



**El arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos en los procesos ejecutivos
en Colombia**

Leidy Johanna Cárdenas Gil

Trabajo de grado presentado para optar al título de Especialista en Derecho Procesal

Tutor

Octavio Macías González, Magíster (MSc) en Derecho

Universidad de Antioquia
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Especialización en Derecho Procesal
Medellín, Antioquia, Colombia
2023

Cita	(Cárdenas Gil, 2023)
Referencia	Cárdenas Gil, L. J. (2023). <i>El arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos en los procesos ejecutivos en Colombia</i> , [Trabajo de grado especialización]. Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia.
Estilo APA 7 (2020)	



Especialización en Derecho Procesal, Cohorte XVII.



Biblioteca Carlos Gaviria Díaz

Repositorio Institucional: <http://bibliotecadigital.udea.edu.co>

Universidad de Antioquia - www.udea.edu.co

Rector: John Jairo Arboleda Céspedes.

Decana: Ana Victoria Vásquez Cárdenas.

Coordinador de Posgrados: Juan Pablo Acosta Navas.

El contenido de esta obra corresponde al derecho de expresión de los autores y no compromete el pensamiento institucional de la Universidad de Antioquia ni desata su responsabilidad frente a terceros. Los autores asumen la responsabilidad por los derechos de autor y conexos.

Resumen

La falta de celeridad en la administración de justicia que actualmente afecta derechos fundamentales de la sociedad colombiana genera la necesidad de buscar alternativas que permitan una solución a la congestión judicial. Evaluar la pertinencia de que en Colombia se autorice y regule normativamente el arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos en los procesos ejecutivos, permite dinamizar la administración de justicia generando bienestar - no solo para las partes en conflicto - sino también para la sociedad, que en últimas resulta siendo la mayor afectada al tornarse nugatoria la posibilidad de acceder a la administración de justicia sin dilaciones innecesarias. Para ello es preciso analizar las teorías jurisprudenciales y doctrinales existentes en la actualidad en lo relativo al proceso ejecutivo arbitral, examinar si la naturaleza jurídica y los principios del arbitramento son compatibles con los procesos ejecutivos, y estudiar las facultades del árbitro según la normatividad vigente estableciendo un paralelo con los poderes del Juez. Como resultado de lo anterior, se observa la innegable viabilidad tanto legal como constitucional de la implementación del arbitramento en los procesos ejecutivos, además de su pertinencia si se quiere agilizar la práctica jurisdiccional en Colombia.

Palabras clave: arbitramento, proceso ejecutivo, celeridad, administración de justicia, principios procesales.

Abstract

The lack of celerity in justice administration which nowadays affects our society, promotes the need to look for alternatives that allow solving the judicial congestion. Evaluate the appropriateness to permit and control arbitration regulatory in Colombia as an alternative mechanism to solve conflict in the executive processes. It allows revitalizing the justice administration allowing welfare, not only to the conflict parts, but also for the society. The second one is the most affected to be frustrated the possibility to access justice administration without unfair dilation. Consequently, it is necessary to analyze jurisprudence and doctrinal existent theories in relation with arbitration executive process. Examine if the arbitration foundations and

its legal nature are compatible with the executive process. Furthermore, study the arbitrator faculties according to the current law, establishing a parallel with the Judge's power. As a result, it is visible the undeniable legal and constitutional viability of the arbitration establishment in the executive processes. As well as, its pertinence to accelerate the Jurisdictional practice in Colombia.

Keywords: arbitration, executive process, celerity, justice administration, procedural principles

Sumario

Introducción. 1. Naturaleza del arbitraje y del proceso ejecutivo que hacen viable su alineación. 1.1 Teorías frente a la naturaleza jurídica el arbitraje. 1.1.1 *Teoría contractualista*. 1.1.2 *Teoría jurisdiccional*. 1.1.3 *Teoría mixta*. 2. Principios constitucionales y legales del arbitraje aplicables al proceso ejecutivo. 2.1 Principio de habilitación. 2.1.1 *Pacto arbitral ejecutivo*. 2.1.2 *Potestad del árbitro para ejecutar*. 2.1.3 *Asunción del pago de honorarios de los tribunales de arbitramento*. 2.2 Transitoriedad de la facultad para administrar justicia por los árbitros. 2.3 Debido proceso. 2.3.1 *Juez Natural*. 2.3.2 *Legalidad*. 2.3.3 *Cosa Juzgada*. 3. Derecho comparado: desjudicialización de los procesos ejecutivos en otros países. Conclusiones. Referencias bibliográficas.

Introducción

La celeridad y la economía procesal son principios en que se fundamenta la adecuada administración de justicia en un país. Cuando un sistema judicial se ve impregnado por factores como la ausencia de una cultura que permita a los ciudadanos resolver conflictos de poca relevancia sin activar el aparato jurisdiccional, y la deficiencia en la capacidad operativa y humana de la Rama Judicial para atender oportunamente los litigios y trámites de su competencia, se lesiona de manera grave el acceso a una justicia ágil y efectiva, consecuentemente se agrava la percepción de desconfianza por parte de la sociedad hacia las instituciones judiciales generando la adopción de vías de hecho y la toma de justicia por mano propia. En desarrollo de los referidos principios se

busca que los procesos “*se tramiten en la forma más rápida y económica posible (...) los esfuerzos del juez y de las partes deben en lo posible ser mínimos*” (López, 2016, p. 122).

Al abordar la problemática de la congestión judicial, es importante pensar que la actividad procesal en los asuntos civiles abarca una mayor cantidad de litigios en comparación con los demás órdenes jurisdiccionales, esto, debido a su carácter residual, puesto que aplica a toda controversia que no esté asignada expresamente a otra jurisdicción. Ahora bien, en lo que respecta a los procesos que mayor representación tienen dentro de la Jurisdicción Civil (en términos de cantidad), encontramos que los ejecutivos, según la información que se proporciona en el Proyecto de Ley 008 de 2023, ocupan un 72% del total de procesos que son de competencia de los despachos civiles, lo que ocasiona una alta congestión en estos juzgados, situación que desplaza sus efectos negativos de manera directa a las partes procesales (ejecutante y ejecutado) si se considera que las consecuencias de la demora en los procesos es el incremento en los costos finales, al igual que la posible pérdida de medidas cautelares que hacen efectiva la ejecución puesto que estas “*evitan los efectos nocivos del excesivo tiempo que se utiliza en las tramitaciones de los procesos civiles*” (López, 2016, p. 1075) y; de manera indirecta, a la sociedad, porque se lesiona gravemente el principio de celeridad que debería imperar en todas las actuaciones de la Rama Judicial, afectando la posibilidad de acceder a la tutela judicial efectiva del Estado en términos procesales idóneos sin dilaciones injustificadas.

Cuando se hace un análisis de la situación de las partes (ejecutante y ejecutado), se encuentran las siguientes condiciones desfavorables que son producto de la ineficacia en la prestación del servicio de la jurisdicción: de cara al ejecutante, la falta de celeridad y seguridad jurídica ocasiona que los riesgos de siniestralidad de las carteras se incrementen; de lado del ejecutado, en términos de costos, las demoras de la justicia ordinaria en los procesos ejecutivos también generan sobrecargos que normalmente repercuten de manera negativa en el ejecutado, pues los intereses de mora que normalmente cobran los acreedores se calculan a la tasa máxima legal permitida y hasta el día en que se verifique el pago total de la obligación, sin contar las costas procesales que también encarecen los procesos, así que, si bien el arbitraje es un Método Alternativo de Solución de Conflictos (MASC) con un costo asociado, podría pensarse que dicho valor resulta siendo equiparable al que por la vía ordinaria se generaría como consecuencia de las demoras.

En este punto, es válido pensar que si existieran mecanismos paralelos a la justicia ordinaria como lo es el proceso arbitral para atender esta clase de litigios, los acreedores con títulos ejecutivos podrían tener mayor celeridad, facilidad y eficacia a la hora de hacer exigibles aquellas obligaciones que entran en cesación de pagos por parte del deudor; pero lo más significativo es la posibilidad de descongestionar los juzgados pues esto permitiría un incremento en su capacidad operativa para atender de forma más oportuna los procesos que lleguen a su conocimiento ampliando la oferta en lo que a la administración de justicia se refiere.

