

UNIVERSIDAD IBEROAMERICANA

Estudios con Reconocimiento de Validez Oficial por Decreto Presidencial
del 3 de abril de 1981



**“ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA CLÁUSULA ARBITRAL DESDE
LA LEGISLACION COLOMBIANA Y MEXICANA”**

TESIS

Que para obtener el grado de

MAESTRO EN DERECHO DE LOS NEGOCIOS INTERNACIONALES

Presenta

PATRICIA MARTINEZ MANOTAS

Director: **DR. MIGUEL RABAGO DORBECKER**

Lector: **DR. CARLOS ALBERTO MARTINEZ CASTILLO**

Lector: **DRA. SONIA RODRIGUEZ JIMENEZ**

México,D.F.

2007

INDICE

TABLA DE ABREVIATURAS	VI
INTRODUCCION	VII

CAPITULO I

EL ARBITRAJE

	Pág.
I. Introducción	1
II. Concepto de arbitraje	1
III. Naturaleza jurídica del arbitraje	4
1. Teoría contractualista	4
2. Teoría publicista	6
3. Teoría mixta	7
4. Teoría autónoma	7
IV. Clases de arbitraje	8
1. Arbitraje <i>ad hoc</i> y arbitraje institucional	8
2. Arbitraje en derecho y arbitraje en equidad	9
3. Arbitraje interno y arbitraje internacional	10
4. Arbitraje voluntario y arbitraje forzoso	11
5. Arbitraje jurisdiccional y arbitraje contractual	12

CAPITULO II
EL PACTO ARBITRAL

I.	Introducción	14
II.	El compromiso	15
1.	Naturaleza jurídica del compromiso	16
2.	Características del compromiso	16
III.	Definición y naturaleza jurídica de la cláusula compromisoria	18
IV.	Diferencias entre el compromiso y la cláusula compromisoria	20
V.	Formación del pacto arbitral	21
1.	Requisitos de existencia del pacto arbitral	22
a.	Consentimiento	23
b.	Objeto	27
c.	Causa	29
2.	Requisitos de validez del pacto arbitral	30
a.	Capacidad	30
a.1	Personas jurídicas o morales de derecho privado	31
a.2	El Estado y sus entidades públicas	32
b.	Vicios del consentimiento	35
b.1	Error	36
b.2	Fuerza	37
b.3	Dolo	37
c.	Forma	38
VI.	Arbitrabilidad	40

1. Arbitrabilidad objetiva en el Derecho colombiano	41
2. Arbitrabilidad objetiva en el Derecho mexicano	44
VII. Principios rectores.....	46
1. Principio de autonomía.....	46
2. Principio de <i>competence – competence</i>	49
3. Principios constitucionales en el Derecho colombiano	50
a. Principio de jurisdiccionalidad	51
b. Principio de habilitación	51
c. Principio de naturaleza procesal	52
d. Principio de temporalidad	53
e. Principio de legalidad	54
VIII. Cláusulas compromisorias patológicas	56
1. El nombramiento de los árbitros	57
2. La definición de la materia arbitral	59
3. Ejemplo de cláusulas patológicas	59

CAPITULO III

EFFECTOS Y ALCANCE DEL PACTO ARBITRAL

I. Introducción	62
II. Efectos positivos	62
1. Efectos <i>inter partes</i>	63
a. Cláusula compromisoria por referencia	63
b. Grupo de sociedades	64

c. Representación	66
2. Efectos procesales	67
III. Efectos negativos	68

CAPITULO IV

LAS VICISITUDES DEL PACTO ARBITRAL

I. Introducción	75
II. Inexistencia del pacto arbitral	76
III. Ineficacia total o parcial del pacto arbitral	76
IV. Nulidad del pacto arbitral	79
1. Nulidad parcial	81
2. Declaratoria de nulidad	81
3. Nulidad absoluta	83
V. Caducidad.....	84
1. La caducidad de la acción arbitral.....	84
2. Caducidad ordinarias no aplicables	85
3. El pacto sobre caducidad y prescripción	86
4. La caducidad del pacto arbitral	86
CONCLUSION	90
BIBLIOGRAFIA	94
ANEXO I	98

