

Pontificia Universidad Javeriana

Facultad de Ciencias Jurídicas

Especialización en Derecho Comercial

Reflexiones en torno a los cambios sustanciales de la Ley 1563 de 2012: Hacia un sistema eficiente y eficaz de administración de justicia arbitral.

Presentado por: Maria Paula Bonivento Ocampo, Laura Duque Venegas, Andrés Felipe Fonseca Struss.

Director del trabajo de Grado: Dr. Hernando Gutiérrez Prieto

Julio de 2013

Bogotá D.C., Colombia

NOTA DE ADVERTENCIA

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de grado. Solo velara que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y porque los trabajos de grado no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellos el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

*Artículo 23 de la Resolución N° 13 de Julio de 1946
Pontificia Universidad Javeriana*

Reflexiones en torno a los cambios sustanciales de la Ley 1563 de 2012: Hacia un sistema eficiente y eficaz de administración de justicia arbitral.

I. Introducción:

El derecho sustancial y el derecho procesal han sido protagonistas en la historia de las legislaturas colombianas. Contrario a lo que muchos piensan, ninguna de las ramas puede concebirse sin consideración de la otra. Así, el derecho sustancial no sirve de nada sin un sistema de derecho procesal concreto y robusto. Del mismo modo, de nada sirve un derecho procesal fuerte y robusto sin un sistema de derecho sustancial eficiente.

El equilibrio que debe lograrse entre el derecho sustancial y el derecho procesal debe ser tal que, frente a reformas en una u otra área, la correcta y justa administración de justicia no sea vea afectada. En el marco de esta tensión entre las dos ramas, el arbitraje ha resultado en una respuesta alentadora frente al enorme represamiento de procesos judiciales en la justicia ordinaria. Los empresarios comerciales, no ajenos a esta circunstancia, deciden incluir en sus contenidos contractuales cláusulas arbitrales nacionales (e inclusive internacionales) con el fin de someter las eventuales diferencias surgidas en desarrollo del contrato a la justicia privada que a ojos de terceros resulta ser, aun onerosa, eficiente y rápida.

La tendencia de incluir cláusulas de este tipo género que en el año 2012 se impulsara la reforma al esquema arbitral que se consideraba anacrónico y desajustado en el tiempo. Con la entrada en vigencia de la Ley 1563 de 2012 se dio entrada a un nuevo paredón de críticas y observaciones que a hoy día deben ser analizadas.

Sin el ánimo de juzgar positiva o negativamente la ley en mención pretendemos abordar este escrito en un punto de vista objetivo y abierto a construcciones jurídicas que den cabida a nuevas interpretaciones y mejoramientos a la legislación actual. No pretendemos, entonces, abordar el estatuto arbitral en su totalidad (resultaría de poca importancia

teniendo en cuenta la multiplicad de temas en relación con el asunto), sino por el contrario, abordar la reflexión desde el inicio del arbitraje: el pacto arbitral. En desarrollo del mismo, realizaremos reflexiones en torno a ciertas disposiciones que en cierta manera cambiaron el devenir de ideas antiguamente concebidas.

II. Concepto de pacto arbitral:

El arbitraje es un mecanismo alternativo y heterocompositivo de solución de conflictos previsto en el artículo 116 de la Constitución Política que tiene origen en el acuerdo al que llegan las partes para someter sus diferencias, de carácter transigible, a la decisión de un tercero (árbitros), quienes quedan transitoriamente investidos de la facultad de administrar justicia, aceptando previamente sujetarse a la decisión que allí se adopte, que por demás es obligatoria, definitiva y tiene efectos de cosa juzgada¹. De esta manera, para que el arbitraje tenga lugar es necesario contar previamente con la voluntariedad de las dos partes por medio de la cual habilitan a un tercero denominado árbitro y se obligan a someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal de Arbitramento de forma transitoria.

Esa expresión de voluntad de las dos partes, se conoce como pacto arbitral. De ahí que, sea preciso tener en cuenta lo previsto en el artículo 115 de la Ley 446 de 1998, que establece lo siguiente: *“Por medio del pacto arbitral, que comprende la cláusula compromisoria y el compromiso, las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal Arbitral, renunciando a hacer valer sus pretensiones ante los jueces.”*

Resulta importante precisar que la voluntad manifestada por las partes, debe estar libre de vicios del consentimiento, de lo contrario el pacto arbitral estaría viciado de nulidad cuando quiera que la voluntad de las partes esté distorsionada o gravemente comprometida. En efecto, los vicios del consentimiento de las partes suscriptoras de un pacto arbitral no solo afectan la validez de dicho negocio jurídico, sino que comprometen la legitimidad de cualquier decisión que los árbitros adopten en virtud de él. Por esa razón, es indispensable

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-121 del 22 de febrero de 2002, Magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño; Corte Constitucional, Sentencia T-511 del 30 de junio de 2011, Magistrado Ponente: Jorge Ivan Palacio Palacio.

que el pacto arbitral resulte de la voluntad libre y autónoma de las partes de someter sus diferencias a la decisión de particulares, y no de la imposición de la parte más fuerte en la relación negocial. El pacto debe ser sumamente claro e inequívoco de la intención de los contratantes de deferir sus conflictos a la decisión de la justicia arbitral².

En ese orden de ideas, el artículo 117 del Decreto 1818 de 1998 define el pacto arbitral como el acuerdo de las partes por medio del cual deciden someter a la decisión de particulares el conocimiento de una determinada controversia susceptible de transacción.

Así mismo, el Consejo de Estado ha establecido que el pacto arbitral “(...) *siempre debe ser expreso, puesto que no se presume y que su finalidad de trascendental importancia consiste en delimitar la competencia de los árbitros*”³. En otras palabras, el único requisito de forma previsto en la ley respecto del pacto arbitral es la exigencia de que el mismo conste por escrito, solemnidad sustancial para que se repute legalmente perfecto.

En efecto, la solemnidad del pacto arbitral “(...) *consiste en que las partes hagan constar de manera documental el correspondiente acuerdo de voluntades mediante el cual se definan los términos básicos o mínimos de dicho pacto, a lo cual cabe agregar, de una parte, que esas mismas normas no exigen que dicho acuerdo deba constar en un solo y único documento, cuestión que determina la admisibilidad de que el correspondiente acuerdo de voluntades o su formación pueda constar a través de varios documentos y, de otra parte, que dichas normas tampoco especifican el tipo de documento en que pueda o deba constar el pacto, por manera que el mismo podría constar en cualesquiera de las clases de documentos que la ley contempla*”⁴. No obstante lo anterior, por regla general, el pacto arbitral consta en la mayoría, si no en todos los casos, en documentos escritos.

² Corte Constitucional, Sentencia T-511 del 30 de junio de 2011, Magistrado Ponente: Jorge Ivan Palacio Palacio.

³ Regulación prevista en el artículo 3 del Decreto 2279 de 1989. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 7 de marzo de 2012, Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

⁴ *Ibíd.*

Por su parte, la Corte Constitucional ha afirmado que *“La determinación de habilitar a los árbitros para poner fin a una determinada disputa se materializa a través de un negocio jurídico de derecho privado denominado pacto arbitral, el cual, según la normativa vigente, puede tomar las formas de cláusula compromisoria o compromiso. Aquel puede abarcar una controversia determinada o referirse de manera general a todos los conflictos de naturaleza transigible que puedan surgir de una relación jurídica”*⁵.

De todo lo anterior se desprende que, para el ejercicio de la función jurisdiccional por parte de los árbitros, función restringida y de carácter voluntario, es requisito indispensable el pacto arbitral, sin el cual no es posible que aquellos ejerzan jurisdicción⁶.

Ahora bien, en lo relacionado con la naturaleza jurídica del pacto arbitral, se entiende que éste *“Es un acuerdo de voluntades, mediante el cual las partes con capacidad para transigir, se obligan a someter sus diferencias susceptibles de transacción a la decisión de un cuerpo colegiado integrado por árbitros, investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, para proferir un laudo que tiene la misma categoría jurídica y los mismos efectos de la sentencia judicial”*⁷.

Como consecuencia de lo anterior, *“la fuente de las funciones jurisdiccionales de los árbitros no es un acto del Estado, sino un contrato o acuerdo de voluntades entre las partes, razón por la cual el arbitramento se rige por el principio de voluntariedad o habilitación, el cual establece como requisito sine qua non para su procedencia, que las partes hayan manifestado previa y libremente su intención de deferir a un grupo de particulares la solución de sus diferencias”*⁸.

De ahí que, *“(…) la naturaleza del acto habilitante, esto es del pacto arbitral, el cual como fuente es en sí mismo un contrato o negocio jurídico que genera un vínculo inescindible,*

⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-511 del 30 de junio de 2011, Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

⁶ Op. cit. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 7 de marzo de 2012.

⁷ Ibíd.