Lo anterior induce a analizar la viabilidad de que en el país se vuelva a incentivar el debate de un Proyecto de Ley que permita el trámite de los procesos ejecutivos a través de arbitramento. Actualmente, tenemos leyes y jurisprudencia de las altas cortes que avalan el proceso ejecutivo arbitral, no obstante, poseen vacíos que deben llenarse a través de una norma específica que regule todos los asuntos relativos al pacto arbitral, al procedimiento, a las medidas cautelares previas, a la competencia de los árbitros, y a los demás presupuestos sustanciales y procesales que procuren la efectividad del trámite arbitral con cabal cumplimiento de los postulados del debido proceso en demandas ejecutivas.

En la actualidad, el tema que se aborda en el presente trabajo no ha sido de gran debate a nivel nacional, pese a que es de suma relevancia si se quiere diversificar las formas de administrar justicia en Colombia de cara a optimizar los resultados de la función jurisdiccional; en lo que atañe a la Jurisprudencia, se observa que los registros de sentencias emanadas de la Corte Constitucional datan desde el año 1995 y hasta el año 2000, pero al presente no ha sido tema de discusión en dicha corporación.

Al indagar por los principios que deben imperar en los procesos ejecutivos, encontramos un desarrollo de Manuel de la Plaza, quien es citado por Jaime Azula Camacho y Marisol Londoño Azula (2022, p. 3); que indica que existen cinco principios orientadores de los procesos ejecutivos:

- i. Máxima satisfacción de la pretensión: encaminado a que la ejecución propende por la satisfacción o pago de una obligación.
- ii. Mínimo sacrificio del deudor: enfocado en que al deudor se le debe garantizar que sus necesidades básicas puedan satisfacerse en todo momento.
- iii. Respeto a los derechos de terceros: orientado a proteger los bienes de personas que no están llamadas a responder dentro del proceso.

- iv. Respeto a la economía social: busca que con la ejecución no se causen lesiones a la economía general.
- v. Concurso de acreedores: entendido como la protección de los derechos de terceros acreedores diferentes de aquel que interpuso la demanda, figura que se materializa con el llamado que se realiza a los demás acreedores para que concurren al proceso.

Los anteriores postulados tienen por finalidad la protección de los intereses de todas las partes procesales en una demanda ejecutiva desde sus diferentes posiciones, al igual que la garantía de satisfacción completa de la acreencia. No obstante, las innegables falencias de la Justicia (especialmente en lo que a la morosidad respecta), menoscaban de manera directa la efectividad de los principios, mayormente los que buscan la satisfacción de los derechos de los acreedores como piedra angular sobre la cual se edifica la pretensión en un proceso ejecutivo.

De consuno con lo anterior, el presente artículo pretende evaluar la pertinencia de que en Colombia se tramiten los procesos ejecutivos mediante arbitraje como Mecanismo Alternativo de Solución de Conflictos, para lo cual, se revisará el proceso arbitral contemplado en la Ley 1563 de 2012 para cotejarlo con el proceso ejecutivo según las etapas del Código General del Proceso.

Se estudiará el papel y las facultades de los árbitros en el trámite y se analizará el Proyecto de Ley 008 de 2023, por medio del cual se busca crear en la legislación colombiana el “pacto arbitral ejecutivo” y su procedimiento especial, en aras de establecer la suficiencia del proyecto para la creación y posterior funcionamiento del proceso ejecutivo arbitral desde una mirada crítica.

El presente artículo se encuentra estructurado en tres capítulos; en el primero, se halla la descripción de la naturaleza jurídica - tanto del arbitramento como de los procesos ejecutivos - de donde se concluye que son afines legal, constitucional y procedimentalmente, lo que permitiría el arbitramento para esta clase de procesos. En el segundo, se describen los principios constitucionales y legales del arbitraje que son aplicables al proceso ejecutivo; allí se abordan temas como el principio de habilitación, la transitoriedad de los árbitros para administrar justicia y el debido proceso, encontrando que el Proyecto de Ley que actualmente se debate en el Congreso de la República para dar vía libre al proceso ejecutivo arbitral en Colombia, se preocupó por incorporar los principios constitucionales y legales del arbitramento al trámite que se daría a los procesos ejecutivos que por este MASC se conozcan. Por último, en el tercer capítulo, se aborda la desjudicialización de los procesos ejecutivos en otros países del mundo, en este punto se verá que no existen otras legislaciones donde opere el proceso ejecutivo arbitral, pues en los lugares

donde se ha tratado de descongestionar el Poder Judicial - reformando el procedimiento ejecutivo - se han realizado cambios relativos a: 1. Que ciertas etapas del proceso sean tramitadas por agentes bien sea particulares o vinculados al Estado pero con vigilancia de este. 2. Que los procesos (en su conjunto) sean tramitados a través de Tribunales Especializados, es decir, no salen del haber de la Rama Judicial.

1. Naturaleza del arbitraje y del proceso ejecutivo que hacen viable su alineación

El arbitraje como MASC es un proceso por medio del cual “*personas plenamente capaces, sustraen de la justicia ordinaria el conocimiento de una controversia susceptible de transacción, para que sea decidida por particulares investidos transitoriamente de la función pública de administrar justicia*” (Bejarano, 2021, p. 406). El artículo 116 de la Constitución Política de Colombia, reviste de facultades transitorias a particulares para administrar justicia; en lo que atañe al arbitraje, indica que los árbitros deben estar habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, presupuesto que obedece al principio de habilitación en materia de arbitramento, pues no se entiende la existencia de una administración de justicia alternativa que pueda ser impuesta a quienes buscan dirimir conflictos con la intervención de un tercero imparcial que imponga la solución (método heterocompositivo).

Al hacer un análisis de esta norma, se evidencia que no existe limitación al ejercicio de la función arbitral en lo relativo a los tipos de procesos que se pueden tramitar por esa vía; por su parte, a la luz de la Ley 1563 de 2012 (Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones), se puede concluir que la limitación relativa a las materias que puede conocer un centro de arbitraje se circunscribe únicamente a aquellas controversias que no sean susceptibles de libre disposición o que la ley expresamente impruebe, de suerte que es viable pensar en un proceso ejecutivo arbitral pues no existe prohibición expresa y al ser negocios jurídicos entre partes (por regla general) son asuntos de libre disposición.

Al revisar el alcance del proceso ejecutivo, se halla una definición que ilustra suficientemente su naturaleza:

Es el conjunto de actuaciones tendientes a obtener la plena satisfacción de una prestación u obligación a favor del demandante y a cargo del demandado, que debe estar contenida

en una sentencia declarativa de condena – el camino para llegar a ella – o en un documento emanado directamente del deudor, pero que cumple los requisitos que al efecto exige la ley. (Azula & Londoño, 2022, p. 1)

De esta definición se deduce que el proceso ejecutivo se instaura cuando una persona adquiere una obligación de forma voluntaria o por orden judicial y no se cumple a satisfacción según las condiciones del negocio jurídico o documento ejecutivo. Brito Nieto (2020, p. 6) aduce que independientemente del documento, instrumento o título que presta mérito ejecutivo, por regla general, son obligaciones de contenido económico derivadas de la autonomía de la voluntad de las partes para celebrar contratos, contraer obligaciones y adquirir derechos.

Por su parte, el pacto arbitral goza del principio de habilitación que consiste en que las partes libre y voluntariamente puedan someter un determinado asunto a un proceso arbitral, desplazando la justicia estatal. Esta paridad de conceptos en lo relativo a las relaciones negociales que surgen a causa de un título ejecutivo y de los pactos arbitrales, permite plantear la viabilidad de someter al trámite arbitral aquellos conflictos que se produzcan entre deudores y acreedores, pues la primacía de la voluntad de las partes en ambos escenarios allana el camino para intentar descongestionar la justicia ordinaria al producirse un desplazamiento consensuado de la competencia.

