

**EL ARBITRAJE COMO MECANISMO ALTERNATIVO DE SOLUCION DE
CONFLICTOS DESDE UNA OPTICA CONSENSUADA AL DERECHO DE FAMILIA.**

ARBITRATION AS AN ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION MECHANISM
FROM A CONSENSUAL PERSPECTIVE TO FAMILY LAW.

RUTH DANIELA MONTAÑO CASTILLO

FACULTAD DE DERECHO, UNIVERSIDAD SANTIAGO DE CALI, CALI - VALLE
DEL CAUCA

DIPLOMADO EN METODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCION DE
CONFLICTOS

DR. JOSE RODRIGO NUÑEZ MONTES

2023A

Resumen:

Es menester tener a consideración la figura del arbitraje como un mecanismo alternativo de solución de conflictos MASC, el arbitraje es una figura de derecho privado mediante la cual las partes objeto de una controversia someten el asunto litis a tutela de un árbitro o tribunal arbitral imparcial y neutro para efectos que pueda dirimir el asunto en conflicto u objeto de litis.

El arbitraje en materia de familia nace de la relación de dos áreas del derecho, una representativa a las relaciones jurídicas de las familias, y en consecuencia la otra parte, que se representa en el derecho procesal, siguiendo a causa favorable uno de los métodos alternos de solución de conflictos como se precisa en este caso. Es hecho notorio de acuerdo a los lineamientos que se describen en el código general del proceso, que el arbitraje es un negocio jurídico consensuado, las partes se someten de manera voluntaria a que un tribunal imparcial de arbitramento decida sobre el conflicto latente e imponga a cada parte lo que a juicio de equidad corresponde.

Palabras claves: Arbitraje, equidad, familia, MASC, tribunal, conflicto, litis, consensuado

Abstract:

It is necessary to take into consideration the figure of arbitration as an alternative dispute resolution mechanism ADR, arbitration is a figure of private law by which the parties to a dispute submit the matter under dispute to the tutelage of an arbitrator or arbitral tribunal impartial and neutral for the purpose of settling the matter in conflict or subject of litigation.

Arbitration in family matters arises from the relationship of two areas of law, one representing the legal relations of families, and consequently the other party, which is represented in procedural law, following a favorable cause one of the alternative methods of conflict resolution as specified in this case. It is a notorious fact according to the guidelines described in the general code of the process, that arbitration is a consensual legal business, the parties voluntarily submit to an impartial arbitration court to decide on the latent conflict and impose on each party what in the judgment of equity corresponds.

Keywords:

Arbitrage, equity, family, MASC, tribunal, conflict, litis, consensual.

INTRODUCCION

El derecho de familia ha tenido una evolución legal diferente a las demás áreas del derecho, que han tenido a lo largo de la historia una mayor importancia para el Estado y específicamente para el legislador por temas económicos y comerciales. Por ello, es que desde hace muchos años venimos hablando de diversos mecanismos de solución de conflictos en estas áreas del derecho, exceptuando, en sentido contrario, el derecho de familia.

El Derecho de Familia no estuvo en el escenario de los comparatistas hasta la década de 1990, cuando finalmente temas como los derechos en este campo de las minorías y, a su vez, la igualdad de género empezaron a ser abiertamente discutidos. Otras áreas como, por ejemplo, el Derecho Comercial, cuya unificación era de interés político y económico para los legisladores de las grandes potencias coloniales, las cuales se interesaron en la armonización del mismo, dejaron al Derecho de Familia a las costumbres locales, creando así una dicotomía entre la ley de familia y la ley de mercado. Esto ocurrió, por ejemplo, en la India, donde el Imperio Británico impuso sus leyes contractuales, procedimentales e incluso penales, pero jamás se hizo el intento de traer o inculcar las leyes de familia, matrimonio, herencias, etc., creándose así una enorme disparidad entre los sistemas legales de dicho país, que contaba con un avanzado C.Com., pero cuyas leyes relativas a la familia no estaban siquiera codificadas y no lo fueron hasta entrado el siglo XX (Guerra Hernández et al., 2014)

Ahora bien, el arbitraje como MASC ha tenido un crecimiento importante en Colombia, como consecuencia de la congestión en la jurisdicción ordinaria, que como resultado se obtienen procesos demorados y no perentorios, incluyendo los de común acuerdo, los cuales se han venido mitigando con la vigencia del Código General del Proceso o lo que se conoce como la Ley 1564 del 2012.

