

**XVI CONGRESO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL
CALI - 1995**

**EL PROCESO ARBITRAL COMO MECANISMO DE
DESCONGESTION JUDICIAL**

Dr. LUIS AUGUSTO CANGREJO COBOS

INTRODUCCION

El propósito de las siguientes líneas no es otro que el de hacer una aproximación al tratamiento del proceso arbitral dentro del marco de los mecanismos alternativos para la descongestión judicial; específicamente la manera como fueron consagradas las reformas a la inicial regulación de los Códigos de Procedimiento Civil y de Comercio, por el Decreto 2279 de 1989, la Ley 23 de 1991, y luego, por el Decreto 2651 de 1991, cuya vigencia ha sido promulgada.

Como puede advertirse a primera vista, en menos de dos años, tres reformas sobre este tema se han expedido, lo que pone en evidencia la forma precipitada en que se ha legislado y que ha sido la cantera de no pocas dificultades. Como se verá, normas de carácter excepcional en esta materia han quedado como definitivas, restringiendo el acceso a este procedimiento. Lo que sí debemos anotar inicialmente es que el hecho de haberse dado una regulación especial independiente del estatuto procesal civil no significa, en manera alguna, el nacimiento de una nueva jurisdicción como lo han visto algunos. El arbitramento es un proceso apto para dirimir las controversias o conflictos de intereses, primordialmente de derecho privado por lo que la sola presencia de la cláusula compromisoria o del documento de compromiso no impiden que se acuda a los jueces ordinarios, pero si así lo alega la parte demandada mediante la excepción previa correspondiente se estará frente a la falta de competencia del juez, y no, a la falta de jurisdicción. Las consecuencias procesales son muy diferentes como puede evidenciarse.

De una manera sucinta analizaremos los cambios introducidos al arbitramento por el Decreto 2651 de 1991 que en nuestro parecer fueron importantes y que

miran más al trámite preparatorio y a la conformación del Tribunal, en una primera parte; en una segunda, estudiaremos el recurso de anulación del laudo arbitral y unas breves notas sobre algunas de las causales legalmente establecidas para su procedencia.

I. PRINCIPALES REFORMAS - DECRETO 2651 DE 1991.

En los siguientes apartes puntualizamos las principales reformas introducidas por el Decreto 2651 de 1991 al trámite del proceso arbitral:

a) Señalamiento de la cuantía. La estimación patrimonial de las pretensiones no tenía mayor trascendencia sobre el proceso arbitral, por ello no había distinción alguna; desde luego las partes estaban en perfecta libertad de designar el número de árbitros, lo que unido al único trámite del proceso hacían irrelevante la cuantía de la controversia. En la actualidad y bajo los parámetros establecidos por el artículo 12 del Decreto de arbitramentos serán de mayor o de menor cuantía, teniendo en cuenta si excede o no de cuatrocientos salarios mínimos legales mensuales; pero éstos solo tiene incidencia en la conformación del tribunal arbitral. En efecto, dejando a salvo lo que al respecto acuerden las partes, en los de menor cuantía solo habrá un árbitro; es preciso resaltar que, en este evento del árbitro único, independientemente que la decisión deba adoptarse en derecho o en conciencia, el árbitro puede no ser abogado, lo que comporta un cambio frente a lo anteriormente establecido por el Decreto 2279 de 1989 y por la ley 23 de 1991, que indicaban que si el fallo debía ser en derecho, el tribunal debería estar conformado por abogados.

Prevé el artículo 12 en comento que las controversias que no versen sobre derechos patrimoniales se asimilan a las de mayor cuantía para los efectos allí previstos. Como quiera que la mayoría, si no la totalidad de estas controversias, no son susceptibles de transacción (v.gr. las que versan sobre el estado civil), no es admisible que a decisión arbitral puedan someterse toda clase de asuntos de esta naturaleza, pues desbordaría el marco legal que establece terminantemente que sólo pueden serlo aquellas susceptibles de transacción. Es, entonces, un punto que debe analizarse y definirse en cada caso concreto.

b) Facultades de los centros de arbitraje. La intervención de los centros de arbitraje para los arbitramentos institucionales aparece obvia y por ello, sin otro comentario nos remitimos a lo previsto en las normas respectivas. Ahora bien, como mecanismo de descongestión judicial se estableció que cuando se trate de arbitramento independiente, referido especialmente a las dificultades de la convocatoria y conformación del Tribunal Arbitral, la intervención que tenía el Juez Civil del Circuito (requerimientos, citaciones y designación de árbitros, en su caso) se trasladó a los centros de arbitraje. En consecuencia, si del arbitramento independiente se trata, aparece la función subsidiaria de los centros de arbitraje referida exclusivamente a adelantar los trámites para la integración e instalación del Tribunal.

