

LA APLICACIÓN DEL PROCESO ARBITRAL EN EL DERECHO DE HERENCIA

MARÍA CAMILA MANRIQUE DELGADO

FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD SANTIAGO DE CALI
Santiago de Cali
2019

LA APLICACIÓN DEL PROCESO ARBITRAL EN EL DERECHO DE HERENCIA

MARÍA CAMILA MANRIQUE DELGADO

Proyecto de Investigación presentado como requisito para optar por el título de abogada.

Bajo la dirección del tutor:

EDGAR HUMBERTO CAMPOS GÓMEZ

FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD SANTIAGO DE CALI
Santiago de Cali
2019

Contenido

LA APLICACIÓN DEL PROCESO ARBITRAL EN EL DERECHO DE HERENCIA	1
Introducción	6
1. El proceso sucesoral en el ordenamiento jurídico colombiano.....	8
2. El proceso arbitral en el ordenamiento jurídico colombiano	14
2.1. Arbitraje social.....	18
3. La aplicación del proceso arbitral en el derecho herencial	21
4. Conclusiones	28
5. Referencias.....	31

LA APLICACIÓN DEL PROCESO ARBITRAL EN EL DERECHO DE HERENCIA

Resumen

La investigación que se propone en las siguientes líneas, tiene como propósito determinar si la institución arbitral constituye un mecanismo idóneo para la resolución de controversias o situaciones jurídicas que surgen alrededor y con ocasión al derecho de herencia, partiendo de la situación fáctica actual según la cual tales asuntos han sido resueltos únicamente ante la jurisdicción ordinaria y a través del trámite notarial, en la medida en que las circunstancias que caracterizan cada caso en particular, indican la posibilidad de acceder a una u otra vía jurídica.

Así y entendiendo el amparo constitucional y legal con que cuenta dicha institución y comprendiendo la naturaleza de los procesos que versan sobre el derecho de herencia, se propone el análisis de viabilidad de una alternativa jurídica que se ajuste al dinamismo social, al tiempo que ofrezca a los ciudadanos herramientas no solo efectivas, sino además con la prontitud prudencial que garantice y evidencie la estructura del Estado Social de Derecho.

El presente estudio se desarrolló desde un análisis cualitativo, descriptivo, bajo el método de investigación hermenéutico.

Palabras claves

Arbitraje, cláusula compromisoria, compromiso, derecho de herencia, sucesión por causa de muerte, jurisdicción.

Abstract

This investigation has its sole purpose to determine whether arbitration is an ideal mechanism for conflict resolution or legal questions involving hereditary rights, taking as starting point out current

state of things in which such disputes are resolved before the ordinary jurisdiction and before notaries, taking into consideration the particularities of each case that determine the possibility of using any of the before mentioned legal paths.

Therefore and under the constitutional and legal provisions of such institution and understanding the nature of heritage law, we are proposing an analysis of feasibility of a legal alternative in accordance with social dynamics, to offer the people with effective and expedited tools therefore guaranteeing the structure of the Rule of Law.

This study is made from a qualitative and descriptive perspective, under the hermeneutics investigating method.

Keywords

Arbitration, arbitral clause, hereditary rights, succession by death, jurisdiction.

Introducción

Es de relevancia para el ordenamiento jurídico colombiano, estudiar la posibilidad de tramitar a través de un proceso arbitral las controversias jurídicas ocasionadas por la sucesión por causa de muerte, dado que, el derecho debe evolucionar de tal manera que pueda ofrecer a los ciudadanos mecanismos que agilicen sus procesos jurídicos, en la medida en que se pretenda dar respuesta al dinamismo jurídico de la sociedad, siempre que sea compatible con la Constitución. De esta manera, "... se reconoce que el derecho no tiene una respuesta para todas las cuestiones, ni regula por completo las circunstancias de su interpretación y aplicación" (Corte Constitucional, 2015), por esta razón, es debido hacerse partícipe de un proceso que impulse al derecho a funcionar de tal manera que permita, a través de instrumentos jurídicos afines a la Constitución, garantizar el respaldo de los derechos de los ciudadanos que apelan a la justicia colombiana para resolver sus asuntos jurídicos.

Así y entendiendo que el derecho no puede dirigir todos los casos en que pueda intervenir, ni los presentes y aún menos los futuros, debe contribuirse al estudio de herramientas que de ser implementadas al ordenamiento jurídico, se traduzcan en beneficios importantes durante el ejercicio de las acciones para acceder a la justicia. Es el caso del arbitraje dentro de los procesos de sucesión, puesto que su intervención en el ordenamiento jurídico colombiano, significaría un mecanismo alternativo para resolver diferencias de tipo jurídico, que asistiría no solo a la descongestión de los despachos judiciales o notariales, sino que además, promovería un mayor acceso a la justicia, por poner a disposición de los ciudadanos un mecanismo ágil, y sobre todo, en armonía constitucional, puesto que la función jurisdiccional de los árbitros encuentra amparo en

la norma superior, y ha sido reconocida en diversas oportunidades por la jurisdicción, como un mecanismo con idoneidad para garantizar los intereses jurídicos de las partes que acuden a él.

1. El proceso sucesoral en el ordenamiento jurídico colombiano

En la legislación colombiana, la sucesión por causa de muerte, refiere al proceso mediante el cual se traslada, por ministerio de la ley¹, el patrimonio de una persona, a quienes tienen vocación hereditaria; dicho mandato legal opera cuando no existe manifestación expresa del testador sobre la disposición de la herencia o a falta de decisión manifiestamente contraria. A tales personas, entonces, se les otorga legitimación para actuar dentro del proceso sucesorio, de conformidad con la ley o el testamento.