Aunado a lo anterior, desde una óptica personal, es importante considerar que la figura del arbitraje como MASC no se debe utilizar con el sentido de buscar celeridad en procesos ni buscar el beneficio de un proceso fácil y rápido para quienes, de manera consensuada, se someten a este mecanismo. De lo contrario, este es un mecanismo alternativo, como se ha establecido, donde el Estado es el titular en primera instancia para dirimir estos conflictos o aquellos que se susciten en materia de orden público.

Una vez que el Estado agote los procedimientos a través de los funcionarios públicos encargados y facultados para administrar justicia, en este caso los jueces, para darle solución a un conflicto y no sea posible debido a la congestión judicial, entonces sería óptimo y eficaz aplicar la figura del arbitraje.

PROBLEMA JURIDICO: ¿Es factible reconocer la figura arbitral MASC como aquella herramienta jurídica que da respuesta a la crisis de la jurisdicción ordinaria en materia de familia y derecho privado?

APROXIMACION AL ARBITRAJE

El Arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, en donde se le excluye a la jurisdicción ordinaria la competencia para conocer de un conflicto existente o un posible conflicto que surja de una relación contractual. De esta forma, se concede jurisdicción a un particular quien asume las mismas facultades y obligaciones de un juez para dirimir dicha controversia por medio de una decisión de fondo, la cual se conoce como laudo arbitral.

De acuerdo a lo planteado por Bejarano Guzmán, el arbitraje consiste en el proceso voluntario en el cual las personas que se encuentran involucradas en el conflicto son plenamente capaces de trasladar la controversia de la jurisdicción ordinaria a manos de particulares investidos temporalmente de la función pública y la administración de justicia.

La forma como los particulares acuerdan dicho mecanismo para la solución de alguna controversia es mediante un pacto arbitral. En relación a esto, Jaime Alberto Arrubla Paucar en el artículo titulado “El pacto arbitral” menciona:

El pacto arbitral se considera como en todo negocio jurídico son las prestaciones que surgen para las partes como efecto de la celebración de este; que en presente caso consisten en obligaciones de hacer. El hacer es precisamente el ánimo de voluntad que tienen las partes para someterse a las decisiones de árbitros para solucionar conflictos suscitados entre las partes. (Herrera Mercado & Mantilla Espinosa, 2017, p. 52).

En la figura del arbitraje, es un hecho notorio a la luz de los lectores que el pacto proveniente del negocio jurídico del arbitraje puede ser acordado de dos formas, de acuerdo con

lo establecido por los artículos 3 y siguientes por los cuales se expide el estatuto de arbitraje nacional e internacional.

A sabiendas de tener claro lo que significa este negocio jurídico en la figura del pacto arbitral, es importante saber que puede ser acordado de dos formas, de acuerdo con lo establecido por los artículos 3 y siguientes de la presente ley. El artículo 3 menciona que el pacto arbitral es tenido en cuenta por las partes por ser un negocio jurídico, de manera que con ánimo de voluntad y de resolver los problemas o conflictos suscitados entre las partes involucradas, buscan resolver dicha controversia no ante los jueces, sino ante particulares imparciales y especializados que puedan resolver el asunto en equidad. Cuando las partes buscan resolver el problema jurídico o controversia suscitada entre ellos mediante la figura del arbitraje, renuncian de manera automática a la jurisdicción ordinaria ante jueces.

OBJETO DEL ARBITRAJE:

Es un hecho notorio que, en Colombia, la figura jurídica del arbitraje se encuentra regulada Código General del Proceso. Se menciona al respecto en el primer artículo de la presente ley que el arbitraje es considerado como el medio alternativo de solucionar controversias en el cual, con el ánimo de solucionar conflictos, las partes con autonomía y voluntad facultan a árbitros para que estos, quienes figuran como terceros imparciales especializados, puedan tomar el control del asunto y puedan resolver la controversia suscitada sin ánimo de litigio y puedan tomar una decisión en equidad.