Entendiendo que las obligaciones derivadas de un título ejecutivo y de un pacto arbitral, por regla general, son provenientes de la voluntad de las partes, es preciso recordar que un contrato obedece a:

...todo negocio jurídico que tiene como fin la disposición de intereses patrimoniales, el que por regla general se perfecciona con el acuerdo de voluntades de las partes – en torno a los essentialia negotii – y que genera prestaciones de dar, hacer o no hacer. (Garcés, 2015, p. 28)

El arbitraje como MASC, se encuentra instituido por el artículo 116 de la Constitución Política de Colombia y reglamentado por la Ley 1563 de 2012. El arbitramento corresponde a un equivalente jurisdiccional, pues en él se ejerce, de forma transitoria y bajo ciertas condiciones, la función de administrar justicia.

Por su parte, los procesos ejecutivos se encuentran regulados en el Código General del Proceso a partir del artículo 422. Esta norma contempla qué tipo de obligaciones se pueden reclamar por la vía ejecutiva, las medidas cautelares tendientes a garantizar la satisfacción del derecho en cabeza del deudor y las formas que le son propias a este tipo de procesos.

Dada la naturaleza y estructura del proceso ejecutivo, es evidente que obedece a un trámite procesal que no reviste mayor complejidad, pues el juez únicamente está llamado a verificar la existencia de una obligación en mora que debe probar el demandante a través de un título ejecutivo; así las cosas, en este tipo de procesos la valoración de las pruebas, de los alegatos en los casos donde se proponen excepciones, y en general el curso normal del trámite podría -en la mayoría de los casos- ser más simple que un proceso de conocimiento o declarativo, situación que invita a plantear la conveniencia de un trámite arbitral estructurado y con garantías procesales que procure disminuir la congestión que en la actualidad afecta a la Rama Judicial y a la sociedad colombiana.

Por su parte, la Corte Constitucional (2014, p. 2) identificó las características del arbitraje señalando las siguientes: 1. Voluntariedad: factor que obedece al acuerdo de voluntades de las partes para acceder al Método Alternativo de Solución de Conflictos desplazando la justicia estatal. 2. Temporalidad: variable que se explica desde la transitoriedad de los árbitros en el ejercicio de administrar justicia. 3. Excepcionalidad: entendida como los límites que la ley impone al arbitramento, pues no es dable que ciertos asuntos o materias se ventilen a través de este MASC. 4. Figura de naturaleza procesal: porque obedece a un procedimiento que debe guardar respeto por las garantías procesales de la Constitución y la ley, desarrollarse a través de etapas, con valoración de pruebas, y todo lo que naturalmente le es propio a un proceso jurisdiccional.

Al analizar si el proceso arbitral ejecutivo cumpliría con las características jurisprudenciales, encontramos lo siguiente:

En primer lugar, frente a la voluntariedad, es un presupuesto que se cumple si se considera que los pactos arbitrales para procesos ejecutivos serían plenamente disponibles por las partes; ahora bien, la Corte Constitucional encontró improcedente las cláusulas compromisorias en los créditos para adquisición de vivienda con entidades financieras, debido a que generalmente los documentos que perfeccionan los créditos son de adhesión, donde la parte débil de la relación comercial (que es el deudor), ante la necesidad del otorgamiento, accede a firmar los documentos que instrumentalizan las obligaciones sin profundizar en las implicaciones:

Es indiscutible que quien pide el préstamo para la adquisición de vivienda se ve sometido a las imposiciones contractuales de las entidades financieras. Así las cosas, la expresa alusión legal a que "solamente por solicitud expresa del deudor podrá pactarse el procedimiento de arbitramento" resulta ser una inocua garantía para evitar que éste se vea presionado y obligado a suscribir una cláusula compromisoria, si se tiene en cuenta la frágil posición que él ocupa en la relación convencional. (Colombia. Corte Constitucional, 2000)

Ahora bien, el nuevo debate que se está gestando en el país a través del Proyecto de Ley 008 de 2023, contempla la posibilidad de acudir al arbitraje en procesos ejecutivos con garantía hipotecaria siempre que no se trate de créditos otorgados para la adquisición de Viviendas de Interés Social (VIS). Este postulado va en contravía de lo preceptuado por la Corte Constitucional y seguramente será de gran discusión si se analiza la destinación de este tipo de créditos, pues es claro que en estas controversias se ponen en riesgo el derecho a una vivienda digna y el principio de protección de la propiedad privada; no obstante, estos postulados constitucionales también se afectan en procesos ejecutivos dirimidos a través de la justicia ordinaria. De todos modos, el hecho de que se plantee la exclusión de las VIS en procesos ejecutivos arbitrales muestra la intención proteccionista del legislador de cara a las personas más vulnerables de la sociedad.

Continuando con la voluntariedad de las partes en lo que atañe al pacto arbitral, se vería materializada en razón a la posibilidad que tiene el deudor de aceptar la suscripción de los documentos que prestan mérito ejecutivo y que contendrían las cláusulas compromisorias; por otro lado, la viabilidad del desplazamiento de la justicia ordinaria al arbitraje en materia de procesos ejecutivos representa beneficios de cara al deudor porque los costos asociados al trámite adelantado por la Rama Judicial, debido a las dilaciones por congestión, se incrementan sustancialmente afectando al deudor quien normalmente resulta vencido en estos procesos generándole la obligación de asumir costos elevados como consecuencia de la derrota en la demanda.

En segundo lugar, referente a la temporalidad, el arbitramento en procesos ejecutivos guardaría respeto por la transitoriedad del árbitro en la administración de justicia, pues se limitaría su ejercicio a la solución del conflicto y, según la propuesta del Proyecto de Ley 008 de 2023, el trámite arbitral se sujetaría a un plazo como se verá más adelante.

En tercer lugar, de cara a la excepcionalidad, los procesos ejecutivos no están excluidos legalmente de la posibilidad de ser atendidos por medio de arbitramento.

En cuarto lugar, frente al hecho de que el arbitraje se trata de una figura procesal que debe cumplir con los postulados del Debido Proceso, es claro que el proceso ejecutivo arbitral debe ser regulado cabalmente por una ley especial que garantice un proceso por etapas, con tiempos definidos y con respeto por las formas propias de cada juicio.

En este punto vale la pena reflexionar sobre los desafíos que la justicia ha tenido a lo largo de la historia del país, para concluir que los cambios políticos, sociales, culturales, tecnológicos y económicos, han suscitado la necesidad de implementar reformas tendientes a garantizar la alineación entre la administración de justicia y dichos cambios. Lo anterior, implica pensar que los niveles de congestión judicial hacen imperativa la necesidad de buscar alternativas seguras y ágiles que permitan alcanzar de manera óptima la solución de litigios en Colombia, para ello *“como efecto de la globalización, el arbitraje del siglo XXI se convierte en una forma de legitimación democrática del Estado”* (Henao, 2015, p. 79).

1.1 Teorías frente a la naturaleza jurídica del arbitraje

En la actualidad existen tres teorías frente a la naturaleza jurídica del arbitraje en Colombia. Estas teorías buscan desentrañar la esencia del arbitraje para establecer cuál es su naturaleza o la fuente de donde emana su existencia. Tales postulados han sido desarrollados tanto en la doctrina como en la jurisprudencia y vale la pena analizarlos con el propósito de establecer si el proceso ejecutivo arbitral estaría alejado de aquellos o si, por el contrario, le son afines.

1.1.1 Teoría contractualista

Esta teoría toma como punto de partida la voluntad de las partes a la hora de estructurar el pacto arbitral para decir que el arbitraje es de naturaleza contractual, pues son las partes quienes habilitan al árbitro para que resuelva la controversia *“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”* (Brito, 2020, p. 2). Sin embargo, para tratadistas como el Dr. Ramiro Bejarano Guzmán

(2021), esta teoría no es acertada puesto que hablar de un contrato en lo que atañe al arbitramento podría asemejarse a un mandato, pero,

...a la luz del mandato no puede equipararse la labor y función de los árbitros, por cuanto el contenido del laudo no ejecuta instrucciones de las partes; tampoco hay punto de comparación con la prestación de servicios, pues en este no se tienen los poderes y facultades con las que se dota al árbitro para que adelante y concluya el proceso. (p. 406)

1.1.2 Teoría jurisdiccional

Esta hipótesis afirma que la naturaleza del arbitraje es jurisdiccional, pues el árbitro está facultado para dirimir conflictos a través del ejercicio de la función jurisdiccional que le es dable en virtud de mandato constitucional y legal. Su actuación dentro de un proceso es completamente equiparable a la función que ejerce un juez de la República desde el inicio del proceso hasta que culmina con la decisión que, para la justicia ordinaria, se materializa con la sentencia y, para el arbitramento con el laudo arbitral.

