

Arbitraje como método alternativo de solución de conflictos para las PYMES¹

Nelson David Saavedra Torres²

Sumario: INTRODUCCIÓN. **I.** Las Pymes. **II.** Métodos alternos de solución de conflictos. **III.** El arbitraje. **IV.** El arbitraje en las pymes ¿Método eficiente o mera formalidad? CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFIA.

Resumen

El objetivo principal del estudio será determinar si el arbitraje resulta ser un mecanismo idóneo para que las pequeñas y medianas empresas puedan solucionar sus conflictos en el desarrollo de su actividad comercial. Específicamente, este trabajo abordará el tema de los costos para acceder a este mecanismo de solución de conflictos.

Palabras clave

Pymes, métodos alternos de solución de conflictos, arbitraje, conciliación, contratos.

Key words

Pymes, alternatives conflict resolution methods, arbitration, conciliation, contracts.

INTRODUCCION

Con el objetivo de satisfacer sus distintas necesidades, las personas naturales o jurídicas se ven avocadas a crear relaciones o vínculos personales con otras, bien sea buscando amistad, amor, productos o servicios. Como resultado de esta interacción social, pueden generarse cierto tipo de disputas o conflictos. En algunos casos, estos se solucionan de manera amistosa, ya que se pudo llegar a un acuerdo que culmina la contrariedad de los individuos

* El presente artículo se presentada para obtener el título de abogado en la Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano. Dirigida por el profesor William Martínez Luna.

[∞] Estudiante de Pregrado del Programa de Derecho de la Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano. Correo electrónico: nelsond.saavedrat@utadeo.edu.co

involucrados en ella, pero, algunas veces, entre las partes se dificulta obtener una solución que satisfaga los intereses de cada uno, por lo cual se hace imperiosa la ayuda de una persona externa que contribuya en la obtención de un resultado justo, que cumpla con los objetivos que buscaron los contratantes o involucrados en el vínculo.

Al igual que las personas naturales³, las personas jurídicas⁴ necesitan crear vínculos que permitan el correcto cumplimiento de sus objetivos, por lo cual se crean escenarios en los que se relacionan con otras de su igual categoría, con intereses comerciales o profesionales similares, para generar alianzas. Muchos de estos vínculos se perfeccionan mediante la creación de un contrato. En efecto, por medio del contrato las partes establecen las condiciones para lograr un objetivo que les genera beneficio a ambos, buscando previsibilidad y seguridad jurídica a su relación obligacional. Asimismo, en el contrato las partes pueden establecer la forma en la que se le dará solución a los conflictos que pudiesen presentarse en el desarrollo de su vínculo legal, quedando pactado de esta manera, cómo se buscará arreglar dicho problema.

Un método popular para la solución de conflictos es el arbitraje, la jurisprudencia constitucional lo define como “*Un mecanismo medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible difieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión llamada laudo arbitral*”⁵. Así que, podemos definir la justicia arbitral como la facultad de administrar justicia otorgada a un particular de manera transitoria con la finalidad de dirimir una controversia surgida de un acto jurídico y/o contrato.

En el momento de darle validez y sustento jurídico a las relaciones entre las empresas, se estipulan cláusulas contractuales es la que se indica de manera clara los detalles de dicha relación; unas de las más comunes, son aquellas en las que se pacta cómo será la forma en la que se dará solución a un conflicto que eventualmente pueda presentarse. Sin embargo, muchas veces se presenta que estas cláusulas de sumisión al arbitraje no se ajustan a la

³ Todo individuo de la especie humana, sin importar su raza, sexo, creencia religiosa, estirpe o condición

⁴ Individuo con derechos y obligaciones que existe, pero no de forma física, sino como una sociedad u organismo, con la finalidad de cumplir con un objeto social de carácter lucrativo o sin este.

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-378/08. Magistrados ponentes: Humberto Antonio Cierro Porto. República de Colombia, Bogotá, D.C., abril 23 de 2008.

capacidad y las necesidades de las empresas, convirtiéndolas en simples formalidades, párrafos vacíos que no cumplen con su objetivo, que no es otro que buscar solución a una controversia. Por otra parte, los costos asociados al arbitraje pueden constituir en un verdadero obstáculo para que las pequeñas y medianas empresas -en adelante pymes- puedan solucionar sus conflictos por medio de este mecanismo alterno.

Por todo lo anterior, el presente trabajo pretende indagar si los métodos alternos de solución de conflictos -en adelante MASC -, concretamente el arbitraje, resulta un mecanismo idóneo para que las pymes lo utilicen como un medio para la solución de conflictos.

I. Las pequeñas y medianas empresas (Pymes)

Para entrar en contexto sobre lo que son las Pymes, podemos citar la definición que algunas entidades bancarias del sector financiero les han dado *“unidades productivas de naturaleza personal o jurídica que poseen una actividad comercial, industrial o de servicios, legalmente constituida, y que demuestre cierto nivel de ingresos o ventas anuales”*⁶.

Es importante anotar que, las pequeñas y medianas empresas, (pymes), han jugado un papel especial y determinante en el país, puesto que son las encargadas de mover y sostener la economía, esto, por ser las que emplean a la mayor cantidad de trabajadores en Colombia. Por lo que, en un escenario en donde estas no estuvieran presentes, se concebiría como consecuencia el estancamiento de la economía nacional, lo que conllevaría a una crisis.

El Censo General realizado por el DANE⁷ nos hace un poco más fácil la tarea de entender la importancia que tienen las pymes en Colombia, estas, constituyen las principales fuentes de ocupación en el país, sin ellas se generaría el aumento en las tasas de desempleo⁸ y con esto el aumento de la pobreza en sectores de la economía colombiana.

Conforme a lo anterior Jiménez (2013) menciona que:

⁶ BRAVO, Juan. *Análisis sobre los factores administrativos y financieros por los cuales algunas Pymes en Colombia no logran el éxito*. Bogotá, D.C., 2013. Pág., 5.

⁷ El Departamento Administrativo Nacional de Estadística **DANE** es la entidad responsable de la planeación, levantamiento, procesamiento, análisis y difusión de las estadísticas oficiales de Colombia.

⁸ El desempleo en Colombia fue de 15,96% en el año 2020, según un estudio realizado por el DANE. Recuperado de: [https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/mercado-laboral/empleo-y-desempleo#:~:text=Para%20el%202020%2C%20la%20tasa,2019%20\(10%2C5%25\)](https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/mercado-laboral/empleo-y-desempleo#:~:text=Para%20el%202020%2C%20la%20tasa,2019%20(10%2C5%25).). (Consultado: 3, ene., 2021).

“En Colombia Las pequeñas y medianas empresas (PYMES) constituyen la principal fuente de generación de empleo, y son parte fundamental del sistema económico, estimulan la economía y tienen una gran responsabilidad social al intervenir en la disminución de las situaciones de pobreza, subempleo y desempleo”. “Generan más del 50% del empleo nacional, significan el 36% del valor agregado industrial, el 92% de los establecimientos comerciales y el 40% de la producción total del país, lo cual demuestra su importancia y su gran potencial de crecimiento.”⁹

En Colombia, existen varios tipos de pymes -*microempresa, pequeña empresa y mediana empresa*-, así pues, el artículo 2 de la Ley 590 de 2000, modificado por el artículo 2 de la ley 905 de 2004, señala ciertas exigencias que se deben cumplir para distinguir cada tipo:

1. Mediana empresa: a) Planta de personal entre cincuenta y uno (51) y doscientos (200) trabajadores o; b) activos totales por valor entre cinco mil unos (5.001) a treinta mil (30.330) salarios mínimos mensuales legales vigentes.¹⁰ *2. Pequeña empresa:* a) Planta de personal entre once (11) y cincuenta (50) trabajadores o; b) Activos totales por valor entre quinientos uno (501) y menos de cinco mil (5000) salarios mínimos mensuales legales vigentes. *3. Microempresa:* a) Planta de personal no superior a los diez (10) trabajadores o; b) Activos totales excluida la vivienda por valor inferior a quinientos (500) salarios mínimos mensuales legales o vigentes.”¹¹

Además, el artículo nos proporciona otra definición de lo que puede considerarse Mediana, Pequeña y Microempresa, mencionando que *“Para todos los efectos, se entiende por micro, incluidas las Famiempresas, pequeña y mediana empresa, toda unidad de explotación económica, realizada por persona natural o jurídica, en actividades empresariales, agropecuarias, industriales, comerciales o de servicios, rural o urbana, que responda a dos (2) de los siguientes parámetros:”*¹².