Esto quiere decir, que en primera medida todos aquellos asuntos que la misma ley establezca la posibilidad de someterlos ante un tribunal arbitral no habría necesidad de entrar a

determinar sobre la libre disposición que tendrían las partes sobre los asuntos objeto de litigio, pues es la misma ley la que faculta a las partes a someter esos asuntos ante un tribunal arbitral.

LAS PARTES

Es claro poder comprender que dentro del proceso arbitral existen unos sujetos capaces de realizar un acuerdo ante particulares para la resolución sus de conflictos, estos son los que llamamos partes. Las partes en un proceso arbitral son las que, según lo había menciona Jaime Alberto Arruba, las que desarrollan el “Pacto arbitral”.

Sobre la capacidad, decimos que, al igual que en la transacción, los intervinientes en el pacto arbitral deben tener plena capacidad de ejercicio. No pueden transigir sino las personas que son capaces de disponer de los objetos comprendidos en la transacción. Igual sucede en el pacto arbitral, lo pueden celebrar aquellas personas que eventualmente podrían transigir sobre el objeto que se someterá a la decisión de árbitros. (Herrera Mercado & Mantilla Espinosa, 2017)

Es de suma importancia recordar que, en Colombia, las personas capaces de ejercicio son todas aquellas mayores de edad (18 años) y que antes de que entrara en vigor la ley 1996 del 2019, aun hubieran sido declaradas en estado de discapacidad tal que llevaran a la declaración de una interdicción. Pero ya en vigencia de esta nueva ley, no existe en Colombia alguna persona que sea mayor de edad y que no tenga capacidad de ejercicio, por lo que podemos concluir que todas las personas mayores de edad en Colombia tienen plena capacidad para celebrar en un pacto arbitral.

LOS ARBITROS:

A Priori los árbitros son particulares investidos de jurisdicción para que de forma transitoria administren justicia. Esta Jurisdicción transitoria de particulares se encuentra otorgada por la Carta Magna o Constitución Política en su artículo 116.

Artículo 116 relaciona lo concerniente a las personas o particulares investidos de jurisdicción para dirimir las controversias suscitadas entre las partes.

A su vez, la presente ley establece unos requisitos formales para que los particulares puedan encajar en la figura de árbitros. Así se establece en el artículo 7 que los árbitros deben cumplir al menos con el requisito de ser magistrado de tribunal superior del distrito judicial y cumplir con los demás requisitos de formalidad que exige la ley.

Por lo tanto, una vez las partes lleguen a un acuerdo, es de vital relevancia exigir que el árbitro que vaya a tratar el tema sea un experto en la materia, el cual puede ser un abogado especialista en materia de familia. Entre lo dicho, es pertinente traer a colación lo determinado por Juan Guillermo y conocer cuáles son los principios que rigen a los árbitros. Este autor considera que, en términos generales, todos los árbitros están sujetos a la observancia de los principios y reglas. (Herrera Mercado & Mantilla Espinoza, 2017)

ABORDAJE DE INSTITUCIONES JURÍDICAS DEL DERECHO DE FAMILIA EN EL PROCESO ARBITRAL:

En primera medida, lo que hay que descartar inmediatamente como asuntos arbitrables son aquellos cuyo trámite corresponda a lo desarrollado en procesos de jurisdicción voluntaria, puesto que para que pueda existir un arbitraje, el fin es resolver una controversia. En principio, en los procesos voluntarios no existen controversias entre las partes, por ejemplo, el divorcio de mutuo acuerdo o el levantamiento de un patrimonio inembargable, entre otros establecidos en la ley respecto a los procedimientos en materia de familia y matrimonio.

Sin embargo, existen asuntos de jurisdicción voluntaria que se pueden tramitar mediante otros mecanismos alternativos de solución de conflictos, por ejemplo, la separación de cuerpos o

la declaración de unión marital de hecho, que pueden ser tramitados mediante la conciliación extrajudicial en derecho.