El arbitraje tiene por objeto que los árbitros resuelvan la controversia a través de un laudo, a la cual la ley le reconoce el carácter de sentencia con todos sus efectos. Es decir, el objeto del arbitraje es producir un acto jurisdiccional, y por ello, la ley impone que el procedimiento cumpla por lo menos los principios constitucionales del debido proceso, derecho de defensa e igualdad de partes. (Cárdenas, 2019, p. 34)

Al revisar la postura del maestro Ramiro Bejarano Guzmán (2021) en lo que atañe a esta teoría, se observa que es la que le resulta acertada pues a su juicio pese a que “*el árbitro carece del imperium comprensivo, a su vez, de la coertio y de la executio su actividad es sustancialmente equiparable a la fundamental que cumplen los órganos judiciales, y que incluso en determinados casos agota la función de estos*” (p. 407).

1.1.3 Teoría mixta

Por su parte, la teoría mixta indica que el arbitraje, en un principio, se fundamenta y consolida debido al acuerdo de voluntades entre las partes, sin embargo, el desarrollo del proceso se debe en todo a las solemnidades propias de un juicio ordinario, de suerte que ambas teorías tienen asidero en lo que a la naturaleza del proceso arbitral se refiere. Así lo ha manifestado la Corte Constitucional en sentencia T 069 de 2022, cuando dice que la teoría mixta del arbitraje reconoce,

...que surge a partir del acuerdo privado de voluntades y de la consideración de que la función ejercida por los árbitros es pública. (...) se fundamenta en el reconocimiento de que la ley es la que le otorga valor de ejecutividad al laudo arbitral y determina el procedimiento que debe utilizarse en juicio, pero al mismo tiempo acepta que es la voluntad de las partes la que habilita a los árbitros para que dirima el conflicto promovido por ellas. (Colombia. Corte Constitucional, 2022, p. 2)

Al analizar las diferentes teorías en que se fundamentan las anteriores corrientes, es de resaltar que la más acertada obedece a la teoría mixta, como quiera que durante las etapas pre y post procesal del arbitramento se logra identificar una tendencia contractual y una función jurisdiccional. En lo que al proceso ejecutivo arbitral respecta, es importante resaltar que se alinea perfectamente con ambas teorías, considerando que tanto el deudor como el acreedor deben coincidir voluntariamente en la decisión de desplazar la justicia ordinaria por el equivalente jurisdiccional (teoría contractual); y de cara al proceso arbitral, debe adelantarse con total respeto por las formas propias de cada juicio según los procedimientos legalmente establecidos encaminados a culminar regularmente el trámite mediante un laudo arbitral (teoría jurisdiccional).

2. Principios constitucionales y legales del arbitraje aplicables al proceso ejecutivo

Hablar de arbitramento, implica, necesariamente, pensar en una forma alternativa de administrar justicia. Si bien el Estado pierde competencia ante un pacto arbitral, no es menos cierto que el Estado, a través de su función legislativa, reguló esta forma particular de administrar justicia buscando la materialización de garantías procesales y sustanciales para las partes en litigio. Por

otro lado, la Rama Judicial también apoya y controla la actividad arbitral en Colombia, estas interacciones según Juan Pablo Cárdenas Mejía (2019), están dadas en dos esferas:

...el primero se refiere a aquellas interacciones donde los jueces y/o juezas actúan como jueces de apoyo al ejercicio de la función arbitral, en actuaciones tales como: designar los árbitros cuando corresponda, relevo de los árbitros por causales de impedimento o recusación o incumplimiento del deber de información, práctica de medidas cautelares, ejecución de laudos arbitrales, entre otras. El segundo, se refiere al control, que se desarrolla a través del conocimiento y decisión de los recursos de anulación y revisión contra el laudo, tutelas contra las decisiones del tribunal. (p. 22)

Lo anterior, implica que el arbitramento no está completamente desprovisto de la injerencia estatal y que su Soberanía continúa estando por encima de aquellos particulares que legal y constitucionalmente pueden administrar justicia.

2.1 Principio de habilitación

El desplazamiento que sufre la justicia ordinaria en virtud de un proceso arbitral indefectiblemente debe provenir de la voluntad de las partes. El principio de habilitación encuentra su origen en el artículo 116 de la Constitución Política de Colombia cuando dispone que los particulares que ejercen función transitoria de administrar justicia deben “*estar habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la Ley*”. A continuación, se abordarán elementos relevantes de cara al principio de habilitación en el proceso ejecutivo arbitral.

2.1.1 Pacto arbitral ejecutivo

La creación de un pacto arbitral obedece a la materialización del principio de habilitación; es el documento por medio del cual, las partes, de forma expresa, manifiestan su voluntad de tramitar un conflicto por medio de arbitramento. El pacto arbitral tiene su origen ya sea a través de una cláusula compromisoria o a través de un compromiso; la primera corresponde al pacto “*contenido*

en un contrato, o en una adición posterior al mismo, en virtud del cual sus intervinientes acuerdan someter a la decisión de árbitros, todas o algunas de las diferencias que en un futuro se puedan suscitar provenientes de aquel” (López, 2013, p. 87); la segunda, obedece a un “negocio jurídico bilateral, que puede estar o no precedido de la cláusula compromisoria, en virtud del cual se conviene definir por la vía arbitral concretas controversias ya presentadas” (López, 2013, p. 92).

En Colombia, existen dos posturas frente a la concepción solemne o consensual del pacto arbitral, lo anterior, por cuanto la Ley 1563 de 2012, al referirse a la creación de la cláusula compromisoria y del compromiso, pareciera que contempla la posibilidad de hacerlo por escrito o de manera verbal, así las cosas, David Namén Baquero (2021), al analizar la Ley 1563 de 2012, concluye que:

...ambos artículos emplean el verbo "podrá" en lugar de "deberá". Esta lectura, implicaría que la inclusión de la cláusula compromisoria en el contrato o en un documento separado, quedaría supeditada a la discreción de las partes y no tendría carácter imperativo. Igual reflexión se predica del compromiso, en el que las partes bien podrían pactarlo no necesariamente en su forma documental. (p. 36)

Ahora bien, en lo que respecta al pacto arbitral ejecutivo es claro que el Proyecto de Ley 008 de 2023 impone su solemnidad, como quiera que en el párrafo segundo del artículo segundo se observa que *“la cláusula compromisoria ejecutiva no podrá formar parte de un título valor que se invoque como título ejecutivo. **Deberá necesariamente** constar en un documento anexo a él o separado de él, pero referido al mismo”*. Indiscutiblemente el Proyecto de Ley es garante de los derechos que le asisten tanto al acreedor como al deudor, y este mandato obliga a los acreedores a brindar información a los deudores de cara a las consecuencias de un eventual proceso ejecutivo arbitral, pues al estar en instrumento separado del título, se hace necesario informar a quien lo suscribe sobre el contenido del documento.

Aunado a lo anterior, las entidades financieras no podrán negar créditos a aquellos solicitantes que no deseen suscribir la cláusula compromisoria. Por otro lado, el Proyecto de Ley prevé la posibilidad de que el deudor se retracte del pacto arbitral dentro de los 60 días siguientes al desembolso; estos presupuestos aseguran la voluntariedad de los solicitantes en la suscripción de dichos documentos, garantizando la protección del consumidor financiero que firma contratos

de adhesión. De lo anterior se colige que, el pacto arbitral ejecutivo quedaría en firme una vez transcurridos dos meses luego del desembolso del crédito y solo hasta ese momento podría predicarse que el contrato es ley para las partes.