Según el Censo General de 2005¹³ realizado por el DANE, la estructura empresarial colombiana está conformada principalmente por pymes. Por lo que no resulta extraño que el número de estas en el territorio nacional sea bastante grande; en Colombia *“hay 1.343.521 empresas en los sectores de industria, comercio y servicios, que ocupan 2.818.430 trabajadores, en donde el 99% de estas empresas son micro con un total de 1.653.493 trabajadores, que corresponde al 58.67% del total. Las microempresas son en su mayoría*

⁹ JIMÉNEZ, E. *La importancia de las Pymes*. 2013. Pág. 3

¹⁰ Salario Mínimo Mensual Legal Vigente para el año 2021 equivale a \$908.526. Mediana empresa, activos totales a \$ 4.543.538.526 y 27.555.593.580. Pequeña empresa, activos totales a 455.171.526 y 4.542.630.000. Microempresa, activos totales o inferiores a 454.263.000.

¹¹ Ley 905 de 2004, Promoción del desarrollo de la micro, pequeña y mediana empresa colombiana, Diario oficial 45.628, 2 de agosto de 2004.

¹² Ídem.

¹³ DANE Censo 2005. Análisis de la estructura y composición de las principales variables demográficas y socioeconómicas del Censo 2005. Versión electrónica disponible en: https://www.dane.gov.co/files/censos/Grupo_mixto22%20_PUBL.pdf?& (Consultado: 8, ene., 2021).

empresas familiares, estratos 1, 2 y 3".¹⁴ El estudio muestra que el mayor número de estas empresas están ubicadas en la capital, Bogotá D.C., con 360.513 en total, siguiéndole el Departamento de Antioquia con un número de empresas de 214.836, el resto de la lista ubica al Valle del Cauca en el tercer puesto con 153.371, Cundinamarca con 100.034, Santander con 92.631 y los demás departamentos para lograr un total de 1.590.982 pymes.

Asimismo, dicho Censo General deja en evidencia que, a nivel regional, en la Región Central¹⁵ se encuentra localizada la mayor cantidad de empresas pertenecientes al Sector Industria con 87.899 unidades económicas, le sigue la Región Atlántica¹⁶ con 26.046. También, el Sector Comercio presenta la mayoría de sus unidades en la Región Central con 386.928, donde de igual forma le sigue la Región Atlántica con 116.499.

Finalmente, podemos evidenciar que se presenta un patrón de concentración de pymes en el país, ya que, en su mayoría se encuentran ubicadas en la Región Central, y la Región Atlántica.

El crecimiento en el número de pymes es congruente con la tendencia emprendedora que se vive en la actualidad, cada vez más son los individuos que deciden iniciar sus propios negocios buscando independencia y seguridad económica, como menciona MisiónPyme¹⁷ *"En los últimos años se ha legitimado el importante papel de los pequeños y medianos empresarios, así como de los pequeños negocios, como generadores de empleo y de riqueza. Su importante rol para el desarrollo económico de Colombia permitió que el Gobierno y otras instituciones asumieran el reto de promoverlas y apoyarlas en su proceso de crecimiento"*.¹⁸

¹⁴ SANCHEZ, John, OSORIO, Jaime, BAENA, Ernesto. *Algunas aproximaciones al problema de financiamiento de las Pymes en Colombia*. Pereira, 2007. Disponible en: <http://repositorio.utp.edu.co/dspace/bitstream/handle/11059/180/aproximaciones-problema-financiamiento-pymes.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (Consultado: 6, ene., 2021). Pág. 323.

¹⁵ Conformada por los Departamentos de Antioquia, Bogotá, Caldas, Cundinamarca, Huila, Quindío, Risaralda y Tolima.

¹⁶ Conformada por los Departamentos de Atlántico, Archipiélago de San Andrés y Providencia, Bolívar, Cesar, Córdoba, La Guajira, Magdalena y Sucre.

¹⁷ MisiónPyme es una compañía especializada en brindar soluciones de información y contenido en Colombia. Promueve el mejoramiento de las empresas, a su vez que la generación de negocios y procesos de asociatividad en segmentos específicos del mercado.

¹⁸ *Una visión de los emprendimientos y las pequeñas y medianas empresas desde las cámaras de comercio del país*. En: MisiónPyme. Versión electrónica disponible en: <https://www.misionpyme.com/innovacion/5995-hablan-las-regiones> (Consultado: 8, ene., 2021). Pág. 43

Ahora bien, para que cualquier pyme funcione y logre el cumplimiento de su objeto social, se presenta la necesidad de celebrar actos jurídicos con otras personas jurídicas, bien sea para conformar alianzas estratégicas para incorporarse al mercado, para la compraventa de suministros o materia prima, para el arrendamiento de locales comerciales, entre otros. Dichas relaciones comerciales se realizan mediante la celebración de contratos verbales o escritos donde dejan plasmadas entre otras cosas, como obligaciones, vigencia y objeto del contrato, la manera en la que se resolverán las controversias que pudieran llegar a surgir, que es lo que nos atañe en este trabajo.

A. Características

Para continuar con el estudio del tema, entre las características comunes se puede encontrar un tópico recurrente en los emprendedores colombianos, que consiste en su falta de estudio en temas de mercadeo, economía o negocios, en el mayor de los casos son personas del común que deciden emprender, adquiriendo conocimientos de manera empírica en una o ciertas ramas del comercio, por ejemplo, realizando estudios informales y ocasionales para adquirir información sobre temas específicos, lo cual no constituye una preparación profesional o suficiente para la materialización de un buen negocio o compañía.

Un estudio realizado por MisiónPyme menciona que las características más relevantes de las pymes en el país se refieren a los altos niveles de informalidad, los bajos niveles de asociatividad, el bajo nivel tecnológico y lo estrecho de los mercados a los que dirigen sus productos. Sobre las pequeñas y medianas empresas el estudio menciona que:

“Las Pymes presentan una serie de características que limitan su desarrollo, entre las que se destacan: su baja capacidad de innovación, el bajo uso de tecnologías de información y comunicaciones (TICs), el limitado acceso al financiamiento adecuado, los problemas para la comercialización de sus productos y la obtención de insumos, y la limitada participación en el mercado de la contratación pública.”¹⁹

Conforme a lo anterior se puede inferir que el número de empresas que cuentan con una visión, misión y valores claros y perfectamente definidos al iniciar sus actividades son muy pocas, la mayoría realizan este tipo de documentos a lo largo del tiempo, confiados en que

¹⁹ *Pymes en cifras*. En: MisiónPyme. Versión electrónica disponible en: <http://www.misionpyme.com/cms/content/view/107/41/> (Consultado: 8, ene., 2021). Pág. 112

por su previa experiencia y conocimiento sobre su oficio, adquiridos por ejercer por un periodo de tiempo prolongado a título personal dicha actividad, esta experiencia será suficiente para lograr el éxito al momento de creación de su empresa, lo que evidencia falta de cultura empresarial y carencia de análisis estratégico.

Precisamente esta falta de cultura empresarial es lo que separa a las pymes del éxito que llegan a obtener las grandes empresas que cuentan con el personal capacitado o las pequeñas y medianas empresas que cuentan con la ventaja de adquirir conocimientos previos antes de lanzarse a materializar su emprendimiento. Mencionan Franco y Urbano, que se deben contar con unos recursos estratégicos para alcanzar el prestigio y el “boom” empresarial, recursos de los cuales la mayoría de las pymes carece, estos son:

“Los recursos humanos, especialmente la experiencia previa en la industria del socio fundador y la formación en el área administrativa, los cargos desempeñados previamente a la creación de la empresa, las respectivas formaciones de los socios que apoyaron la dirección empresarial, la buena disposición de los empleados para aprender y para ser multifuncionales; los recursos intangibles, tales como el buen nombre que han logrado en la comunidad, especialmente entre clientes y proveedores; el manejo de tecnologías de punta y patentes de terceros, conseguido a través de sus proveedores nacionales e internacionales.”²⁰

Es interesante observar que a pesar de que las pymes, según el DANE, aporten el 28% del PIB²¹ del país, encuentren desventajas tanto internas como externas, que limitan su correcto funcionamiento, como son los bajos niveles de capacitación de sus recursos humanos, niveles de innovación y desarrollo tecnológico limitados, la poca injerencia que tienen las pequeñas y medianas empresas en el mercado internacional, y a pesar de ser un factor tan importante, que estas cuenten con una baja capacidad de asociación y un acceso limitado a las fuentes de financiamiento, genera un estancamiento importante en su crecimiento.