Bejarano Guzmán advierte que es importante tener en cuenta que para que se lleve un asunto o proceso al conocimiento de árbitros, es fundamental y esencial que exista una controversia; de lo contrario, se trata un proceso voluntario. Se hace entender en el sentido de que lo esencial o la causa efecto de la figura arbitral es una controversia o conflicto. (p. 391)

En vista del abordaje de instituciones jurídicas del derecho de familia frente al proceso arbitral, es indispensable conocer los asuntos encomendados a los jueces en materia de familia, los cuales a su vez son objeto de controversia. Entre estos se encuentra el nombre de las personas naturales, la filiación, la patria potestad, las adopciones, las medidas de protección por violencia intrafamiliar o la revisión y homologación de decisiones proferidas por autoridades administrativas con funciones jurisdiccionales (comisarías de familia y defensorías de familia). En efecto, el restablecimiento de los derechos, la dignidad humana de los niños y jóvenes, el reconocimiento de la ausencia o el retorno esperado o internacional de niñas, niños y jóvenes. Todo ello de conformidad con la política pública y, por tanto, no son susceptibles de someterlos a arbitraje, dado que no son derechos disponibles y no estar expresamente autorizados para ello.

Por otro lado, existen otros asuntos que podrían ser discutidos o que estarían claramente establecidos en materia privada.

Sobre los asuntos que pertenecen claramente al ámbito privado de la familia, según se establecen o se mencionan el artículo 22 de la presente ley.

El artículo 22, en su numeral 1, establece lo relativo a la separación de bienes, proceso jurídico en el área del derecho privado de familia que también puede ser objeto de decisiones arbitrales. Asimismo, se menciona cuando el matrimonio se disuelve o la unión hereditaria por una

causa diferente a la muerte de los cónyuges, o la disolución ha sido notificada a un abogado notario o a un juez que no sea de familia, sin apartarse de la facultad que la ley otorga a los notarios.

Son diversos los muchos procesos privados en materia de familia y matrimonio donde se da lugar a recurrir a las decisiones arbitrales como MASC (Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos). Por lo tanto, así como lo desarrollamos en el capítulo anterior, es válido concluir que estos asuntos se encuentran aptos de ser sometidos a arbitraje por estar sujetos a una naturaleza privada, y asimismo es importante someter sus diferencias ante el tribunal de arbitraje.

Por lo tanto, es importante aclarar la cuestión práctica, es decir, la terminación del matrimonio civil o el fin de las consecuencias sociales del matrimonio religioso. Es un hecho notorio que, respecto del divorcio del matrimonio civil o la cesación de los efectos civiles del matrimonio religioso, en primera medida es el juez de familia quien tiene competencia para dirimir un conflicto y decidir sobre la terminación de los efectos del matrimonio, e incluso sin existir el conflicto, mediante el proceso de jurisdicción voluntaria.

Pero así como mediante un proceso de voluntario ante un juez de familia, se puede realizar el divorcio del matrimonio civil y, a su vez, el cese de los efectos civiles que trae el matrimonio religioso, las partes también pueden acudir ante el notario que elijan para que, de común acuerdo, se decrete alguna de estas dos figuras acá mencionadas. Esto se se realizará mediante escritura pública y de existir menores de edad, se notificará a un defensor de familia para que emita un concepto sobre el acuerdo del régimen de custodia, visitas, y alimentos; El documento público de los asuntos anteriormente mencionados resalta los efectos decretados por el juez de acuerdo.

El divorcio y la cesación de los efectos civiles ante notario producirán los mismos efectos que los decretados judicialmente. El Decreto 1260 de 1970 en su artículo 1, restringe la disponibilidad que tienen las personas sobre su estado civil, lo que impide tramitar un divorcio por

la vía arbitral, a menos que se regule legislativamente. Sin embargo, con una interpretación teleológica y finalista, es posible pensar y determinar que es posible acudir a un trámite extrajudicial para validar de común acuerdo un pacto que genera la terminación de un vínculo matrimonial, ¿Por qué no se podría regular legislativamente el divorcio ante un tribunal arbitral? Pues es un particular investido de jurisdicción, por habilitación de las partes, para que sea este quien resuelva sobre la controversia de la existencia de una posible causal de divorcio del matrimonio civil o de la cesación de los efectos civiles del matrimonio religioso, de la misma forma como se permitió en su momento tramitar el divorcio de común acuerdo ante un notario. Teniendo en cuenta que, como ya lo vimos anteriormente, el árbitro hace las veces de juez y tiene los mismos derechos y las mismas obligaciones de éste. Así, de esta forma, unos cónyuges podrían pactar mediante un compromiso o, en la misma escritura por la cual las partes contrajeron matrimonio, una cláusula compromisoria, y así obligarse a someter las posibles o ya generadas controversias ante un tribunal arbitral.