⁸ Op. cit. Corte Constitucional, Sentencia T-511 del 30 de junio de 2011.

pues es sólo a partir de ese preciso negocio jurídico que se demarcan los límites tanto temporales como materiales de las competencias que de allí se derivan. Por consiguiente, no podrá someterse a la decisión de árbitros asuntos que no tengan vinculación directa con dichos contratos, tanto desde el punto de vista material, como temporal, caso en el cual se corroboraría la inexistencia de habilitación”⁹.

En ese orden de ideas, por medio del pacto arbitral las partes de común acuerdo deben determinar como mínimo la naturaleza de decisión de los árbitros (en derecho, en equidad o técnico), la clase de procedimiento del arbitraje (independiente, institucional o legal), la forma de nombrar los árbitros (si lo hacen las partes, si es por sorteo, nombrados por el Centro de Arbitraje y Conciliación, o por otra modalidad) y el número de árbitros que conformará el Tribunal de Arbitramento (si es uno o son tres árbitros), con el fin de determinar el procedimiento y las reglas a las que se sujetará el Tribunal de Arbitramento ante la existencia de cualquier diferencia.

De esta manera, una de las consecuencias del principio de voluntariedad del arbitramento está en el carácter transitorio y limitado de las funciones jurisdiccionales conferidas a los árbitros. En efecto, “(...) *la competencia de los árbitros está estrictamente limitada a la materia que las partes hayan acordado someter a decisión del Tribunal de Arbitramento. De ese modo, una vez se resuelve la controversia, los árbitros pierden sus facultades para impartir justicia, ya que desaparece la razón de ser de su habilitación”¹⁰.*

Así mismo, el pacto arbitral puede revestir una de dos modalidades: la cláusula compromisoria o el compromiso¹¹, figuras jurídicas distintas con características y particularidades propias.

1. Cláusula compromisoria

⁹ Op. cit. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 7 de marzo de 2012.

¹⁰ Op. cit. Corte Constitucional, Sentencia T-511 del 30 de junio de 2011.

¹¹ Artículo 117 del Decreto 1818 de 1998.

La cláusula compromisoria es “(...) *aquella estipulación por virtud de la cual las partes en un contrato resuelven que todas o algunas de las diferencias que se puedan presentar entre ellas con motivo del desarrollo o liquidación de dicho contrato, se sometan a decisión arbitral. Es una cláusula adicional a un contrato que generalmente es de ejecución periódica o de tracto sucesivo, aunque nada se opone a que la cláusula compromisoria se pacte también en contratos de otra índole*”¹².

Se tiene entonces, que la cláusula compromisoria es una disposición contenida en un contrato celebrado por las partes o en otro documento anexo a este, como puede ser un otrosí, por medio de la cual los contratantes acuerdan, de manera previa a que surja cualquier conflicto entre ellos, que de llegarse a suscitar alguna diferencia, su solución se someterá total o parcialmente al conocimiento de un Tribunal de Arbitramento¹³.

Al respecto, es preciso tener en cuenta la definición prevista en el artículo 118 del Decreto 1818 de 1998 que establece que “*Se entenderá por cláusula compromisoria, el pacto contenido en un contrato o en documento anexo a él, en virtud del cual los contratantes acuerdan someter las eventuales diferencias que puedan seguir con ocasión del mismo, a la decisión de un Tribunal Arbitral. Si las partes no determinan las reglas de procedimiento aplicables en la solución de su conflicto, se entenderá que el arbitraje es legal. La cláusula compromisoria es autónoma respecto de la existencia y validez del contrato del cual forma parte. En consecuencia, podrán someterse al procedimiento arbitral los procesos en los cuales se debatan la existencia y la validez del contrato y la decisión del tribunal será conducente aunque el contrato sea nulo o inexistente*”.

Por su parte, pero de manera equivalente, el artículo 116 de la Ley 446 de 1998 define la cláusula compromisoria de la siguiente manera: “*Se entenderá por cláusula compromisoria, el pacto contenido en un contrato o en documento anexo a él, en virtud del cual los contratantes acuerdan someter las eventuales diferencias que puedan surgir con ocasión del mismo, a la decisión de un Tribunal Arbitral. (...)*”.

¹² BENETTI Salgar, Julio. “El Arbitraje en el Derecho Colombiano”. Editorial Temis 1994. Pág. 17.

¹³ Op. cit. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 7 de marzo de 2012.

En ese sentido, la cláusula compromisoria tiene su fuente en un contrato, el cual tiene por objeto solucionar eventuales litigios entre las partes que lo celebran; debe pactarse antes de que llegue a surgir cualquier tipo de conflicto entre las partes que celebran el contrato, ya sea incluyéndola en el mismo documento o en uno separado; deberá contener la designación de las partes y la determinación del contrato y será independiente al negocio jurídico que le da vida, de tal forma que si el mismo llegará a ser nulo, la cláusula compromisoria conservaría vigencia¹⁴.

En relación con la autonomía e independencia que se predica de la cláusula compromisoria con respecto al contrato, la Corte Constitucional estableció que *“(…) si bien tradicionalmente se ha entendido que la cláusula compromisoria es accesoria respecto del contrato que da origen a los conflictos sobre los cuales habría de fallar el Tribunal de Arbitramento, el legislador colombiano, siguiendo la senda de la doctrina internacional, ha decidido conferirle un carácter autónomo a la cláusula compromisoria. De esta manera, una decisión del legislador varía - ciertamente, en forma válida - el entendimiento general existente acerca de la relación entre el contrato y la cláusula compromisoria. En consecuencia, por obra de la resolución legislativa, la máxima jurídica que consagra que "lo accesorio sigue la suerte de lo principal" ya no sería aplicable a la cláusula compromisoria, por cuanto ésta ya no tendría un carácter accesorio. La decisión acerca de la accesoriadad o la independencia de la cláusula compromisoria le corresponde al legislador, en el marco de su libertad de configuración normativa”*¹⁵.

De esta forma, las partes están renunciando a la posibilidad de llevar sus futuros y eventuales conflictos a la justicia ordinaria, por cuanto de manera libre, expresa, propia y voluntaria decidieron someter sus diferencias a un Tribunal de Arbitramento por ellas mismas habilitado, obligándose desde el comienzo a cumplir con la decisión que el Tribunal tome al respecto.

¹⁴ Ibíd.

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-248 del 21 de abril de 1999, magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Mediante la cláusula compromisoria las partes acuerdan solucionar total o parcialmente eventuales diferencias que puedan llegar a ocurrir en relación con un contrato que hubieren celebrado. De tal manera que no podrán someterse a la decisión de árbitros asuntos que no tengan vinculación alguna con dicho contrato. Es decir que, la cláusula compromisoria debe haberse pactado previamente a cualquier conflicto que surja entre los suscribientes del contrato¹⁶.

Cuando en la cláusula compromisoria no se precisan los litigios eventuales que se someterían a ella, debe entenderse que esta se extiende a cualquier conflicto que directa o indirectamente tenga relación con el contrato que le sirvió de fuente. Pero al mismo tiempo, se entiende que la cláusula compromisoria es autónoma en su existencia y validez respecto del contrato del que hace parte¹⁷.

Como consecuencia de lo anterior, se puede afirmar que *“La cláusula compromisoria contiene una renuncia anticipada, ex ante, que las partes convienen respecto de la jurisdicción permanente ante la eventualidad de un futuro conflicto entre ellas, por tanto, está llamada a aplicarse en relación con diferencias surgidas a partir de su celebración, aspecto que se denominará requisito temporal. Esta cláusula está concebida desde el momento de su celebración, por tanto, para operar en caso de eventuales diferencias, sin que de manera concreta pueda anticiparse la existencia cierta de las mismas, es decir, no se fijan extremos de la controversia pues los conflictos son futuros e inciertos, aunque necesariamente deben estar directamente vinculados con el objeto del contrato que las origina, en estricto sentido material, de lo cual se colige que en ningún caso la cláusula compromisoria podría tener efectos en relación con materias no previstas o ajenas por completo a la relación jurídica de origen como tampoco está llamada a generar, en principio, efectos retroactivos (...)”*¹⁸.

¹⁶ Op. cit. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 7 de marzo de 2012.

¹⁷ *Ibíd.*

¹⁸ *Ibíd.*

Bajo ese entendido, resulta aparentemente claro que si las partes voluntariamente se han sometido al arbitraje por medio de cláusula compromisoria, podría considerarse infundado, que ellas mismas desconozcan la cláusula correspondiente y acudan a la jurisdicción ordinaria para la solución de su controversia¹⁹.

Ahora, con relación a la interpretación que realice el operador judicial respecto de la cláusula compromisoria, se tiene que éste *“debe consultar la voluntad de las partes y a ella le son aplicables, por igual, las demás reglas de interpretación de los contratos, sin que el juez respectivo -arbitral o de anulación-, pueda sustituir el consentimiento que le da origen, condición que impone una valoración rigurosa de su contenido”*²⁰.

Como consecuencia de lo anterior se puede concluir que la cláusula compromisoria tiene su fuente jurídica en el contrato y su finalidad es someter cualquier diferencia futura relacionada con el contrato celebrado al conocimiento de un Tribunal de Arbitramento.