Tal y como se desprende de las normas contenidas en el Libro Tercero del Código Civil, la sucesión por causa de muerte transmite la herencia, o bien el patrimonio de una persona muerta a una que le sobrevive, de acuerdo con el testamento o la ley -a falta de testamento-, que representan el título correspondiente al modo de sucesión por causa de muerte consagrado en el artículo 673 del Código Civil. (Corte Constitucional, 2014).

Así, estos procesos serán, de conformidad con el Código Civil², de sucesión testada, intestada o mixta; en el primero, se sucede de conformidad a la voluntad impartida por una persona antes de su muerte, contenida en un testamento, mediante el cual dispone de una parte o de la totalidad de sus bienes, susceptible de ser modificado o revocado antes de la muerte. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha explicado:

Esta forma de tradición que realiza una persona después de sus días, es considerado como el título en que consta el derecho a recibir una herencia o parte de ella, y tiene como

¹Código Civil colombiano, Libro tercero, de la sucesión por causa de muerte, y de las donaciones entre vivos.

² Código Civil colombiano, artículo 1009.

principales características: (i.) ser un acto unilateral, puesto que sólo requiere la declaración de voluntad del testador para que produzca los efectos jurídicos que del mismo emanan (artículo 1059 C.C.); (ii.) es personalísimo e indelegable, esto es, únicamente interviene la voluntad de quien lo otorga, lo que impide que pueda realizarse por terceros en su nombre o alegando su representación (art. 1060 C.C.); (iii.) es siempre solemne, por lo que en su otorgamiento se deben satisfacer a cabalidad todas las exigencias que señala la ley para las distintas modalidades que del mismo establece, según las particulares circunstancias en que se halle el testador; (iv.) es esencialmente revocable, puesto que, en línea de principio, el testador en vida podrá revocarlo y otorgar otro, si a bien lo tiene, sin menoscabo de las previsiones a que hace alusión el artículo 1057 del C.C.; (v.) es instrumento de disposición de bienes, toda vez que mediante éste, regularmente, el testador define cómo deberá distribuirse su patrimonio entre las personas que por vocación legal o por su designación estén llamados a recogerlo. (2018).

La sucesión intestada, por su parte, es realizada con sujeción a lo dispuesto a la ley, por no existir manifestación del causante sobre sus bienes, siguiendo las disposiciones del Código Civil y las reglas del Código General del Proceso³, se adjudica la herencia a quienes ostenten calidad de herederos.

La sucesión mixta, entonces, será surtida por un proceso que involucre el efecto del testamento, de una parte, y las disposiciones legales, de otra parte.

³ Sección tercera de los procesos de liquidación. Título I del proceso de sucesión. Capítulo IV del trámite de la sucesión.

En cualquier caso, para heredar es necesario: primero, ser capaz en los términos del artículo 1019⁴ del Código Civil, según el cual, la capacidad requiere existir naturalmente al momento de apertura de la sucesión, salvo que se suceda por derecho de transmisión⁵, con las observancias requeridas en caso de tal salvedad; por otra parte, es necesario acreditar la dignidad para suceder, como lo establece el artículo 1025⁶ y ss. del mismo código, que enuncian supuestos que califican indignidad para el heredero y que contrarían el ejercicio del derecho de herencia.

En el ordenamiento jurídico colombiano, estos procesos se realizan ante la jurisdicción ordinaria, en la cual tienen competencia los jueces civiles y los jueces de familia, quienes tendrán facultad de conocer y resolver sobre el derecho real de herencia que asista a cada heredero en su respectivo orden sucesoral, y quienes decidirán sobre las controversias que origine la apertura de dicho proceso, si hubiere lugar a ellas, es decir, decidirán sobre procesos que comporten calidad de contenciosos.

En los procesos contenciosos sobre derechos sucesorales “se discute el derecho sucesoral mismo, esto es, si se tiene o no derecho a la herencia o legado, y en qué medida. Si se tiene o no la calidad de asignatario, y cuál es el alcance de la asignación”; por tal motivo, cabe predicar que corresponde a la jurisdicción civil el conocimiento de los procesos promovidos por la sucesión o contra ella, en los que se encuentren en disputa

⁴ Modificado por el artículo 1 de la Ley 791 de 2002.

⁵ Según el artículo 1014 del Código Civil, si el heredero fallece antes de haber aceptado o repudiado la herencia, transmite a sus herederos el derecho de aceptarla, aun cuando haya fallecido desconociendo los derechos que le hubieren asistido, que no podrán estar prescritos al momento de apertura del proceso.

⁶ Modificado por el artículo 1 de la Ley 1893 de 2018.

cuestiones que afecten la masa de bienes relictos⁷, mientras que, los que atañen con los derechos sucesorales, según el alcance que a éstos debe otorgarse, corresponderán a los jueces de familia. (Corte Suprema de Justicia, 1996).

De este modo, los jueces civiles y de familia, en sus respectivos casos, emiten sentencias en materia de sucesiones, resolviendo de fondo los derechos que se discuten; sin embargo, los procesos de sucesión podrán ser resueltos, además, mediante trámite notarial⁸, cuando los herederos sean plenamente capaces y acudan de común acuerdo. Ello significa entonces, que cuando no exista controversia con ocasión al derecho de heredero o al alcance del mismo, o en general, el proceso no se califique contencioso por ninguna causa, podrá resolverse ante notario público, con el estricto cumplimiento de los requisitos contenidos en el decreto 902 de 10 de mayo de 1988.