Algunos aspectos que consideramos de relieve son los siguientes:

1. Es escrito de solicitud de convocatoria debe reunir los requisitos de una demanda ordinaria acompañada de los documentos idóneos que indiquen la procedencia del arbitramento (cláusula compromisoria o documento de compromiso) con el señalamiento preciso de la controversia a decidir y debe contener las aspiraciones pretensionales. Nada obsta para que la solicitud sea presentada conjuntamente por las partes, bien puede tratarse del no acuerdo en la designación de los árbitros, caso en el cual no será necesario el traslado respectivo luego de aceptada la misma. Esta actuación preparatoria se rige en los asuntos de menor cuantía por el trámite previsto para el proceso verbal sumario (artículo 436 C.P.C.), y en los de mayor cuantía, por el indicado para los procesos verbales (artículo 428 C.P.C. La parte convocada tiene la carga procesal de contestar la demanda, teniendo para ello todas las facultades derivadas del derecho de contradicción que le asiste, siendo procedente la demanda de reconvencción. Lo anterior lleva directamente a la fijación del tema de decisión del tribunal desde el punto de vista material, independientemente de las facultades que tiene para la conformación del mismo. Mientras no se instale el tribunal, pueden las partes de común acuerdo puede reemplazar total o parcialmente los árbitros designados.

2. Cabría preguntarnos si el Centro de Arbitraje por intermedio de su director tiene la facultad de decidir sobre la transigibilidad de la controversia, aspecto que apunta directamente a la validez del pacto arbitral, o sobre otros aspectos como su nulidad. Para nosotros la respuesta es negativa. Algunos autores consideran inherente esta facultad a la función del Centro de Arbitraje, y aducen para ello razones de economía y celeridad, pero, nótese que tal decisión atañe al fondo mismo del asunto y que por ello corresponde al juez del litigio; de ahí que afirmemos que esta materia es privativa del Tribunal Arbitral; la ley no le ha conferido esta competencia, como tampoco para resolver sobre las excepciones previas que hayan sido esgrimidas, como lo dispone el numeral 4o del artículo 16 del Decreto 2651 de 1991.

3. Como mecanismo alternativo para la solución de conflictos se dispuso en el numeral del mismo art. 16 en comento, que si no se hubiere intentado la conciliación del conflicto con anterioridad a la solicitud de convocatoria, ésta tendrá lugar ante el director del Centro de Arbitraje una vez cumplidos los trámites de conformación del tribunal arbitral y antes de su instalación. En esta audiencia el director actuará como conciliador y para ello señalará fecha y hora oportunamente; la redacción de la norma es imprecisa, demanda un esfuerzo para establecer que se entiende por fecha de la convocatoria, si se trata de la solicitud inicial, o la de admisión de la demanda, o, si por el contrario, se hace referencia es a la fecha de instalación del Tribunal. Indudablemente creemos que se quiso aludir a esta última, atendiendo razonablemente que para su procedencia deben haberse "cumplido todos los trámites previos", esto es debidamente

conformado el Tribunal, y además, determinados los extremos del litigio (demanda y contestación), además en sana lógica esta audiencia de conciliación forma parte de la tramitación previa al proceso arbitral propiamente dicho.

4. Cumplidos los trámites, esto es conformado el Tribunal y agotada la conciliación si a ello hay lugar, se procede a la instalación del Tribunal. Es de resaltar que por lo que toca a la remuneración de los árbitros, si el asunto es de menor cuantía, ésta será la que indiquen las tarifas del centro respectivo; en los de mayor cuantía se fijará por el tribunal. En lo que respecta a la objeción que se haga a la estimación de los honorarios y gastos, solamente procede mediante el recurso de reposición ante el mismo tribunal; recordemos cómo en la legislación anterior, objetadas las sumas estimadas, correspondía decidir definitivamente sobre ellas al Juez Civil del Circuito.

Por lo que atañe a los impedimentos y recusaciones de los árbitros trae el Decreto una innovación consistente a que "serán los resultados por el director del centro de arbitraje" (artículo 19, pero entraña un grave defecto de técnica legislativa. Debe tenerse en cuenta que si en el árbitro designado concurre una causal de impedimento, debe así manifestarlo para que se proceda a la designación de otro; si los hechos constitutivos de la causal sobrevienen a su aceptación pero antes de la instalación, recibe idéntico tratamiento. Podría generar alguna dificultad la impropiedad del legislador sobre este punto que puede despejarse creemos, con las siguientes precisiones: i) le corresponde al árbitro manifestar su impedimento, caso en el cual nada distinto de proceder al reemplazo del árbitro tendrá que hacer el director del centro, desde luego en subsidio de su designación por las partes; ii) propuesta la recusación de un árbitro, o de todos ellos, el recusado debe manifestar si acepta o no los hechos en que esta se funda, si los acepta se declara separado del conocimiento y corresponderá al director del centro proceder a la nueva designación. Si los hechos no son aceptados, en ese único y particular evento, tendrá que "resolver" el director del centro lo pertinente, y solamente cuando se considere procedente la recusación procederá a la designación respectiva para reconstituir el tribunal. No compartimos las apreciaciones exegéticas de algunos profesores que afirman que propuesta la recusación ninguna manifestación es aceptable por parte de los árbitros.

Básicamente los aspectos reseñados constituyen desde el punto de vista procedimental lo más importante bajo la óptica de la descongestión judicial, desde luego con miras al fortalecimiento del arbitramento como mecanismo alternativo para la solución de los conflictos.