2.1.2 Potestad del árbitro para ejecutar

En Colombia, una de las limitaciones que se ha presentado a la hora de analizar el proceso ejecutivo arbitral tiene que ver con la prohibición legal de los árbitros de ejercer el *Ius Imperium*, en virtud del cual es posible realizar la ejecución. Esta limitación se encuentra dada por la Ley 1563 de 2012 que en diferentes disposiciones indica que la ejecución de los laudos corresponde a la autoridad judicial competente, sin embargo, este mismo compendio normativo aduce que puede someterse a arbitramento todo conflicto que sea de libre disposición y que no se encuentre expresamente prohibido por la ley, esta postura permite pensar en la viabilidad de un proceso ejecutivo arbitral. Por su parte, al analizar el Decreto Ley 2651 de 1991, en su artículo segundo, se vislumbra la posibilidad de que un árbitro conozca procesos de ejecución en los que se hayan propuesto excepciones de mérito, igualmente, la Corte Constitucional en sentencias como la C 294 de 1995 también ha abierto la puerta para que se pueda adelantar ejecuciones por la vía de arbitramento

...el juicio ejecutivo es, precisamente, el medio para conseguir el cumplimiento de las obligaciones civiles, cuando se reúnen los requisitos establecidos por la ley procesal. Obligaciones exigibles en el proceso ejecutivo, que no han sido excluidas del proceso arbitral ni del mecanismo de la conciliación, por el artículo 116 de la Constitución, ni por ningún otro. (Colombia. Corte Constitucional, 1995, p. 11)

Frente a este asunto, según Cindy Charlotte Reyes Sinisterra (2018, p. 15) existen dos posturas doctrinales en Colombia, la contractualista que considera viable la ejecución en tanto las partes así lo acordaron, y la jurisdiccional que advierte la obligatoriedad de las normas procesales a través de la justicia ordinaria, esta última postura es reprochada por los contractualistas, pues va en contravía de la naturaleza del arbitraje.

De cara al Proyecto de Ley 008 de 2023, el artículo 21, contempla la posibilidad de ejecución del laudo arbitral, “*siempre y cuando la solicitud de ejecución se haga dentro del término de 10 días siguientes a la notificación del laudo*”, ahora bien, el hecho de que la solicitud no se haga dentro de este plazo, no obsta para que el interesado lo haga posteriormente, caso en el cual, se “*deberá convocar un nuevo tribunal arbitral ejecutivo para cobrar la obligación*”. La aspiración de ejecutabilidad del laudo arbitral que contiene el Proyecto de Ley, va en línea del cambio de concepción que en Colombia se ha venido gestando frente a la idea meramente declarativa del arbitramento, dicho en términos del Dr. Ramiro Bejarano 2021, “*lo que antes era herejía, dejó de serlo. Al arbitraje pueden someterse procesos ejecutivos, y no solamente los declarativos, pero cuando exista una regulación legal que prevea el trámite de tales ejecuciones.*” (p. 408).

2.1.3 Asunción del pago de honorarios de los tribunales de arbitramento

La justicia arbitral en derecho se caracteriza por ser ágil (con tiempos de respuesta efectivos) y tramitada por árbitros con las mismas calidades de magistrados de Tribunal Superior de Distrito Judicial, estas características hacen que el arbitramento sea un MASC con un alto grado de eficacia, idoneidad y tecnicismo, sin embargo, estas condiciones hacen que sean procesos costosos y de difícil alcance para la mayoría de los colombianos.

El proceso ejecutivo arbitral conlleva cambios importantes como por ejemplo las calidades de los árbitros para que sean las mismas de los jueces municipales y jueces de circuito, en igual sentido, el sistema tarifario debe ajustarse a las nuevas condiciones de masividad y generalización de esta justicia alternativa.

El nuevo debate nacional dispone que el ejecutante deberá asumir la totalidad de los gastos generados en virtud del proceso ejecutivo arbitral y no será posible trasladar estos costos al ejecutado (art. 14, Proyecto de Ley 008 de 2023); esta disposición es acertada si se consideran cuatro factores: 1) La mayoría de los procesos ejecutivos en el país son instaurados por establecimientos de crédito, cuyas condiciones son mucho más favorables que las de los deudores. 2) Al culminar la ejecución, el acreedor, sea persona natural o jurídica, obtiene el pago de intereses moratorios cuya rentabilidad es significativa, siendo proporcional que asuma este pago. 3) Para aquellas personas que no están en condiciones de asumir este costo, se está planteando un arbitramento social por medio del cual “*los centros deberán promover jornadas para la prestación*

gratuita del servicio” (art. 34). 4) En caso de que el acreedor no sufrague los gastos dentro del término establecido, se entenderá que el tribunal de arbitramento ha perdido competencia y el ejecutante podrá acudir a la justicia ordinaria.

Finalmente, los centros de arbitraje podrán establecer sus propias tarifas, sin embargo, deberán guardar respeto por los límites que establezca el Ministerio de Justicia y del Derecho.

2.2 Transitoriedad de la facultad para administrar justicia por los árbitros

En este punto, es menester pensar en la “transitoriedad” de que trata el artículo 116 de la Carta Magna frente a la investidura de árbitros para administrar justicia, esto, por cuanto los procesos ejecutivos solo terminan ante el pago que realice el deudor, de suerte que una demanda ejecutiva puede durar tantos años como se tarde la satisfacción de la acreencia. Bajo este escenario, se hace necesario pensar en un proceso ejecutivo arbitral que no menoscabe la transitoriedad del tribunal de arbitramento. El Proyecto de Ley 008 de 2023 no es ajeno a este mandato constitucional, de suerte que en su artículo 11 establece un plazo máximo de 12 meses contados a partir de la finalización de la primera audiencia para que culmine el proceso arbitral, en caso de que no se cumpla con este término, el proceso deberá ser remitido a la justicia ordinaria con consecuencias económicas para el tribunal y el centro de arbitramento.

De otro lado, en aras de respetar el mandato de “transitoriedad” de los árbitros, podría pensarse en fraccionar el proceso ejecutivo a fin de que una parte la conozca el árbitro y, otras etapas, sean tramitadas por la justicia ordinaria, especialmente aquellas atinentes a la parte operativa de la ejecución cuando no se logra el pago por parte del deudor una vez se ha librado auto que ordena seguir adelante la ejecución, se ha aprobado la liquidación del crédito y se han inscrito las medidas cautelares (etapas que bien podrían surtirse por la vía arbitral).

A modo de conclusión, es necesario que el proceso ejecutivo arbitral respete el postulado constitucional de “transitoriedad” frente al arbitramento, pues no se debe desdibujar - bajo ninguna circunstancia - el hecho de que solo el Estado, a través de la Rama Judicial, se encuentra investido de forma permanente de la facultad de administrar justicia, pues esta potestad reafirma la soberanía de un Estado y legitima su democracia.

Al llevarse a cabo la propuesta del Proyecto de Ley, relativa a la competencia de los árbitros únicamente durante un año, es menester contemplar la hipótesis de que la justicia ordinaria no logre

la tan anhelada descongestión, pues tal pérdida de competencia se circunscribe a un plazo y no a una condición, como, por ejemplo, que la demanda cuente con ciertas actuaciones procesales antes de trasladarse a la Rama Judicial. Al respecto, es importante considerar lo que el Dr. Humberto de la Calle Lombana, en el Seminario “Impacto de la Implementación del Pacto Arbitral para Procesos Ejecutivos en Colombia” (2023) denominó como *teoría del embudo*, para referirse al hecho de que el tiempo de duración de los procesos arbitrales se estiman en 17 meses, no obstante, la ejecución del laudo puede tardar otros 5 a 7 años, situación que debe considerarse como retardadora de cara al Proyecto de Ley.

2.3 Debido Proceso

Sin lugar a dudas, el Debido Proceso se erige como el principio pilar sobre el cual se fundamenta toda actuación judicial y administrativa en Colombia. Pensar en la función de administrar justicia conlleva, implícitamente, la necesidad de que se realice respetando - en toda etapa - el Debido Proceso, de suerte que este postulado legal y constitucional no es ajeno a los procesos arbitrales, en consecuencia, el artículo 8 del Proyecto de Ley 008 de 2023 aduce que “*Los centros de arbitraje, al establecer el procedimiento arbitral ejecutivo, deberán garantizar como mínimo el debido proceso, el derecho de defensa y la igualdad de las partes*”.