Este proceso notarial, a diferencia del proceso surtido ante los jueces, que se presume en principio gratuito, es de carácter oneroso, lo que pudiera implicar que su acceso se vea imposibilitado para algunos interesados, por cuanto en ocasiones, y dependiendo de la cuantía de la herencia, los costos para adelantar este proceso pueden ser sustancialmente distintos a los que ocasionalmente se generen ante la jurisdicción ordinaria.

Sin embargo, deben reconocerse ventajas que le hacen preferible frente a la jurisdicción ordinaria, esto porque el trámite notarial es considerablemente más ágil que aquel, resolviendo las

⁷ Se entiende por bienes relictos aquellos que ha dejado el causante y que, en consecuencia, hacen parte de la masa sucesoral del mismo.

⁸ Según el artículo 1 del decreto 902 de 1988, podrán liquidarse ante notario público, herencias de cualquier cuantía.

pretensiones de manera más pronta y atiende, en mejor medida, a la economía procedimental. Sobre lo anterior, comenta Lafont (1986):

Se ha querido (...), particularmente con el procedimiento notarial (...), otorgar a los interesados capaces un medio (procedimiento) o instrumento ágil y acelerado que facilite la solución rápida de sus intereses sucesorales, sin perjuicio de derechos de incapaces y de terceros acreedores, con la conclusión de una partición hereditaria (y social, si fuere el caso) notarial. Con ello se pretende, entonces, la pronta y económica (en lo patrimonial y procesal, en vista de la exclusión del proceso de sucesión) satisfacción de los familiares, individual y colectivamente considerados. (p. 428).

No obstante lo referido al proceso de sucesión, vale la pena señalar la figura de partición de patrimonio en vida, establecida en el artículo 487 del Código General del Proceso, como medio para adquirir el dominio, con el que puede verse eventualmente excluido el proceso de sucesión. Al respecto, la Corte Constitucional indica:

...[permite] a las personas la libre disposición de la totalidad o de una parte de sus bienes, los cuales podrán ser distribuidos a los asignatarios antes de la muerte de quien de manera voluntaria los asigna, sin necesidad de acudir a un proceso de sucesión y siempre y cuando se cumplan ciertos presupuestos como el respeto de las asignaciones forzosas, los derechos de terceros y los gananciales. (2014).

Es así como en la actualidad, los procesos de sucesión son tramitados, como se ha mencionado, a través de la jurisdicción ordinaria y del trámite notarial, mecanismos reconocidos como idóneos para resolver pretensiones relacionadas con el derecho real de herencia. No obstante, vale la pena enfatizar sobre las diferencias entre uno y otro mecanismo, dado que, si bien a ambos se ha

reconocido el suficiente amparo legal para garantizar los intereses de quienes acuden a los mismos, es necesario precisar que, cuando los ciudadanos recurren a los sistemas dispuestos por el Estado para resolver controversias de tipo jurídico, no pretenden tan solo una solución, sino además que esta se obtenga con una celeridad aceptable. La Corte Constitucional, se ha referido al particular en los siguientes términos:

... el derecho a acceder a la justicia tiene un significado múltiple. Entre otros, se ha reconocido que este derecho fundamental comprende contar, al menos, con procedimientos idóneos y efectivos para la determinación legal de derechos y obligaciones; con que las controversias planteadas sean resueltas dentro de un término prudencial y sin dilaciones injustificadas; y contar con decisiones judiciales que sean adoptadas con el pleno respeto del debido proceso. (2016).

En ese sentido, aunque se haya reconocido que los procesos ante la jurisdicción ordinaria para tramitar asuntos relativos al derecho de herencia, cuentan con los procedimientos idóneos y efectivos, no puede desconocerse que en la práctica, tales procedimientos pueden ser considerablemente lentos en resolverse, lo que constituye un aspecto fundamental y determinante a la hora de establecer por parte de los interesados, qué procedimiento atiende sus pretensiones de manera efectiva y ágil; es allí donde el procedimiento ante los notarios toma una ventaja relevante, pues además de resolver el conflicto, ofrece celeridad en su trámite.

2. El proceso arbitral en el ordenamiento jurídico colombiano

La legislación colombiana, regula actualmente a través de la ley 1563 de 2012, el proceso arbitral como mecanismo alternativo de resolución de controversias, por lo que en uso de funciones jurisdiccionales otorgadas por las partes, conforme la autonomía de la voluntad privada, los árbitros resuelven asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice someter a este procedimiento, desestimando, en consecuencia, acudir a la jurisdicción ordinaria para la resolución de un conflicto determinado:

... la voluntad autónoma de las partes en conflicto es el pilar central sobre el que se estructura el sistema de arbitramento en nuestro ordenamiento jurídico. El artículo 116 de la Constitución Política⁹ define el arbitramento con base en el acuerdo de las partes, que proporciona su punto de partida y la habilitación para que los árbitros puedan impartir justicia en relación con un conflicto concreto. En tal medida, la autoridad de los árbitros se funda en la existencia de un acuerdo de voluntades previo y libre entre las partes enfrentadas, en el sentido de sustraer la resolución de sus disputas del sistema estatal de administración de justicia y atribuirla a particulares. (Corte Constitucional, 2007).

Actualmente y sobre la función jurisdiccional de los árbitros, existe amplia aceptación en relación a la idoneidad de este mecanismo y el amparo constitucional con el que cuenta. Así lo expresa la Corte Constitucional en sentencia SU 500 de 2015, refiriendo la sentencia T-244 de 2007:

⁹ Constitución Nacional, art. 16, inciso último: Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.