2. Compromiso arbitral

El compromiso, constituye otra de las modalidades que puede revestir el pacto arbitral, el cual consiste en un acuerdo o negocio jurídico celebrado por las partes respecto de las respecto a un conflicto ya existente -que puede estarse tramitando o no judicialmente-, y se persigue que no sea dirimido por la justicia ordinaria sino por un Tribunal de Arbitramento²¹.

En ese sentido, el compromiso arbitral es un acuerdo de voluntades *“(...) por medio del cual dos o más personas capaces acuerdan someter las controversias presentes suscitadas antes, durante y después de iniciado un proceso, derivadas de una relación jurídica*

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-662 del 8 de julio de 2004, Magistrado ponente: Rodrigo Uprimny Yepes.

²⁰ Op. cit. Corte Constitucional, Sentencia T-511 del 30 de junio de 2011.

²¹ *Ibíd.*

susceptible de transar, para ser resueltas en derecho, conciencia o técnicamente por un tercero”²².

Así mismo, el artículo 119 del Decreto 1818 de 1998 establece que: *“El compromiso es un negocio jurídico, por medio del cual las partes involucradas en un conflicto presente y determinado, convienen resolverlo a través de un tribunal arbitral. El compromiso podrá estar contenido en cualquier documento como telegramas, telex, fax u otro medio semejante. El documento en donde conste el compromiso deberá contener: a) El nombre y domicilio de las partes; b) La indicación de las diferencias y conflictos que se someterán al arbitraje; c) La indicación del proceso en curso cuando a ello hubiere lugar. En este caso las partes podrán ampliar o restringir las pretensiones aducidas en aquél”.*

Por su parte, y de manera equivalente, el artículo 117 de la Ley 446 de 1998 establece que *“El compromiso es un negocio jurídico, por medio del cual las partes involucradas en un conflicto presente y determinado, convienen resolverlo a través de un Tribunal Arbitral. (...)”.*

De esta manera, el compromiso se pacta con ocasión de un conflicto que ya existe, concomitante o no a un proceso judicial iniciado ante la jurisdicción estatal. Eso quiere decir que *“(...) se requiere la existencia de un litigio determinado, relacionado o no con un vínculo contractual”²³.*

De esta manera, *“El compromiso, no forma parte del contrato inicialmente pactado entre las partes, sino que es un acto jurídico de nacimiento posterior, que surge cuando así se conviene por ellas para que se le dé solución a un conflicto posterior al contrato que, de no mediar el compromiso, debería ser decidido por la jurisdicción del Estado. El compromiso requiere la preexistencia del conflicto, de la contención, de la controversia jurídica por unos hechos determinados. No puede imponerse unilateralmente por una de las partes a otra, como un ejercicio abusivo del derecho para sustraer la decisión del litigio por los*

²² BONIVENTO F., José Alejandro. “Los principales contratos Civiles y comerciales”. Editorial Temis. Tomo II p. 121.

²³ *Ibíd.*

jueces. Exige, necesariamente que se pacte de manera autónoma, esto es, con una voluntad libre, exenta de vicios en el consentimiento, pues se trata nada menos de la derogación de la jurisdicción para el caso concreto”²⁴.

Como consecuencia de lo anterior, las partes en el compromiso arbitral deben delimitar de manera clara el o los asuntos que quieren poner en conocimiento del Tribunal de Arbitramento, toda vez que “(...) *la competencia arbitral queda limitada a la diferencia expresamente señalada en el convenio*”²⁵.

En conclusión, se puede decir entonces que el compromiso constituye una especie de contrato por medio del cual las partes manifiestan su voluntad de poner en conocimiento de un Tribunal de Arbitramento los problemas jurídicos ya existentes.

Por todo lo anterior, es preciso señalar también que la distinción principal y esencialmente conceptual que existe entre la cláusula compromisoria y el compromiso, está en que la primera deroga eventualmente la jurisdicción de los jueces ordinarios, mientras que el compromiso la deroga actualmente²⁶.

Ahora bien, partiendo del marco conceptual general descrito anteriormente sobre la naturaleza, objeto, características y modalidades del pacto arbitral, a la luz del nuevo Estatuto Arbitral colombiano, es posible evidenciar, desde la simple consagración de su concepto, diferencias importantes con respecto a la legislación anterior ya analizada – Decreto 1818 de 1998-, relativas al tema del pacto arbitral, las cuales, sin duda alguna, tienen además inevitables implicaciones prácticas en el ámbito jurídico.

Por lo anterior, a continuación haremos un análisis de las diferencias más relevantes en esta materia por considerar que de ellas se desprenden cambios importantes e interrogantes que

²⁴ Op. cit. Corte Constitucional, Sentencia C-878 del 23 de agosto de 2005.

²⁵ GIL ECHEVERRI, Jorge Hernán. “Nuevo Régimen de Arbitramento Manual Práctico”. Cámara de Comercio de Bogotá. Tercera Edición. Pág. 132.

²⁶ Op. cit. Corte Constitucional, Sentencia T-511 del 30 de junio de 2011.

valdrá la pena tener en cuenta a la hora de dar aplicación práctica a la nueva regulación consagrada en la ley 1563 de 2012.

Si bien es cierto que desde tiempos remotos se ha considerado por parte de la doctrina y a jurisprudencia²⁷, de manera general o prácticamente unánime que *“El pacto arbitral es un acto jurídico bilateral o plurilateral, como quiera que constituye la expresión de voluntad de los contratantes destinada a producir un efecto jurídico: otorgar una jurisdicción especial a los árbitros para que deriman en derecho o en conciencia las controversias presentes o futuras que puedan vincularlos”*²⁸, también lo es que en el Decreto 1818 de 1998 no existía de manera expresa una definición legal de lo que se entendía o debía entenderse por pacto arbitral, pues el artículo 117 ya citado de dicha legislación, se limitaba a señalar, a grandes rasgos, el “objeto” del mismo al advertir que *“Por medio del pacto arbitral, que comprende la cláusula compromisoria y el compromiso, las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal Arbitral, renunciando a hacer valer sus pretensiones ante los jueces”*.

Pues bien, el nuevo Estatuto Arbitral, en su artículo 3º, tipificó de manera clara y expresa la naturaleza propia del pacto arbitral definiéndolo como *“un **negocio jurídico** por virtud del cual las partes someten o se obligan a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas”* (negrilla fuera del texto). Y seguidamente señala cuál es su efecto principal y las modalidades que puede revestir el mismo –cláusula compromisoria o compromiso-.

De la anterior definición se desprende de manera evidente la naturaleza eminentemente contractual del pacto arbitral y de ella, se desprenden a su vez, inevitables implicaciones: El pacto arbitral, que es condición necesaria –sin perjuicio del interrogante que se planteará más adelante- para que pueda existir arbitraje, es en últimas un contrato que, como tal, debe regirse por las normas que rigen esta materia en el ámbito del derecho privado.

²⁷ Véase Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, Sentencia de 10 de noviembre de 1970, M.P. Germán de Gamboa Villate; Sentencia C-294 de 1995; C-431 de 1995; C-347 de 1997; C-163 de 1999; C-186 de 2011.

²⁸ Estatuto Arbitral Colombiano –Análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012-, Legis Editores S.A., 2013, pág 37.

De cara al tema objeto de estudio del presente escrito analizaremos tres de las varias consecuencias que se derivan de la consideración que antecede en la medida en que constituyen cambios en algunos aspectos del pacto arbitral con respecto a la legislación anterior y que son las siguientes:

- i. El pacto arbitral, como contrato que es, está sujeto a las normas y principios que gobiernan la formación, validez y en general la eficacia del acto jurídico.
- ii. El principio de “*relatividad del acto jurídico*”, se predica entonces también del pacto arbitral, es decir que sus efectos sólo cobijan o afectan a las partes que pactaron la cláusula compromisoria o el compromiso.
- iii. Como contrato que es, el pacto arbitral puede cederse; y la cesión que se haga del contrato principal implica la cesión de la cláusula compromisoria.

En cuanto al primer punto, es preciso hacer algunas consideraciones relativas a la formación del pacto arbitral. De acuerdo con la legislación anterior –artículos 118²⁹ y 119³⁰ del Decreto 1818 de 1998-, se entendía de manera pacífica que el pacto arbitral, bien fuera por la vía de la cláusula compromisoria o del compromiso, debía constar por escrito. En el nuevo Estatuto Arbitral, a partir de los artículos equivalentes que hacen referencia a la cláusula compromisoria –artículo 4^{o31}-, y al compromiso –artículo 6^{o32}-, se puede deducir que en principio no hay cambio alguno con respecto a dicha concepción, pues en los dos artículos en comento se hace referencia a la existencia de un documento –en sus diversas modalidades- en el que debe constar el pacto arbitral.

Sin embargo, armonizando dichos artículos con otras disposiciones contenidas en el nuevo Estatuto Arbitral es evidente que se abre un importante interrogante con respecto a dicha

²⁹ “*Se entenderá por cláusula compromisoria, el pacto contenido en un contrato o en documento anexo a él (...)*”.