CONCLUSION

El arbitraje en materia de familia, de acuerdo con el problema jurídico planteado, corresponde a la decisión de personas inmersas en un conflicto, quienes en la autonomía de sus voluntades habilitan a un particular para que este, investido de jurisdicción, administre justicia de forma transitoria y haga las veces de un juez ordinario, el cual debe cumplir con los mismos deberes de un este último so pena de ser objeto de las mismas responsabilidades disciplinarias y penales. Que dichos árbitros pueden administrar justicia sobre asuntos en donde las partes tengan libre disposición o la ley autorice, para que estos, en pleno ejercicio de su capacidad, sean quienes lo faculden mediante un pacto arbitral, o que en ausencia de capacidad de ejercicio como lo son los menores de edad, sean sus padres en ejercicio de la patria potestad quienes lo representen para celebrar el pacto y dentro del trámite arbitral.

Se determinó que existe una serie de asuntos dentro del derecho de familia o, en su defecto, el derecho privado, en el cual sus efectos son de carácter personal y, por lo tanto, de orden público, donde no hay disposición, y otros asuntos cuyos efectos son meramente patrimoniales y, por consiguiente, disponibles por las partes. Eso quiere decir que serían arbitrables.

De la misma manera, concluimos que los asuntos relacionados con el régimen patrimonial del matrimonio o de la unión marital de hecho, las sucesiones y todos los procesos que se desprenden de las sucesiones exceptuando los que tienen que ver con la filiación y la capacidad o indignidad para heredar, son asuntos arbitrables, pues si esto puede tramitarse ante un notario, ¿por qué no podría ser ante un árbitro que administra justicia?

Es dable concluir de igual manera que existen muchos procesos arbitrales en cada rama privada del derecho. Lo que nos compete a nosotros es afianzar conocimientos de la figura arbitral como medio para dirimir controversias en materia arbitral tocante a procesos de familia. El asunto

no se trata de identificar un proceso arbitral en un caso determinado en el derecho privado o en el derecho de familia, la relación de la información aquí planteada es solo lo tocante a un panorama general y las diferentes formas como el proceso arbitral puede surtir efectos en los diferentes procesos.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS:

- Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de Colombia (1991). , Códigos § (1991).
- Bejarano Guzmán, R. (2016). Procesos declarativos, ejecutivos y arbitrales (7.a ed.).
Bogota: Editorial Temis.
- Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006). , Códigos § (2006). Congreso de la
República. Código Civil (Ley 57 de 1887). , Códigos § (1887).
- Congreso de la República. Ley 28 de 1932. , Códigos § (1932).
- Congreso de la República. Ley de las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre
compañeros permanentes. (Ley 54 de 1990). , Códigos § (1990).
- Congreso de la República. Código penal (Ley 599 de 2000). , Códigos § (2000).
- Congreso de la República. Código General del Proceso. (Ley No 1564 de 2012). , Códigos §
(2012). Congreso de la República. Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional. (Ley
1563 de 2012). , Códigos § (2012).
- Corte Constitucional, & MP. Antonio José Lizarazo Ocampo. Sentencia de Constitucionalidad no
017/19 de Corte Constitucional, 23 de Enero de 2019. ,
- Corte Constitucional (Colombia 2019). Corte Suprema de Justicia, & MP. Edgardo Villamil
Portilla. Sentencia de Corte Suprema de Justicia—N o 2528631840012007-00152-01 de
29 de Julio de 2011. Corte Suprema de Justicia (Colombia 2011).
- Guerra Hernández, V. H., Pérez Pacheco, Y., Lugo Holmquist, C., Universidad del Rosario,
Universidad Metropolitana, & Universidad Central de Venezuela (Eds.). (2014). Derecho
familiar internacional: Metodología para su estudio, homenaje a Haydée Barrios.
- Gil Echeverry Jorge Hernán, Curso Práctico de Arbitraje, Editorial Librería del Profesional, Santa
Fe de Bogotá, DC Colombia, 1993.

Gil Echeverry Jorge Hernán, Nuevo Régimen de Arbitramento, Editorial Cámara de Comercio de Bogotá, Santa Fe de Bogotá, 1999.

Gonzales de Cossio Francisco, El Arbitraje y Judicatura, ¿Quis Custodiet Custodes?