Además, en América Latina existen al menos 18 millones de empresas de las cuales el 97.8% son pymes, y de estas el 90% son familiares, esto según lo menciona la Organización Internacional Fundes²², en su página web www.fundes.org. Así mismo, a pesar de su papel determinante, menciona Bravo Moreno que *“Las altas tasas de interés, la asimetría en su*

²⁰ FRANCO, Mónica, URBANO, David. *El éxito de las Pymes en Colombia: Un estudio de casos en el sector salud*. Cali: Universidad Icesi, 2010.

²¹ Producto interno bruto: medida del valor de la actividad económica de un país.

²² Es una organización internacional de carácter privado encargada del desarrollo de proyectos en conjunto con clientes de la gran empresa, el gobierno y organismos de desarrollo, con la finalidad de mejorar el acceso al mercado, aumentar la rentabilidad y eficiencia de las Pymes en América Latina.

*relación con las grandes empresas, su falta de competitividad en volumen, calidad y precio, en relación con las demás empresas, son obstáculos que frenan el crecimiento económico de las pymes”.*²³

II. Métodos alternos de solución de conflictos

Nos señala el jurista Maldonado Narváez que “*A partir de la nueva filosofía del Estado colombiano, prevista en la Constitución Política de 1991, se buscó dar una respuesta a la crisis de institucionalidad que venía presentándose en el país. Esa reforma supuso el cambio en la concepción de muchas instituciones del Estado, entre ellas las jurídicas, que también tuvieron que adaptarse a los lineamientos previstos por la Carta Política de 1991*”.²⁴ Como uno de los resultados tenemos los Métodos alternativos de solución de conflictos.

El ministerio de justicia define a las MASC como “*herramientas que ofrecen a las personas diversas oportunidades para solucionar sus conflictos por sí mismas o con la ayuda de un tercero sin la necesidad de acudir a los despachos judiciales*”.²⁵ El objeto de estos métodos es buscar la descongestión del aparato jurisdiccional del Estado, dado que aun habiendo conflictos que le importan al derecho y por ende deben ser resueltos, hay contratos o conflictos que generan controversias que pueden solucionarse sin acudir a la jurisdicción ordinaria de manera directa.

Estos son herramientas que ofrecen a las personas jurídicas o naturales diversas oportunidades para darle solución a sus controversias, por lo que, sin la necesidad de acudir a la jurisdicción ordinaria pueden por sí mismas o con la ayuda de un tercero llegar a un acuerdo de manera más sencilla y expedita. Si bien, existe lo que se conoce como el pacto arbitral tácito, en la mayoría de las ocasiones este MASC surge de un acuerdo entre las partes y se caracteriza por no pertenecer a la jurisdicción permanente.

²³ BRAVO, Juan. *Análisis sobre los factores administrativos y financieros por los cuales algunas Pymes en Colombia no logran el éxito*. Op. Bogotá, D.C., 2013. Pág., 25.

²⁴ MALDONADO, Marlon. MONTAÑA, Luz. *Arbitraje: Mecanismo alternativo de solución de conflictos o privatización judicial*. En: JURÍDICAS CUC. Tunja: Vol13, no. 1, 2017. Pág. 121 – 146. Pág. 127

²⁵ ¿Qué son los métodos alternos de solución de conflictos (MASC)? En: Minjusticia: disponible en <https://www.minjusticia.gov.co/MASC/-Qu%C3%A9-son-los-MASC#:~:text=Los%20M%C3%A9todos%20Alternativos%20de%20Soluci%C3%B3n%20de%20Conflictos%20son%20herramientas%20que,acudir%20a%20los%20despachos%20judiciales> (Consultado: 15, ene., 2021).

Podemos decir que, estos métodos generan algo de respuesta a la congestión de la justicia ordinaria en Colombia, resulta en la solución por la que ha optado el legislador para resolver esta problemática, ocasionada entre otras cosas por la falta de recursos, de personal, e incluso de infraestructura, Herrera ha menciona que:

“Una investigación del Ministerio de Justicia y del Derecho basada en el sistema de encuesta o reporte de opinión a los jueces , aporta los siguientes elementos acerca del fenómeno de la congestión: en primer lugar, hay un reconocimiento total por parte de los jueces de la existencia de la congestión judicial; y en segundo lugar, subsiste una visión convencional sobre las causas de la congestión judicial atribuida según esta encuesta a carencia de recursos técnicos 36%, falta de juzgados 35% y falta de normas más ágiles 32%”.²⁶

A. ¿Qué tipo de MASC existen en Colombia?

Las leyes 446 de 1998²⁷ y 1563 de 2012²⁸ establecen que los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos en el país serán la conciliación, el arbitraje y la amigable composición. La conciliación posee una particularidad, debido a que en esta las partes que se encuentran en controversia manifiestan sus intereses asistidas por un tercero neutral, con quienes intercambian ideas y propuestas que permiten dirimir el conflicto, por lo que, en este MASC, las partes tienen un papel mucho más propositivo. Por su parte, en el arbitraje y la amigable composición, el tercero imparcial concreta su intervención en una decisión, siendo esta imperativa y, por lo tanto, vinculando a las partes. Mientras que, la tarea del conciliador es facilitar y ayudar a encontrar una solución al conflicto; quienes fungen como el árbitro y amigable componedor se limitan a manifestar su decisión.

Sin embargo, cabe añadir que esta no es una lista taxativa, es decir, pueden existir otras MASC que no están tipificados en nuestra legislación, por lo que, en Colombia bajo el

²⁶ HERRERA, Hernando. *Estado de los métodos alternativos de solución de conflictos en Colombia*. En: Secretaria de asuntos jurídicos (SAJ): disponible en <http://www.oas.org/Juridico/spanish/adjusti6.htm> (consultado: 15, ene., 2021).

²⁷ Ley 446 de 1998. *Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia*. Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0446_1998.html (consultado: 15, ene., 2021).

²⁸ Ley 1563 de 2012. *Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones*. Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1563_2012.html (consultado: 15, ene., 2021).

principio de la autonomía de la voluntad²⁹ las partes pueden acordar que un conflicto se solucione en la manera en que lo estimen más conveniente, como por ejemplo realizar una negociación, mediación, evaluación de un tercero, entre otros.

B. Métodos Autocompositivos

Al hablar de métodos autocompositivos se hace referencia a aquellos mediante los cuales son las partes de la disputa, quienes deciden acudir voluntariamente a un Mecanismo Alternativo de Solución de Conflictos, buscando una correcta resolución del conflicto mediante la anuencia mutua; es decir, aquellos que están directamente implicados en la controversia buscan resolverla, por lo que, el tercero no toma ningún tipo de decisión, su papel es el de realizar acompañamiento y encaminar la solución hacia un resultado cómodo para ambas partes.

Entre los métodos autocompositivos podemos encontrar la transacción, definida en el artículo 2469 del Código Civil como “*un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual*”.³⁰ Aclarando que no será considerado como tal el acto que únicamente consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa.

La mediación es definida por Cabana Grajales como un método que “*busca llegar a un punto medio entre las partes que se encuentran en una disputa, en la cual un tercero imparcial llamado mediador los asiste y facilita la comunicación entre las partes, para que estas como protagonistas tomen una decisión que logre satisfacer las necesidades de ambos, por medio del dialogo*”.³¹

Así mismo, la amigable composición encuentra su definición en el artículo 59 de la Ley 1563, en la que menciona que:

²⁹ Principio del derecho mediante el cual los contratantes pueden regular a su voluntad sus intereses, como consecuencia se crean las relaciones jurídicas que se estimen convenientes. Cuentan con los límites generales del orden público y las buenas costumbres.

³⁰ Ley 84 de 1873, Código civil, Diario oficial 2.867, 31 de mayo de 1873. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html

³¹ CABANA, María. *De los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos en Colombia: acerca de su alcance y desarrollo para su implementación en los municipios de post-conflicto*. Universidad Católica de Colombia. Disponible en <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/14606/1/DE%20LOS%20MECANISMOS%20ALTERNATIVOS%20DE%20SOLUCION%20DE%20CONFLICTOS%20EN%20COLOMBIA%20%281%29.pdf> (Consultado: 25, ene., 2021). Pág. 14.