II. EL RECURSO DE ANULACION DEL LAUDO ARBITRAL. SU NATURALEZA Y ALCANCE

De vieja data se ha enseñado que el proceso civil, desde el punto de vista objetivo, no es más que un conjunto de actos jurídicos procesales concatenados

y dirigidos al fin de la jurisdicción, esto es, a la búsqueda de un pronunciamiento jurisdiccional sobre la controversia que se ha sometido al conocimiento del Juez. Esos actos procesales son producidos por los sujetos del mismo, ya sea el Juez, las partes, los terceros, o los auxiliares que en él intervienen; específicamente, los actos del Juez, ya sean de gobierno procesal o de composición procesal, están expuestos al error, y consecuentemente pueden llegar a afectar el interés de las partes o de los demás intervinientes en el proceso.

De esta realidad incontrovertible surge la noción de recurso, como un acto jurídico procesal a cargo de la parte interesada, siendo, en su dinámica, un acto de impugnación de resoluciones judiciales. En su esencia, es una facultad, un derecho subjetivo del litigante, un derecho de la parte que interviene en el proceso; no es un deber. No hay obligación de recurrir, en nuestro sistema si la parte no recurre nadie puede hacerlo. El último, no es más que una manifestación del principio dispositivo rector del proceso civil, que al igual que otros actos del proceso como la demanda, la contestación, el señalamiento del tema de decisión para el Juez y los actos de disposición del derecho, entraña necesariamente una manifestación de voluntad de la parte.

De estas reflexiones brotan las notas características de los recursos: La legitimación para interponerlo, el interés que le asiste y su formulación con arreglo a la ley, en cuanto a su oportunidad y contenido del mismo, que en algunos casos se exige. De ahí que estarán legitimados para recurrir los sujetos frente a quienes se ha proferido la decisión judicial; en cuanto al interés en el recurso, es requisito indispensable la existencia de un perjuicio, una lesión, un agravio, un gravamen; sin interés no hay recurso; basta recordar que el derecho, al decir de Ihering, no es más que el interés protegido por la ley. Si bien para el Ministerio Público el interés puede ser solo la búsqueda de la recta aplicación de la ley, para el particular debe consistir en un perjuicio concreto o actual proveniente de lo decidido en la providencia que es materia del recurso. El recurso no puede perseguir declaraciones puramente abstractas; por ello, existirá interés en el recurso cuando se rechaza una pretensión concreta invocada en su oportunidad por la parte, sea en su exposición fáctica, sea en su planteamiento jurídico.

El fin primordial de los recursos consiste en obtener una buena justicia mediante la enmienda de los errores cometidos por el funcionario jurisdiccional al proferir sus decisiones; pueden ser errores de juzgamiento o de actividad. En el primero de ellos (error in iudicando) se incurre cuando el Juez deja de aplicar, o aplica indebidamente, o interpreta erróneamente una norma de carácter sustancial; por eso, atañe al fondo de la decisión o al derecho que es objeto de controversia; se incurrirá en el segundo de ellos (error in procedendo) por la inobservancia de los trámites o actuaciones que implica el normal desarrollo del proceso. Encontramos, entonces, que puede existir error en una decisión aunque se hayan observado rigurosamente las formas procesales, y viceversa, ser correcto el procedimiento pero haberse omitido las ritualidades propias del proceso.

El fin secundario que se persigue con el recurso, pero forzoso presupuesto para el particular, es el de subsanar el perjuicio que se le hubiere ocasionado con la decisión, desde luego cuando prospere la impugnación.

En suma, el recurso no es más que una de las formas de ejercer el derecho de impugnación, que a su vez materializa el derecho de defensa de las partes.

Ha sido tradicional en la legislación como en la doctrina, distinguir dos clases de recursos: Ordinarios y extraordinarios. Los primeros son aquellos que pueden proponerse en el curso de la primera e, inclusive, durante la segunda instancia contra cualquier tipo de decisión y a fin de subsanar errores de actividad o de juzgamiento, cualquiera que sea la causa que los determine; los medios ordinarios dan lugar a una nueva instructoria que tiene la misma amplitud de aquella sobre la cual fue pronunciada la decisión impugnada. Igualmente, en algunos casos, suspenden la ejecución de la providencia.

Los recursos extraordinarios sólo proceden contra determinadas sentencias y con base en las causales que taxativamente indica la ley, lo cual implica que la proposición de los recursos extraordinarios únicamente será viable una vez finaliza el proceso, no durante el curso de las instancias; por ello, la competencia del juez que conoce del recurso es restringida y excepcionalmente, dependiendo de su prosperidad, puede el juez entrar en el fondo del asunto para reemplazar la decisión recurrida.

En este orden de ideas, el recurso de anulación, es un recurso extraordinario que procede solamente por excepción el proceso arbitral es de única instancia y a través del recurso no se abre una segunda instancia pues el Tribunal Superior no es superior jerárquico el Tribunal de Arbitramento. Por la especialidad del recurso y las causales taxativamente consagradas, la jurisprudencia nacional lo ha asimilado al recurso de casación por errores in procedendo.