A fin de desarrollar el concepto de Debido Proceso como principio y derecho fundamental con miras al trámite ejecutivo arbitral, es necesario resaltar los siguientes componentes:

2.3.1 Juez Natural

La Corte Constitucional, en sentencia SU 190 de 2021, definió al Juez Natural como:

... el funcionario a quien la Constitución o la ley le han atribuido la aptitud para instruir o a tramitar una causa judicial. Y, así mismo, es aquella persona que ejerce la función pública de la jurisdicción en determinado proceso y, por lo tanto, debe adoptar la correspondiente decisión de fondo, de acuerdo con la naturaleza de los hechos y la división de trabajo establecida por el ordenamiento jurídico. (Colombia. Corte Constitucional, 2021, p. 29)

Si se analiza el cumplimiento de este postulado por parte del proceso ejecutivo arbitral hallamos que: 1) Los árbitros se encuentran constitucional y legalmente facultados para administrar justicia de forma transitoria, siempre y cuando conozcan de asuntos que no estén prohibidos por la ley y se hallen habilitados por las partes. 2) Los árbitros resuelven de fondo los asuntos de su competencia, decisión que se plasma a través del laudo arbitral. 3) El planteamiento que se hace en la actualidad frente a las características de los árbitros es que deben ser funcionarios que acrediten las mismas condiciones que un juez municipal para procesos de mínima y menor cuantía, y las de un juez de circuito para procesos de mayor cuantía (artículo 6, Proyecto de Ley 008 de 2023).

De lo anterior, se colige que la premisa de Juez Natural en los procesos ejecutivos arbitrales se cumple a cabalidad.

2.3.2 Legalidad

Este postulado del debido proceso garantiza que toda actuación judicial se realice con sujeción a las formalidades previamente establecidas. Para el Doctor Martín Agudelo Ramírez (2005): *“El debido proceso implica la existencia de un procedimiento desarrollado de conformidad con unos parámetros mínimos en los que se posibilite la defensa, para que finalmente se emitan decisiones justas y en derecho”* (p. 96)

En lo que atañe al proceso ejecutivo arbitral, se puede observar como el nuevo Proyecto de Ley contempla unas formas más estructuradas en contraste de lo que se tenía con el Proyecto de Ley 224 radicado en 2018, en igual sentido, se hace remisión a lo preceptuado en el Código General del Proceso en aquellos casos donde la ley contenga vacíos. De lo anterior se concluye que, el proceso ejecutivo arbitral en Colombia contaría con las formas procesales y sustanciales previamente establecidas, de manera que el principio de legalidad se está garantizando satisfactoriamente.

2.3.3 Cosa Juzgada

Este principio protege la seguridad jurídica, pues brinda firmeza a las decisiones que ponen fin a un litigio garantizando que las situaciones definidas no serán objeto de modificación. Para la Corte Constitucional en sentencia C 100 de 2019, la cosa juzgada es “*una institución jurídico procesal mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia y en algunas otras providencias, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas*” (Colombia. Corte Constitucional, 2019, p.13)

En materia de procesos ejecutivos arbitrales este postulado se observa con claridad si se entiende que el laudo hace las veces de una sentencia, por lo que le es propio el efecto de cosa juzgada a las decisiones de los árbitros. El principio de cosa juzgada se debe entender desde el concepto de instancia que pone fin al correspondiente litigio. De cara al proceso ejecutivo arbitral, a la luz del artículo 40 y siguientes de la Ley 1563 de 2012, es claro que todo laudo tiene recurso de anulación por las causales establecidas en el artículo 41 Ibidem.

En igual sentido, el Proyecto de Ley 008 de 2023 contempla el recurso de anulación para los laudos que decidan procesos ejecutivos específicamente el que libra mandamiento de pago (independientemente de la cuantía), no obstante, del auto que ordena seguir adelante la ejecución, se prohíbe expresamente el recurso de anulación.

En lo concerniente al recurso de revisión en laudos que decidan procesos ejecutivos, solo le sería aplicable a los procesos de mayor cuantía.

Ahora bien, en lo relativo al principio de cosa juzgada en este tipo de procesos, es menester indicar que “*la sentencia en un proceso ejecutivo no hace tránsito a cosa juzgada en sentido material sino formal, lo que permite que, en el trámite del proceso, incluso antes del remate, se pueda realizar el pago de la obligación*” (Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 2020, p. 8).

Es importante resaltar que en sentido estricto, en los procesos ejecutivos, por regla general, no se profiere sentencia sino un auto que ordena seguir adelante la ejecución previo a existir un mandamiento de pago que no es más que la actuación que realiza el Juez una vez cumple con “*el deber de realizar un control de legalidad sobre el título base de recaudo, en orden a determinar en su confección la confluencia de los requisitos formales y sustanciales consagrados en el artículo 422 del canon procesal*” (Ramírez, 2022, p. 22).

En cuanto a los ejecutivos donde existen excepciones del demandado, sí se profiere sentencia, sin que ello implique per se la terminación del proceso, pues si la sentencia es favorable al

ejecutante, el proceso solo termina cuando se verifique el pago de la obligación, o en los casos donde opere un desistimiento tácito que no es más que *“la forma anormal de terminación del proceso, que se sigue como consecuencia jurídica del incumplimiento de una carga procesal a cargo de la parte que promovió un trámite”* (Colombia. Corte Constitucional, 2021, p. 29).

A modo de conclusión, el principio de cosa juzgada y la doble instancia le son propios al proceso ejecutivo arbitral por cuanto legalmente se encuentran regulados, en tal sentido se convierte en un trámite que ofrece seguridad jurídica a quienes voluntariamente deseen acceder a él.

3. Derecho comparado: desjudicialización de los procesos ejecutivos en otros países.

Dada la naturaleza de los procesos ejecutivos cuya finalidad es *“obtener la plena satisfacción de una prestación (...); se trata, (...) de una pretensión cierta pero insatisfecha, que se caracteriza porque no se agota sino con el pago total de la obligación”* (Colombia. Corte Constitucional, 2002, p. 11), es claro que son procesos con aplicación en todas las legislaciones del mundo. A partir de esta premisa, vale la pena preguntarse si en otros países se ha generado el debate que en la actualidad se está dando en Colombia, a fin de atender los procesos ejecutivos o las ejecuciones de laudos y sentencias a través de herramientas o trámites diferentes a la vía judicial ordinaria.

En materia de desjudicialización de los procesos ejecutivos en ciertos países de Europa, se observa la existencia de un “oficial de ejecución” quien en algunos casos es un particular, y en otros, es una persona vinculada directamente con la Administración de Justicia, e igualmente *“la doctrina procesal europea pasa contemporáneamente por la cuestión de la desjudicialización, total o parcial, de la ejecución forzada”* (Berizonce, 2013, p. 283). Por su parte, en América Latina, la desjudicialización de procesos ejecutivos brilla por su ausencia, a pesar de que ha sido un asunto debatido en países como Chile, Costa Rica y México.

De consuno con lo anterior, el sistema procesal en Europa ha buscado generar un equilibrio en los tiempos de demora de los procesos ejecutivos, pues entienden que hace parte integral de una tutela judicial efectiva, en este orden de ideas, el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) (2013) comprende que en algunos sistemas procesales europeos se *“han introducido reformas al modelo orgánico a través de la racionalización de la intervención judicial, lo que en nuestra región se conoce comúnmente como la desjudicialización de la ejecución”* (p. 178); de

suerte que el juez resuelve los asuntos netamente procesales y relativos a la definición del derecho, pero aquellas etapas de la ejecución que no son de contención se entrega a “*los oficiales de ejecución, como los huissiers de justice en Francia o high court enforcement officer en Inglaterra*”. (p. 178).

