormente, la misma corporación afirmó que, de conformidad con el artículo 116 de la Constitución Política, si las partes los han habilitado para ello, los árbitros administrarán justicia como lo determine la ley. En ese sentido, y al no existir limitación alguna, los asuntos que podrían ventilarse mediante el proceso ejecutivo no están excluidos del proceso arbitral<sup>41</sup>.

Así las cosas, la Constitución Política solamente establece los siguientes límites -con el fin de que el arbitraje no se convierta en un foro que sustituya la justicia ordinaria- al ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de los árbitros: i) los árbitros administran justicia de manera transitoria, es decir, mientras dirimen el conflicto cuya solución les han deferido; ii) las partes deben habilitar a los árbitros para ello; y iii) deben administrar justicia en los términos que determine la ley. El mencionado artículo no previó limitación adicional a las ya expuestas, y no existe norma alguna que la realice, razón por la que es totalmente equivocado afirmar que las pretensiones ejecutivas están excluidas del proceso arbitral. A lo anterior se le suma que las obligaciones cuyo cumplimiento puede exigirse a través del proceso ejecutivo son de contenido económico, por lo que se encuentran regidas por el principio de la autonomía de la voluntad<sup>42</sup> y son de libre disposición.

En consecuencia, si los árbitros se encuentran habilitados por las partes, pueden administrar justicia con el fin de conocer pretensiones ejecutivas<sup>43</sup>. De esta manera, según la Corte, no quebranta en ninguna medida la Constitución Política que el legislador autorice que puedan tramitarse pretensiones ejecutivas a través del proceso arbitral, sin establecer distinciones acerca de qué título ejecutivo pretende cobrarse<sup>44</sup>.

En concordancia con lo anterior, y teniendo en cuenta que para que exista un proceso ejecutivo arbitral es menester que la ley así lo disponga y lo regule, el 13 de diciembre de 2018 se presentó el Proyecto de Ley 224 de 2018, por medio del cual se pretende crear en nuestra legislación el proceso arbitral ejecutivo y su procedimiento especial, acerca del cual haré comentarios puntuales más adelante.

Ahora, si bien estamos de acuerdo con la postura de la Corte Constitucional -aunque debe reiterarse que jurisprudencialmente existe disparidad de posiciones-, relativa a que, siempre y cuando los árbitros hayan sido habilitados por las partes, tengan competencia para conocer de pretensiones ejecutivas -dado que no existe normatividad ni constitucional ni legal que prohíba a las partes, en ejercicio de su autonomía privada, celebrar un pacto arbitral con dichas características-, lo cierto es que dicha posibilidad no deja de generar retos y dificultades tanto teóricas como prácticas, en virtud del principio de habilitación y la naturaleza jurídica del arbitraje nacional en Colombia.

## Algunos cuestionamientos respecto del proceso ejecutivo arbitral

Habiendo determinado que en Colombia no existen razones que impidan que los árbitros puedan conocer y tramitar pretensiones ejecutivas, estudiemos algunos cuestionamientos de relevancia acerca de la admisibilidad del proceso ejecutivo arbitral: i) algunas consecuencias teórico-prácticas de que los árbitros sean competentes para conocer de estas pretensiones; ii) requisitos que debería tener el pacto arbitral; y iii) características principales que debe tener el proceso ejecutivo arbitral.

### Interrogantes teórico-prácticos

Si bien en el eventual caso de existir una regulación legal y completa al respecto, será posible tramitar pretensiones ejecutivas a través del proceso arbitral -claro está, con las críticas hechas anteriormente-, esto no deja de crear cuestionamientos acerca de las consecuencias teórico-prácticas que generaría. Es preciso aclarar que los puntos que se tratarán han sido seleccionados como los de mayor relevancia según nuestro criterio, no obstante, existen otros cuestionamientos que no serán objeto del presente artículo pero que podrán ser tratados en otro tipo de escenarios. Haré referencia principalmente a si: i) a nivel práctico

¿resultaría verdaderamente útil someter a arbitraje un proceso ejecutivo? ¿Qué beneficios y contras traería?; y ii) ¿Contraría el hecho de que el arbitraje es un mecanismo de carácter excepcional? Veamos.

### *¿Sería verdaderamente útil el proceso ejecutivo arbitral?*

El proceso arbitral es preferido para dirimir ciertas controversias debido a que cuenta con características muy atractivas de las cuales -lastimosamente- carece de momento la justicia estatal<sup>45</sup>. No obstante, y como ya se ha puesto de presente, actualmente solamente ha sido posible tramitar pretensiones de conocimiento a través del arbitraje. Por ello, y dadas las diferencias que existen con las pretensiones y el proceso ejecutivo, cabe preguntarnos si los beneficios del proceso arbitral aplicarían también al eventual caso del proceso ejecutivo arbitral. Se responderá a este interrogante respecto de cada una de las características que a nuestro criterio tiene el proceso arbitral.

En primera medida, y dado que ha sido por el consentimiento de las partes que se ha deferido la solución de determinadas controversias a arbitraje, el proceso arbitral se caracteriza por la primacía de la autonomía de la voluntad. En ese sentido, en contraposición al proceso judicial, las partes tienen la libertad de determinar muchos aspectos relativos a cómo se deberá resolver la controversia y a las reglas de procedimiento que regirán el arbitraje<sup>46</sup>. Es decir, las leyes que regulan el arbitraje fijan una estructura de mínimos para que las partes, en muchos aspectos, llenen su contenido<sup>47</sup>. Se considera que este beneficio o característica del arbitraje difícilmente podrá aplicarse al caso del proceso ejecutivo arbitral, toda vez que al comportar el ejercicio de imperio mal podrían las partes regular tantos aspectos respecto del procedimiento como es posible en el proceso arbitral de carácter declarativo. En todo caso, lo anterior no quiere decir que no sea posible que las partes pacten acerca de temas que no sean esenciales en el proceso arbitral ejecutivo, tales como el término de duración del proceso o los estudios específicos que deban tener los árbitros.