El Tribunal Superior de Bogotá, en Sentencia del 28 de noviembre de 1977, señaló:

"Al igual que en los recursos de casación y revisión, el de anulación del laudo se contempla como extraordinario, en forma que, en común la sentencia a recurrir y sus causales se hallan especialmente detalladas en la ley, lo que limita la actividad jurisdiccional del juzgado convocado a decidirlo. Y, a diferencia de los dos mencionados, es únicamente posible para subsanar los vicios de actividad del último o sus errores in procedendo en la composición del proceso arbitral, **excluyendo de su objeto** los denominados **in judicando o violación de la ley sustantiva**. (Subrayo)".

La anulación se estatuyó para corregir las violaciones flagrantes, las violaciones importantes o las normas procesales. Por eso nunca procede contra

los yerros en que puedan incurrir los árbitros al interpretar las normas meramente sustantivas, que como vimos atrás se puede desprender de una falta de aplicación de la norma o de una indebida aplicación de ella o por una errónea interpretación y que, desde luego, se reflejan en la decisión respectiva, los cuales pueden ser objeto de recurso de casación.

Sobre el objeto, alcance y técnica del recurso de anulación conviene traer el fallo del Consejo de Estado, en su Sección III, de fecha 24 de mayo de 1991, cuyos conceptos son de una claridad meridiana:

"La valoración jurídica del caso se hará teniendo en cuenta que se está frente a un recurso de los denominados por algunos tratadistas de 'relación', que presenta las siguientes características:

1ª) Su objeto lo fija exclusivamente el recurrente, dentro del marco de causales taxativamente consagradas en la ley;

2ª) A través de él no se adquiere competencia para revisar el aspecto sustancial del laudo. "... es decir si hubo o no errores in judicando diferentes de los que se puntualizan en las tres últimas causales y tampoco para revisar el aspecto probatorio, es decir, si hubo o no errores de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas", como lo enseña el Procesalista Doctor Hernando Devis Echandía, quien además agrega: "A ... diferencia del de casación, no es posible atacar la sentencia por errores en la aplicación de la ley sustancial, tanto por vía directa (falta de aplicación, indebida aplicación e interpretación errónea), como por consecuencia indirecta de errores, en la apreciación de las pruebas o por falta de apreciación de éstas", por lo cual concluye que es más restringido aún que el primero (Compendio de Derecho Procesal, Tomo III, El Proceso Civil, Volumen 2o, parte especial, Sexta edición, Bogotá, Editorial Colinter, 1985, pág. 832).

3ª) La filosofía jurídica anterior explica bien que la cuestión de mérito no puede tener sino una instancia. "Desde que se habla de anulación se excluye la posibilidad de una segunda instancia, porque no se trata de examinar la cuestión de fondo, sino la regularidad formal a través de las causales del artículo 672, aunque la primera dependa del acto compromisorio" (Hernando Morales Molina. Artículo publicado en Derecho Colombiano, junio de 1977).

4ª) Las causales deben ser alegadas como principales y no en forma condicional o sucesiva lo que explica que con la misma orientación deben ser estudiadas.

5ª) A través del recurso se impugna una providencia ejecutoriada, "... de modo que se origina en una acción bien distinta de la que determina el proceso arbitral mismo" (Hernando Morales. Artículo antes citado).

La Corte Suprema de Justicia, en fallo de la Sala Civil de 13 de junio de 1990, indicó:

"Más todavía: Para poner a salvo la estricta observancia de toda esa actividad in procedendo, y garantice subsecuentemente el superlativo derecho de defensa de las partes, la ley colombiana vigente previó positivamente la posibilidad de impugnar el laudo, instituyendo al efecto el "recurso de anulación del laudo" (artículo 2020 del Código de Comercio hoy artículo 37 del Decreto premencionado)".

"Por el contrario, las causales de anulación del laudo miran es el aspecto procedimental del arbitraje, y están inspiradas porque los más preciados derechos de los litigantes no hayan resultado conculcados por la desviación procesal del arbitramento".

"Ha de subrayarse entonces, que el Tribunal Superior a quien corresponda decidir el recurso de anulación del laudo, tiene en verdad una competencia específica, limitada y restringida acorde justámente con la naturaleza indicada de la impugnación de que conoce. En la sentencia con que decida el recurso, pues, normalmente debe declarar si él alcanza o no, prosperidad, y, en el supuesto, disponer lo que sea menester teniendo en mira lo que sobre el particular también dispuso expresamente la ley. Dicho en otros términos, en la sentencia debe hacer un pronunciamiento acerca de si el laudo en verdad está afectado de nulidad, lo que solo ocurrirá si a su turno se abren paso las causas legales invocadas; caso contrario debe declarar infundado el recurso".

III. ALGUNAS CAUSALES DE ANULACIÓN

El artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 taxativamente consagró las causales que pueden invocarse para deprecar la nulidad del laudo arbitral. Hemos querido en el presente estudio referimos solamente a algunas de ellas que consideramos puede ofrecer alguna dificultad en la práctica y a cuya solución, ojalá podamos hacer algún aporte.

Causal sexta (6ª).

"6. Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo arbitral".