... el proceso arbitral es materialmente un proceso judicial, y el laudo arbitral es el equivalente a una sentencia judicial en la medida que pone fin al proceso y desata de manera definitiva la cuestión examinada, adicionalmente los árbitros son investidos de manera transitoria de la función pública de administrar justicia, la cual además legalmente ha sido calificada como un servicio público, por tal razón no cabe duda que en sus actuaciones y en las decisiones que adopten los tribunales arbitrales están vinculados por los derechos fundamentales...

Pero adicional a lo anterior, el arbitraje se ha mostrado como un mecanismo que no solo es apto para resolver desavenencias, sino que, además, representa ventajas frente a la resolución de conflictos sometidos a la jurisdicción ordinaria. En este sentido, el sistema correspondiente al proceso arbitral, es significativamente más ágil que el sistema propuesto por la jurisdicción ordinaria. Sobre el particular, Becerra (2013), señala:

... la idoneidad del instrumento está íntimamente ligada a su viabilidad y a su conveniencia, lo que significa que su contenido debe conducir a lograr la realización de la justicia y su ventaja debe quedar evidencia en la rapidez de la toma de la decisión. En otros términos, las partes adoptan el arbitraje porque encuentran en él una expresión o forma atinada para la controversia de sus diferencias y porque la situación presentada entre ellas, en la expresión integral que lo abarque, va a tener cabal definición. (p. 27).

En referencia a este procedimiento arbitral, Becerra (2007), señala las siguientes, que se mencionan brevemente, como ventajas que le son atribuibles:

Celeridad: este principio se justifica en que el proceso ha de decidirse en el término de seis (6) meses, si las partes no han fijado uno¹⁰.

Economía: a pesar de que los costos que requiere el funcionamiento del trámite arbitral pueden tener cierta relevancia económica, el breve tiempo en que se resuelve el conflicto, también puede evitar gastos mayores a los que eventualmente se ocasionarían ante la jurisdicción ordinaria.

Universalidad: en razón a este principio, pueden resolverse diversas causas entre las mismas partes, siempre que sea posible someterlas a transacción, sin importar que las cláusulas compromisorias sean parte de distintos contratos y sin tener en cuenta que ante la jurisdicción ordinaria deban tramitarse en procesos separados.

Eficacia: en razón a que el laudo emitido por los árbitros comporta la calidad de sentencia, es ejecutable y hace tránsito a cosa juzgada.

Reserva: no son públicos los debates, las discrepancias de las partes ni la práctica de pruebas.

Idoneidad: las calidades profesionales de los árbitros y sus calificaciones jurídicas o técnicas, garantizan la idoneidad del laudo.

Equidad: permite que se dicten fallos más fundados en derecho y más justos.

Inmediación: los árbitros dirigen el proceso, decretan, practican y perciben las pruebas personal y directamente.

¹⁰ De acuerdo con el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012, el término de duración de seis (6) meses puede prorrogarse por varias veces, sin que todas las prórrogas superen a seis (6) meses.

Informalidad: “los árbitros instruyen discrecionalmente el proceso, quizás, con más amplitud que los jueces ordinario, y puede decirse que con menos ritualidad”. (2007, p. 44).

De este modo, el ordenamiento jurídico colombiano ha hecho uso del arbitraje para resolver diversos asuntos susceptibles de este mecanismo, con ventajas prácticas evidentes; lo que no obsta para señalar que, a pesar de ello, difiere de manera significativa de la justicia ordinaria en relación a los costos que uno y otro sistema requieren para la puesta en marcha de los mismos. Ello, por cuanto la justicia arbitral es onerosa, en tanto la jurisdicción ordinaria es, en principio, gratuita.

Por otra parte, es importante especificar que, aunque el artículo 1 de la ley 1563 indique la posibilidad de tramitar ante los árbitros “asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice”, que permite inferir una amplitud de procesos, y a pesar de que dicho trámite tenga origen en un acuerdo previo de la voluntad de las partes, pues son estas quienes habilitan a los árbitros para la resolución de un conflicto presente o futuro, no todos los asuntos pueden ser sometidos a este mecanismo, es decir, el arbitramento adolece limitaciones materiales para conocer de todos los problemas jurídicos, esto porque algunos derechos deben ser discutidos exclusivamente ante la jurisdicción ordinaria y en consecuencia, no puede ser trasladados a un tribunal de arbitramento:

El legislador ha sido consciente de que la equiparación funcional que se hace entre los funcionarios del Estado y ciertos ciudadanos, temporalmente investidos de poder jurisdiccional, no puede extenderse a todas las materias, pues es claro que existen bienes jurídicos cuya disposición no puede dejarse al arbitrio de un particular, así haya sido voluntariamente designado por las partes enfrentadas. (Corte Constitucional, 2001).

No obstante, la capacidad de los árbitros para resolver conflictos de fondo y respetando garantías y principios procesales para las partes, es a cabalidad reconocida por la Constitución, la ley y la jurisprudencia, de modo que este es un medio apto e idóneo, dentro de otros mecanismos,

diversos a la jurisdicción ordinaria, con el que los ciudadanos pueden, de manera efectiva, acceder a la justicia.

Es por esto que, actualmente, diversos trámites que versan sobre distintas áreas del derecho, son realizados ante la jurisdicción arbitral, propiciando además, el ejercicio frecuente de este mecanismo alternativo para la resolución de controversias.

2.1. Arbitraje social

El artículo 117 de la ley 1563 de 2012, Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, ha señalado el deber por parte de los centros de arbitraje, de promover jornadas de arbitraje social con el objetivo de prestar, de manera gratuita, servicios en resolución de controversias, cuya cuantía, en principio, sea hasta de 40 SMLMV, sin excluir la posibilidad de prestar el mismo servicio por cuantías superiores. En este caso, el asunto será resuelto por un árbitro y las partes no necesitarán apoderados para actuar.