En conexión con lo anterior, el proceso arbitral trae el beneficio de la informalidad, es decir, a los árbitros se les reviste de suficiente discrecionalidad acerca de la instrucción y dirección del proceso arbitral, por lo que las normas procesales que regulan este proceso se caracterizan por ser flexibles<sup>48</sup>. En este caso, por las mismas razones que en la característica anterior, según nuestro juicio, no podrá predicarse tanta flexibilidad respecto del proceso ejecutivo arbitral.

Por su parte, el arbitraje se caracteriza por ser célere<sup>49</sup>, es decir, de corta duración, la cual puede incluso ser acortada por las partes. Es innegable y evidente que los procesos arbitrales tienen una duración sustancialmente menor a la de los procesos adelantados ante los jueces estatales. En ese sentido, la celeridad aporta a las partes la posibilidad de que su conflicto sea solucionado de forma suficientemente pronta<sup>50</sup>. Este aspecto claramente aplicaría al caso de un proceso ejecutivo arbitral, más aún cuando lo que se busca es el cumplimiento forzoso de una obligación clara, expresa y exigible, y que de forma bastante desafortunada en muchos casos se torna bastante entorpecido y lento ante los jueces estatales<sup>51</sup>.

En relación con la anterior característica está el hecho de que el proceso arbitral, en muchos casos, resulta económico. Aparentemente, y en virtud del pago de honorarios y gastos de instituciones administradoras del arbitraje, para muchos es un mecanismo bastante costoso. No obstante, respecto de ciertas controversias, las repercusiones económicas que genera la lentitud judicial son de gran importancia, ya que el costo de la demora judicial genera perjuicios graves y en muchos casos irreversibles para los sujetos que se ven involucrados. Por lo anterior, si bien considero que la solución a la congestión judicial no es deferir todas las controversias a arbitraje, este, al ser ágil y rápido, sí evita los costos que causa la tardanza de la justicia estatal. Acerca de este punto, y tal como se argumentó acerca de la celeridad, claramente aplicaría al proceso ejecutivo<sup>52</sup>.

Finalmente, el proceso arbitral se ha caracterizado por la especialidad, que constituye una de las razones más poderosas por las cuales los sujetos acuden al arbitraje. En este caso, se afirma que existe mayor garantía

en la decisión al poder nombrar árbitros especializados en la materia objeto de la controversia<sup>53</sup>. Este punto particularmente genera dudas, toda vez que al contar con un título ejecutivo<sup>54</sup>, rara vez las partes requerirán de profesionales especializados en la materia para el cumplimiento forzoso de la obligación clara, expresa y exigible contenida en él. No obstante, en los casos en los que la relación causal suponga complejidad y que, por esta razón, el estudio respecto de las eventuales excepciones que proponga el demandado también resulte complicado y requiera de cierto grado de especialidad en los profesionales llamados a

En conclusión, en una u otra medida los beneficios que se predicen actualmente del proceso arbitral de carácter declarativo serían también aplicables al proceso ejecutivo arbitral, y, por ende, existirían fuertes fundamentos para que, en ciertos casos, las partes se vieran interesadas en sustraer el conocimiento de determinadas controversias de los jueces estatales para deferirla a un tribunal arbitral.

### *¿Contraría el hecho de que el arbitraje es un mecanismo excepcional?*

Es preciso recalcar que la fundamentación del arbitraje se encuentra tanto en la Constitución como en la ley, así como también en la autonomía privada de quienes deciden deferir la solución de sus conflictos a arbitraje<sup>55</sup>. De conformidad con el artículo 116 de la Constitución Política, los árbitros podrán ser investidos de la función pública de administrar justicia de forma excepcional y transitoria<sup>56</sup>. Lo anterior quiere decir que la función pública de administrar justicia se encuentra adjudicada al Estado, no obstante, por disposición Constitucional y legal, a los árbitros se les ha otorgado esta facultad de forma limitada<sup>57</sup>.

En el aspecto esencial del arbitraje el hecho de que las atribuciones especiales que son propias de los jueces estatales no pueden trasladarse a los árbitros de forma indefinida. En ese sentido, los árbitros se encuentran investidos de facultad jurisdiccional de forma limitada en el tiempo<sup>58</sup>. También es una característica del arbitraje la excepcionalidad, es decir, los asuntos sometidos al conocimiento de los árbitros no son los mismos que conocen los jueces de la República<sup>59</sup>. En ese sentido, es claro que hay asuntos cuyo conocimiento se encuentra reservado a los jueces, por ejemplo, los asuntos que no son de libre disposición<sup>60</sup>. No obstante, es preciso poner de presente que el artículo 1 de la Ley 1563 de 2012 abre la posibilidad a que cada vez más asuntos puedan ser dirimidos mediante arbitraje, al afirmar que serán arbitrajes los asuntos de libre disposición y aquellos que la ley autorice.

En ese sentido, no es un secreto que los tribunales arbitrales no están instituidos de forma permanente como los jueces o tribunales estatales<sup>61</sup>. Adicionalmente, al ser una justicia excepcional, hasta el momento la ley les ha negado imperio, es decir, el poder ejecutar lo juzgado, así como ha relevado de su conocimiento ciertas materias por estar comprometido el interés público<sup>62</sup> o por ser de competencia exclusiva de los jueces estatales por razones de soberanía.