Difícilmente un Tribunal de Arbitramento se confunde tanto como para fallar en conciencia, debiendo hacerlo en derecho. La causal se orienta a corregir el vicio del fallador que se aparta de la ley, para resolver el conflicto conforme a su criterio particular y sin tener facultad de las partes para ello; no se configura si,

como ya se sabe, aplica el derecho aún teniendo facultad para apartarse de sus preceptos al tiempo del laudo. Para la configuración de esta causa la rebeldía del Juez a la aplicación de la ley debe aparecer manifiesta en el laudo, esto es, apreciado el fallo en su totalidad, sin que sea necesario que se diga de manera expresa que se prescinde de aplicar el derecho; solo cuando el fallo que se dice en derecho deje de lado en forma ostensible, evidente, manifiesta, el marco jurídico que debe observarse para fundamentarse en un criterio particular de la justicia sobre la base de alusiones a la pura equidad y excluyendo toda consideración jurídica, podrá afirmarse que es un fallo en conciencia. El Consejo de Estado en fallo de 3 de abril de 1992, de la Sección Tercera, puntualizó:

“Porque si el juez adquiere la certeza que requiere para otorgar el derecho disputado con apoyo en el acervo probatorio y en las reglas de la sana crítica, ese fallo será en derecho, así no hable del mérito que él da a determinado medio o el conjunto de todos”.

La misma jurisprudencia, adelante expresa:

“Tanto el fallo en conciencia como en derecho tiene que reposar sobre un motivo justificativo: ni el uno ni el otro pueden surgir por generación espontánea y sin que se apoyen en una situación jurídica preexistente que debe resolverse. Pero mientras el fallo en derecho debe explicar los motivos o razones de orden probatorio y sustantivo que tuvo para arribar a la conclusión que contiene la parte resolutive, en el fallo en conciencia esa motivación no es esencial determinante de su validez”.

“Es cierto que el Juez de derecho debe motivar sus fallos y dentro de esa motivación las pruebas merecen tratamiento especial. Pero si incumple ese deber en forma absoluta el fallo podrá ser anulable, pero no cambiará su esencia para convertirse el fallo en conciencia. Esto como principio procesal general, porque frente a los laudos arbitrales esa falta de motivación no aparece contemplada dentro de las causales de anulación de los mismos y menos cuando no se niega, sino que se le califica como deficiente o irregular”.

“La motivación de los fallos no está sujeta a ciertas formas preestablecidas; esta motivación obedece mucho al estilo propio del juzgador, y en materia probatoria, frente al sistema valorativo de la persuasión racional o sana crítica, existe una mayor libertad, porque el juzgador no tiene que acatar una tarifa legal preestablecida, sino que se mueve dentro de las reglas de la lógica, la experiencia y la psicología”.

“Tal amplitud permite aceptar que cuando el juez arbitral decida en conciencia puede aún conciliar pretensiones opuestas: conducta que no puede asumir cuando falla en derecho, y aún decidir sobre extremos no suficientemente probados pero posibles”.

"Pero ese fallo en conciencia, pese a su extensión, no puede ser arbitrario y mucho menos desconocer los hechos del proceso o las reglas de la lógica y de la experiencia; porque tanto esos hechos como las mencionadas reglas, constituyen obligaciones obvias implícitas a los jueces de conciencia para la recta ejecución de su cargo judicial. Porque tanto el árbitro de derecho como el de conciencia, administran justicia".

Desde luego que no puede confundirse la carencia de motivos o razones para decidir, con la falta de motivación del fallo; si a juicio del recurrente los motivos expuestos por el Tribunal de Arbitramento no eran suficientes, o eran equivocados, o existían otros mejores, no significa, de ninguna manera, que el fallo en derecho se convierta en un fallo en conciencia. Si ello fuere posible, se quebrantaría de manera manifiesta la soberanía del juzgador la certeza que adquirió a través del proceso mediante el análisis de las situaciones de hecho y de derecho; cosa bien distinta es, que en toda sentencia el juzgador deba exponer razonadamente su motivación.

En el mismo sentido se ha expresado con toda razón el Tribunal Superior de Bogotá en sentencia muy reciente del 3 de junio de 1994 reiterando este criterio tradicional sobre la causal sexta. (Recurso de anulación Quórum Ingeniería Ltda. contra Banco Ganadero). Providencia que puntualiza las razones que la llevaron a desechar el recurso:

"Siguiendo el numeral 6o, ya transcrito, se tiene que dicha causal exige para su prosperidad que aparezca de manifiesto en el laudo el fallo de conciencia.

La precedente hipótesis legal de entrada advierte que para que su ocurrencia el juzgador debe observar si el laudo de manera palmaria, patente, ... carece de fundamentación legal para dar paso a una decisión fundada en la expresión "verdad sabida y buena fe guardada". No otro significado traduce el de desprendimiento del fallador de cualquier guía de índole normativa, probatoria y fáctica, esto es proferir la decisión basado únicamente en los dictados de su íntima convicción moral y ética sin tener en cuenta ninguna otra consideración.

De la revisión pormenorizada del laudo así como de la proposición de la causal surge inmediatamente su improcedencia.

En efecto. Partiendo de las características que informan esta causal la Sala observa cómo el censor apenas afirma "una aproximación" a un fallo de conciencia y no la de aparecer manifiesta esta circunstancia en el laudo, exigencia legal para su configuración.