TABLA DE ABREVIATURAS

CAM	Centro de Arbitraje de México.
CANACO	Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México.
CCI	Cámara de Comercio Internacional de París, Francia.
CIADI	Centro para Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Naciones de otros Estados.
Convención de New York	Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras del 10 de junio de 1958.
Convención de Panamá	Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional.
Ley Modelo	Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional.
Reglamento CAM	Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje de México.
Reglamento CANACO	Reglamento de Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México.
Reglamento CCI	Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París, Francia.
UNCITRAL	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

INTRODUCCION

El arbitraje como medio alternativo para la solución de controversias tiene su fundamento en la voluntad de las partes. Son éstas quienes a través de una cláusula compromisoria o un compromiso, manifiestan su voluntad de acudir a un tribunal arbitral y por ende, abstenerse de concurrir ante la jurisdicción ordinaria. Es por esta declaración de voluntad que se concreta el arbitraje, pues por un lado genera entre las partes la obligación de no acudir ante el juez estatal, y por otro, se otorga competencia a los árbitros para conocer de las controversias que frente a ellos se presentan.

En la práctica comercial sin embargo, no es inusual que la cláusula arbitral sea discutida en último lugar, por lo que algunos tratadistas la denominan como la cláusula de media noche, haciendo alusión a que no se le da igual importancia a ésta que a las demás cláusulas del contrato. Esto lo consideramos desafortunado, pues es esta cláusula en particular el eje esencial del compromiso que adquieren las partes para solucionar sus controversias ante un tribunal arbitral, y contiene además, la viabilidad de recurrir a un sistema de solución de controversias que puede facilitar la continuación del negocio jurídico que le dio origen.

El presente trabajo de investigación tiene como objetivo principal el análisis del pacto arbitral. Resulta esencial para que el arbitraje sea un medio efectivo de solución de controversias, que se tenga pleno conocimiento de los requisitos y efectos que se derivan del mismo. La certeza que se genera en las partes de que mediante su declaración de voluntad acudirán a un tribunal arbitral, depende de la adecuada formación de la cláusula arbitral.

Con base en lo anterior, se buscó proponer una investigación sustancial del pacto arbitral en todos sus sentidos, teniendo en cuenta la legislación y la doctrina colombiana, así como la mexicana, alcanzando con ello, algunas consideraciones de la cláusula arbitral desde la perspectiva de dichos países.

En el primer Capítulo, se trata el arbitraje en general, es decir se plantean nociones como su definición, naturaleza jurídica y las clases en las que se divide, buscando que el lector tenga un primer acercamiento, frente al arbitraje, para posteriormente introducirlo al tema que nos ocupa. Es por esto que en el segundo Capítulo, se analiza minuciosamente el pacto arbitral, analizando las formas en que éste se puede adoptar mediante el compromiso y la cláusula compromisoria, haciendo a su vez en este examen, una diferenciación de ambos conceptos. De la misma manera, se hace un estudio de la formación del pacto arbitral, se realiza una exploración extensiva de los requisitos de existencia y de qué circunstancias se deben presentar para que exista, y una vez verificada su existencia, qué exigencias se deben presentar para que produzca efectos jurídicos; es decir los requisitos de validez que debe tener el mismo. Dentro de este capítulo igualmente se hace referencia a los principios que regulan la figura del pacto arbitral y los casos en que la cláusula arbitral se considera como patológica.

Una vez examinada en su totalidad la formación del pacto arbitral, en el tercer Capítulo, se analizan los efectos que produce el pacto arbitral jurídicamente existente y válido, por lo que se abarcan temas como a quiénes surten sus efectos y en qué situaciones pueden extenderse estos efectos a personas que no participaron directamente en la formación de la cláusula arbitral, incluyéndose temas como los efectos positivos y negativos que produce toda cláusula arbitral.

Finalmente, como todo negocio jurídico, el pacto arbitral puede verse afectado por vicisitudes que perjudiquen la validez de sus efectos. Por lo anterior en el último Capítulo, de esta investigación se analiza las circunstancias que pueden afectar de tal manera al pacto arbitral, que acarreen su inexistencia, invalidez e incluso su nulidad parcial o absoluta. Se abarca también la caducidad del pacto arbitral.

Damos por concluida nuestra investigación con la exposición de conclusiones y pretendemos ofrecer ciertas recomendaciones que puedan dar mayor agilidad y certeza al arbitraje en las legislaciones de Colombia y México.