En ese orden de ideas, el arbitraje comporta una alternativa extraordinaria y de excepción para aquellos casos en los que los individuos quieran sustraer del conocimiento de los jueces estatales cierta controversia, cuando la ley lo permita. Sin embargo, esto no altera la naturaleza de sus funciones, es decir, no modifica el hecho de que pueden ser investidos de jurisdicción<sup>63</sup>.

En todo caso, si bien consideramos que la solución a la congestión judicial de ningún modo puede ser concederles la facultad a los árbitros de conocer de pretensiones ejecutivas, lo cierto es que no existe ningún impedimento ni legal ni constitucional para que la ley les otorgue a los árbitros estas facultades. Lo anterior de ninguna forma puede entenderse como una violación a la regla según la cual las facultades de los árbitros son excepcionales y transitorias, ya que, por un lado, no querrá decir que se instituirán tribunales arbitrales de forma permanente, así como tampoco se les está otorgando facultades respecto de asuntos que no son de libre disposición. Es todo lo contrario, ya que las pretensiones ejecutivas son de carácter económico.

## Requisitos del pacto arbitral ejecutivo

Sin duda alguna, es requisito para acudir al arbitraje la existencia de un pacto arbitral. El libre sometimiento de las partes a arbitraje es su pilar fundamental<sup>64</sup>, por lo que la ausencia de la voluntad conllevará a que no pueda acudirse a este mecanismo<sup>65</sup>. Esta exigencia claramente no es la excepción en el caso en el que desee acudir a arbitraje con el fin de incoar pretensiones de carácter ejecutivo, en el caso de que, claro está, la ley lo permita y regule de forma expresa.

Por ello, cabe preguntarnos qué características específicas debería tener este pacto arbitral con el fin de que las partes válidamente sometan este tipo de controversias a arbitraje. El primero de los interrogantes que surge en relación con la problemática planteada es si el pacto arbitral planteado de forma general, es decir, aquel mediante el cual las partes someten “todas las controversias” a arbitraje, daría lugar también a habilitar a los árbitros para conocer de pretensiones ejecutivas e incluso para ejecutar el laudo arbitral como consecuencia del proceso arbitral en el cual se resolvió acerca de pretensiones de conocimiento<sup>66</sup>.

Es preciso indicar que, al tratarse de un contrato, deberá procurarse por dar eficacia a la voluntad de las partes de acudir a arbitraje, en virtud del principio *favorem arbitratis*<sup>67</sup>. En ese orden de ideas, debe aplicarse el principio general de la preservación, conservación o utilidad del negocio jurídico, ya que los contratos son acordados para ser cumplidos y ejecutados.

Si bien estamos de acuerdo con la anterior afirmación, no todo pacto arbitral que someta “la totalidad de las controversias que surjan” a arbitraje, habilite a los árbitros a tramitar pretensiones ejecutivas. Con el fin de que las partes puedan dotar de imperio -contando con la autorización legal para ello- deberán hacerlo de manera expresa -sin importar si se trata de una cláusula compromisoria o de un compromiso<sup>68</sup>-, indicando su voluntad de someter el trámite de las pretensiones ejecutivas a arbitraje<sup>69</sup>. Adicionalmente, de la ejecución del eventual laudo arbitral en el que se accede a pretensiones de conocimiento, la justicia ordinaria o de lo contencioso administrativo conocerá<sup>70</sup>, a menos que las partes expresamente dispongan que la ejecución se tramitará también a través de arbitraje.

En todo caso, nada impediría que un mismo pacto arbitral contemple la deferencia a arbitraje de todas las controversias surgidas con ocasión de determinada relación jurídica, y que el trámite de las pretensiones ejecutivas que eventualmente lleguen a surgir sea llevado a cabo también por medio de arbitraje. Adicionalmente, nada impediría que se pactara deferir a arbitraje la ejecución del eventual laudo arbitral que llegue a emitirse como consecuencia del reconocimiento de pretensiones de conocimiento, siempre y cuando esto se indique de forma expresa y la ley especifique un término para que sea solicitado ante el mismo tribunal arbitral, sin perjuicio de que vencido aquel sea posible solicitar la convocatoria de otro tribunal con este fin.

Así las cosas, consideramos que un ejemplo de pacto arbitral ejecutivo sería el siguiente:

El cobro coercitivo de los títulos ejecutivos (de conformidad con el artículo 422 del Código General del Proceso) que se deriven del presente contrato será sometido a arbitraje, el cual será administrado por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, y seguirá el procedimiento establecido en la Ley.

Por otro lado, a nuestro juicio, no existiría ningún inconveniente en pactar arbitraje acerca de un título valor específicamente, con el fin de que los árbitros conozcan acerca de su cobro coercitivo. En ese sentido, en virtud del pacto arbitral ejecutivo también podrá cobrarse ejecutivamente a través de arbitraje los títulos valores expedidos con ocasión de un contrato (negocio jurídico causal) en el cual se encuentre inserta una cláusula compromisoria<sup>71</sup>.

De igual modo, cabe recalcar que serán los árbitros quienes deberán decidir sobre su propia competencia y, claramente, sobre la existencia, validez y eficacia del pacto arbitral<sup>72</sup>, de conformidad con el principio *kompetenz-kompetenz*<sup>73</sup>. Al respecto, no puede perderse de vista que el pacto arbitral, al tener naturaleza híbrida<sup>74</sup>, aplican a él los principios generales relativos a la interpretación de los contratos<sup>75</sup>. Por ello, deberá,

en todo caso, privilegiarse la voluntad de las partes acerca de la escogencia del arbitraje para dirimir las controversias, así como deberá realizarse una interpretación integral y sistemática del clausulado contractual<sup>76</sup>.