Aunque es todavía una figura novedosa, esta posibilidad traduce un avance dentro de los mecanismos de resolución de conflictos del país y una manifestación propia del Estado Social de Derecho, con la cual crea acceso gratuito y ágil a la administración de justicia; en ese sentido, es bien reconocida la aptitud de los tribunales de arbitraje para resolver controversias con amplias ventajas sobre la jurisdicción ordinaria, sin embargo, es igual entendido que este sistema es bastante más oneroso que aquel y solo una parte de las personas pueden acceder a él. Al respecto, Pico (2013) anota:

La reforma arbitral, a través de la novedosa figura del “arbitraje social”, abre las puertas de la justicia –por lo menos teóricamente– a quienes más lo necesitan, les abre las puertas del arbitraje a quienes hasta el momento no habían podido acceder a él.

El mismo autor, en 2017, comenta:

... el arbitraje social busca resolver primordialmente controversias de mínima cuantía que, de acuerdo con la Corporación Excelencia en la Justicia, son las que generan mayor entrada y retraso al sistema judicial colombiano. De ahí, indudablemente, el beneficio e importancia del arbitraje social como figura teórica y como mecanismo alternativo de solución de controversias, porque busca remediar, de manera directa, los procesos de mínima cuantía.

Actualmente, la implementación del arbitraje social en el país, ha representado algunos impedimentos, que serán resueltos en la medida en que la normatividad concorde con la demanda y la práctica de este sistema, para que pueda predicarse efectivo en su totalidad. Aun así, no puede negarse su importancia y trascendencia, dentro de la construcción de un país que promueve un acceso a la justicia y que, en consecuencia, genera un cambio social entre quienes pretenden hacer uso de él y quienes ejercen como profesionales del derecho.

Con esta implementación en el sistema jurídico, entonces, la posibilidad de resolver a través del proceso arbitral los asuntos jurídicos de las partes, se expanden a la población que debe tramitar situaciones de índole jurídica, relativas a la calidad de los herederos, a la medida de su participación dentro de la sucesión, sin perjuicio de que dicho proceso tenga el carácter de contencioso o no. En otras palabras, contar con la posibilidad de que el arbitraje eventualmente pueda deshacer la barrera económica que existe entre el sistema y los interesados, brinda a los

últimos la oportunidad de resolver sus controversias jurídicas, mediante un mecanismo ágil e idóneo, con amparo constitucional y legal, entre las que se incluye la relacionada con el derecho de herencia.

3. La aplicación del proceso arbitral en el derecho herencial

En el ordenamiento jurídico colombiano, el proceso arbitral ha sido empleado para resolver asuntos jurídicos de diversas naturalezas, no obstante, a pesar de ser viable por su idoneidad y por la naturaleza del asunto, los procesos relacionados con el derecho real de herencia no se tramitan actualmente por esta vía. Aun así, el desarrollo de la doctrina nacional e internacional en esta materia, han permitido el progreso teórico, en alguna medida, de este tema. Becerra (2013), precisa:

Como modalidad del arbitraje, se origina en el acto de la declaración de la última voluntad del testador, y está llamada a surtir efecto luego de su muerte. Implica, por consiguiente, que el testador introduce al acto contentivo de su última voluntad, una estipulación por la cual quienes están llamados a intervenir en su sucesión, solo pueden recoger la asignación que les haga, vía herencia o legado, o ejercer el cargo de ejecutor de las disposiciones testamentarias, con la aceptación del arbitraje. (p. 260).

Lo anterior permite conocer, como primera medida, que la aplicación del arbitraje en este campo, conocido como arbitraje testamentario, tiene lugar en la decisión del testador de que sus herederos lleven a cabo el proceso sucesorio a través de un tribunal de arbitramento. Este acto que da origen al proceso arbitral, le otorga una característica particular, en razón a que, como es sabido, la jurisdicción arbitral tiene lugar en el acuerdo previo de las partes, es decir, en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, de ahí que esta sea una vía alternativa cuyo principio se encuentra en una relación contractual para la resolución de una controversia presente o futura; sin embargo, tratándose de una cláusula compromisoria, o sea relacionada con un conflicto futuro, la voluntad desarrollada es la del testador, lo que traduce para las partes, no la manifestación de su

propia voluntad, sino la aceptación de la voluntad de un tercero, impuesta a través del testamento; es decir, en este acto, el testador indica a sus herederos ante qué jurisdicción tramitar el proceso sucesoral y quiénes estarán facultados para resolver controversias que surjan en razón de él, con lo que debe destacarse que, por obvias razones, el testador no será parte de dicho proceso. Al respecto de esta característica atípica, Yáñez (*s.f.*) señala:

Lo normal no es que sea un testamento —negocio unilateral por excelencia— el que dé origen al arbitraje. El arbitraje nace, habitualmente, a través de un acuerdo de voluntades formalizado a través del denominado convenio arbitral. Estamos, pues, ante un supuesto atípico de arbitraje, en el sentido —no de carencia de regulación del mismo— sino de irregularidad o excepcionalidad dentro de la institución del arbitraje. El arbitraje convencional supone una sumisión voluntaria al juicio (sea de derecho sea de equidad) emitido por el árbitro, mientras que el arbitraje testamentario supone una imposición por parte de un sujeto, que no formará parte de la controversia porque ya ha fallecido. Como ha señalado alguna autora, el arbitraje testamentario es el único caso en que se permite que, por una voluntad ajena a las partes, éstas sometan la resolución de sus controversias a la decisión vinculante de un tercero, con renuncia a la vía judicial ordinaria. (p. 81)¹¹.