CAPITULO I

EL ARBITRAJE

I. Introducción

El arbitraje es un método alternativo para la solución de controversias que puedan surgir entre las partes, el cual tiene como requisito *sine qua non* para su existencia que se haya dado un consentimiento, el cual permita establecer claramente que se está renunciando a la resolución “ordinaria”, es decir, a la vía jurisdiccional, con el propósito que sea mediante un tribunal arbitral y no de un juez, como se ventilen dichas diferencias. El presente Capítulo trata la noción de arbitraje, su naturaleza jurídica y sus clases, a fin de que una vez entendido el concepto, se pueda analizar el pacto arbitral, que representa la base estructural del arbitraje.

II. Concepto de arbitraje

Podemos afirmar que existe, a nivel doctrinal, cierto consenso respecto de la noción de arbitraje. José Luís Siqueiros lo define como “*un método o una técnica mediante la cual se tratan de resolver extrajudicialmente las diferencias que puedan ocurrir o que han surgido entre dos o más partes, mediante la actuación de una o varias personas (árbitros) los cuales derivan sus facultades del acuerdo consensual de las partes involucradas en la controversia.*”¹

La idea anterior se centra en el concepto de que el arbitraje es básicamente un método de resolución extrajudicial, sin embargo, el tema del

¹ SIQUEIROS, José Luís: “El arbitraje, marco normativo, tipos de arbitraje, compromiso arbitral y cláusula compromisoria”. *Pauta*, México, año 99, núm. 29, 2000, Pág. 3.

arbitraje se ha centrado primordialmente en asuntos mercantiles. Para Raúl Medina Mora, el arbitraje comercial es *“el desarrollo procesal de un convenio privado que, con apoyo del orden jurídico positivo, encomienda la resolución de controversias mercantiles, entre las partes que lo han celebrado, a un árbitro o a un tribunal arbitral independientes, les señala los términos básicos de sumisión, indica el derecho aplicable al fondo de la controversia y las reglas de procedimiento arbitral, conviene en el lugar y la lengua del arbitraje.”*²

Para el tratadista colombiano Julio Benetti Salgar el arbitraje consiste *“en la solución de un conflicto cuyo objeto sea transigible por medio de un tribunal de arbitramento compuesto por particulares, quienes no tienen investidura de jueces del Estado, ni ninguna otra de carácter oficial. Aunque si adquieren la primera para adelantar y fallar; el proceso que se somete a su jurisdicción, mediante una decisión que se llama laudo...”*³

La Legislación colombiana por su parte, en el Decreto 1818 de 1998, define esta figura en su Art. 115 como *“un mecanismo por 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 denominada laudo arbitral”*. Puede verse cómo para la legislación colombiana, es importante delimitar desde su definición legal como única materia arbitrable aquella sujeta a transacción, de esta forma, aquellas controversias que no son transigibles, no pueden resolverse mediante un arbitraje.

Sin embargo, consideramos que dentro de esta misma definición se comete un desacierto al establecer que los tribunales arbitrales están investidos transitoriamente de la **facultad de administrar justicia**. Desde esta perspectiva, solucionar una controversia o disputa e impartir justicia son nociones diferentes.

² MEDINA MORA, Raúl: “Cláusula y Acuerdos Arbitrales”, en PEREZNIETO CASTRO, Leonel (comp.): *Arbitraje Comercial Internacional*, México, Distribuciones Fontamara, 2000, Pág. 15.

³ BENETTI SALGAR, Julio: *El Arbitraje en el Derecho Colombiano*, 2ª edición, Santafé de Bogotá, Editorial Temis, 2001, Pág. 15.