Ahora bien, es preciso mencionar que el artículo 1 del Proyecto de Ley 224 de 2018 señala que el pacto arbitral ejecutivo -ya sea compromiso o cláusula compromisoria- podrá ser acordado por particulares o entidades públicas acerca de cualquier tipo de ejecución que sea arbitrable de conformidad con la Ley 1563 de 2012 y leyes concordantes.

Finalmente, el artículo 5 del mismo Proyecto de Ley menciona el pacto ejecutivo general, el cual dispone -a pesar de la confusión que pueda generar su denominación- que las partes podrán acordar que las obligaciones de naturaleza ejecutiva sean sometidas a la decisión de un tribunal arbitral. En ese sentido, no queda duda de que deberá pactarse de forma expresa la habilitación a los árbitros para conocer de pretensiones ejecutivas. Sin embargo, estamos en absoluto desacuerdo con que, de conformidad con los numerales 1 y 2 del mismo artículo, se haya contemplado la posibilidad de celebrar un pacto arbitral de carácter abierto, es decir, que abarque la totalidad de títulos ejecutivos generados por relaciones jurídicas entre dos partes. En todo caso, según nuestro criterio, cualquier tipo de pacto arbitral -sea ejecutivo o no- deberá delimitarse a una o varias relaciones jurídicas, sin poder pactarse arbitraje de forma general a todas las controversias que surjan entre dos individuos.

### **Características generales que debería tener el proceso ejecutivo arbitral**

Habiendo determinado los requisitos específicos que a nuestro criterio deberá tener el pacto arbitral ejecutivo para deferir este tipo de controversias a arbitraje de forma válida, se estudiaron dos principales pautas -sin perjuicio de que haya otras más, objeto de discusiones en otros escenarios- esenciales para tenerse en cuenta a la hora de establecer el procedimiento a seguir en el proceso ejecutivo arbitral.

#### *No puede olvidarse que, si bien se trata de un proceso arbitral, no tiene carácter declarativo*

En primera medida, debe reiterarse que, tal como lo estudiamos anteriormente, la naturaleza jurídica del arbitraje nacional en Colombia no impide que a través de este proceso se tramiten pretensiones ejecutivas. No obstante, no puede perderse de vista que el procedimiento del proceso ejecutivo arbitral, naturalmente, deberá estar encaminado al trámite de pretensiones ejecutivas, por lo que tendrá que contemplar etapas procesales acordes a ello y no las mismas del proceso arbitral de carácter declarativo, tal como sucede, por ejemplo, con las etapas procesales de un proceso verbal y un proceso ejecutivo ante la jurisdicción ordinaria.

En ese sentido, a nuestro criterio, las etapas procesales del proceso ejecutivo arbitral deberán estar encaminadas a la ejecución forzosa de la obligación, con parámetros básicos hasta la verificación de su pago.

Lo anterior no quiere decir que deba realizarse una copia idéntica del proceso ejecutivo contemplado en la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso)<sup>77</sup> ni mucho menos remitirse en todo aspecto a lo regulado por la legislación procesal, así como tampoco podrá implicar que se cercene una de las características esenciales del arbitraje que es la flexibilidad en su procedimiento. Adicionalmente, tampoco puede impedirse a las partes pactar el procedimiento a seguir, claro está, siguiendo unos lineamientos básicos señalados por la ley, ya que se estaría perdiendo la esencia misma -y una de sus principales ventajas- de lo que es el arbitraje, a diferencia del proceso judicial.

### *El decreto de medidas cautelares previo a la citación del convocado: figura del árbitro de emergencia*

En cualquier proceso ejecutivo podrá solicitarse el decreto de medidas cautelares desde la presentación de la demanda<sup>78</sup>. Lo anterior, toda vez que se torna absolutamente imperioso contar con medidas cautelares - decretadas y materializadas incluso de forma previa a la notificación al demandado de dicha decisión- con el fin de que el fallo no quede solamente en el papel.

Ahora bien, tradicionalmente en el proceso arbitral se ha hablado de las medidas cautelares precautorias o prearbitrales consistentes con las adoptadas de forma previa al proceso, con el fin de no poner en peligro el cumplimiento del laudo arbitral<sup>79</sup>. Debe mencionarse que en Colombia esta posibilidad no ha sido contemplada por el legislador respecto del arbitraje nacional<sup>80</sup>.

Para el trámite de estas medidas cautelares precautorias, principalmente en el arbitraje internacional, se prevé la figura del arbitraje de emergencia. El arbitraje de emergencia se trata de un mecanismo que permite, en situaciones de urgencia, solicitar ante un árbitro exclusivamente el decreto de medidas cautelares, sin esperar a la convocatoria e instalación del tribunal arbitral<sup>81</sup>, el cual decidirá acerca de la cautela a través de una orden o laudo preliminar<sup>82</sup>.

En ese sentido, y dada la imperiosa necesidad del decreto de medidas cautelares precautorias en el proceso ejecutivo arbitral, es de suma utilidad que se implemente la figura del árbitro de emergencia, sin perjuicio de que, decretada la cautela, la parte interesada deba solicitar la convocatoria del tribunal arbitral y se realice el nombramiento de los árbitros de conformidad con lo pactado por las partes, con el fin de solicitar el cobro forzoso de la obligación.