La característica anterior, sumada a otros factores, enseña porqué la intervención de la institución arbitral es poco común dentro de los procesos sucesorios. Una razón importante es, que

¹¹ Es necesario aclarar que la no carencia de regulación normativa sobre el arbitraje testamentario a que refiere la autora, no corresponde al caso de Colombia, puesto que en Arbitraje y derecho de sucesiones: El arbitraje testamentario, de donde se extrajo la cita, la autora trata, principalmente, la normatividad de España.

a lo largo de la historia, el arbitraje se ha desarrollado dentro de procesos de naturaleza mercantil, donde actualmente, además, tiene mayor ejercicio.

El derecho de sucesiones no tiene tradición el uso del arbitraje ni de la mediación, mucho menos intervencionista, cuando los beneficios que podrían proporcionar estas instituciones podrían ser en este ámbito, *prima facie*, muy importantes.

Para entender este hecho pueden proporcionarse varias explicaciones. Por un lado, que el arbitraje se ha dado más bien en ámbitos mercantiles, de donde procede históricamente, y son mercantilistas y quizá especialistas en derecho público procesal los que han tratado mayoritariamente esta cuestión, por lo que, quizá debido a un comprensible *sesgo cognitivo de confirmación*¹² tienden a ver inaplicable el –reconozcámoslo- poco claro precepto que la ley de arbitraje dedique a esta cuestión, al no sentirse cómodos en terrenos complicados que no son su especialidad. (Gomá, 2013, p. 2).

Así, la aplicación de este mecanismo no solo inusual sino atípico, también ha sido casi inexistente en razón a la insuficiencia en la regulación sobre la materia. Colombia, por su parte, no regula de manera especial, detallada y concreta los procedimientos que bien pudieran surtir ante un tribunal de arbitramento en asuntos de sucesiones, aunque la ley arbitral vigente tampoco los excluye. Otras legislaciones, poco han desarrollado el asunto.

¹² “Este proceso mental se caracteriza por la tendencia del sujeto a filtrar una información que recibe, de manera que, de forma inconsciente, busca y sobrevalora las pruebas y argumentos que confirman su propia posición inicial, e ignora y no valora las pruebas y argumentos que no respaldan la misma. El sesgo de confirmación es una tendencia irracional a buscar, interpretar o recordar información de una manera tal que confirme alguna de nuestras concepciones iniciales o hipótesis. Es un tipo de sesgo cognitivo, es decir, un error sistemático del razonamiento inductivo”. (Muñoz, 2011, p. 8).

María Fátima Yáñez Viveros, referida anteriormente, en *Arbitraje y derecho de sucesiones: el arbitraje testamentario*, específicamente en el numeral VI sobre el *arbitraje testamentario en otros ordenamientos jurídicos*, hace las siguientes puntuaciones en relación con otros ordenamientos jurídicos:

- En el derecho francés, se permite el compromiso para una controversia ya existente, sin embargo, no se prevé una cláusula compromisoria que resuelva una controversia futura, que, como explica, sería el caso del arbitraje testamentario.
- En Italia, existe una línea doctrinal que otorga validez y eficacia a una cláusula testamentaria que incluya dicha modalidad de arbitraje, no obstante, legislativamente, no hay pronunciación al respecto.
- En el caso de Perú, Yáñez Viveros cita el artículo 13 de la Ley General de arbitral peruana en los siguientes términos:

Artículo 13.- «Surte efecto como convenio arbitral la estipulación testamentaria que dispone arbitraje para solucionar las diferencias que puedan surgir entre los herederos no forzosos o legatarios, o para la porción de la herencia no sujeta a legítima, o para las controversias que surjan relativas a la valoración, administración o partición de la herencia, o para las controversias que se presenten en todos estos casos con los albaceas».

Comenta la autora Yáñez, que este texto contiene una mejor regulación del arbitraje testamentario en relación con el derecho español.

- En Bolivia, a través de la Ley de Arbitraje y Conciliación, No. 1770 de 10 de marzo de 1.997, se desarrolla ampliamente el arbitraje testamentario, para que resuelva controversias relacionadas con la siguiente materia:

1. Interpretación de la última voluntad del testador.
 2. Partición de los bienes de la herencia.
 3. Institución de sucesores y condiciones de participación.
 4. Distribución y administración de la herencia.
- Honduras regula el arbitraje testamentario a través de la Ley de Conciliación y Arbitraje, Decreto No. 161-2000.

En desarrollo de sus ideas, Yáñez expresa la incompletitud de las legislaciones de varios países, referente a la regulación del arbitraje testamentario:

Así como en los ordenamientos europeos el arbitraje en el ámbito sucesorio no goza de especial acogida, en los ordenamientos jurídicos de Hispanoamérica, el arbitraje testamentario se ha hecho un hueco en las correspondientes legislaciones sobre arbitraje. (s.f. p. 99).

Todo lo anterior permite inferir que, aunque se reconozca el aporte que brinda el sistema arbitral dentro del ejercicio del derecho, en tanto agiliza los trámites que pudieren resolver conflictos y descongestiona las vías de la jurisdicción ordinaria, en la práctica, poco es lo que se ha desarrollado el uso de este mecanismo alternativo, causa de ello, como puede verse, por falta de legislación al respecto o, porque existiendo legislación, no es costumbre resolver estas controversias por medio del arbitraje.