³⁰ (...) *El compromiso podrá estar contenido en cualquier documento como telegramas, télex, fax u otro medio semejante (...)*”.

³¹ “*La cláusula compromisoria, podrá formar parte de un contrato o constar en documento separado inequívocamente referido a él (...)*”.

³² “*El compromiso podrá constar en cualquier documento, que contenga: (...)*”.

concepción, pues el párrafo del artículo 3^o³³ del Estatuto en mención, consagra lo que algunos autores y doctrinantes ya han denominado como “*presunción de pacto arbitral*”:

*“Si en el término de traslado de la demanda, o de 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 existencia de pacto arbitral”* (negrilla fuera del texto).

De la anterior disposición se desprende, de manera arriesgada y con todo lo que ello implica, que el pacto arbitral no debe constar, necesariamente, por escrito pues una de las partes del conflicto puede llegar a invocar la existencia de éste sin tener que acompañar prueba alguna del mismo, y si la otra parte no “alega” o niega su existencia –dentro del término establecido- se tendrá como probada la presunción y se podrá iniciar, sin más, un proceso arbitral. Por el contrario, y de manera igualmente peligrosa, si una parte invoca la existencia del pacto arbitral y la otra simplemente niega su existencia, se caerá la presunción y se deberá acudir a la justicia ordinaria aun cuando fuera cierta la existencia del pacto.

A nuestro modo de ver, se trata entonces de una presunción que desvirtúa en cierta forma o que choca de alguna manera con la concepción que ha venido imperando hasta ahora con respecto a la formación del pacto arbitral, entendido éste como un contrato y por ende como un acuerdo entre las partes para someter sus diferencias a la decisión de un tribunal arbitral, pues permite entender que el mismo no debe constar por escrito y que basta con que una parte lo invoque y la otra no lo niegue expresamente, para que pueda entenderse a partir de ello que en últimas si existe –aunque no sea así- un acuerdo de voluntades entre las partes.

El pacto arbitral es precisamente lo que habilita la competencia de los árbitros para administrar justicia de manera transitoria y es, sin duda alguna, una de las diferencias que tiene con respecto a la jurisdicción ordinaria –en la que una de las partes, sin el consentimiento de la otra, puede acudir al juez para solicitar que se le reconozcan sus

³³ Véase también los artículos 20, inciso 5° y 37, inciso 4°.

pretensiones-. Por lo mismo, no debe llegarse a ese punto de flexibilidad en el que, sin que haya certeza de la verdadera voluntad de las partes de acudir a la jurisdicción arbitral, se presenten innumerables demandas arbitrales para que la controversia se someta a la decisión de un tribunal de esta naturaleza.

Con relación al segundo punto, es decir al principio de “*relatividad del acto jurídico*”, también es necesario poner de presente un aspecto que introduce una diferencia importante con relación a los efectos que producía el pacto arbitral a la luz de la regulación del Decreto 1818 de 1998. El pacto arbitral, teniendo en cuenta su naturaleza contractual y en concordancia con el principio en mención, sólo era vinculante y obligaba a las partes que habían suscrito el mismo, es decir, eran estas las que debían someter sus diferencias a un tribunal arbitral y quienes se verían vinculadas por los efectos de la decisión del mismo.

Pues bien, a esa regla general en materia contractual, aplicable por ende al pacto arbitral, aunque sigue teniendo plena vigencia, le es introducida también, si se quiere llamar así, una especie de excepción con la entrada en vigencia del nuevo Estatuto arbitral, el cual, en el párrafo 1º del artículo 37 consagra: “*Cuando se llame en garantía a una persona que ha garantizado el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato que contiene pacto arbitral, aquella quedará vinculada a los efectos del mismo*”.

Lo anterior, no es otra cosa que la extensión de los efectos del pacto arbitral a terceros, es decir a personas diferentes a aquellas que suscribieron el contrato y el mismo pacto, pero que por haber garantizado un contrato en el cual se incluyó una cláusula compromisoria, y por ser llamados al proceso como consecuencia de ello, quedan igualmente cobijadas por los efectos que produzca la misma.

En esa medida, es una disposición con la que se regula lo relativo a la intervención de terceros en el proceso y se introduce, como ya se adelantó, otra excepción a la regla general del pacto arbitral vinculada de manera específica con el principio general de relatividad de los actos y negocios jurídicos que influencia de manera directa y práctica en el tema del pacto arbitral.

Ahora bien, también es preciso tener en cuenta que si bien se regula, como ya se advirtió, la intervención de terceros en el proceso arbitral, y ello puede tener consecuencias riesgosas, el mismo artículo 37 en su inciso primero dispone de manera expresa que la vinculación de dichos terceros depende, y debe sujetarse a lo dispuesto para cada uno de los casos en el Código de Procedimiento Civil, bien porque la intervención sea obligatoria, y deba estarse a lo dispuesto para el litisconsorcio necesario o bien porque la misma sea facultativa y deba tenerse en cuenta lo relativo al llamamiento en garantía, a la denuncia del pleito o a la intervención *ad excludendum*. Significa lo anterior, que los intervinientes se verán afectados por el pacto arbitral contenido en un contrato que están garantizado pero siempre y cuando la figura a través de la cual se invoca dicha intervención, tenga cabida según las exigencias y características consagradas en el Código de Procedimiento Civil.

De esta forma, nos resta por analizar el último de los puntos enunciados anteriormente relativo a la cesión del pacto arbitral. Al respecto, hay que empezar por advertir que el pacto arbitral, considerado como negocio jurídico y teniendo en cuenta la autonomía que se predica del mismo con respecto al contrato del cual hace parte, es susceptible de cederse por voluntad de las partes de conformidad con las reglas generales de la cesión contractual y produciendo todos los efectos propios de la misma.

Lo anterior, es claro que no constituye novedad alguna con respecto a la legislación anterior, pues desde ella ya se predicaba la autonomía de la cláusula compromisoria y la naturaleza contractual de la misma de manera pacífica y por lo tanto el tema de la cesión del pacto arbitral no tenía discusión.

Ahora bien, el tema no era igualmente pacífico cuando se trataba de la cesión del contrato que contenía una cláusula compromisoria pues la propia naturaleza y autonomía de la misma llevaba a varios autores y doctrinantes a sostener que cuando se cedía el contrato principal, no se estaba cediendo con ello, necesariamente, el pacto arbitral, pero así mismo, había quienes, también con razón, sostenían lo contrario. Se trataba entonces de un tema

que a la luz del Decreto 1818 de 1998 era discutido y su consagración legal permitía más de una interpretación.

Pues bien, esa antigua discusión fue cerrada con la expedición del nuevo Estatuto Arbitral, en el cual se incluyó, al tenor del artículo 5º, de manera expresa, que la cesión de un contrato que contiene cláusula compromisoria, implica, necesariamente, la cesión de la misma:

“Artículo 5º. Autonomía de la cláusula compromisoria. (...) La cesión de un contrato que contenga pacto arbitral, comporta la cesión de la cláusula compromisoria”.

De esta manera, quedan planteadas entonces las diferencias que se derivan específicamente de la naturaleza contractual que se predica del pacto arbitral y pasaremos a analizar otras que si bien no están directamente relacionadas con las implicaciones que se desprenden del pacto arbitral como negocio jurídico, si son diferencias que se evidencian con relación a la legislación anterior en virtud de la regulación contenida en el nuevo Estatuto Arbitral y por supuesto asociadas con el tema del pacto arbitral objeto de estudio.

III. Reflexión en torno a las particularidades del nuevo esquema arbitral

1. Desistimiento del pacto arbitral: Nuevo esquema planteado por la jurisprudencia unificadora del Consejo de Estado.

En el marco de los procedimientos judiciales, administrativos o de oficio, el derecho procesal es quizá la herramienta que garantiza la igualdad de armas tanto de los demandantes como de los demandados.

Así, si bien el derecho sustancial se encarga de dictar la regla de conducta que en últimas será el centro y base de la controversia, ésta debe ceder a los intereses proteccionistas del derecho procesal. Con lo anterior queremos significar que no solo basta, en un proceso, con que el derecho sustancial suponga tener la razón para una de las partes, sino que también es

necesario que la razón sustancial suponga la razón procesal. No en vano que en muchos de los procesos que versan sobre materias contractuales y comerciales, de las cuales suponemos debería tener preponderancia el derecho sustancial, termina siendo protagonista el polo opuesto del derecho procesal que determina el contenido de la sentencia dictada por el juez.

La anterior reflexión solo merece ser tenida en cuenta para el objeto de esta investigación en el marco del pacto arbitral que se accede en los miles de negocios jurídicos que día a día se celebran. La autonomía de la voluntad privada determina el curso de los negocios jurídicos de los negocios privados nacionales e internacionales. Así, el contenido económico de las prestaciones de los contratos, la esencia, objeto y causa de los mismos se gobiernan por el querer de los contratantes, por su posición de fuerza en el contrato y por la necesidad de los mismos.