La impartición de justicia corresponde a tribunales dotados de imperio, en otros términos, que tienen la potestad de hacer cumplir sus resoluciones de forma coercitiva, y ese imperio no está supeditado al consentimiento de los particulares. Los tribunales dirimen conflictos en carácter de autoridad, lo que no sucede en los tribunales arbitrales, los que tienen la facultad de solucionar una controversia gracias a la voluntad de las partes, quienes les otorgan dicha función. El vínculo del particular con el tribunal estatal nace de la ley, mientras que el vínculo del particular con el árbitro nace de su voluntad. *“El principio de todo contrato, pacta sunt servanda, es el que le da el carácter vinculatorio al arbitraje como mecanismo de excepción, ya que la vía ordinaria son los tribunales estatales quienes están investidos de imperio”*.⁴

Con respecto a la afirmación anterior, podemos enfatizar que representa un desacierto constitucional, dado que en la Constitución Política de Colombia, el último inciso del Artículo 116, establece que: *“Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición (...) de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad en los términos que determine la ley”*, lo cual puede entenderse como una definición implícita de arbitraje. En nuestro parecer, los particulares no pueden tener atribuciones propias de la soberanía del Estado ya que éstas son indelegables, entre las que se encuentran precisamente la administración de justicia.

Por otra parte, la legislación mexicana, opta por no definir el tema. Su énfasis parecería radicar en la importancia de abarcar el arbitraje institucional como *ad hoc*. Lo cual queda plenamente establecido en el Código de Comercio (Art. 1416) cuando define el arbitraje como: *“cualquier procedimiento arbitral de carácter comercial, con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente ante la que se lleve a cabo.”* Esta falta de definición, implica también un desacierto, dado que no impone un límite desde un principio al arbitrio de los particulares, generando con ello, un vacío sobre la posibilidad de arbitrar materias que no son susceptibles de ponderación patrimonial.

⁴ GRAHAM TAPIA, Luís Enrique: *El Arbitraje Comercial*, 1ª Edición, México, Editorial Themis, 2000, Pág.11 -18.

III. Naturaleza jurídica del arbitraje

La naturaleza jurídica del arbitraje es un tema de amplio debate. Podemos destacar tres tesis que tratan de explicar este tema.

1. Teoría contractualista

Establece esta tesis, que el arbitraje deriva su existencia de un contrato en virtud del cual, las partes acuerdan que el arbitraje será el medio por el cual se resolverán los conflictos que surjan entre ellas. Esta concepción está fundada en la voluntad de las partes, misma que es la fuente de los derechos y obligaciones que se derivan de un contrato, y cuyo ámbito de aplicación y todos los por menores del mismo, dependen del acuerdo de voluntades. Dentro de ésta concepción se concibe al arbitraje como una obligación que está regida por el derecho de los contratos, en donde los árbitros derivan sus funciones del propio contrato, "*su decisión es autónoma y es al acuerdo de voluntades el que asegura su ejecución*"⁵. Osvaldo J. Mazorati, al igual que otros doctrinantes, considera que conforme a esta teoría, el arbitraje se encuadraría dentro del contrato de mandato.⁶ Similitud que no compartimos, dado que esta figura, entre otras cosas, implica la posibilidad que tiene el mandante de desconocer el mandato, si éste no es realizado como se le indica al mandatario. Equiparar el arbitraje al mandato implicaría que, en caso de desacuerdo de una de las partes, ésta pudiera desconocerlo y, por tanto, el laudo que emita el tribunal arbitral, de no ser aceptable para una de las partes, podría correr la misma suerte.

⁵ CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo; *et al: El Arbitraje Los diversos mecanismos de solución de controversias: análisis y practica en México*. México, Editorial Porrúa, 2004, Pág. 31.

⁶ MAZORATI, Osvaldo J: *Derecho de los Negocios Internacionales*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1993, Pág. 595.

De esta forma, el arbitraje según esta tesis, tendría las siguientes características:

- 1) El arbitraje tiene una naturaleza privada, pues proviene de un acuerdo de voluntades entre las partes, mismas que convienen someter sus diferencias a la decisión de árbitros.
- 2) Los árbitros son particulares, designados por las partes quienes son personas privadas. En consecuencia el vínculo entre árbitros y partes es privado y contractual.
- 3) El árbitro no ejercita acto jurisdiccional alguno, deriva su poder de la facultad que le han conferido las partes en virtud de un contrato, no tiene poder de coacción.
- 4) El laudo no es una verdadera sentencia, sino que deriva su obligatoriedad de la voluntad de las partes que han querido someterse a ella. Tiene la misma obligatoriedad de los contratos.
- 5) El acto de aprobación posterior del laudo no le imprime carácter público al proceso arbitral.⁷

De lo anterior puede deducirse que esta tesis ofrece una desventaja, la que se concreta en la duda que surge respecto de cuál es la ley aplicable al litigio cuando las partes no han sido claras o no han estipulado nada en el contrato. Podría no haber claridad sobre si la ley aplicable sería la del lugar donde se celebró el contrato, el lugar de su ejecución o bien, donde se suscribió el acuerdo arbitral.