“La amigable composición es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, por medio del cual, dos o más particulares, un particular y una o más entidades públicas, o varias entidades públicas, o quien desempeñe funciones administrativas, delegan en un tercero, denominado amigable componedor, la facultad de definir, con fuerza vinculante para las partes, una controversia contractual de libre disposición.

El amigable componedor podrá ser singular o plural.

La amigable composición podrá acordarse mediante cláusula contractual o contrato independiente.”³²

De todos los métodos, la conciliación puede considerarse el más utilizado, tanto por el hecho de permitir la resolución rápida de un conflicto, como por, considerarse un requisito de procedibilidad para presentar una demanda, sobre este, la Sentencia C-1195/01 menciona que

La conciliación es un mecanismo de acceso a la administración de justicia. Como mecanismo de acceso a la justicia, **la conciliación constituye una oportunidad para resolver de manera rápida un conflicto, a menores costos que la justicia formal.** Que es utilizado: uno procedimental y otro sustancial. En relación con su acepción procedimental, la conciliación es “un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador.” Según esta acepción, la conciliación es apenas una serie de pasos preestablecidos que tiene por objeto eventual, no necesario la celebración de un acuerdo entre dos o más personas. No obstante, el término conciliación también se refiere al acuerdo al que se llega mediante la celebración del procedimiento conciliatorio. En este segundo sentido sustancial, la conciliación se materializa en un acta que consigna el acuerdo al que llegan las partes, certificado por el conciliador.³³

C. Métodos Hetero-compositivos

Por su parte, los métodos hetero-compositivos son aquellos en los que interviene un tercero revestido de imparcialidad (juez o arbitro), resolviendo la controversia. El tercero puede ser una persona que cuenta con esta potestad o bien un cuerpo colegiado. Entre estos encontramos el *arbitraje y la vía judicial*, estos están caracterizados porque son los jueces y tribunales, facultados, quienes darán una solución a la litis, mediante una sentencia o un laudo.

El jurista Rodrigo Uprimny opina sobre las MASC que “*continuando la teleología de la Constitución Política, el objetivo principal lo compone entender a los MASC como la*

³² Ley 1563 de 2012, Por medio de la cual se expide el estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones, Diario oficial 48.489, 12 de julio de 2012.

³³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-1195/01. Magistrados ponentes: Manuel José Cepeda E., Marco Gerardo Monroy C. República de Colombia, Bogotá, D.C., noviembre 15 de 2001.

creación de espacios de intervención social en la indagación de un correcto perfeccionamiento de la función jurisdiccional para llevar al país en una dirección que se aparte de los conflictos que han marcado y han atado su correcto desarrollo".³⁴ Lo anterior, es fundamental para conseguir una mejor especialización de la justicia, logrando que los delegados judiciales solamente se dediquen a los procesos en los que por su naturaleza requieren de un conocimiento más profundo y de mayores recursos para la obtención de una sentencia.

III. El arbitraje

Después de hacer el análisis y estudio de las pymes y los MASC, es importante estudiar el arbitraje y sus características; este es un método mediante el cual la solución del conflicto (relativos a asuntos de libre disposición o permitidos por ley) recaerá en una o varias personas que se encuentran investidas transitoriamente de la función pública de administrar justicia, denominadas *árbitros*; pudiendo ser determinados o determinables, es decir, pueden ser elegidos directamente por las partes, o mediante un juez, la elección puede recaer también en la misma institución que se encargara de realizar el arbitraje para la solución del conflicto. Desde luego que, en todo caso, el acceso a este método se supedita a la existencia de materias o asuntos que puedan ser transables o que integren materia arbitral.

La doctora en derecho San Cristóbal Real menciona sobre el arbitraje que *"El árbitro, impone la solución privada del conflicto, en virtud de un convenio suscrito por los interesados en el que acuerdan, para determinadas materias, someterse a arbitraje, de modo que aplicando el derecho o la equidad (según el pacto de las partes), el árbitro va a declarar lo justo para el caso concreto, dictando un laudo. Sin embargo, el árbitro no tiene potestad ejecutiva, y solo tiene potestad cautelar declarativa"*.³⁵

En la actualidad la Ley 1563 de 2012, por medio de la cual se expidió el estatuto de arbitraje nacional e internacional, nos ofrece otra definición de lo que es arbitraje

³⁴ UPRIMNY, Rodrigo. *Jueces de paz y justicia informal: Una aproximación conceptual a sus potencialidades y limitaciones.*: Disponible en: https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_51.pdf (Consultado: 1, feb., 2021). Pág. 3

³⁵ SAN CRISTÓBAL, Susana. *Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil.* En: *Anuario jurídico y económico Escorialense.* (2013): Págs. 39 – 62. Págs. 49.

“El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice.

El arbitraje se rige por los principios y reglas de imparcialidad³⁶, idoneidad³⁷, celeridad³⁸, igualdad³⁹, oralidad⁴⁰, publicidad⁴¹ y contradicción⁴².

El laudo arbitral es la sentencia que profiere el tribunal de arbitraje. El laudo puede ser en derecho, en equidad o técnico.

En los tribunales en que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, si las controversias han surgido por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, el laudo deberá proferirse en derecho.”⁴³

Para que una controversia sea resuelta a través del arbitraje, las partes renuncian a dirigir sus pretensiones ante la jurisdicción ordinaria, por medio de lo que se denomina *pacto arbitral*, este puede consistir en un compromiso o en una cláusula compromisoria, surgida del desarrollo de la actividad contractual, y donde las partes de forma voluntaria dejaron por sentado que cualquier controversia sería resuelta por medio de arbitraje. Si bien lo normal es que el pacto arbitral se encuentre debidamente consignado en el contrato o documento aparte, no podemos dejar de lado, la salvedad que ha hecho la Ley 1563 de 2012 en el párrafo del artículo 3, “*Si en el término del traslado de la demanda, o su contestación, o de las excepciones previas, una parte invoca la existencia de pacto arbitral y la otra no la niega expresamente, ante los jueces o el tribunal de arbitraje, se entiende válidamente probada la*

³⁶ La sentencia de la corte constitucional C-450- 15 menciona que “*la imparcialidad del tribunal supone que los jueces no deben tener ideas preconcebidas en cuanto al asunto de que entienden y que no deben actuar de manera que promuevan los intereses de una de las partes*”.

³⁷ Hace referencia al desenvolvimiento del servidor público con una actitud técnica, legal y moral en el desempeño de su labor.

³⁸ Principio que estipula que por los órganos jurisdiccionales, deben realizar todas sus actuaciones dentro de un proceso judicial de manera rápida y eficaz.

³⁹ Se establece que todos los hombres y mujeres son iguales ante la ley, sin que existan privilegios.

⁴⁰ La actuación procesal es, por esencia, oral en su realización.

⁴¹ Consiste en la divulgación de los actos proferidos por una autoridad, con el fin de que las partes del proceso o los terceros afectados conozcan de las decisiones.

⁴² Alude a que las partes dentro de un proceso contarán con la oportunidad de hacer valer sus pretensiones, de presentar recursos, acciones, etc.

⁴³ Ley 1563 de 2012, Por medio de la cual se expide el estatuto de arbitraje nacional e internacional y se dictan otras disposiciones, Diario oficial 48.489, 12 de julio de 2012.

existencia del pacto arbitral”⁴⁴, lo que deja la posibilidad de la existencia de un pacto tácito entre las partes.

Así que, y según lo establecido en el artículo 12 de la Ley 1563 de 2012, previo a agotar las vías administrativas el proceso arbitral iniciará “*una vez sea dirigida al centro de arbitraje una demanda, que cumpla con todos los requisitos citados en el Código de Procedimiento Civil, acompañado del pacto arbitral.*”⁴⁵

A. Arbitraje internacional

La Ley 1563 de 2012 en su artículo 68 estipula que se entiende que este mecanismo será internacional cuando:

*“a) Las partes en un acuerdo de arbitraje tengan, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus domicilios en Estados diferentes; o b) El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, está situado fuera del Estado en el cual las partes tienen sus domicilios; o c) La controversia sometida a decisión arbitral afecte los intereses del comercio internacional”.*⁴⁶

Además, aclara que cuando una de las partes cuente con más de un domicilio, se tomará aquel con el que tenga relación más estrecha el acuerdo de arbitraje, y si alguna de las partes no posee ninguno se tomará como tal el de su residencia actual.