La autonomía privada es el fundamento y la razón de ser del derecho privado como lo conocemos hoy día. Las bases de las regulaciones y el devenir comercial se justifican en este concepto. En este sentido, la autonomía privada es *“un poder originario y soberano de los individuos (...) la voluntad privada crea derecho por sí misma, es fuente de derecho por su propia fuerza y en consecuencia el contrato es una ley para los contratantes (...) el poder que se confiere a los particulares para crear normas jurídicas, poder conferido por el sistema jurídico estatal”*³⁴.

En otra perspectiva, el profesor Sergio Muñoz Laverde define la autonomía privada como *“la prerrogativa, potestad o derecho que permite a las personas, en sus declaraciones de voluntad, crear sus propias reglas o normas de comportamiento, con el objeto de auto regular sus relaciones jurídicas, siempre y cuando no vulneren con eso intereses superiores que constituyen lo que se conoce como orden público”*³⁵

³⁴ IBID

³⁵ MUÑOZ LAVERDE, Sergio. “El postulado de la autonomía privada y sus límites frente al constitucionalismo colombiano contemporáneo”. Pontificia Universidad Javeriana.

Aun cuando la autonomía privada resulta ser el fundamento y la fuente primigenia de la autodeterminación de los negocios mercantiles, es también cierto que la autonomía privada solo permea los espectros que el Estado permite y hasta donde los límites naturales permiten.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de Colombia en sendas sentencias ha afirmado que la autonomía privada es el *“cumulo de poderes o facultades proyectadas en la posibilidad de disponer o abstenerse de la disposición, seleccionar el sujeto con quien dispone, escoger o crear el tipo contractual, ósea la libertad y poder para celebrar el contrato”*³⁶

Teniendo en cuenta que la autonomía privada solo encuentra límite en los frenos establecidos de manera positiva y natural por el Estado, consideramos pertinente poner de presente la reflexión de Sergio Muñoz y el Profesor Hinestrosa. *“De esta manera definida, es también válido afirmar que la noción de autonomía privada no es un concepto que cobre validez jurídica de manera inequívoca; por el contrario, cobra validez con la noción de orden público como límite a la misma. De esta manera la exposición del profesor Sergio Muñoz resulta ilustrativa al establecer que la autonomía privada se enmarca y cobra sentido dentro del orden público asociado, valga la redundancia, a la autonomía negocial de los particulares. De esta manera, la autonomía encuentra su límite en el orden público, entendido éste como aquel expresado en ley imperativa, lo cual quiere significar que cuando se encuentre una ley imperativa enfrentada con la voluntad del contratante, deben siempre prevalecer las disposiciones imperativas como límite a la disposición de los contratantes; “(...) las coordenadas de orden público y buenas costumbre son los instrumentos de que se vale el Estado para encauzar y controlar el ejercicio de la autonomía privada, asegurar la primacía del interés general, tutelar los intereses de sectores deprimidos de la sociedad e impedir el abuso de posiciones de poder económico o, en general, dominantes, en la formación del contrato (...)”*³⁷.

³⁶ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 30 de agosto de 2011.

³⁷ HINESTROSA, Fernando. “Tratado de las obligaciones”. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición. Bogotá. Año 2002. Pág. 274

Quizá la pregunta sea el porqué del tema de la autonomía de la voluntad en el marco del estudio del arbitraje. Pues bien, es la misma autonomía de la voluntad privada la que determina el poder y la facultad de los contratantes para sacar de la jurisdicción ordinaria los posibles o eventuales inconformismos de las relaciones privadas surgidas por la celebración de un contrato o acuerdo comercial, y llevarlos a la justicia privada (pero reglada) arbitral.

Durante los últimos años, sin embargo, el pacto arbitral pactado en los contratos se entendía podía ser renunciado, bien expresamente o tácitamente por la interposición de la demanda ante la jurisdicción ordinaria sin que exista oposición de la contraparte por falta de competencia ante el pacto arbitral pactado. Se entendía, y así lo entendemos nosotros, que la interposición de la demanda ante la jurisdicción ordinaria, aun existiendo pacto arbitral en el contrato o acuerdo comercial, y el silencio de la contraparte afectada por la interposición de la demanda, se entendía como plena aceptación de los contratantes de renunciar a la interposición de demanda frente a un tribunal arbitral y aceptación de la jurisdicción ordinaria tácitamente. Aquí, de nuevo, la autonomía de la voluntad es la respuesta de lo anteriormente destacado.

La renuncia a lo acordado consentidamente por las dos partes debería ser tenida en cuenta bien expresa o tácitamente por las mismas partes. No se entendería, como que la renuncia a lo expresamente pactado deba hacerse expresamente. Nada impide, en principio, que tácitamente se pueda acceder a la jurisdicción ordinaria por renuncia al pacto arbitral.

Contrario a lo expuesto, recientemente el Consejo de Estado de Colombia profirió un fallo de unificación por medio del cual se sostiene que la interposición de demandas ante la jurisdicción, previa existencia de un pacto arbitral, aun cuando los contratantes guarden silencio, no resulta en la renuncia tacita de los mismos al pacto arbitral inicialmente suscrito.

Así, “(...) *los jueces administrativos deben decretar la nulidad de todo lo actuado en las controversias contractuales con pacto arbitral, aunque una de las partes conteste la*

*demanda y no se refiera a la incompetencia del despacho para conocer del asunto (...)*³⁸. Esto solo significa un cambio en la postura que el Consejo de Estado tenía en este respecto, según el cual, y así lo creemos correcto, la falta de manifestación por parte de la contraparte acerca de la incompetencia del juez frente a la existencia de un pacto arbitral, significaba la renuncia tacita del arbitramiento. A continuación exponemos los argumentos más importantes de esta inusitada sentencia unificadora.

La sentencia en mención define el pacto arbitral como aquel “(...) *acuerdo de voluntades por el cual las partes, con capacidad para transigir, se obligan a someter sus diferencias, susceptibles de transacción, a la decisión de árbitros, quienes se encuentran transitoriamente investidos de la función de administrar justicia (artículo 116 de la C.P.), para proferir una decisión que se denomina laudo arbitral y que tiene la misma categoría jurídica y los mismos efectos de una sentencia judicial (artículo 111 de la Ley 446 de 1998)* (...)”³⁹

Así mismo, y siempre teniendo en cuenta que este cambio jurisprudencial se dio en materia de contratación administrativa, el pacto arbitral debe constar por expreso “(...) *toda vez que no se presume y que su finalidad, de trascendental importancia, es habilitar la competencia de los árbitros (...)*”⁴⁰.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha reiterado enfáticamente la naturaleza de la clausura o pacto arbitral en el sentido expresado por sendas sentencias de ese tribunal.

“(...) *Se tiene entonces que mediante la estipulación de una cláusula compromisoria*⁴¹ *las partes acuerdan someter ‘eventuales diferencias’ que puedan surgir con ocasión de la suscripción de un contrato, de donde resulta evidente que: i). La cláusula compromisoria contiene una renuncia anticipada, ex ante, que las partes convienen respecto de la*

³⁸ Periódico Legal. Ámbito Jurídico. Legis Publicaciones. Año 2013.

³⁹ Sentencia del Consejo de Estado del 18 de abril de 2013 C.P. Carlos Alberto Zambrano. República de Colombia.

⁴⁰ IBID

⁴¹ Artículo 118 del Decreto 1818 de 1998.

*jurisdicción permanente ante la eventualidad de un futuro conflicto entre ellas, por tanto, está llamada a aplicarse en relación con diferencias surgidas a partir de su celebración, aspecto que se denominará requisito temporal ii). Esta cláusula está concebida desde el momento de su celebración, por tanto, para operar en caso de ‘eventuales diferencias’, sin que de manera concreta pueda anticiparse la existencia cierta de las mismas, es decir, no se fijan extremos de la controversia pues los conflictos son futuros e inciertos, aunque necesariamente deben estar directamente vinculados con el objeto del contrato que las origina, en estricto sentido material, de lo cual se colige que en ningún caso la cláusula compromisoria podría tener efectos en relación con materias no previstas o ajenas por completo a la relación jurídica de origen, como tampoco está llamada a generar, en principio, efectos retroactivos (...)*⁴²

Enfatizando la parte introductoria de este capítulo, la sentencia del Consejo de Estado indica también que la cláusula penal resulta fruto de la autonomía de la voluntad privada de los contratantes, por medio de la cual, habilitan y dotan de jurisdicción a uno o varios individuos para dirimir las controversias suscitadas en los contratos o actos contractuales de las partes. Así, el único requisito para la aplicabilidad del pacto arbitral es que esté por escrito.

El Consejo de Estado, con anterioridad a esta sentencia, contemplaba la posibilidad de “(...) la renuncia tácita de las partes de un contrato estatal a la aplicación de la cláusula compromisoria, cuando, a pesar de haber acordado someter sus diferencias al conocimiento de la justicia arbitral, una de ellas decide instaurar la demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y la otra no propone la excepción que encuentra apoyo en el pacto arbitral, tal como lo refleja, entre otros pronunciamientos, la sentencia del 16 de junio de 1997⁴³, en la cual se dijo (...) si las partes renunciaron en forma tácita a hacer uso de la cláusula compromisoria, no puede la parte demandada

⁴² Sentencia del Consejo de Estado del 18 de abril de 2013 C.P. Carlos Alberto Zambrano. República de Colombia.