⁷ ALBERTI MONTOYA, Ulises: *El Arbitraje Comercial*, Lima, Editorial Cultural Cuzco, 1988, Pág. 34.

2. Teoría publicista o jurisdiccional

Esta teoría sostiene que el arbitraje es un proceso autorizado por la ley y reglamentado por ella, ya que es en ésta, donde se establece la normatividad respectiva. Y dado que el derecho procesal es de orden público, debe seguirse rigurosamente el trámite legal, a fin de que no esté viciado el proceso de nulidad, pues las partes no pueden disponer a su arbitrio sobre el procedimiento. Los árbitros entonces, ejercen funciones jurisdiccionales por ministerio de la ley, la cual es la única que puede determinar quiénes tienen potestad para administrar justicia.

Estas serían las características del arbitraje según esta teoría:

- 1) Los árbitros son jueces que ejercitan la actividad jurisdiccional del Estado por delegación. La designación del árbitro mediante el acuerdo arbitral, constituye una ampliación de las funciones del Estado.
- 2) Los árbitros, no obstante al ser particulares, quedan revestidos de jurisdicción, porque la ley ha concedido a las partes la potestad de trasladarles una parte de la soberanía del Estado mientras dure el desempeño de sus funciones, a efecto que resuelvan la controversia.
- 3) El laudo es una verdadera sentencia.
- 4) La responsabilidad de los árbitros es similar a las de los jueces.⁸

Como podemos apreciar, esta tesis otorga al arbitraje la calidad de procedimiento jurisdiccional. Se asimila el arbitraje al proceso y por lo tanto queda sujeta a todos los procedimientos y recursos establecidos en materia judicial. Bajo esta perspectiva se dificulta la flexibilidad que debe tener el arbitraje.⁹

⁸ *ibídem*, Pág. 32.

⁹ MONROY CABRA, Gerardo: *Tratado de Derecho Internacional*. Santafé de Bogotá, Editorial Temis, 1995, Pág. 361.

3. Teoría mixta

Según esta tesis, el arbitraje es una institución que se desarrolla en dos etapas; una de carácter privado y otra de carácter público. En su etapa inicial, el arbitraje sería un mecanismo privado dependiente de la voluntad de las partes; en la etapa final, el arbitraje tendría un carácter procesal público, sometido al control del poder estatal.

De lo anterior, se concluye que el arbitraje contiene, requiere y depende de elementos contractuales, jurisdiccionales y procesales, gozando a su vez, de elementos tanto de derecho privado como de derecho público. Se reconoce entonces que el arbitraje tiene su origen en un contrato privado pero también hay un derecho que determina su validez.}

4. Teoría autónoma¹⁰

Francisco González de Cossío sostiene que esta teoría es la de más reciente creación y establece que “*el arbitraje se desenvuelve en un régimen emancipado y, por consiguiente, de carácter autónomo.*”¹¹

El arbitraje puede ser determinado entonces, mediante la observancia de su uso y finalidad. Se observa al arbitraje *per se*, por lo que busca, hace, cómo y por qué funciona. “*Reconoce que el derecho arbitral se ha desarrollado para ayudar y facilitar la consecución armónica del arbitraje.*”¹²

¹⁰ GONZALEZ DE COSSÍO, Francisco: *Arbitraje*. 1ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2004, Pág.16.

¹¹ *Ídem*.

¹² *Ibidem*, Pág. 17.

IV. Clases de arbitraje

El arbitraje recibe varias denominaciones y se clasifica de distintas maneras teniendo en cuenta diferentes factores.

1. Arbitraje *ad hoc* y arbitraje institucional

El arbitraje *ad hoc* es aquél en el cual, el árbitro es una persona nombrada para resolver un caso determinado, teniendo en cuenta sus características personales. Es un arbitraje organizado caso por caso, ya que el tribunal es nombrado directamente por las partes con el objeto de dirimir o decidir determinada cuestión litigiosa. Esta clase de arbitraje, sin duda ofrece la ventaja de la celeridad y de la confianza que las personas físicas pueden dar a las partes.