Y de la lectura de pronunciamiento arbitral se infiere que el mismo se halla superada en una cadena de análisis jurídicos, doctrinales y jurisprudenciales que acompasados al marco fáctico establecido para la litis con las probanzas recaudadas, llevaron al Tribunal a proferir el laudo cuestionado.

Precísase decir aquí que la causal que se viene analizando excluye el evento de la valoración probatoria que hayan efectuado los árbitros para adoptar su decisión.

Tal tema es ajeno no solo a ésta sino al recurso de anulación...".

Hemos visto numerosos recursos de anulación por esta causal, que llaman en su apoyo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de febrero de 1980, de la Sala de Casación Civil, según la cual, si el juez no expone específicamente el valor de convicción que le asigna a cada prueba, el fallo será en conciencia y no en derecho. Esta posición de nuestra Alta Corporación aunque respetable, la consideramos equivocada. Se ha visto aquí una posibilidad para pedir la anulación del laudo por supuestos errores de actividad del Tribunal Arbitral, cuando en el fondo son en realidad posibles errores de juzgamiento determinados por la apreciación jurídica o fáctica de las pruebas, desde luego éste es un aspecto que escapa al ámbito del recurso.

FALLO DE CONCIENCIA Y EL FALLO EN DERECHO

Según Escriche, la palabra Sentencia procede del vocablo latino "Sentiendo", porque el Juez declara lo que siente, según lo que resulta del proceso; pero no por ello deja de ser Juez de Derecho.

En la sentencia (para el caso en el Laudo) el Tribunal emite su opinión "sobre la conformidad o disconformidad de la pretensión de la parte con el derecho objetivo, y en consecuencia, actúa o se niega a actuar dicha pretensión", (Jaime Guasp).

El fallo en conciencia, por oposición al fallo en derecho, parte de una concepción de la justicia que no se inspira en normas de derecho positivo sino esencialmente en postulados de razón o derecho natural, de autoridad, de amor a la paz o de moral. El fallo en conciencia examina los hechos y las pretensiones de las partes fundamentalmente bajo la fórmula latina *ex aequo et bono* (en cuanto sea equitativo y bueno; según el leal saber y entender del juzgador); se ha dicho que el Juez de conciencia trabaja con la certeza como estado subjetivo del espíritu, más que con la verdad como realidad exterior. Por ejemplo, es típico del fallo en conciencia conciliar pretensiones opuestas, cosa que el laudo recurrido, desde luego, no hace.

El juez de derecho, como persona de la especie humana, no puede sustraerse a esta forma íntima de convencimiento; pero a diferencia del juez en conciencia, para el juez de derecho el proceso no se detiene en dicha etapa humana, primaria y subjetiva, sino que esa certeza interior, esa verdad puramente inteligible, como certeza intuitiva o aún como certeza reflexiva

Para ese fallo en conciencia, pese a su extensión, no puede ser arbitrario y puramente lógica, puede llegar o no a identificarse con la verdad objetiva en el ámbito del convencimiento judicial, a través de la facultad inteligente del Juez frente al contenido de la ley, frente a la contemplación de los hechos y al examen de las pruebas legales. Bajo nuestro sistema probatorio de persuasión racional, esa "potestas iudicandi" se ejercita desde 1971 mediante el instrumento importantísimo consistente en las reglas de la sana crítica (la lógica y la experiencia) que van vertiéndose en el silogismo de la sentencia para conformar la libre convicción del Sentenciador. Producido ese examen y utilizada esa facultad consistente en correlacionar la prueba, los hechos y el derecho, no puede predicarse ni jurídica ni ontológicamente que una sentencia o un laudo arbitral hayan sido producto de un fallo en conciencia, por equivocado que fuere o le pareciere a un contendiente cualquiera parte del silogismo, pues los errores de hecho o de derecho no **determinan** mutación alguna en el carácter jurídico del laudo; de lo contrario se convertiría el recurso de anulación en recurso de apelación o de casación inexistente para quebrar el laudo a pretexto de supuestos errores manifiestos de hecho o de derecho. Analizado desde otro punto de vista, si se identificaran tales yerros con un fallo en conciencia, no alcanzaría casación ninguna sentencia por causa de ellos, pues un fallo en conciencia escapa al control de la Sala de Casación.

La circunstancia de "haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho", se predica única y exclusivamente cuando existe una ausencia total de razonamientos jurídicos y un olvido ostensible e intencional del derecho objetivo; de ahí porqué la causal 6 es intrínsecamente restrictiva, cuando advierte que tal circunstancia debe aparecer **manifiesta en el Laudo Arbitral**"; esto es, descubierta, clara, patente, evidente.

El Profesor Antonio Rocha, al explicar las diferencias entre los tres grandes sistemas de derecho probatorio, tarifa legal, íntimo convencimiento y el atemperado que hoy gobierna esta disciplina en casi todas las legislaciones del mundo, incluida Colombia, señala de este modo que se entiende por la convicción en conciencia o de íntimo conocimiento:

La convicción en conciencia o de íntimo convencimiento se produce libremente, puede decirse que sin razonamientos lógicos expresos (y en ello radica su peligrosidad), sin consultar la medida o instrucción que da la ley, ni hay que dar cuenta de los medios por los cuales se produce la convicción o la duda. En tanto que en el sistema de persuasión racional es indispensable razonar alrededor y sobre la base de los hechos y de los medios de prueba que llevan al Juez a la creencia de que tales hechos se verificaron o no; hay que despejar razonadamente la duda". (De la Prueba en Derecho - Tomo I, Ediciones Lerner, 1967, páginas 115 y 116).