A su vez, el escenario contemporáneo evidencia un fuerte apoyo al arbitraje como administrador de justicia propio de los asuntos contractuales que traspasan las fronteras⁴⁷, como prueba; la ratificación por más de 190 países, entre ellos Colombia, que firmo y accedió

⁴⁴ Ley 1563 de 2012 “*Por la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones*”. (Consultado: 2, jun., 2021).

⁴⁵ Idém.

⁴⁶ Ley 1563 de 2012, Por medio de la cual se expide el estatuto de arbitraje nacional e internacional y se dictan otras disposiciones, Diario oficial 48.489, 12 de julio de 2012.

⁴⁷ Sobre la contratación internacional puede verse: MARTINEZ LUNA, William. *Régimen jurídico aplicable a la compraventa internacional en Colombia*. En: Rev. Derecho UniNorte (2019): Págs. 138-163; MARTINEZ LUNA, William. El carácter dispositivo de la Convención de Viena de 1980: ¿Un factor de incertidumbre en la determinación de la ley aplicable al contrato de compraventa internacional? En: Revista Jurídicas (2020): Págs. 64-86.

SAN CRISTÓBAL, Susana. *Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil*. En: *Anuario jurídico y económico Escurialense*. (2013): Págs. 39 – 62. Págs. 49.

a la Convención de las Naciones Unidas sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, firmada en 1958, conocida como la *Convención de Nueva York*.

Acreditada como uno de los instrumentos más importantes en relación de arbitraje internacional, forman parte de esta más de 150 Estados, que atienden la mayor parte de los miembros de la organización de las Naciones Unidas, además de contar con cierta relevancia en el comercio internacional. La convención se firmó como respuesta al creciente auge del arbitraje, pretendiendo la libre circulación de los laudos entre los firmantes.

Sobre la libre circulación de los laudos arbitrales, es de suma importancia tener en consideración el libro quinto, título I, capítulo I del Código General del Proceso, que hace referencia al exequatur, para que las sentencias y laudos internacionales surtan efectos en el país. Como expresa la Sentencia de la Corte Constitucional C-347/97 que expresa:

“Observa la Corte que el laudo que profiera el tribunal internacional debe someterse al procedimiento del exequatur, procedimiento que garantiza el respeto al ordenamiento jurídico nacional. Porque si bien pueden los árbitros aplicar una legislación extranjera, no podrán, como se ha dicho, quebrantar normas de orden público vigentes en Colombia, excepto las de procedimiento. Es lo que prevé el numeral 2 del artículo 694 del Código de Procedimiento Civil, en relación con la sentencia o el laudo extranjero 'Que no se oponga a leyes u otras disposiciones colombianas de orden público, exceptuadas las de procedimiento.’”⁴⁸

B. Ventajas

El arbitraje en paralelo con los demás MASC, ostenta cierto tipo de ventajas que la convierten en una alternativa atractiva a la vía judicial ordinaria, que invita a los contratantes a estipular pactos arbitrales en sus negocios jurídicos.

Una de las ventajas que más resalta consiste en la especialidad de los árbitros en el tema del que trate el litigio, a diferencia de la jurisdicción ordinaria, en donde los procesos son llevados por jueces que, si bien tienen los conocimientos en la materia, pueden no estar especializados en el tema específico que es objeto de controversia entre las partes.

⁴⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-347/97. Magistrado ponente: Jorge Arango Mejía. República de Colombia, Bogotá, D.C., julio 23 de 1997.

Por lo que, resulta para las partes en una ventaja que, en la mayoría de los casos, puedan elegir a los miembros del tribunal arbitral, con los conocimientos profesionales específicos de la litis, garantizando, en principio, un laudo más justo.

El laudo arbitral, es el que pone fin a la controversia, prestando mérito ejecutivo y haciendo tránsito a cosa juzgada. El artículo 10 de la ley 1563 de 2012 hace referencia al término de este, donde señala que y en caso de que las partes no establezcan un término para la duración del proceso *será de seis (6) meses, contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite. Dentro del término de duración del proceso, deberá proferirse y notificarse, incluso, la providencia que resuelve la solicitud de aclaración, corrección o adición*".⁴⁹

Así mismo, indica que este término se puede prorrogar una o más veces, a petición de las partes o de sus apoderados, siempre y cuando la suma total de estas prórrogas no exceda los seis meses. Por ende, se entiende como una ventaja la rapidez en la que una controversia obtiene respuesta, liberando a las personas de los litigios que son llevados en la vía judicial, y que en ocasiones tienen términos mucho más largos.

Para complementar, la Corte Constitucional en su sentencia C-378 de 2008 menciona que el arbitraje *"I) Contribuye con la descongestión, eficacia, celeridad y efectividad del aparato estatal de administración de justicia y II) Proporciona a los ciudadanos una opción voluntaria de tomar parte activa en la resolución de sus propios conflictos, materializando así el régimen democrático y participativo de la Constitución"*.⁵⁰ De acuerdo con lo anterior, se puede afirmar que el arbitraje es considerado por la jurisprudencia constitucional colombiana como un mecanismo válido de administración de justicia.

C. Costo

Un factor importante y llamativo en este método es el costo, a pesar de presentar unas características que la convierten en una excelente alternativa para la solución de conflictos,

⁴⁹ Ley 1563 de 2012, Por medio de la cual se expide el estatuto de arbitraje nacional e internacional y se dictan otras disposiciones, Diario oficial 48.489, 12 de julio de 2012.

⁵⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-378/08. Magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. República de Colombia, Bogotá, D.C., abril 23 de 2008.

el precio de este se puede tornar en un problema, hasta el punto de ser excluyente en ciertos casos.

Anteriormente en la legislación nacional, el Decreto 4089 de 2007⁵¹ era el que definía los límites a las tarifas de los honorarios de los árbitros y los demás gastos en los que se incurre en este tipo de procesos. Actualmente, la fijación de los honorarios está consagrado en el artículo 25 de la Ley 1563 de 2012 en la que se señala que será en la misma audiencia donde el tribunal fijará los honorarios y gastos del proceso mediante un auto que es susceptible de recurso de reposición, que será resuelto al instante. Y se tomará la cuantía de las pretensiones de la demanda para la fijación, lo anterior, de conformidad con lo estipulado en el Código de Procedimiento Civil.

El límite de los honorarios y división de gastos está regulado por el artículo 26 de la misma ley, donde se enuncia que:

“Los árbitros tendrán como suma límite para fijar los honorarios de cada uno, la cantidad de mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (1.000 smlmv). El Gobierno Nacional reglamentará las tarifas de honorarios y gastos.

En caso de árbitro único, los honorarios podrán incrementarse hasta en un cincuenta por ciento.

Los honorarios del secretario no podrán exceder de la mitad de los de un árbitro.

Cuando no fuere posible determinar la cuantía de las pretensiones, los árbitros tendrán como suma límite para fijar los honorarios de cada uno, la cantidad de quinientos salarios mínimos legales mensuales vigentes (500 SMLMV).”⁵²

Por ejemplo, la Cámara de Comercio de Bogotá, en su sitio web, cuenta con un apartado donde se calcula el costo que tendrá el proceso arbitral, este cálculo se realiza puntualizando si la cuantía es determinada o indeterminada y si se desea la presencia de uno o tres árbitros. Al tratarse de arbitrajes con tarifas institucionales será regido por lo estipulado en el reglamento de la mencionada Cámara de Comercio, por su parte, cuando se hablan de tarifas

⁵¹ Por el cual se adopta el marco que fija las tarifas para los centros de conciliación y/o arbitraje, conciliadores y árbitros, y se dictan otras disposiciones para regular el adecuado funcionamiento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje. Decreto posteriormente derogado por el artículo 83 del Decreto 1829 de 2013.

⁵² Ley 1563 de 2012, Por medio de la cual se expide el estatuto de arbitraje nacional e internacional y se dictan otras disposiciones, Diario oficial 48.489, 12 de julio de 2012.

legales, se tiene en cuenta el artículo 2.2.4.2.6.2.1 del Decreto 1069 de 2015, que señala mediante una tabla los topes máximos que deberán tenerse en cuenta:

CUANTIA DEL PROCESO (Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes-SMLMV)	HONORARIOS MÁXIMOS POR ÁRBITRO
Menos de 10	10 salarios mínimos legales diarios vigentes (SMLDV)
Entre 10 e igual a 176	3.25% de la cuantía
Más de 176 e igual a 529	2.25% de la cuantía
Más de 529 e igual a 882	2% de la cuantía
Más de 882 e igual a 1764	1.75% de la cuantía
Mayor a 1764	1.5% de la cuantía

Parágrafo 1°. En caso de árbitro único, los mencionados topes podrán incrementarse hasta en un cincuenta por ciento (50%).