Sobre la práctica de esta modalidad de arbitraje, la misma autora, en el texto ya referido, transcribe el siguiente modelo de cláusula testamentaria y manifiesta:

La Cámara de Comercio de Valencia, en España, ha difundido, a través de su página web, a modo de ejemplo para los testadores que opten por el arbitraje como fuente de resolución de conflictos, la siguiente cláusula tipo:

Cláusula Testamentaria (a incluir en cualquier forma testamentaria)

Acogiéndose a la facultad que le reconocen los artículos 10 y 14 de la vigente Ley de Arbitraje, impone lo siguiente:

1º Que todas las desavenencias o cuestiones litigiosas que puedan surgir entre los herederos o legatarios sean no forzosos, o forzosos en la parte que exceda de la legítima estricta, relativas a la administración o distribución de la herencia, se resolverán definitivamente mediante arbitraje administrado por la Corte de Arbitraje de Valencia, a la cual encomienda la administración del arbitraje y la designación de los Árbitros, de acuerdo con su Reglamento y Estatutos.

2º Que si alguno de los herederos forzosos no aceptase este arbitraje, quedará reducido a legítima estricta, acreciendo a los que lo acepten la parte no forzosa atribuida con cargo a los tercios de libre disposición o de mejora.

Bien puede verse, que pese a que exista legislación al respecto, en el ámbito internacional, así como en nuestra legislación, se ha ignorado el uso de este mecanismo, que exige importancia en el ejercicio del derecho, puesto que es necesario contribuir al estudio de herramientas que de ser implementadas al ordenamiento jurídico, se traduzcan en beneficios importantes durante la práctica de acciones para acceder a la justicia. En este caso, la aplicación del arbitraje dentro de los procesos de sucesión, significaría un mecanismo alternativo para resolver diferencias de tipo jurídico, que asistiría no solo a la descongestión de los despachos judiciales o notariales, sino que

además, promovería un mayor acceso a la justicia, por poner a disposición de los ciudadanos un mecanismo ágil, y sobretodo, en armonía constitucional, puesto que la función jurisdiccional de los árbitros encuentra amparo en la norma superior, y ha sido reconocida, como ya se mencionó, en diversas oportunidades por la jurisdicción, como un mecanismo con idoneidad para garantizar los intereses jurídicos de las partes que acuden a él.

Calatayud (2012), al respecto comenta:

... voy a partir de un principio favorable al arbitraje testamentario, primero porque creo que constituye una manifestación de la libertad de disposición por causa de muerte, que entiendo que debe ser promovida, como expresión del principio de libertad civil del individuo, que es uno de los principales que inspiran todo el Derecho (...). Y, en segundo término, porque creo que debe facilitarse la utilización del arbitraje como medio alternativo de solución de conflictos y esta afirmación es especialmente indicada para una materia como el reparto de la herencia, que tantos conflictos familiares genera; la sumisión de este tipo de controversias a arbitraje quizá podría reducir la crispación asociada a estos litigios, por la mayor rapidez y menor formalismo de éste. (p. 4).

4. Conclusiones

En el ordenamiento jurídico colombiano, los procesos de sucesión son susceptibles de realizarse ante la jurisdicción ordinaria, en la cual tienen competencia los jueces civiles y los jueces de familia, quienes tienen facultad de conocer y resolver sobre el derecho real de herencia que asista a cada heredero en su respectivo orden sucesoral, y quienes decidirán sobre las controversias que origine la apertura de dicho proceso, si hubiere lugar a ellas, es decir, decidirán sobre procesos que comporten calidad de contenciosos. Del mismo modo, y como un método alternativo, también los procesos de sucesión, podrán además tramitarse ante notaría¹³, cuando los herederos sean plenamente capaces y acudan de común acuerdo. Ello significa entonces, que cuando no exista controversia con ocasión al derecho de heredero o a al alcance del mismo, o en general, el proceso no se califique contencioso por ninguna causa, podrá resolverse ante notario público, con el estricto cumplimiento de los requisitos contenidos en el decreto 902 de 10 de mayo de 1988.

En otras palabras, los interesados tendrán facultad de decir entre el proceso que se tramita ante la jurisdicción ordinaria y el que realiza a través del trámite notarial, con el cumplimiento de los requisitos y las circunstancias exigidos para cada sistema, poniendo siempre de presente que el último ofrece una significativa ventaja frente a aquel, en materia de celeridad, aunque genere mayores costos que el primero.

La legislación colombiana, regula actualmente a través de la ley 1563 de 2012, el proceso arbitral como mecanismo alternativo de resolución de controversias, a través de él y conforme

¹³ Según el artículo 1 del decreto 902 de 1988, podrán liquidarse ante notario público, herencias de cualquier cuantía.

al ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, las partes otorgan funciones jurisdiccionales a los árbitros para que resuelvan de fondo asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice someter a este procedimiento, desestimando, en consecuencia, acudir a la jurisdicción ordinaria.

· El arbitraje se ha mostrado como un mecanismo que no solo es apto para resolver desavenencias, sino que, además, representa ventajas frente a la resolución de conflictos sometidos a la jurisdicción ordinaria. En este sentido, el sistema correspondiente al proceso arbitral, es significativamente más ágil que el sistema propuesto por la jurisdicción ordinaria, poniendo de evidencia ventajas en la práctica, lo que no obsta para señalar que, a pesar de ello, difiere de manera significativa de la justicia ordinaria en relación a los costos que uno y otro sistema requieren para la puesta en marcha de los mismos. Ello, por cuanto la justicia arbitral es onerosa, en tanto la jurisdicción ordinaria es, en principio, gratuita.