Así las cosas, de forma muy afortunada, el artículo 54 del Proyecto de Ley 224 de 2018 ha previsto que, teniendo en cuenta la naturaleza persecutoria del proceso ejecutivo, se presumirá la voluntad de las partes de permitir que la institución administradora del arbitraje nombre un árbitro con el fin de decretar y practicar las medidas cautelares de embargo y secuestro previas a la convocatoria del tribunal arbitral. Así mismo, de conformidad con el artículo 57, diez días antes de que venza el término de treinta días de competencia del árbitro de medidas cautelares, el solicitante deberá presentar la demanda ejecutiva, so pena de que el árbitro de cautelas decrete el levantamiento de las medidas antes de perder competencia. Lo anterior, claro está, sin perjuicio de la posibilidad que tiene el convocante de solicitar las medidas cautelares dentro del proceso ejecutivo arbitral, con las consecuencias prácticas que ello conlleva.

## **Conclusiones**

Primera. En Colombia, respecto del arbitraje nacional, es viable el proceso ejecutivo arbitral, dado que no existen razones normativas que impidan dicha posibilidad. Además, el proceso ejecutivo arbitral va en total consonancia con la naturaleza jurídica del arbitraje nacional en Colombia, sin perjuicio de las críticas que puedan hacerse respecto de dicha naturaleza jurídica. Sin embargo, para que sea posible incoar pretensiones ejecutivas a través del proceso arbitral, será necesaria una regulación del tema -lo que se encuentra en progreso-, dada la incompatibilidad del procedimiento arbitral con el de un proceso ejecutivo.

Segunda. Acerca de los interrogantes teórico-práctico planteados, se concluyó que, en mayor o menor medida, los beneficios que ofrece el proceso arbitral claramente podrían predicarse del proceso ejecutivo arbitral. Adicionalmente, el hecho de deferir a arbitraje el trámite de pretensiones ejecutivas no cercena la premisa de que el arbitraje sea un mecanismo excepcional, ya que no existe normatividad que lo impida y se encuentra dentro de los asuntos que son arbitrables de conformidad con la legislación.

Por otro lado, para someter de forma válida ciertas pretensiones ejecutivas a arbitraje será necesario que así se pacte de forma expresa en el pacto arbitral, así como si se desea ejecutar el laudo arbitral producto del reconocimiento de pretensiones de conocimiento a través de arbitraje. En ese sentido, no se considerará como un pacto arbitral ejecutivo aquel redactado de forma genérica.

Cuarta. Finalmente, en una eventual regulación acerca del proceso ejecutivo arbitral -que como se mencionó se encuentra en progreso- deberá tenerse en cuenta, principalmente, que el proceso ejecutivo arbitral no podrá ser una copia de la regulación ni etapas procesales del ya existente proceso arbitral, dadas las finalidades distintas del proceso ejecutivo y del proceso declarativo. Aunado a ello, y dada la esencia misma del proceso ejecutivo, deberá preverse un mecanismo efectivo para el decreto y práctica de medidas cautelares previas a través de la figura del árbitro de emergencia.

## Referencias

- Alison Cook, *Kompetenz-kompetenz: varying approaches and a proposal for a limited form of negative kompetenz-kompetenz*, 2014 Pepperdine Law Review, n.º 1, 17-34 (2014). <https://digitalcommons.pepperdine.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2349&context=plr>
- Benetti Salgar, El arbitraje en el derecho colombiano (Editorial Temis, 1994).
- Código Civil Colombiano [CCC]. Ley 57 de 1887. 15 de abril de 1887 (Colombia).
- Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Rad. No. 838 (M. P. Roberto Suárez Franco; Providencia del 24 de junio de 1996).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp. 13703. (C. P. Juan de Dios Montes Hernández; Auto del 9 de octubre de 1997).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 8 de julio de 2009. Rad. No. 110010326000200900026 00. C. P. Ramiro Saavedra Becerra.
- Corte Constitucional. Sentencia C-947 de 2014 (M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado; 14 de marzo de 2007).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-294 de 1995 (M. P. Jorge Arango Mejía; 6 de julio de 1995).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-384 de 2000 (M. P. Vladimiro Naranjo Mesa; 5 de abril de 2000).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-431 de 1995. (M. P. Hernando Herrera Vergara; 28 de septiembre de 1995).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-538 de 2016. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva; 5 de octubre de 2016).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-147 de 2007 (M. P. Manuel José Cepeda Espinoza; 14 de marzo de 2007).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-174 de 2007 (M. P. Manuel José Cepeda Espinoza; 14 de marzo del 2007).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-057 de 1995 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; 20 de febrero de 1995).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-136 de 2003 (M. P. Jaime Córdoba Triviño; 20 de febrero de 2003).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 9 de junio de 2017. Rad. No. 11001-3103-019-2008-00247-01. M. P. Margarita Cabello Blanco.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia de tutela de 23 de 1994. Exp. 1566 (M. P. Pedro Lafont Pianetta; 23 de septiembre de 1994).
- Decreto 1818 de 1998. Por medio del cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos. 7 de septiembre de 1998. D. O. 43380.
- Decreto 2651 de 1991 [con fuerza de ley]. Por medio del cual se expiden normas transitorias para descongestionar los despachos judiciales. 25 de noviembre de 1991. D. O. 40177.
- Elena Artuch, El convenio Arbitral en el Arbitraje Comercial Internacional (Eurolex, 1997).