⁴³ Sentencia del Consejo de Estado del 16 de junio de 1997.

proponerla como incidente de nulidad fuera del término que la ley le otorga para contestar la demanda y proponer las excepciones a que haya lugar”⁴⁴.

Antecediendo la conclusión de éste punto, es importante señalar que el cambio jurisprudencial, por ahora, afecta únicamente la órbita contencioso administrativa por medio de la cual se sujetan a procedimientos arbitrales la controversias entre los privados y las entidades públicas por la celebración de contratos estatales. Si bien es posible que en un futuro la Corte Suprema de Justicia (máximo órgano de lo ordinario) asuma una tesis semejante para lo concerniente a los acuerdos y contratos privados, es también válido afirmar que las razones por las que lo contencioso administrativo cambio su jurisprudencia no son también aplicables, del todo, a los principios y directrices generales de las disposiciones contractuales comerciales y civiles.

La sentencia objeto de revisión en este punto asume que *“(…) así como las partes deciden, de común acuerdo, someter sus diferencias al conocimiento de la justicia arbitral, empleando para ello la celebración de un pacto cuyas principales características son que sea expreso y solemne, de la misma manera aquéllas deben observar de consuno tales condiciones (forma expresa y solmene) si su voluntad es deshacerlo o dejarlo sin efectos, de suerte que, si optan libremente por la justicia arbitral y no proceden como acaba de indicarse para cambiar lo previamente convenido, no tienen la posibilidad de escoger entre acudir a ésta o a los jueces institucionales del Estado, teniendo en cuenta que su voluntad inequívoca fue someterse a la decisión de árbitros ... para modificarlo o dejarlo sin efecto, las partes deben observar y respetar las mismas exigencias que las normas legales establecen con miras a la formación del correspondiente pacto arbitral, de tal suerte que, para ello, haya también un acuerdo expreso y escrito, lo cual excluye, por ende, la posibilidad de que el pacto arbitral pueda ser válidamente modificado o dejado sin efecto de manera tácita o por inferencia que haga el juez institucional, a partir del mero comportamiento procesal de las partes. Al respecto, es de recordar que “en derecho las cosas se deshacen como se hacen”⁴⁵.*

⁴⁴ Sentencia del Consejo de Estado del 19 de marzo de 1998.

⁴⁵ Sentencia del Consejo de Estado del 18 de abril de 2013 C.P. Carlos Alberto Zambrano. República de Colombia.

En materia estatal el sometimiento de las diferencias surgidas con ocasión de la celebración, ejecución y liquidación del contrato no son un mero capricho, sino que por el contrario, obedecen a planeación y recursos invertidos para tomar aquella decisión “(...) esta forma alternativa de solución de conflictos contractuales deriva su existencia de la voluntad de la Administración, soportada en estudios previos elaborados en virtud del principio de planeación contractual y aceptada por la otra parte negocial. Dicho consentimiento es admitido y reconocido por la Constitución Política (artículo 116, inciso cuarto) como un mecanismo válido para investir con autoridad judicial a determinadas personas naturales, con lo cual se forja la autonomía de la voluntad⁴⁶, y constituye el sustento supremo del mecanismo arbitral y, por lo mismo, es dable señalar que la habilitación de árbitros tiene como soporte adicional el principio de planeación de los contratos estatales, el cual, además, guarda relación directa e inmediata con los principios de interés general y de legalidad, de manera que todo redunde en seguridad jurídica para los coasociados (...)”⁴⁷.

Advirtiendo lo anterior, es claro que el cambio fundamental de la jurisprudencia del Consejo de Estado se dio en el papel que el juez debe cumplir a la hora de recibir una demanda frente a la existencia previa y escrita de la cláusula arbitral. “(...) si estos últimos advierten la existencia de ese pacto, bien pueden y, más aún, deben rechazar la demanda, sin tener que esperar a que el extremo pasivo de la misma proponga la respectiva excepción, por cuanto, en esas condiciones, carecen de jurisdicción y de competencia; de lo contrario, sus actuaciones resultarían afectadas de nulidad (...) esta última disposición constituye fundamento suficiente para concluir que, en los casos de la falta de jurisdicción y de competencia por razón de la existencia de un pacto compromisorio (cláusula compromisoria o compromiso), el juez institucional de lo contencioso administrativo se encuentra en el deber de declarar probada dicha excepción en la sentencia, cuando la

⁴⁶ La jurisprudencia constitucional ha resaltado el papel determinante que tiene, en este asunto, la autonomía de la voluntad de las partes, al ser las únicas con potestad para habilitar el tribunal arbitral, facultando a los sujetos intervinientes en una relación contractual para optar por éste (Corte Constitucional, sentencia C-294 de 1995; M.P.: Jorge Arango Mejía).

⁴⁷ Sentencia del Consejo de Estado del 18 de abril de 2013 C.P. Carlos Alberto Zambrano. República de Colombia.

*encuentre acreditada en el proceso, aunque la misma no hubiere sido propuesta o formulada en la oportunidad procesal prevista para la contestación de la demanda, de modo que ningún efecto procesal de importancia reviste al respecto el silencio de la parte demandada, máxime que dicho silencio no sana la nulidad que llevan consigo las anotadas ausencias de jurisdicción y de competencia del juez institucional, para conocer del respectivo litigio (...)*⁴⁸. Así, no basta entonces con que la parte pasiva de la relación guarde silencio, sino que por el contrario corresponde al juez que determine la nulidad de todo lo actuado por falta de capacidad.

Por último y como antecediámos, el fundamento de la decisión del Consejo de Estado no es el mismo que podría fundamentar un cambio de enfoque en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Si bien en materia estatal el consensualismo no es la base de los contratos y por el contrario deben constar por escrito por (lo cual en últimas faculto al Consejo de Estado para dictar que como norma de orden público no puede renunciarse de manera tacita), en materia privada la con-sensualidad es la base de todo negocio jurídico lo cual no es compatible con la argumentación del tribunal de lo contencioso administrativo.

2. Aplicación de la justicia arbitral en el derecho del consumo: Reflexión de la derogatoria del numeral 12 del artículo 43 de la Ley 1480 de 2011.

A través de los años y el paso de las legislaturas en el Congreso de la República, el esquema arbitral no ha sido ajeno a reformas y modificaciones estructurales siempre buscando que el esquema arbitral sea un acceso garantizado de justicia rápida y privada. Recientemente, y aún en estudio empírico, la reciente ley de arbitraje realizó una modificación estructural al arbitraje nacional.

Muchos son los puntos que un están por entenderse en el mundo práctico y muchos otras han empezado a causar controversias. Quizá uno de esos puntos fue la derogatoria que del numeral 12 del artículo 43 del estatuto del consumidor realizó el estatuto arbitral. Una

⁴⁸ Sentencia del Consejo de Estado del 18 de abril de 2013 C.P. Carlos Alberto Zambrano. República de Colombia.

controversia que debe estudiarse desde los fundamentos y principios fundamentales de la necesidad de contar con un estatuto de protección al consumidor robusto en una economía que día a día se ha globalizado exponencialmente a lo largo de los años.

El derecho del consumo se justifica como base de un ordenamiento jurídico basado en el estado social de derecho que como tal debe propender por un sistema igualitario en derechos y deberes. Así, no es un secreto que las relaciones de consumo que día a día se llevan a cabo no obedecen a relaciones igualitarias y que por el contrario el poderío económico de una de las partes es preponderante. Lo anterior lleva a que los contratos, tácitos o expresos, sean cláusulas a los que los consumidores no tienen oportunidad de negociar en igualdad de condiciones y llevan a la mesa el concepto de contratos de adhesión los cuales son ofrecidos a interés de las grandes compañías.

Es precisamente por la existencia de este tipo de relaciones comerciales y por estos contratos de adhesión que el gobierno nacional se preocupó por expedir un extenso compendio de artículos proteccionistas a los consumidores y prohibitivos para las grandes empresas. Como base de este compendio de artículos el derecho a la información es quizá el centro de todos los principio. Ésta, como base de toda relación comercial transparente desprende toda clase de prohibiciones que hacen que la relación comercial entre consumidor y empresario, si bien dispar, se lleve a un nivel un poco más equilibrado. Una de las cláusulas que resultan proteccionistas frente a los intereses de los consumidores fue la prohibición que en su momento se dispuso para aquellas cláusulas que obligaban a los consumidores a acudir a centros de arbitraje para dirimir controversias “(...) *Artículo 43. Cláusulas abusivas ineficaces de pleno derecho. Son ineficaces de pleno derecho las cláusulas que: (...) 12. Obliguen al consumidor a acudir a la justicia arbitral...*”⁴⁹.