Al abogar por la bondad del sistema de la persuasión racional, que para Lessona consiste en "pesar con justo criterio lógico" el valor de las pruebas

producidas que conduzcan al Juez de derecho a subordinar su criterio individual mediante el uso de las reglas de la verdad histórica, razonadas y fundadas hasta llegar a la verdad jurídica, concluye el Profesor Rocha con la siguiente cita de Carnelutti, muy adecuada al caso:

“La verdadera y gran ventaja de la prueba legal radica en que la valoración de ciertas pruebas hecha por la ley, en el sentido de que respecto a unas no se pueda desconocer y respecto a otras no se pueda reconocer la eficacia por parte del Juez, de un lado incita a las partes a proveerse, en los límites de lo posible, de pruebas eficaces y así facilita el desenvolvimiento del proceso, y de otro les permite prever, hasta cierto punto, el resultado, y por eso las estimula a abstenerse de la pretensión o de la resistencia en los casos en que la una o la otra no estén apoyadas por pruebas legalmente eficaces o, cuando menos, las impulsa a la composición del litigio sin proceso”. (Sistema de Derecho Procesal Civil, Tomo II, página 472).

En un primer sentido se habla generalmente de “sentencias en derecho” y “sentencias en equidad”. Tal contraposición no significa que el Juez de derecho pueda sustraerse al concepto mismo de la equidad para la construcción de sus fallos dentro del razonamiento lógico que es preciso desarrollar para la aplicación de toda norma de derecho positivo, que en sí misma es fruto histórico de la equidad y la experiencia; de ahí por qué el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil incluye la equidad como elemento propio de la sentencia en derecho, y no solo para ser utilizada en ausencia de ley escrita. Desde Aristóteles se sabe que el derecho positivo está formulado en reglas universales. Como el derecho no se construye sobre utopías sino sobre realidades, la ley positiva toma en consideración los casos habituales, los corrientes, los que pueden presentarse de ordinario, y es posible que la fórmula general resulte errónea o inadecuada, o simplemente incompleta para otros tipos de casos, diferentes a aquellos que la ley toma en cuenta. Entonces es de justicia que el Juez elabore un pensamiento acorde con lo que el legislador hubiere dicho al enfrentarse al caso si lo hubiera previsto. El Juez, por tanto, no es solo “La bouche que pronuncie les paroles de la Loi” de que se hablaba en la abolida concepción mecanicista, sino que debe poner en práctica la equidad para lograr que resulte justa la comprensión de la norma genérica y abstracta de la ley en la norma concreta e individualizada de la sentencia destinada a un caso particular. La equidad es en este sentido, no un Instituto del Derecho para corregir la ley o para suplantarla sino para interpretarla razonadamente en homenaje al orden jurídico positivo, con el propósito de darle a éste su más perfecto cumplimiento. Es así como el Juez de derecho se percata razonadamente de la realidad y del sentido de los hechos a través de la prueba y a través de los indicios y presunciones, que más que medios de prueba especiales constituyen “una forma de razonar el juez”, llegando con todo ello a un juicio estimativo de lo que se debe hacer, de lo que se debe resolver en el caso controvertido, sin que por tal ejercicio de lógica y de experiencia deje de

ser un Juez de derecho. De esta manera, aunque la sentencia contenga declaraciones de hechos y también constataciones de reglas jurídicas que las partes hayan puesto a consideración del juzgador, unas y otras están inseparablemente unidas al juicio de valor, sometidas al juicio de libre estimación y deducción razonadas que en esencia dan lugar al fallo. Así, no es lo mismo expresar consideraciones de equidad en un fallo en derecho que fallar en conciencia.

Con aguda justeza enseñaba Platón desde la antigüedad, cuánta reverencia debería guardarse por aquellos jueces que las partes mismas han escogido para resolver sus intereses contrapuestos:

"Y así, contando los jueces como magistrados, digamos algo de sus cualidades personales, de las materias que son de su competencia y del número de jueces que ha de tener cada tribunal.

El más sagrado de todos los tribunales debe de ser el que las partes mismas hayan creado y hayan elegido de común acuerdo. Además de éste, se establecerán dos: uno para juzgar las causas entre particulares, cuando un ciudadano, suponiéndose perjudicado por otro en sus derechos, le cite delante de los jueces creyéndose con razón para ello; y el otro para el caso en que uno celoso del bien público denuncie a los que crea que han causado perjuicios al Estado". (Las Leyes, Libro VI).

Causal Séptima (7ª).

"7. Contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el Tribunal de Arbitramento".