- Enrique Fernández Masiá, *La irrupción del árbitro de emergencia en el arbitraje comercial internacional*, 9 Cuadernos de Derecho Transnacional, n.º 1, 82-98 (2017). <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3614>
- Felipe Suescún de Roa, *La naturaleza jurisdiccional como causante de complicados males del arbitraje en Colombia*, Revista Foro Derecho Mercantil, n.º 29, 161-193 (2010).
- Hernán Fabio López Blanco, Código General del proceso (Tomo I, Dupre Editores, 2018).
- Humberto Briseño Sierra, El arbitraje comercial, doctrina y legislación (Noriega Editores, 1999).
- Jaime Azula, Manual de Derecho procesal. Tomo III Procesos de conocimiento (Editorial Temis, 2016).
- Jimmy Antony Pérez Solano, *El concepto y la naturaleza del arbitraje comercial en el ordenamiento jurídico colombiano*, 22 Justicia, n.º 32, 259-282. <https://doi.org/10.17081/just.22.32.2917>
- Jorge Hernán Gil Echeverry, Régimen arbitral colombiano, Parte general (Ibáñez, 2017).
- José María Chillón & José Fernando Merino, Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional (Civitas, 1978).
- Juan Eduardo Figueroa Valdéz, *EL arbitraje de emergencia: su utilidad y perspectivas futuras*, Revista Argentina de Arbitraje, n.º 1 (2017). [https://ar.ijeditores.com/articulos.php?Hash=367f08b93bba35e4869c03e853aab8d9&hash\\_t=b749e38d96750b03074a8cf338aa51d2](https://ar.ijeditores.com/articulos.php?Hash=367f08b93bba35e4869c03e853aab8d9&hash_t=b749e38d96750b03074a8cf338aa51d2)
- Laudo Arbitral del 16 de abril de 2004. Tribunal de Arbitraje Colmena Establecimiento Bancario v. Maria Piedad Calle Ángel.
- Ley 1285 de 2009. Por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia. 22 de enero de 2009. D. O. 47240.
- Ley 1563 de 2012. Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional. 12 de julio de 2012. D. O. 48489.
- Ley 1564 de 2012. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. 12 de julio de 2012. D. O. 48489.
- 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. D. O. 43335.
- Marcela Rodríguez, Medidas cautelares en el proceso arbitral (Universidad Externado de Colombia, 2013).
- Marco Gerardo Monroy Cabra, Arbitraje comercial nacional e internacional (2011).
- Marta Gisbert, El contrato arbitral (Civitas, 2015).
- Pablo Rey, *El arbitraje y los ordenamientos jurídicos en Latinoamérica: un estudio sobre formalización y judicialización*, 62 Revista Vniversitas, n.º 126, 199-237. <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/6125>
- Patricio Aylwin, El juicio arbitral (Editorial Jurídica de Chile, 1958).
- Ramiro Bejarano Guzmán, Procesos declarativos, arbitrales y ejecutivos (Temis, 2016).
- Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de 30 de marzo de 2016. Rad. No. 11001-03-15-000-2015-01480-01(AC). C. P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.
- Silvia Gaspar, El ámbito de aplicación del arbitraje (Aranzadi, 1998).

## Notas

\* Artículo de investigación. Este artículo de investigación es resultado del proyecto “Posibles vicisitudes del pacto arbitral”, adscrito al grupo de investigación Teoría General del Proceso y Derecho Procesal Civil de la Universidad Externado de Colombia, avalado por Colciencias en la categoría A.

1 Es preciso tener en cuenta que las anotaciones hechas solamente son aplicables respecto del arbitraje nacional, ya que en el arbitraje internacional prevalece la teoría contractualista.

2 Jaime Azula, Manual de Derecho procesal. Tomo III Procesos de conocimiento, 445-446 (Editorial Temis, 2016); Marcela Rodríguez, Medidas cautelares en el proceso arbitral, 40 (Universidad Externado de Colombia, 2013).

- 3 Benetti Salgar, El arbitraje en el derecho colombiano, 10-12 (Editorial Temis, 1994); José María Chillón & José Fernando Merino, Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional, 90 y ss. (Civitas, 1978); Marta Gisbert, El contrato arbitral, 41 y ss. (Civitas, 2015); Pablo Rey, *El arbitraje y los ordenamientos jurídicos en Latinoamérica: un estudio sobre formalización y judicialización*, 62 Revista Vniversitas, n.º 126, 199-237; Silvia Gaspar, El ámbito de aplicación del arbitraje, 55-56 (Aranzadi, 1998).
- 4 Marcela Rodríguez, *op. cit.*, 41-21; Silvia Gaspar, *op. cit.*, 55-56.
- 5 José María Chillón & José Fernando Merino, *op. cit.*, 90 y ss.
- 6 Benetti Salgar, *op. cit.*, 10-12; Jaime Azula, *op. cit.*; 445-446; Marta Gisbert, *op. cit.*, 41 y ss.
- 7 José María Chillón & José Fernando Merino, *op. cit.*, 90 y ss.
- 8 Marcela Rodríguez, *op. cit.*, 41-21; Patricio Aylwin, El juicio arbitral, 37-39 (Editorial Jurídica de Chile, 1958).
- 9 Benetti Salgar, *op. cit.*, 10-12; Pablo Rey, *op. cit.*.
- 10 Por ejemplo, algunos casos de sujetos que no han sido signatarios del pacto arbitral pero que se van a ver inmersos en el proceso arbitral, como el caso del llamamiento en garantía (artículo 37 de la Ley 1563 de 2012. Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional. 12 de julio de 2012. D. O. 48489).
- 11 Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de 30 de marzo de 2016. Rad. No. 11001-03-15-000-2015-01480-01(AC). C. P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas; Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-147 de 2007 (M. P. Manuel José Cepeda Espinoza; 14 de marzo de 2007); Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-136 de 2003 (M. P. Jaime Córdoba Triviño; 20 de febrero de 2003).
- 12 Lo cual se evidencia en el artículo 11 del Decreto 2651 de 1991 [con fuerza de ley]. Por medio del cual se expiden normas transitorias para descongestionar los despachos judiciales. 25 de noviembre de 1991. D. O. 40177, el artículo 11 de la 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. D. O. 43335, el artículo 115 del Decreto 1818 de 1998. Por medio del cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos. 7 de septiembre de 1998. D. O. 43380 el artículo 6 de la Ley 1285 de 22 de enero de 2009 (por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia) y en la misma Ley 1563 de 2012. Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional. 12 de julio de 2012. D. O. 48489.
- 13 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-538 de 2016. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva; 5 de octubre de 2016).
- 14 Corte Constitucional. Sentencia C-947 de 2014 (M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado; 14 de marzo de 2007).
- 15 Como es el caso de la legalidad de los actos administrativos contractuales. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-174 de 2007 (M. P. Manuel José Cepeda Espinoza; 14 de marzo del 2007).
- 16 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-538 de 2016. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva; 5 de octubre de 2016).
- 17 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 9 de junio de 2017. Rad. No. 11001-3103-019-2008-00247-01. M. P. Margarita Cabello Blanco.
- 18 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 9 de junio de 2017. Rad. No. 11001-3103-019-2008-00247-01. M.P. Margarita Cabello Blanco; Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-147 de 2007 (M. P. Manuel José Cepeda Espinoza; 14 de marzo de 2007).
- 19 Lo cual se evidencia, por ejemplo, en la procedencia de la acción de tutela en contra de los autos dictados en el curso del proceso arbitral y del mismo laudo arbitral, el régimen de responsabilidad de los árbitros, entre otros, que no se estudiarán en profundidad puesto que desbordan el objeto del presente escrito. Al respecto, ver Felipe Suescún de Roa, La naturaleza jurisdiccional como causante de complicados males del arbitraje en Colombia, Revista Foro Derecho Mercantil, n.º 29, 161-193 (2010).
- 20 Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de 30 de marzo de 2016. Rad. No. 11001-03-15-000-2015-01480-01(AC). C. P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