Entendía el legislador que obligar al consumidor a atender centros de arbitraje podría resultar en una cláusula abusiva entendida ella como aquella que, fruto del poder de negociación en un contrato o acuerdo comercial, desequilibra la relación comercial en beneficio de una de las partes contratantes. Sin duda, someter a la justicia arbitral, que por

⁴⁹ Ley 1480 de 2011. Estatuto del Consumidor. República de Colombia.

su naturaleza no es gratuita como si lo es la justicia ordinaria, a consumidores que no tienen el poder adquisitivo que tienen los empresarios es una cláusula abusiva y como tal el legislador la calificó y le impuso la sanción jurídica de ineficacia.

Para este aspecto tomamos la argumentación del doctrinante Juan Pablo Cárdenas Mejía quien en su escrito “El arbitraje en materia de consumo” hace una amplia reflexión en torno al tema en cuestión. Nosotros, en concordancia con el autor citado, creemos que la prohibición exegética de las cláusulas abusivas por vía legal no es del todo acertada y que el proceso de dictar una cláusula de esa envergadura como abusiva por estar enmarcada en un contrato de adhesión, no es correcta. A continuación centramos la argumentación en los esquemas americano y europeos para después entregar las conclusiones desde el punto de vista legal colombiano.

“(…) En el derecho moderno la existencia de un consumidor impone reglas particulares para su protección. Dicha protección puede darse exclusivamente en lo que se refiere a las disposiciones sustanciales, pero igualmente puede darse a nivel de las reglas de procedimiento previstas para reclamar en juicio sus derechos. Desde esta perspectiva en materia de arbitraje se ha discutido si el mismo debe proceder en materia de consumidores, y si la respuesta es positiva, si él debe sujetarse a reglas especiales. Desde este punto de vista existen diversas aproximaciones en el derecho comparado. Mientras algunos ordenamientos admiten sin restricción la posibilidad de arbitraje en materia de relaciones de consumo, otros por el contrario lo prohíben. Finalmente, existen ordenamientos que lo permiten pero sujetándolo a reglas particulares. El objeto del presente estudio es presentar las diferentes alternativas en esta materia y la situación en derecho colombiano... Mientras algunos ordenamientos admiten sin restricción la posibilidad de arbitraje en materia de relaciones de consumo, otros por el contrario lo prohíben. Finalmente, existen ordenamientos que lo permiten pero sujetándolo a reglas particulares (...)”⁵⁰.

⁵⁰ CARDENAS, Juan Pablo. “El arbitraje en materia de consumo”. Bogotá D.C., Colombia.

Aun cuando no resulta comparable el sistema anglosajón y germánico de las legislaciones americanas y colombianas, si es un punto de partida para entender el razonar de las legislaciones extranjeras en el rechazo o adopción del arbitraje en las relaciones de consumo; así, en los Estados Unidos el arbitraje “(...) *se ha caracterizado por la confianza depositada por el legislador federal y la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en el arbitraje como un mecanismo para resolver cualquier clase de controversias, incluyendo las sujetas a normas de orden público (prácticas restrictivas de la competencia, régimen del mercado de valores o derecho laboral) bajo el presupuesto que el arbitraje no es sino otra forma de juicio*⁵¹ (...) *en general se realiza un análisis en cada caso para determinar si realmente existió la voluntad de someterse a arbitraje. Un elemento que se toma en cuenta es la posibilidad de rechazar el contrato con la cláusula compromisoria (...) En efecto, para algunos*⁵² *es discutible la aceptación de la cláusula, cuando una parte tiene un monopolio o cuando todos los potenciales contratantes contemplan una cláusula compromisoria y no es posible por consiguiente celebrar el tipo de contrato de que se trata sin la cláusula compromisoria. Por el contrario, si hay alternativas no puede privarse de efectos la cláusula arbitral...*”⁵³.

De esta manera, la jurisprudencia americana parece orientarse en el sentido de aceptar el pacto que consta en condiciones incluidas en un hipervínculo, siempre que sea razonable considerar que el usuario las pudo conocer o que el mismo las aceptó por su conducta. Si acaso en este aspecto el sistema consuetudinario y proactivo americano muestra una ventaja adicional frente al sistema frío y legalista colombiano. La intención caso a caso es la base para determinar la aplicabilidad de la cláusula arbitral.

Por su parte, normas del derecho comunitario europeo “(...) *contemplan la posibilidad de pactar una cláusula arbitral en los contratos con consumidores, pero al propio tiempo señalaban que la cláusula arbitral será abusiva si cada jurisdicción no está cubierta por*

⁵¹ Thomas Carbonneau. Arbitration. Ed Thomson West. St Paul. 2007, página 4. Tomado de: CARDENAS, Juan Pablo. “El arbitraje en materia de consumo”. Bogotá D.C., Colombia.

⁵² Mathieu Maisonneuve Le droit américain de l'arbitrage et la théorie de l'unconscionability. Revue d'arbitrage. Revue d'arbitrage, 2005, numero 1. páginas 101 a 114. Tomado de: CARDENAS, Juan Pablo. “El arbitraje en materia de consumo”. Bogotá D.C., Colombia.

⁵³ CARDENAS, Juan Pablo. “El arbitraje en materia de consumo”. Bogotá D.C., Colombia.

las disposiciones jurídicas (...) Recientemente el Parlamento Europeo aprobó una nueva Directiva sobre derechos de los consumidores la cual fue adoptada por la Comisión Europea el 9 de octubre de 2008. En el anexo II de la misma, entre las cláusulas que se consideran abusivas en todo caso, se incluyó aquellas que excluyen o entran el derecho del consumidor a acceder a la justicia o ejercer otros recursos, particularmente imponiéndole la obligación de resolver los litigios exclusivamente por la vía del arbitraje fuera de reglas de derecho. Como se puede apreciar de la Directiva se desprende que no todo pacto arbitral está prohibido en materia de arbitraje. Aun cuando cabe la discusión de cuál es el alcance de esta regla. En todo caso será necesario esperar los desarrollos de dicha disposición en el derecho de los diversos estados... ”⁵⁴

Visto lo anterior, es claro que tanto el derecho americano como el comunitario europeo permiten el pacto arbitral en las relaciones de consumo. No entendemos, entonces, el porqué de la prohibición contenida en el estatuto al consumidor, el cual en nuestra opinión incluyó la disposición derogada con el estatuto arbitral asumiendo que en todo contrato de adhesión, por el simple hecho de serlo, es un contrato que estipula cláusulas abusivas. Se equivocaron los legisladores al pensar que por el hecho de estar frente a contratos de adhesión, las cláusulas que surgen de las mismas sean automáticamente abusivas.

Concluyendo el tema, consideramos que el cambio planteado por el nuevo estatuto arbitral es un paso adelante a evaluar las relaciones comerciales entre empresarios y consumidores como aquellas en las que, aun existiendo un desequilibrio económico y negocial, puede darse oportunidad de someter las diferencias y divergencias surgidas de los contratos a esquemas arbitrales.

“(...) Parece claro que una cláusula compromisoria es en principio válida en un contrato por adhesión celebrado con un consumidor, sin perjuicio que la misma puede ser privada de efectos, bien porque es impuesta en forma abusiva, o bien porque su contenido es abusivo, en la medida en que establece un desequilibrio entre derechos y obligaciones de las partes. Igualmente puede haber abuso del derecho cuando la cláusula es usada para

⁵⁴ IBID.

entrabar el acceso a la justicia del consumidor... en los contratos con consumidores es perfectamente válido incluir pactos arbitrales. Cuando se trata de contratos de adhesión en todo caso debe velarse porque exista un verdadero consentimiento por parte del adherente. Si se acepta que el contrato de adhesión es un verdadero contrato, ha de aceptarse que no puede reprocharse el pacto arbitral porque esté en un contrato de adhesión, y lo que debe velarse es porque el mismo no sea abusivo en sí mismo considerado ni se invoque en forma abusiva (...)"⁵⁵.

Continuando con la argumentación del profesor Cárdenas, coincidimos en que "(...) la posición que lo niega (el pacto arbitral en las relaciones de consumo) implica desconocer el hecho de que el contrato de adhesión es un verdadero contrato y sus estipulaciones son aceptadas por el estipulante... A lo anterior se agrega que si bien en principio una cláusula arbitral puede no ser abusiva en abstracto, en la práctica puede servir de instrumento de abuso al impedir al contratante ejercer efectivamente sus derechos. En efecto, la cláusula arbitral es un mecanismo para asegurar el acceso a la justicia, por consiguiente, cuando la misma no asegura dicha finalidad, existe un abuso que no puede tolerar el ordenamiento. En todo caso es el adherente quien puede invocar el carácter abusivo de la cláusula."⁵⁶.

3. Efectos de la anulación del laudo arbitral cuando quiera que no afecte el pacto arbitral: Nueva tendencia en el estatuto arbitral.

El nuevo esquema arbitral no solo se restringió a modificar etapas de procedimiento y a hacer del trámite uno más expedito y acorde a las necesidades comerciales del momento. Muchas de las normas que se expidieron tuvieron en su inicio el propósito de darle cabida al principio de economía procesal.