Parágrafo 2°. Independientemente de la cuantía del proceso, los honorarios de cada árbitro no podrán superar la cantidad de mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (1.000 SMLMV).

Parágrafo 3°. Los honorarios del secretario serán la mitad de los de un árbitro.⁵³

Por su parte, la cámara de comercio de Ibagué, en el Decreto 1829 del 2013⁵⁴ define las tarifas de su centro de arbitraje, tal como se muestra a continuación:

	CUANTIA	TARIFA	CENTRO		
			SUBTOTAL	IVA	TOTAL
\$ 0 A \$7.268.208	Menos de 8 SMLMV	272.558	109.023	20.714	129.738
\$7.268.209 hasta \$11.810.838	Entre 8 y 13 SMLMV	393.695	157.478	29.921	197.399

⁵³ Decreto 1069 de 2015. En: https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/decreto_1069_2015.htm (Consultado: 27, ene., 2021)

⁵⁴ Decreto 1829 del 2013. En: <https://www.ccibague.org/como-podemos-ayudarlo/conciliacion-y-arbitraje> (Consultado: 8, mar., 2021)

\$11.810.838 hasta \$ 31.798.410	Más de 13 y 17 SMLMV	484.547	193.819	36.826	230.644
\$ 31.798.410 hasta \$47.243.352	Más de 17 y 35 SMLMV	635.968	254.387	48.334	302.721
\$47.243.352 en adelante	Más de 35 y 52 SMLMV	757.105	302.842	57.540	360.382

Basándonos en las tarifas de precios manejados por las Cámaras de Comercio de Bogotá e Ibagué, no es ciertamente un servicio económico. Aunque la ley no obligue a las partes a regirse estrictamente por las tarifas de la ley, tampoco se debe entender que los honorarios quedan a su total discreción, ya que cuenta con límites legales, como por ejemplo el de los mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, siendo este un tope elevado. Lo anterior sumado al costo como tal del trámite arbitral, lo hace, en comparación a un proceso llevado ante jurisdicción ordinaria, un proceso oneroso.

IV. El arbitraje en las pymes ¿Método eficiente o mera formalidad?

Una vez abordado el concepto de pymes y haber explicado brevemente los MASC y en especial el arbitraje, se hará mención del tema que titula esta investigación, *el arbitraje como método de solución de conflictos en las Pymes*. No se debe ignorar que este es un mecanismo que ofrece ventajas para los contratantes que deciden desplazar la justicia ordinaria, pero ¿Es eficiente la estipulación del arbitraje como un método para la solución de conflictos en los contratos de las pymes teniendo en cuenta el costo económico que representa la aplicación de este?

Las pymes presentan una serie de debilidades administrativas que dificultan la estipulación de cláusulas arbitrales en sus contratos, lo cual las pone en una situación de dificultad, como bien menciona la jurista Rodríguez cuando habla de los principales obstáculos que inciden de manera considerable en su correcto desarrollo: *“La situación económica del país, el acceso al financiamiento, el sistema tributario y el acceso al mercado interno. Igualmente menciona otros factores con menos incidencia sobre la competitividad como: el apoyo y funcionamiento del Estado, el orden público, el acceso a mercados externos y la legislación*

laboral”⁵⁵. Así que las pequeñas y medianas empresas presentan un limitado brazo económico que los puede restringir al momento de considerar la estipulación de las mencionadas cláusulas, si bien la Ley 1563 reconoce el amparo de pobreza y establece que, “se concederá, total o parcialmente, en los términos del Código General del Proceso.”⁵⁶ Dirigiéndonos al mencionado código, este en el artículo 151, establece que, “Se concederá (...) salvo cuando pretenda hacer velar un derecho litigioso a título oneroso.”⁵⁷ Que, en la mayoría de los casos, es lo que se busca a través del arbitraje.

También es importante dejar sentado, que resulta bastante complicado el acceso a esta figura, por las prerrogativas legales que tienen que cumplirse para su consecución.

Conjuntamente, según la ANIF⁵⁸, cuando consultaron a los empresarios si solicitaron un crédito al sistema financiero durante el segundo semestre del año 2012 “en promedio las empresas que contestaron afirmativamente fueron: el 38.66% pymes pequeñas y el 55.66% pymes medianas. De estas solicitudes, el 95.66% fueron aprobadas y el 91.67% se ajustaron al monto solicitado”⁵⁹. Podemos observar entonces, que más de la mitad de las pequeñas no acceden a créditos, siendo un poco mayor el número de medianas empresas que si lo hacen. De igual forma, es un porcentaje preocupante, pues además del limitado poder económico que estas presentan, se observa que no ven la financiación mediante créditos como una opción, sumando este otro problema al momento de la estipulación de cláusulas arbitrales.

Lo anterior toma sentido según lo afirmado por Blanco, De Pablos, González y Haider cuando mencionan que “De acuerdo a las características del emprendedor colombiano vistas anteriormente, aproximadamente el 40% no cuenta con estudios técnicos o

⁵⁵ Rodríguez, Astrid. *La realidad de la Pyme colombiana. Desafío para el desarrollo.*: Disponible en: <http://www.fundes.org/uploaded/content/publicacione/1241969270.pdf> (Consultado: 8, mar., 2021). Pág. 115.

⁵⁶ Ley 1563 de 2012, Por medio de la cual se expide el estatuto de arbitraje nacional e internacional y se dictan otras disposiciones, Diario oficial 48.489, 12 de julio de 2012.

⁵⁷ Ley 1564 de 2012 “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Diario oficial 48.489, 15 de julio de 2012.

⁵⁸ Asociación Nacional de Instituciones Financieras.

⁵⁹ ANIF. *La Gran Encuesta Pyme, Primer Semestre 2013.* Disponible en: <http://anif.co/sites/default/files/uploads/GRAN%20ENCUESTA%20PYME%20I-2013web.pdf> (Consultado: 12, abr., 2021).

*universitarios y el 15.9% se motiva a crear una unidad económica por la identificación de alguna oportunidad”.*⁶⁰

Se puede evidenciar que la tendencia actual es la *anacionalidad* de las relaciones comerciales, cada vez más empresas se internacionalizan e ingresan al mercado extranjero. Este contexto propicia que los actores del comercio internacional busquen escapar de la normativa y jueces nacionales, al considerar que pueden encontrar una solución más rápida y especializada acudiendo a centros de arbitramento, teniendo en cuenta que, la legislación nacional se queda corta y no avanza a la velocidad que estas relaciones negócias demandan. Por lo que, el arbitraje se entiende como un método esencial dentro de la *lex mercatoria* actual.

El arbitraje representa para las grandes compañías un papel importante, sobre la seguridad jurídica que ofrece, Espinosa dice que *“la creación de un clima o ambiente favorable para la inversión privada exige la interrelación de diversos factores, dentro de los cuales se destaca la necesidad de contar con una política económica confiable, a partir de una estructura estatal institucionalizada en la cual se apliquen marcos regulatorios claros. Es así como la seguridad jurídica adquiere una relevancia especial en el crecimiento económico de los estados”.*⁶¹ Se puede decir que cuando un país ofrece a las empresas seguridad jurídica, respaldadas por unas instituciones sólidas, objetivas y eficaces, las grandes empresas invertirán en la región, en otras palabras, la inversión extranjera aumentará.

Lo anterior permite pensar que en la actualidad el arbitraje adquiere una connotación de justicia privada, al servicio de unos pocos, más no como un elemento de cooperación al servicio de las personas con la finalidad de administrar justicia, limitando el correcto ejercicio del derecho a la defensa, esto, debido a la onerosidad que implica acceder a un tribunal arbitral.

No se puede entender al arbitraje como un MASC que beneficie a las pymes pues, por el contrario les afecta, y por su costo dificulta el acceso de estas a este mecanismo. Se encuentra

⁶⁰ BLANCO, DE PABLOS, GONZÁLEZ, HAIDER. *Economía del Fracaso 20+20. Escuela de Organización Industrial.* España. Disponible en: <http://www.eoi.es/blogs/20fracaso/2012/01/20/marco-teorico/#> (Consultado: 12, abr., 2021).