- 21 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-147 de 2007 (M. P. Manuel José Cepeda Espinoza; 14 de marzo de 2007).
- 22 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-538 de 2016. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva; 5 de octubre de 2016); Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-431 de 1995. (M. P. Hernando Herrera Vergara; 28 de septiembre de 1995).
- 23 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-147 de 2007 (M. P. Manuel José Cepeda Espinoza; 14 de marzo de 2007).
- 24 Patricio Aylwin, *op. cit.*, 388.
- 25 José María Chillón & José Fernando Merino, *op. cit.*, 409 y ss.
- 26 De acuerdo con el artículo 1 de la Ley 1563 de 2012. Al respecto ver: José María Chillón & José Fernando, Merino, *op. cit.*, 411.
- 27 Hernán Fabio López Blanco, Código General del proceso, 114 y ss. (Tomo I, Dupre Editores, 2018); Patricio Aylwin, *op. cit.*, 417 y ss.
- 28 Patricio Aylwin, *op. cit.*, 417 y ss.
- 29 Íd. 22 y ss.
- 30 Artículo 43 de la Ley 1563 de 2012.
- 31 Laudo Arbitral del 16 de abril de 2004. Tribunal de Arbitraje Colmena Establecimiento Bancario v. Maria Piedad Calle Ángel.
- 32 Hernán Fabio López Blanco, *op. cit.*, 144 y ss.
- 33 Corte Suprema de Justicia. Sentencia de tutela de 23 de 1994. Exp. 1566 (M. P. Pedro Lafont Pianetta; 23 de septiembre de 1994).
- 34 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-057 de 1995 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; 20 de febrero de 1995).
- 35 Artículo 2 del Decreto 2561 de 1991. En los procesos en que no se haya proferido sentencia de primera o única instancia, que versen total o parcialmente sobre cuestiones susceptibles de transacción, distintos de los laborales, penales y contencioso administrativos y de aquellos en los cuales alguna de las partes estuviera representada por curador *ad litem*, las partes, de común acuerdo, pueden pedir al Juez que aquéllas se sometan a trámite de conciliación, y que si ésta fracasa o fuere parcial, a posterior arbitramento salvo que acuerden acudir a amigable composición. La anterior solicitud también podrá formularse en los procesos de ejecución en los que se hayan propuesto excepciones de mérito. (...).
- 36 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-294 de 1995 (M. P. Jorge Arango Mejía; 6 de julio de 1995).
- 37 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Rad. No. 838 (M. P. Roberto Suárez Franco; Providencia del 24 de junio de 1996).
- 38 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp. 13703. (C. P. Juan de Dios Montes Hernández; Auto del 9 de octubre de 1997).
- 39 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 8 de julio de 2009. Rad. No. 110010326000200900026 00. C. P. Ramiro Saavedra Becerra.
- 40 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-057 de 1995 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; 20 de febrero de 1995).
- 41 De acuerdo con Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-294 de 1995 (M. P. Jorge Arango Mejía; 6 de julio de 1995): “están excluidas del arbitramento cuestiones tales como las relativas al estado civil, o las que tengan que ver con derechos de incapaces, o derechos sobre los cuales la ley prohíba a su titular disponer. Los únicos juicios ejecutivos que escaparían al ámbito propio de los árbitros serían los que se adelantan por la jurisdicción coactiva, para cobrar deudas en favor del fisco, a una especie de los cuales se refiere el numeral 5 del artículo 268 de la Constitución”.