Del tenor literal de esta causal se desprende sin lugar a interpretarla: a) Que objetivamente aparece en la parte resolutive del laudo el error aritmético o las decisiones contradictorias, en este último caso, la razón es palmaria, pues apunta directamente a la imposibilidad de ejecución del fallo; b) Que para operancia de la causal existe el requisito previo de actividad de la parte recurrente, ésta no es otra que la de haber alegado en su oportunidad tales yerros ante el Tribunal de Arbitramento, la causal podrá invocarse para efectos del recurso, pero le estará vedado al juzgador entrar en el fondo de la impugnación, si advierte que no se dio cumplimiento a este presupuesto de procedibilidad de la misma. De ahí porque el legislador haya utilizado el adverbio "**siempre**", para significar cómo, en todo caso, debe evidenciarse que la parte recurrente haya desplegado la actividad ante el Tribunal de Arbitramento, precisamente con el fin de corregir esos yerros que luego se reclaman, en caso de persistir ellos, a través del recurso de anulación. De lo contrario, el laudo permanecerá intangible.

Cabe señalarse que en el caso de las disposiciones contradictorias, por su propia naturaleza, ellas deben estar contenidas **en la parte resolutive del laudo arbitral**. No se tipificará la causal cuando las supuestas contradicciones se encuentran contenidas en la parte motiva del fallo.

De acuerdo con el artículo 36 del Decreto 2279 de 1989, dentro de los cinco (5) días siguientes a la expedición del laudo, de oficio o a petición de parte, "podrán aclararse en auto complementario los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutive de la sentencia o que influyan en ella".

El laudo, como sentencia que es, podrá corregirse, adicionarse o aclararse en la oportunidad señalada anteriormente; si el recurrente en anulación del laudo deja precluir esta oportunidad, no podrá alegar la causal señalada.

Causal octava (8ª).

"8. Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido".

Doctrinariamente se ha establecido que en el evento de esta causal el juzgador incurre en un vicio de actividad, por exceso de poder. Basta recordar cómo a virtud del principio dispositivo que informa el proceso civil, aplicable al arbitramento, el tema de decisión que delimita el campo de actividad del juzgador está determinado por los actos procesales declarativos y de naturaleza introductoria del proceso; esto es, la demanda, su contestación y las excepciones; en el caso del arbitramento, dicho ámbito se determina tanto por la cláusula compromisoria o por el documento de compromiso, como por las pretensiones o consecuencias jurídicas que se persiguen con la demanda de convocatoria para la conformación del Tribunal de Arbitramento; la respuesta que a ellas da la otra parte, en estricto rigor, serán las excepciones previas o de fondo, así como la demanda de reconvención, en su caso.

Peró no siempre el juzgador está obligado a pronunciarse sobre todas las pretensiones, ni sobre todas las excepciones que se hayan planteado; desde luego que si una pretensión no es acogida en la sentencia, por un simple principio de razón no puede el juez entrar a resolver sobre las pretensiones que sean consecuenciales de la desestimada. En punto de las excepciones, si el juez encuentra probado el hecho exceptivo que enerve, ya sea de manera temporal o definitiva, en forma total el derecho pretendido, se releva de su deber de entrar a fallar sobre las excepciones restantes.

Tampoco será incongruente la sentencia que resuelva sobre puntos no pedidos, cuando por imperio de la ley deba expresamente pronunciarse, como sucede con la nulidad absoluta de los actos jurídicos.

El laudo que provea sobre más de lo pedido -ultrapetita-, o el que resuelva sobre objetos distintos a los pretendidos por las partes, sobre puntos no sometidos al arbitramento, o que conceda lo pedido pero por hechos distintos de los alegados y esgrimidos por las partes, es una sentencia desarmónica e inconsonante.

Causal novena (9ª).

"9. No haberse decidido en el laudo sobre cuestiones sujetas a arbitramento".

En este caso el vicio de actividad del Juez se presenta por un defecto de poder, al omitir el pronunciamiento sobre alguna pretensión o sobre alguna excepción cuando fuere procedente resolver sobre ellas, como ya se dijo. Pero aquí es necesario hacer una precisión que considero pertinente. Debe analizarse el laudo en su integridad, pues no necesariamente la decisión sobre alguna pretensión debe estar contenida en la parte resolutive del mismo, es perfectamente atendible que el juzgador en la parte motiva, luego de analizar el punto en concreto, considere innecesario hacer un pronunciamiento expreso en la parte resolutive; ello, jamás comportaría una incongruencia porque sí hay decisión, y solamente su ausencia tipifica la causal prevenida.

El Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, en Sentencia de 31 de octubre de 1981, expresa:

"Tal punto fue tratado en su parte resolutive motiva como se vio en la transcripción que acaba de hacerse, considerando que no era pertinente un pronunciamiento expreso porque precisamente formaba parte de la motivación que sustentó el punto 11 de tal resolutive al negar dicha petición".

Son múltiples y evidentes las razones que hacen aconsejable el arbitramento como una real solución de los conflictos civiles, comerciales y administrativos, pero quedan algunos obstáculos como su costo que restringe el acceso del común de las personas; hay quienes abogan por darle una mayor amplitud al recurso de anulación, dándole cabida al reclamo por errores de juzgamiento. Las soluciones, pensamos, deben elaborarse, y nada más propicio que el presente Congreso Colombiano de Derecho Procesal al que sometemos las presentes reflexiones.