Según el CEJA, en España, por ejemplo, el sistema de ejecución está en cabeza de funcionarios judiciales; en cambio, en Suiza, de las ejecuciones se encargan particulares independientes del poder judicial, no obstante, la mayoría de países en Europa tienen un sistema mixto, donde las actividades de la ejecución que parecen ser más administrativas, se les asignan a terceros (que son estatales, pero no propiamente judiciales) y su trabajo es vigilado por la Autoridad, dentro de los países que operan bajo este modelo encontramos a Francia, Holanda, Bélgica y Portugal.

En América Latina, si bien “*algunos países han instaurado pequeñas reformas para paliar las deficiencias del sistema, pero sin mayores injerencias en lo orgánico del modelo*” (Márquez, 2015, p. 46) es claro que predomina la ejecución por la vía judicial. En Chile, tal y como ocurre a hoy en Colombia, los árbitros cuentan con la misma limitación para ejecutar (inclusive sus propias decisiones), esta limitación se extiende al arbitraje internacional aceptado por Chile desde el año 2006 en virtud de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, lo que a juicio de Gonzalo Isla (2021) “*produce graves consecuencias (...) nuestra propia realidad jurídica constituye un problema que atenta contra la eficacia esencial del arbitraje*” (p. 9).

Hacia el año 2012, se intentó, de forma infructuosa, implementar la figura de “oficial de ejecución”, cuya finalidad era “*extraer del procedimiento civil tareas que son consideradas administrativas y pueden ser ejercidas fuera de un tribunal, para ser entregadas a un funcionario profesional y especializado, que tendría por función básica ejecutar el crédito*” (Baraona, 2013, p. 6). Así las cosas, a hoy, la realidad en la ejecución chilena es que, en materia civil, no se ha logrado la desjudicialización, pese a los esfuerzos que se han realizado en aras de reformar el Código Procesal Civil.

Por su parte, en Costa Rica, según el CEJA (2013), existen tribunales civiles especializados en el cobro de obligaciones dinerarias por lo que podría considerarse un sistema más funcional que en los demás países de Latinoamérica, por lo menos, en lo que a la celeridad respecta. “*Por otra parte, cabe señalar que la legislación costarricense contempla la figura del “ejecutor”, como un auxiliar de la administración de justicia encargado, entre otras funciones de practicar embargos*”

(p. 191). De cualquier modo, el hecho de que en Costa Rica existan tribunales especializados para el cobro de obligaciones, no deja de ser una carga para el Poder Judicial, cuya efectividad se vería directamente vinculada a la existencia de un número importante de tribunales que atiendan en términos idóneos esta clase de procesos.

Ahora bien, en algunas legislaciones de América Latina, como en el caso de Uruguay, Argentina y México, se ha optado por desjudicializar algunas actuaciones de la ejecución; “*ello opera principalmente al momento de la subasta judicial, entregando a un agente u órgano la tarea de comercializar el bien, como ocurre con distintas modalidades y para distintos tipos de créditos*” (Vargas, 2013, p. 140).

Luego de revisar derecho comparado en materia de desjudicialización del proceso ejecutivo, es claro que, a hoy, no existe, en ninguna legislación del mundo, un proceso ejecutivo arbitral que desplace el poder judicial de los estados. Del presente capítulo es factible concluir que si bien la congestión judicial es un fenómeno que afecta a la mayoría de los países en el mundo, no es menos cierto que las medidas que se han tomado en la mayoría de ellos son inocuas para atacar la congestión judicial. En Colombia, los procesos ejecutivos:

...o no cumplen los fines para los que fueron concebidos o lo hacen de manera deficiente, ya que no agilizan el tráfico jurídico ni permiten la oportuna recuperación del crédito, sumado al hecho de que los tiempos procesales que se invierten para estos efectos superan todos los cálculos de lo razonable. (Hernández, 2014, p. 20)

Ahora bien, el hecho de que en la actualidad no se tengan referentes de otros países del mundo donde se haya optado por un proceso ejecutivo arbitral, no debe considerarse per se un impedimento para que en Colombia se de aplicación a esta propuesta, como quiera que ha sido una alternativa ampliamente analizada, que tiene retos propios de todo cambio pero que desde el Legislativo se tiene toda la intención de ahondar en el trámite hasta sufragar cualquier requerimiento que se vaya avizorando en el camino, y por si fuera poco, se trata de una gran oportunidad para que Colombia sea un referente mundial en temas de descongestión judicial.

Conclusiones

Sin lugar a dudas, los problemas de acceso a una tutela judicial efectiva generados por la congestión de la Justicia Ordinaria en materia Civil que actualmente se presenta en nuestro país, es un asunto que merece atención prioritaria, pues se ponen en riesgo principios y derechos de raigambre fundamental y constitucional de la sociedad.

El debate nacional que desde el año 2018 se está tratando de gestar en el Congreso de la República que busca propulsar un proceso ejecutivo arbitral, en aras de lograr la descongestión de la Rama Judicial, desde sus inicios, ha sido objeto de grandes discusiones, pues como es de esperarse existen detractores que consideran que la función estricta de administrar justicia y específicamente el poder de coerción, es facultad exclusiva de la Rama Judicial en cabeza de los Jueces de la República y en virtud de la soberanía estatal.

Contrario sensu, existen defensores del planteamiento que consideran completamente afín el proceso ejecutivo con el trámite arbitral, en razón del artículo 116 de la Constitución Política de Colombia que otorga facultades transitorias a particulares para administrar justicia en virtud del principio de habilitación. Por otro lado, se consideraba que la propuesta podría llegar a ser lesiva de los deudores - que en su mayoría - tienen obligaciones con entidades financieras, siendo aquellos los sujetos débiles de la relación, sin embargo, el Proyecto de Ley garantiza que el deudor pueda retractarse del pacto arbitral, hasta 60 días luego de haber firmado la cláusula compromisoria, además de imponer – de manera estricta – la obligación a los acreedores de informar a los deudores sobre las implicaciones del pacto arbitral en los contratos de crédito y, finalmente, será el acreedor quien asuma los costos derivados del proceso arbitral ejecutivo; con estas medidas, se garantiza que el deudor no sea un simple destinatario de las imposiciones de los establecimientos de crédito.

Por otro lado, se encuentra que el proceso ejecutivo arbitral guarda relación directa con los principios del debido proceso que garantiza un trámite por etapas, con tiempos de respuesta adecuados para las partes, con cumplimiento de los derechos de contradicción y defensa, y con sujeción a los postulados de legalidad y de cosa juzgada. Esto implica que la transición a una justicia arbitral ejecutiva sea, no solo viable, sino un logro importante para nuestro país.

También vale la pena resaltar la generación de empleos que podría conllevar la implementación de esta figura en Colombia, pues se abrirían las puertas para nuevos operadores

judiciales con facultades de jueces que deseen poner al servicio de los centros de arbitramento su trabajo como árbitros.

En Colombia, el arbitramento como MASC es un trámite con poco dinamismo, escasamente usado por personas que, en su mayoría, cuentan con músculo financiero que les permite acceder al trámite, que, a hoy, se caracteriza por ser costoso y de difícil acceso para la sociedad colombiana, de suerte que es un trámite que brilla por su desconocimiento y baja utilización. El hecho de impulsar el arbitramento implica superar *“la poca credibilidad (...) en ciertos sectores sociales en razón del precario apoyo administrativo y presupuestal que ha tenido para su sostenibilidad y su competitividad con relación a la función de la Rama Judicial”* (Londoño, 2008, p. 397), lo anterior, a fin de alcanzar la tan anhelada descongestión judicial.

Es innegable que desde el primer Proyecto de Ley en el año 2018 (que no corrió con suerte en el Congreso), hasta el actual (008 de 2023), se ha venido dando forma a un procedimiento más estructurado, con definiciones más precisas en lo relativo a las etapas procesales, a las facultades de los árbitros, al plazo de la competencia, al tratamiento de las medidas cautelares, a la asunción de la carga de los honorarios que se generan para el centro de arbitraje y para los árbitros.