- 42 Artículo 15 del Código Civil: “Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia”. Código Civil Colombiano [CCC]. Ley 57 de 1887. 15 de abril de 1887 (Colombia).
- 43 De acuerdo con Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-294 de 1995 (M. P. Jorge Arango Mejía; 6 de julio de 1995): “A todo lo dicho, cabría añadir únicamente esto: los únicos juicios ejecutivos que escaparían al ámbito propio de los árbitros serían los que se adelantan por la jurisdicción coactiva, para cobrar deudas en favor del fisco, a una especie de los cuales se refiere el numeral 5 del artículo 268 de la Constitución”.
- 44 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-384 de 2000 (M. P. Vladimiro Naranjo Mesa; 5 de abril de 2000).
- 45 Humberto Briseño Sierra, El arbitraje comercial, doctrina y legislación, 12 (Noriega Editores, 1999).
- 46 En todo caso, debe aclararse que, frente al silencio de las partes, la Ley prevé normas supletivas.
- 47 Marcela Rodríguez, *op. cit.*, 44-45.
- 48 Jorge Hernán Gil Echeverry, Régimen arbitral colombiano, Parte general, 30 y ss. (Ibáñez, 2017).
- 49 Inciso 2 del artículo 1 de la Ley 1563 de 2012.
- 50 Jorge Hernán Gil Echeverry, *op. cit.*, 30 y ss; Marco Gerardo Monroy Cabra, Arbitraje comercial nacional e internacional, 7 y ss. (2011).
- 51 Ramiro Bejarano Guzmán, Procesos declarativos, arbitrales y ejecutivos, 440 (Temis, 2016), ha afirmado que regular este tema permitiría, principalmente en las grandes ciudades, descongestionar la morosa administración de justicia, la cual conoce de una cantidad considerable de procesos ejecutivos, en su mayoría promovidos por entidades del sector financiero.
- 52 Marcela Rodríguez, *op. cit.*, 47; Marco Gerardo Monroy Cabra, *op. cit.*, 7 y ss.
- 53 Jorge Hernán Gil Echeverry, *op. cit.*, 30 y ss; Marco Gerardo Monroy Cabra, *op. cit.*, 7 y ss.
- 54 Artículo 422 de la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso). Título ejecutivo. Pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante, y constituyan plena prueba contra él, o las que emanen de una sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial, o de las providencias que en procesos de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia, y los demás documentos que señale la ley. La confesión hecha en el curso de un proceso no constituye título ejecutivo, pero sí la que conste en el interrogatorio previsto en el artículo 184.
- 55 Marco Gerardo Monroy Cabra, *op. cit.*, 4-5.
- 56 Corte Constitucional. Sentencia C-947 de 2014 (M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado; 14 de marzo de 2007).
- 57 Patricio Aylwin, *op. cit.*, 50.
- 58 Jimmy Antony Pérez Solano, El concepto y la naturaleza del arbitraje comercial en el ordenamiento jurídico colombiano, 22 Justicia, n.º 32, 259-282.
- 59 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-538 de 2016. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva; 5 de octubre de 2016).
- 60 Íd.
- 61 Patricio Aylwin, *op. cit.*, 26.
- 62 Íd.
- 63 Patricio Aylwin, *op. cit.*, 51.
- 64 Silvia Gaspar, *op. cit.*, 63.
- 65 Íd., 66.
- 66 Es decir, pretensiones declarativas, constitutivas y/o de condena.

67 Jorge Hernán Gil Echeverry, *op. cit.*, 181.

68 Aunque consideramos que, claramente, un compromiso para tramitar pretensiones ejecutivas, teniendo en cuenta que estas últimas están enfocadas al cumplimiento forzoso de una obligación y dado que en el compromiso la controversia ya ha surgido, será más difícil que se dé en la práctica, sin que por ello no sea posible pactar un compromiso acerca de pretensiones ejecutivas.

69 Postura expresada en: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 8 de julio de 2009. Rad. No. 110010326000200900026 00. C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

70 De conformidad con el inciso quinto del artículo 43 de la Ley 1563 de 2012.

71 De acuerdo con la postura de Jorge Hernán Gil Echeverry, *op. cit.*, 269 y 282.

72 Patricio Aylwin, *op. cit.*, 406.

73 Ver Alison Cook, Kompetenz-kompetenz: varying approaches and a proposal for a limited form of negative kompetenz-kompetenz, 2014 Pepperdine Law Review, n.º 1, 17-34 (2014); Elena Artuch, El convenio Arbitral en el Arbitraje Comercial Internacional (Eurolex, 1997).

74 Es decir, al tener origen contractual y desplegar sus efectos en el ámbito procesal.

75 Jorge Hernán Gil Echeverry, *op. cit.*, 171 y ss.

76 En el caso de que se trate de una controversia de esta índole. Ver Jorge Hernán Gil Echeverry, *op. cit.*, 179.

77 Ley 1564 de 2012. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. 12 de julio de 2012. D. O. 48489.

78 Ramiro Bejarano Guzmán, *op. cit.*, 587.

79 Marcela Rodríguez, *op. cit.*, 147. La mencionada autora las llama medidas cautelares *ad causam*.

80 Posibilidad que sí se contempla en el caso del arbitraje internacional, de conformidad con el artículo 71 de la Ley 1563 de 2012.

81 Enrique Fernández Masiá, La irrupción del árbitro de emergencia en el arbitraje comercial internacional, 9 Cuadernos de Derecho Transnacional, n.º 1, 82-98 (2017).

82 Juan Eduardo Figueroa Valdéz, EL arbitraje de emergencia: su utilidad y perspectivas futuras, Revista Argentina de Arbitraje, n.º 1 (2017).

Licencia Creative Commons CC BY 4.0

*Cómo citar este artículo:* Luisa María Brito Nieto, *La viabilidad del proceso ejecutivo arbitral en Colombia*, 69 Vniversitas (2020). <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj69.vpea>