No hay que perder de vista que quizá uno de los principios más importantes en el seno del derecho procesal es el de economía procesal. Tanto o más daño hace una justicia lenta que

⁵⁵ IBID

⁵⁶ IBID

la falta de razones de fondo en los fallos. La justicia privada arbitral ha dado saltos enormes en este respecto aun cuando hay muchos esfuerzos que deben tomarse en consideración.

En este respecto, el nuevo Estatuto Arbitral dio cabida a un nuevo cambio en este respecto en cuanto a las causales de anulación del laudo. Vale la pena mencionar y poner de presente dos normas importantes en este sentido.

“ARTÍCULO 41. CAUSALES DEL RECURSO DE ANULACIÓN. Son causales del recurso de anulación:

- 1. La inexistencia, invalidez absoluta o inoponibilidad del pacto arbitral.*
- 2. La caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia.*
- 3. No haberse constituido el tribunal en forma legal.*
- 4. Estar el recurrente en alguno de los casos de indebida representación, o falta de notificación o emplazamiento, siempre que no se hubiere saneado la nulidad.*
- 5. Haberse negado el decreto de una prueba pedida oportunamente o haberse dejado de practicar una prueba decretada, sin fundamento legal, siempre y cuando se hubiere alegado la omisión oportunamente mediante el recurso de reposición y aquella pudiera tener incidencia en la decisión.*
- 6. Haberse proferido el laudo o la decisión sobre su aclaración, adición o corrección después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral.*

7. *Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.*
8. *Contener el laudo disposiciones contradictorias, errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén comprendidas en la parte resolutive o influyan en ella y hubieran sido alegados oportunamente ante el tribunal arbitral.*
9. *Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.*

Las causales 1, 2 y 3 sólo podrán invocarse si el recurrente hizo valer los motivos constitutivos de ellas mediante recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia.

La causal 6 no podrá ser alegada en anulación por la parte que no la hizo valer oportunamente ante el tribunal de arbitramento, una vez expirado el término”⁵⁷.

“ARTÍCULO 43. EFECTOS DE LA SENTENCIA DE ANULACIÓN. Cuando prospere cualquiera de las causales señaladas en los numerales 1 a 7 del artículo 41, se declarará la nulidad del laudo. En los demás casos, este se corregirá o adicionará.

Cuando se anule el laudo por las causales 1 o 2, el expediente se remitirá al juez que corresponda para que continúe el proceso a partir del decreto de pruebas. La prueba practicada dentro del proceso arbitral conservará su validez y tendrá eficacia, respecto de quienes tuvieron la oportunidad de controvertirla.

⁵⁷ Ley 1563 de 2012

Cuando se anule el laudo por las causales 3 a 7, el interesado podrá convocar un tribunal arbitral, en el que conservarán validez las pruebas debidamente practicadas, y en lo posible las actuaciones que no hubieren resultado afectadas por la anulación.

La sentencia que anule el laudo total o parcialmente cumplido, ordenará las restituciones a que hubiere lugar.

De la ejecución del laudo conocerá la justicia ordinaria o la contenciosa administrativa, según el caso.

Si el recurso no prospera se condenará en costas al recurrente, salvo que dicho recurso haya sido presentado por el Ministerio Público”⁵⁸.

Las disposiciones señaladas sin duda son un cambio rotundo frente al anterior esquema arbitral. Bien se sabía que si prosperaba cualquiera de las causales de anulación del laudo, el expediente del proceso, sin importar la causal, debía devolverse a la justicia ordinaria a partir del decreto de pruebas.

Ahora, en el evento de presentarse una causal de anulación que no afecte el pacto arbitral, permite que se convoque nuevamente un tribunal de arbitramento. A contraposición, si la causal de anulación sí afecta el pacto, se deberá remitir al juez ordinario el expediente para que continúe con el proceso a partir del decreto de pruebas.

Como es de notarse, permitir que aun por la anulación del laudo por un motivo que no invalida el pacto arbitral se pueda convocar un nuevo tribunal de arbitramento coincide con el querer de las partes de someter las diferencias a la justicia arbitral.

Antes, aun en contra de los intereses contractuales y libremente dispuestos por virtud de la autonomía de la voluntad privada, si la anulación afectaba o no el pacto, debía remitirse el

⁵⁸ Ley 1563 de 2012.

expediente a la justicia ordinaria. Así, notamos que este cambio, positivo por lo demás, va en la misma dirección de la autodeterminación de los negocios jurídicos y de la libertad de forma que es estrechamente relacionada con la autonomía de la voluntad.

IV. Conclusión:

A partir del análisis realizado y de las consideraciones planteadas, es posible evidenciar como, un tema como el del pacto arbitral, que al romper pareciera no tener mayor trascendencia puede llegar a tener efectos e implicaciones importantes en la práctica jurídica y en diferentes ámbitos del derecho. Se trata, nada más y nada menos, que del mecanismo a través del cual las partes en un negocio jurídico habilitan la competencia temporal de un tercero –árbitros- para administrar justicia y resolver de esa forma las diferencias que se presentan entre ellas. Es así como, la regulación que se haga de todos los aspectos relativos a la formación, naturaleza, características y efectos del pacto arbitral tendrán alguna incidencia práctica en el desarrollo del proceso. Con el nuevo Estatuto Arbitral –Ley 1563 de 2012-, se introducen cambios en esta materia, los cuales, por estar aún reciente la vigencia de la ley arbitral, no se han hecho del todo evidentes en la práctica, pero sin duda, desde ya están latentes las dificultades que dichos cambios podrían generar, y que tendrán que irse sorteando y enfrentando en la medida en que toque darles aplicación práctica en el proceso. De esta forma, dejamos entonces planteados los cambios más significativos y las posibles consecuencias que de los mismos pueden derivarse.

BIBLIOGRAFÍA:

1. DOCTRINA

- ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. “*Contratos Mercantiles. Teoría General del Negocio Mercantil*”. Editorial Legis. Pontificia Universidad Javeriana. Decimotercera edición actualizada. Año 2012.

- BENETTI Salgar, Julio. “El Arbitraje en el Derecho Colombiano”. Editorial Temis 1994.

- BONIVENTO F., José Alejandro. “Los principales contratos Civiles y comerciales”. Editorial Temis. Tomo II.

- BONIVENTO CORREA, Pedro Felipe. “La Autonomía Privada de la Voluntad frente a los contratos de Derecho Privado”. Monografía de grado. Facultad de Ciencias Jurídicas. Pontificia Universidad Javeriana.

- CARDENAS, Juan Pablo. “El arbitraje en materia de consumo”. Bogotá D.C., Colombia.

- CASTRO CIFUENTES, Marcela. “Constitución y Derecho Privado”. Revista de Derecho privado ISSN 1909-7794. Facultad de Derecho. Universidad de los Andes.

- Estatuto Arbitral Colombiano –Análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012-, Legis Editores S.A., 2013.

- GARRIDO CORDOBERA, Lidia. “Transformaciones del Derecho Contractual y Principios de Libertad y Autonomía”. Realidades y tendencias del Derecho en el siglo XXI. Derecho Privado. Tomo IV. Editorial Temis.

- GIL Echeverri, Jorge Hernán. “Nuevo Régimen de Arbitramento Manual Práctico”. Cámara de Comercio de Bogotá. Tercera Edición.

- HINESTROSA, Fernando. “Tratado de las obligaciones”. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición. Bogotá. Año 2002.

- MUÑOZ LAVERDE, Sergio. “El postulado de la autonomía privada y sus límites frente al constitucionalismo colombiano contemporáneo”. Pontificia Universidad Javeriana.

- OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. Teoría General del Contrato y de los demás Actos o Negocios Jurídicos. Cuarta edición. Editorial Temis S.A. Bogotá, 1994.

- Periódico Legal. Ámbito Jurídico. Legis Publicaciones. Año 2013.

2. JURISPRUDENCIA

- Corte Constitucional, Sentencia C-224 de 1994.
- Corte Constitucional, Sentencia C-660 de 1996.
- Corte Constitucional, Sentencia C-248 del 21 de abril de 1999, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional, Sentencia T-121 del 22 de febrero de 2002, Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño
- Corte Constitucional, Sentencia T-423 de 2003.
- Corte Constitucional, Sentencia C-662 del 8 de julio de 2004, Magistrado Ponente: Rodrigo Uprimny Yepes.
- Corte Constitucional, Sentencia T-511 del 30 de junio de 2011, Magistrado Ponente: Jorge Ivan Palacio Palacio.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 7 de marzo de 2012, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 18 de abril de 2013 Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano.
- Consejo de estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 16 de junio de 1997.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 19 de marzo de 1998.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 30 de agosto de 2011.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 27 de marzo de 1998. Magistrado Ponente: José Fernando Ramírez Gómez.

3. LEGISLACIÓN

- Código Civil Colombiano
- Decreto 2279 de 1989
- Decreto 1818 de 1998
- Ley 446 de 1998
- Ley 1480 de 2011
- Ley 1563 de 2012