· En el ordenamiento jurídico colombiano, el proceso arbitral ha sido empleado para resolver asuntos jurídicos de diversas naturalezas, como fue explicado; no obstante, a pesar de ser viable por su idoneidad y por la naturaleza del asunto, los procesos relacionados con el derecho real de herencia no se tramitan actualmente por esta vía.

· El arbitraje en asuntos sucesorales, inusual y atípico, ha sido casi inexistente en razón a la insuficiencia en la regulación sobre la materia. Colombia, por su parte, no regula de manera especial, detallada y concreta los procedimientos que bien pudieran surtirse ante un tribunal de arbitramento en asuntos de sucesiones, aunque la ley arbitral vigente tampoco los excluye.

En este asunto, puntualmente, radica la importancia de generar acciones encaminadas a proponer soluciones ante los vacíos legales en razón a los cuales surgen impedimentos para los interesados o no contribuyen a la descongestión de los demás sistemas jurídicos. En otras

palabras, es de absoluta relevancia para el ordenamiento, que se creen las vías necesarias para atender las pretensiones de los ciudadanos de manera efectiva, en armonía con la normatividad y los principios afines a cada materia, pues de no ser así, se limitan las posibilidades de acceso a los diversos mecanismos. Concretamente, no regular ni promover el uso del arbitraje dentro de los procesos relativos al derecho de herencia, restringe las vías alternativas para solucionar tales conflictos y somete a los involucrados a optar por mecanismos desventajosos frente al sistema arbitral, al tiempo que, no permite la evolución del derecho en esta materia.

· La aplicación del arbitraje dentro de los procesos de sucesión, significaría un mecanismo alternativo para resolver diferencias de tipo jurídico, que asistiría no solo a la descongestión de los despachos judiciales o notariales, sino que además, promovería un mayor acceso a la justicia, por poner a disposición de los ciudadanos un mecanismo ágil, y sobretodo, en armonía constitucional, puesto que la función jurisdiccional de los árbitros encuentra amparo en la norma superior, y ha sido reconocida, como ya se mencionó, en diversas oportunidades por la jurisdicción, como un mecanismo con idoneidad para garantizar los intereses jurídicos de las partes que acuden a él.

5. Referencias

BECERRA, R. (2007). *Manual de Arbitraje en Colombia – Teoría y Práctica*. Cali.

BECERRA, R. (2013). *Derecho arbitral doméstico sustantivo y procesal*. Cali.

CALATAYUD, A. (2012). El arbitraje testamentario desde el derecho aragonés. Ponencia llevada a cabo por la Corte Aragonesa de Arbitraje y Mediación. Recuperado de <https://ifc.dpz.es/recursos/publicaciones/33/33/04calatayud.pdf>.

CORTE CONSTITUCIONAL (Colombia), Sentencia del 26 de octubre de 2016. Magistrado Ponente: Aquiles Arrieta Gómez. (Sentencia Número C-583). Copia tomada directamente de la Corporación.

CORTE CONSTITUCIONAL (Colombia), Sentencia del 6 de agosto de 2015. Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez. (Sentencia Número SU-500). Copia tomada directamente de la Corporación.

CORTE CONSTITUCIONAL (Colombia), Sentencia del 13 de mayo de 2015. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. (Sentencia Número C-284). Copia tomada directamente de la Corporación.

CORTE CONSTITUCIONAL (Colombia), Sentencia del 10 de septiembre de 2014. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. (Sentencia Número C-683). Copia tomada directamente de la Corporación.

CORTE CONSTITUCIONAL (Colombia), Sentencia del 14 de marzo de 2007. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. (Sentencia Número SU-174). Copia tomada directamente de la Corporación.

CORTE CONSTITUCIONAL (Colombia), Sentencia del 24 de enero de 2001. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz. (Sentencia Número C-060). Copia tomada directamente de la Corporación.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (Colombia), Sala de Casación Civil, Sentencia de 01 de marzo de 2018, Magistrada Ponente Margarita Cabello Blanco, SC418-2018.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (Colombia), Sala de Casación Civil, Sentencia de 09 de mayo de 2017, Magistrada Ponente Margarita Cabello Blanco, SC6315-2017.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (Colombia), Sala de Casación Civil, Sentencia 02 de febrero de 1996, Magistrado Ponente: Jorge Antonio Castillo Rugeles.

GOMÁ, I. (2.013), Madrid, *El arbitraje en el derecho sucesorio. El arbitraje testamentario.*

El notario del siglo XXI. Recuperado de <http://www.cortearagonesadearbitraje.com/docs/Documentacion/Documentacion24.pdf>.

LAFONT, P. (1.986). *Proceso de sucesión*. Tomo II. Ediciones librería del profesional. Bogotá, Colombia.

MUÑOZ, A. (2011). *La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación*. InDret. Barcelona. Recuperado de http://www.pelayo-abogados.com/pdf/arturo/La_influencia_de_los_sesgos_cognitivos_en_las%20decisiones_jurisdiccionales-el_factor_humano.pdf.

PICO, F. (2013). *El arbitraje social: una alternativa para la justicia colombiana*. Recuperado de: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-online/mercantil-propiedad-intelectual-y-arbitraje/el-arbitraje-social-una>.

PICO, F. (2017). *Justicia y arbitraje social*. Recuperado de:
[https://www.ambitojuridico.com/noticias/mercantil-propiedad-intelectual-y-arbitraje /
justicia-y-arbitraje-social](https://www.ambitojuridico.com/noticias/mercantil-propiedad-intelectual-y-arbitraje/justicia-y-arbitraje-social)

YÁÑEZ, M. (s.f.). *Arbitraje y derecho de sucesiones: el arbitraje testamentario*.