Estas mejoras han logrado una mayor aceptación del eventual proceso ejecutivo arbitral; sin ocultar los grandes retos que tendría una Ley de tal magnitud, por cuanto se haría necesario pensar en situaciones como:

1. Ante la ola de personas en trámites de insolvencia ¿Qué pasaría con la competencia de los árbitros si se llegara a presentar esta situación en el curso de un proceso? ¿Quién asumiría el pago de honorarios al centro de arbitraje y a los árbitros si el deudor entra en insolvencia? ¿Acaso debería hacerlo el acreedor, cuando finalmente no tendrá la satisfacción plena de su derecho?

2. Sabiendo que se propone la inscripción de medidas cautelares previas (antes de librar mandamiento de pago), como quiera que el deudor debe participar de la composición del tribunal de arbitramento, pero antes de notificársele de la apertura del trámite es necesario garantizar la inscripción de los embargos que garanticen el derecho del acreedor: ¿Qué sucedería en el evento de que luego de estudiar los requisitos del título, se hallare que no presta mérito ejecutivo y por ende el proceso es improcedente? ¿Tendría que asumir el acreedor alguna sanción o resarcimiento de perjuicios ocasionados al deudor?

3. En términos de tecnología, es claro que actualmente la Rama Judicial se ha visto en la necesidad de implementar herramientas que permitan la publicidad de sus decisiones, la

comunicación directa con los administrados sin necesidad de acudir a la atención presencial, frente a estas adopciones de la Rama Judicial, es necesario preguntarse: ¿Están preparados los centros de arbitramento para atender las necesidades de los usuarios a través de plataformas tecnológicas? En caso negativo ¿Cómo se haría dicha implementación? ¿De qué manera el Estado intervendría en esta situación para garantizar una adecuada y segura implementación?

No obstante los anteriores interrogantes, el proceso ejecutivo arbitral goza de aptitud para ser implementado en Colombia como mecanismo alternativo a la Justicia Ordinaria para atender procesos ejecutivos, pues como se desarrolló de manera suficiente en los capítulos de este artículo, la naturaleza jurídica y los principios de los procesos ejecutivos y del arbitramento, guardan relación y permiten la alineación de ambos trámites; pero lo más importante es que sería una solución a la congestión de la Jurisdicción Civil que a hoy afecta a los colombianos que, en virtud de sus derechos fundamentales, acuden a los Jueces de la República para dirimir sus conflictos.

Referencias

- Agudelo Ramírez, M. (2005). El debido proceso. *Revista Opinión Jurídica*, (4). <https://acortar.link/LEnej4>
- Azula Camacho, J. y Londoño Vargas, M. (2022). *Manual de derecho procesal, procesos ejecutivos*. Temis.
- Baraona González, J. (2013). *El oficial de ejecución en el Nuevo Código Procesal Civil: El peligro de una innovación que puede prestarse para abusos*. Universidad de los Andes Chile. <https://acortar.link/pO7MOY>
- Bejarano Guzmán, R. (2021). *Procesos declarativos, arbitrales y ejecutivos*. Temis.
- Berizonce, R. O. (2013). El Justo Proceso de Ejecución y la Efectividad de la Tutela Judicial. *Derecho & Sociedad*, (41), 279-287. <https://acortar.link/8kK5ZJ>
- Brito Nieto, L. M. (2020). La viabilidad del proceso ejecutivo arbitral en Colombia. *Vniversitas. Revista de ciencias jurídicas law review*, (69). <https://bit.ly/3UIMVle>
- Cárdenas Mejía, J. P. (2019). *Módulo Arbitraje Nacional e Internacional*. Panamericana Formas e Impresos S.A.
- Chile. Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA). (2013). *Aportes para un diálogo sobre el acceso a la justicia y reforma civil en América Latina*. Alfabetas Artes Gráficas Santiago. <https://acortar.link/9Fyjls>
- Colombia. Corte Constitucional. (1995). Sentencia C-294 de 1995: *revisión de constitucionalidad del artículo 2o. (parcial) del decreto 2651 de 1991*. M.P. Jorge Arango Mejía. Corte Constitucional.

- Colombia. Corte Constitucional. (2000). Sentencia C-1140 de 2000: *revisión de constitucionalidad de la ley 546 de 1999*. M.P. Jose Gregorio Hernández Galindo. Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional. (2002). Sentencia C-454 de 2002: *revisión de constitucionalidad de los artículos 554, incisos 4 y 5 parciales, y 555, numeral 1º parcial, del Código de Procedimiento Civil*. M.P. Alfredo Beltrán Sierra. Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional. (2008). Sentencia C-1186 de 2008: *revisión de constitucionalidad de la Ley 1194 de 2008*. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional. (2012). Sentencia T-069 de 2022: *acción de tutela instaurada por Juan Carlos Cuesta Quintero y María Fernanda Guerrero Mateus contra la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y el Juzgado Primero Civil del Circuito de Bogotá*. M.P. Diana Fajardo Rivera. Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional. (2014). Sentencia C-947 de 2014: *revisión de constitucionalidad del Acuerdo de Servicios Aéreos entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República de Turquía*. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional. (2019). Sentencia C-100 de 2019: *revisión de constitucionalidad del artículo 77, numeral 2º del Decreto Ley 2663 de 1950 “Sobre Código Sustantivo de Trabajo”*. M.P. Alberto Rojas Ríos. Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional. (2021). Sentencia SU-190 de 2021: *acción de tutela instaurada por Yenny Alejandra Medina Pulido contra la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de Judicatura*. M.P. Diana Fajardo Rivera. Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (2020). Sentencia SC3840-2020: *Demanda de Casación en el proceso verbal adelantado por la Señora Esmeralda Miguel Ardila e Hijos Ltda Contra el Banco AV Villas S.A.* M.P. Luis Alonso Rico Puerta. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil.
- De la Calle Lombana, H (Canal Supersociedades). (20 de septiembre de 2023), *Seminario: “Impacto de la Implementación del Pacto Arbitral para Procesos Ejecutivos en Colombia”* (Archivo de Video). Youtube. <https://acortar.link/aT2Xe5>
- Garcés Vásquez, P. A. (2015). *Teoría del Contrato*. Librería Jurídica Sánchez R. LTDA.
- Henoa Bernal, N. (2015). Algunos fenómenos externos, desde la óptica del siglo XXI, que impactan al pacto arbitral. *Nuevo Derecho*. (11). <https://bit.ly/3MuU54N>
- Hernández Villareal, G. (2014). *La reforma al proceso ejecutivo: estudio del impacto que sobre este tiene el análisis económico del derecho*. Editorial Universidad del Rosario.
- Isla Aros, G. I. (2021). *Análisis normativo comparado sobre el reconocimiento y ejecución de medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*. Universidad de Chile. <https://acortar.link/59D4QM>
- Londoño Jaramillo, M. (2008). La congestión y la mora judicial: el juez ¿Su único responsable? Universidad Pontificia Javeriana. *Revista FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS*, 38(109), 385-419. <https://acortar.link/VGSIrU>

López Blanco, H. F. (2013). *Proceso Arbitral Nacional*. DUPRE Editores Ltda.

López Blanco, H. F. (2016). *Código General del Proceso Parte General*. DUPRE Editores Ltda.

Márquez Paz, M. P. (2015). *El modelo de ejecución para la reforma procesal civil chilena*. Universidad de Chile. <https://acortar.link/Cuf5bW>

Namén Baquero, D. (2021). La forma del pacto arbitral en el Nuevo Estatuto Arbitral Nacional Colombiano: ¿consensual o solemne?. *Revista E-Mercatoria*, (20). <https://acortar.link/INU3c6>

Ramírez Cortés, J. (2022). *El Derecho de Defensa en el Proceso Ejecutivo – una aproximación desde la regulación contenida en el artículo 430 del Código General del Proceso* (Tesis de maestría, Universidad Externado de Colombia) Biblioteca Digital Universidad Externado de Colombia. <https://acortar.link/7OjCkr>

Reyes Sinisterra, C. C. (2018). El control de convencionalidad de los laudos arbitrales en Colombia: una historia que aún no ha sido contada. *Revista Derecho del Estado*. <https://acortar.link/qls94O>

Vargas Pavez, M. (2013). Hacia la desjudicialización de la ejecución civil. *Revista chilena de derecho*, 40(1), 137-158. <https://acortar.link/UfhXHQ>