⁶¹ ESPINOSA, Leonardo. *Hacia la arbitrabilidad como regla general en el sistema contractual colombiano: Elementos de análisis.* En: *Revista de derecho, Universidad del Norte.* (sep. 2010): Págs. 177 – 206. pp. 179.

entonces un desequilibrio entre las partes al momento de acceder al arbitraje, por algo menciona el jurista chileno Andrea Bordalí que *“Dificulta la sostenibilidad del arbitraje como un MASC”*.⁶²

Sobre los árbitros, la Corte Constitucional en su Sentencia C-893/01 hace mención a la posibilidad de que estos particulares puedan transitoriamente administrar justicia, y dice que *“No debe entenderse ese apoyo como la privatización de la justicia, sino como la colaboración activa de la población civil en la consecución de los fines del Estado”*.⁶³

El legislador, consciente de que no todos pueden acceder a esta forma de administración de justicia, incluyó en la Ley del Estatuto Arbitral, en el artículo 117 la figura del *arbitraje social*, con el fin de que aquellos que no pueden acceder a este mecanismo, lo puedan hacer. Sin embargo en la realidad, muchos centros de arbitraje no han implementado, ni reglamentado el tema, por lo que esta figura no constituye una real solución al limitado acceso al arbitraje, siendo aún difícil para las pymes poder acudir a él. Además, como lo señala Duarte *“la norma hace referencia a “jornadas de arbitraje social”, así que se puede entender que no es un servicio permanente, como si lo es el arbitraje tradicional o en el servicio judicial prestado por la jurisdicción”*.⁶⁴ Así que las Pymes o personas de recursos limitados deben esperar a que se realicen estas jornadas, que como se mencionó, no son permanentes, lo que se traduce en una desventaja que va en contra al derecho a la igualdad y al acceso a la justicia.

Conforme a lo anterior, Miranda menciona que *“Este aspecto incrementa la brecha que existe en lo referente a la igualdad que debe existir en el servicio de justicia, ya que en términos económicos, las personas que no pueden acceder a un tribunal de arbitraje ven*

⁶² BORDALÍ, Andrea. *Justicia privada*. En: Scielo: Disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502004000100008 (Consultado: 3, feb., 2021).

⁶³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-893/01. Magistrada ponente: Clara Inés Vargas Hernández. República de Colombia, Bogotá, D.C., agosto 22 de 2001.

⁶⁴ DUARTE, Nazly. *Los retos del arbitraje social en Colombia*. En: Blog del derecho de los negocios. Universidad Externado de Colombia. Disponible en: <https://dernegocios.uexternado.edu.co/controversia/los-retos-del-arbitraje-social-en-colombia/> (Consultado: 3, feb., 2021).

*como se incrementan sus costes de oportunidad, entendido como aquellas actividades que no se pueden realizar por encontrarse inmerso en una litis”.*⁶⁵

Bajo el *Principio de voluntariedad*⁶⁶ se deduce que, si en un contrato se estipulo que la resolución de las controversias se hará mediante arbitraje, no se puede considerar que haya una parte en desventaja, puesto que la misma parte estuvo de acuerdo en dicha cláusula. Sobre la voluntariedad, la jurisprudencia ha sido enfática en su rechazo al desconocimiento unilateral del acuerdo arbitral por alguna de las partes, ya que debe haberse presentado la oportunidad de que mediando la libre y espontánea discusión, se decida si se pactara o no la cláusula arbitral. Como lo indica la Corte Constitucional en su Sentencia C-060/01 donde afirma que *“Todas las decisiones tomadas en desarrollo de este vínculo contractual tienen que ser el resultado de la libre discusión de las partes, y no de la aceptación de cláusulas y condiciones impuestas por la ley o uno de los contratantes”.*⁶⁷

Pero existen escenarios en los que no existe esta libre discusión para la aceptación de cláusulas y condiciones, como sucede en los *contratos de adhesión*⁶⁸, En estos casos, la parte fuerte del contrato, establecerá dentro del mismo una cláusula de arbitramento.

Siendo esto valido según lo estipulado en el artículo cuarto del Estatuto arbitral, pero dejando en desventaja a las pymes al no tener la oportunidad de negociar el contenido del contrato, contando solo con la oportunidad de aceptar o rechazar el negocio jurídico, ya que no existe la capacidad para discutir a plenitud el contenido de los contratos, con lo que se sobreentiende nos encontramos en un escenario de aceptación forzosa del arbitraje.

La misma idea comparte Maldonado Narváez y Montaña Cárdenas al hablar del arbitraje y su costo, ellos mencionan que

“No obstante, si bien en primera instancia se observó que no era coherente con el derecho a la igualdad en la medida de sus costes, y que básicamente estaba reservado mayoritariamente para empresarios, el mismo ha tenido una desviación, pero no como

⁶⁵ MIRANDA, Carlos. Análisis económico de la acción de tutela contra laudos arbitrales en Colombia. En: *Revista derecho y economía*. (sep-2013): Págs. 87-94.

⁶⁶ Se entiende como la facultad con la que cuentan todos los que intervengan en un proceso para que gocen con la libertad más absoluta para decidir si quieren ser o no partes de él.

⁶⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-060/01. Magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz. República de Colombia, Bogotá, D.C., enero 24 de 2001.

⁶⁸ El contrato de adhesión es un tipo de contrato en el que solamente se redacta por una de las partes que lo suscriben, de modo que la otra parte sólo puede aceptar o rechazar el contrato en su totalidad.

resultado de su democratización, sino como fruto del interés de los mismos empresarios de aprovechar tal onerosidad para aplicarlo a contratos de adhesión y otro tipo de contratos en los que hay una parte débil que no puede defenderse en igualdad de condiciones.”⁶⁹

CONCLUSIONES

Los mecanismos alternos de solución de conflictos son una solución viable ante la inminente congestión de la justicia ordinaria, impidiendo brindar una justicia sólida eficiente y expedita; es importante en materia comercial la presencia de estas figuras, ya que generan confianza en las grandes empresas nacionales e internacionales para invertir en la región, teniendo en cuenta que, para estas no es estratégicamente correcto invertir capital en territorios donde las relaciones comerciales que contraigan se pueden quedar atadas a un litigio que no avanza, pues se traduciría en pérdidas económicas.

Aunque el arbitraje ofrece bastantes beneficios, como la agilidad de los procesos, laudos arbitrales en un término notablemente menor que el de la justicia ordinaria, la especialidad en la materia por parte de los árbitros y las instituciones de arbitramento, la garantía de una total neutralidad, que la convierten en la primera opción para las relaciones empresariales y comerciales, en la realidad no todos pueden acceder a estos, debido a los costos elevados que se desprenden en el proceso, convirtiéndola como ya se mencionó en una especie justicia privatizada, que va en contra de los intereses de las pymes, puesto que en vez de beneficiarlas, le significan un problema, convirtiendo la firma de esta cláusula en los contratos, en una mera formalidad, ya que si las partes son pequeñas y medianas empresas con recursos dinerarios limitados, esta incluso podría tomarse por no escrita, ante la imposibilidad de ejecutarla.

No se aleja de la realidad concluir que esta MASC está al servicio de los ricos, que son los que pueden correr con los gastos que este proceso implica, que al ser bastante onerosos, quedan lejos del alcance de gran parte de las pequeñas y medianas empresas, que no pueden ver como una opción válida para la resolución de sus conflictos acceder al arbitraje, al no

⁶⁹ MALDONADO, Marlon. MONTAÑA, Luz. *Arbitraje: Mecanismo alternativo de solución de conflictos o privatización judicial*. En: JURÍDICAS CUC. Tunja: Vol13, no. 1, 2017. Óp. Cit., Pág. 121 – 146. pp. 141.

contar con el dinero que este proceso exige, ni la capacidad de poder acceder a una financiación para sufragar los costos de este servicio.

La falta de educación financiera, de estudios técnicos y profesionales de los emprendedores colombianos, al igual que el restringido acceso a créditos, hace que estas empresas no puedan costear un proceso tan caro como lo es el arbitraje. En este trabajo se mostraron cifras que evidencian que las pymes cuentan con un poder dinerario limitado, los ingresos que perciben no alcanzan para ser destinados a litigios, esto sin contar que gran parte de los empresarios al carecer de estudios financieros, puedan organizar de manera eficiente los activos que perciben para poder aprovecharlos al máximo, esto, acompañado de un costo elevado del mecanismo, lo aleja de ser una solución eficiente para las pequeñas y medianas empresas.

Así que, si bien, por las ventajas mencionadas el arbitraje resulta un mecanismo idóneo para la resolución de controversias, proponerlo como un método de solución de conflictos para las pymes a mi consideración ignora la situación económica actual de estas, siendo una solución que no se ajusta a las necesidades y la capacidad financiera; el arbitraje es una MASC que brinda muchas ventajas, pero si tenemos en cuenta la conciliación o la mediación, que resultan más accesibles y menos onerosos que el arbitraje, constituyen una mejor opción para las pymes al momento de buscar una solución a sus problemas jurídicos. A la vez que una opción real sería estudiar y trabajar en la creación de una jurisdicción especializada en asuntos de naturaleza mercantil, de fácil acceso, con un costo moderado y razonable donde las pymes puedan encontrar un verdadero apoyo y acceso a la justicia, que no los tenga inmersos en procesos que en la vía judicial se tornan eternos, ni tener que sufragar los costos excesivos que representan un proceso arbitral. Buscar que en dicha jurisdicción se cuenten con jueces especializados en el área que permitan obtener respuestas y soluciones en términos razonables y con el nivel de especialidad que responda a los intereses de estas. Igualmente es de suma importancia que más Centros de Arbitraje reglamenten el arbitraje social, ya que esto garantiza en mayor medida el acceso a este mecanismo a gran parte de la población que de otra forma no podrían acceder a esta.

BIBLIOGRAFIA

- BRAVO, Juan. *Análisis sobre los factores administrativos y financieros por los cuales algunas Pymes en Colombia no logran el éxito*. Bogotá, D.C., 2013.
- ESPINOSA, Leonardo. *Hacia la arbitrabilidad como regla general en el sistema contractual colombiano: Elementos de análisis*. En: *Revista de derecho, Universidad del Norte*. (sep. 2010): Págs. 177 – 206.
- FRANCO, Mónica, URBANO, David. *El éxito de las Pymes en Colombia: Un estudio de casos en el sector salud*. Cali: Universidad Icesi, 2010.
- JIMÉNEZ, E. *La importancia de las Pymes*. 2013.
- MALDONADO, Marlon. MONTAÑA, Luz. *Arbitraje: Mecanismo alternativo de solución de conflictos o privatización judicial*. En: *JURÍDICAS CUC*. Tunja: Vol13, no. 1, 2017. Pág. 121 – 146. Pág. 127
- MARTINEZ LUNA, William. *Régimen jurídico aplicable a la compraventa internacional en Colombia*. En: *Rev. Derecho UniNorte* (2019): Págs. 138-163
- MARTINEZ LUNA, William. *El carácter dispositivo de la Convención de Viena de 1980: ¿Un factor de incertidumbre en la determinación de la ley aplicable al contrato de compraventa internacional?* En: *Revista Jurídicas* (2020): Págs. 64-86.
- MIRANDA, Carlos. *Análisis económico de la acción de tutela contra laudos arbitrales en Colombia*. En: *Revista derecho y economía*. (Sep-2013)
- SAN CRISTÓBAL, Susana. *Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil*. En: *Anuario jurídico y económico Escurialense*. (2013): Págs. 39 – 62.

CIBERGRAFIA

ANIF. *La Gran Encuesta Pyme, Primer Semestre 2013*. Disponible en: <http://anif.co/sites/default/files/uploads/GRAN%20ENCUESTA%20PYME%20I-2013web.pdf> (Consultado: 12, abr., 2021).

BLANCO, DE PABLOS, GONZÁLEZ, HAIDER. *Economía del Fracaso 20+20. Escuela de Organización Industrial*. España. Disponible en: <http://www.eoi.es/blogs/20fracaso/2012/01/20/marco-teorico/#> (Consultado: 12, abr., 2021).

BORDALÍ, Andrea. *Justicia privada*. En: Scielo: Disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502004000100008 (Consultado: 4, feb., 2021).

CABANA, María. *De los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos en Colombia: acerca de su alcance y desarrollo para su implementación en los municipios de post-conflicto*. Universidad Católica de Colombia. Disponible en <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/14606/1/DE%20LOS%20MECANISMOS%20ALTERNATIVOS%20DE%20SOLUCION%20DE%20CONFLICTOS%20EN%20COLOMBIA%20%281%29.pdf> (Consultado: 4, feb., 2021).

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. En: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html (Consultado: 4, feb., 2021).

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-060/01. Magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz. República de Colombia, Bogotá, D.C., enero 24 de 2001. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-060-01.htm>

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-347/97. Magistrado ponente: Jorge Arango Mejía. República de Colombia, Bogotá, D.C., julio 23 de 1997. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-347-97.htm>

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-378/08. Magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. República de Colombia, Bogotá, D.C., abril 23 de 2008. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-378-08.htm>

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-893/01. Magistrada ponente: Clara Inés Vargas Hernández. República de Colombia, Bogotá, D.C., agosto 22 de 2001. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-893-01.htm>

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-1195/01. Magistrados ponentes: Manuel José Cepeda E., Marco Gerardo Monroy C. República de Colombia, Bogotá, D.C., noviembre 15 de 2001. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-1195-01.htm>

DANE Censo 2005. Análisis de la estructura y composición de las principales variables demográficas y socioeconómicas del Censo 2005. Versión electrónica disponible en: https://www.dane.gov.co/files/censos/Grupo_mixto22%20_PUBL.pdf?&
(Consultado: 8, ene., 2021).

Decreto 1069 de 2015. En: https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/decreto_1069_2015.htm (Consultado: 27, ene., 2021).

Decreto 1829 de 2013. En: https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/decreto_1069_2015.htm (Consultado: 8, mar., 2021).

DUARTE, Nazly. *Los retos del arbitraje social en Colombia*. En: Blog del derecho de los negocios. Universidad Externado de Colombia. Disponible en: <https://dernegocios.uexternado.edu.co/controversia/los-retos-del-arbitraje-social-en-colombia/> (Consultado: 3, feb., 2021).

HERRERA, Hernando. *Estado de los métodos alternativos de solución de conflictos en Colombia*. En: Secretaria de asuntos jurídicos (SAJ): disponible en <http://www.oas.org/Juridico/spanish/ajusti6.htm> (consultado: 15, ene., 2021).

Ley 84 de 1873, *Código civil*, Diario oficial 2.867, 31 de mayo de 1873. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html (Consultado: 4, feb., 2021).

Ley 315 de 1996, *Por la cual se regula el arbitraje internacional y se dictan otras disposiciones*, Diario oficial 42.878, 16 de septiembre de 1996 Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0315_1996.html

(Consultado: 4, feb., 2021).

Ley 905 de 2004, *Promoción del desarrollo de la micro, pequeña y mediana empresa colombiana*, Diario oficial 45.628, 2 de agosto de 2004. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0905_2004.html

(Consultado: 4, feb., 2021).

Ley 1563 de 2012, *Por medio de la cual se expide el estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones*, Diario oficial 48.489, 12 de julio de 2012. Disponible en:

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1563_2012.html

(Consultado: 4, feb., 2021).

Pymes en cifras. En: MisiónPyme. Versión electrónica disponible en: <http://www.misionpyme.com/cms/content/view/107/41/> (Consultado: 8, ene., 2021).

¿*Qué son los métodos alternos de solución de conflictos (MASC)?* En: Minjusticia: disponible en <https://www.minjusticia.gov.co/MASC/-Qu%C3%A9-son-los-MASC#:~:text=Los%20M%C3%A9todos%20Alternativos%20de%20Soluci%C3%B3n%20de%20Conflictos%20son%20herramientas%20que,acudir%20a%20los%20despachos%20judiciales> (Consultado: 15, ene., 2021).

SANCHEZ, John, OSORIO, Jaime, BAENA, Ernesto. *Algunas aproximaciones al problema de financiamiento de las Pymes en Colombia*. Pereira, 2007. Disponible en:

<http://repositorio.utp.edu.co/dspace/bitstream/handle/11059/180/aproximaciones-problema-financiamiento-pymes.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (Consultado: 6,

ene., 2021). Pág. 323.

UPRIMNY, Rodrigo. *Jueces de paz y justicia informal: Una aproximación conceptual a sus potencialidades y limitaciones.*: Disponible en: https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_51.pdf (Consultado: 1, feb., 2021). Pág. 3

Una visión de los emprendimientos y las pequeñas y medianas empresas desde las cámaras de comercio del país. En: MisiónPyme. Versión electrónica disponible en: <https://www.misionpyme.com/innovacion/5995-hablan-las-regiones> (Consultado: 8, ene., 2021). Pág. 43.