Por su parte, el arbitraje institucional o administrado es aquél realizado por una institución permanente, a través de sus componentes, es decir personas físicas. La responsabilidad del proceso y la autoridad de sus resultados recaen sobre la propia institución, lo que facilita el proceso en sí, pues es la institución quien resuelve inconvenientes que podrían entorpecer el arbitraje, como pudiera ser, entre otros factores, la falta de nombramiento del árbitro por una de las partes.

Es muy importante resaltar que estas instituciones no actúan como un tribunal arbitral, sino como simples facilitadores del proceso, nombrando a los árbitros, suministrando reglas de procedimiento claras y sencillas, entre otros aspectos. La Cámara de Comercio Internacional (CCI), la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC) son ejemplos de estas instituciones.

2. Arbitraje en derecho y arbitraje en equidad

El arbitraje en equidad, es aquél en el cual el árbitro no está sujeto a reglas de derecho para emitir el laudo, ni está obligado a aplicarlas, sino que falla conforme a su prudencia y buen juicio. Sin embargo, consideramos que debería denominarse arbitraje en conciencia. Puesto que toda decisión judicial debe ser equitativa, por cuanto debe ser justa. Tanto en la ley colombiana como en la mexicana, se permite el arbitraje *ex aequo et bono*¹³ siempre y cuando que las partes lo hubieran estipulado expresamente. Adicionalmente, en el caso colombiano la legislación establece la obligación por parte del árbitro de seguir el debido proceso, por lo que puede decirse que el arbitraje en conciencia en Colombia se reduce a la posibilidad que tiene el árbitro de fallar la controversia sin acudir a normas de derecho sustantivo, decidiendo entonces, en base a su real saber y entender; su razón natural o buen juicio. “¹⁴

El fallo en equidad, no impide la aplicación subsidiaria del derecho subjetivo, lo cual se ha visto manifestado por la sala civil del Tribunal Superior de Bogotá “... *por tanto no se excluye, que en un fallo en equidad el juez aplique el ordenamiento positivo del país cuando considere que la legislación coincida con la idea de justicia concebida por el juez. ... El juez está autorizado para hacer abstracción de la normatividad sustantiva, para excluirla total o parcialmente, en suma para sólo aplicarla como referencia cuando considere que la ley realiza el ideal de justicia cabal.*”¹⁵

Por el contrario, el arbitraje en derecho constituye un mecanismo en el cual se está “sustituyendo” al juez estatal por el juez arbitral, en el que éste actúa

¹³ Artículo 115 del Decreto 1818 de 1998 permite en arbitraje en conciencia con excepción del arbitramento en contratos administrativos, en cuyo caso el laudo será siempre en derecho Art. 228, de igual forma el Artículo 117 relacionado con contratos de concesión para la prestación de servicio público de electricidad. El Código de Comercio Mexicano en su Art. 1445 establece también la posibilidad de tener un arbitraje en conciencia siempre y cuando las partes lo hayan autorizado expresamente.

¹⁴ *Ibidem*, Pág. 37.

¹⁵ Sentencia 19 de diciembre de 1996, Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil.

como lo haría un juez dentro de un proceso, instruyendo el mismo, practicando pruebas y resolviendo el litigio, siempre con sujeción a las reglas de derecho sustantivo y procesal plasmadas en la ley interna de cada país, junto con otros medios de interpretación.

3. Arbitraje interno y arbitraje internacional

El arbitraje nacional está sometido a los parámetros normativos del respectivo Estado, es decir al ordenamiento sustantivo y procesal interno, los cuales serán aplicables cuando se refieran a conflictos entre partes sujetas a determinada ley nacional y respecto de bienes o intereses radicados en el país de que se trate, en donde la propia legislación será aplicable. El arbitraje internacional es aquél en el que se encuentran vinculados personas y bienes de distintos países, sujetos a legislaciones de diferentes estados, cuya sede puede ser indistintamente en cualquier Estado y con sujeción al derecho internacional.

La Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, adoptada el 21 de junio de 1985, establece en su artículo 1º, los criterios para determinar cuándo un arbitraje tiene el carácter de internacional. Esta normatividad fue adoptada por México y Colombia en el Código de Comercio y en el Decreto 1818 de 1998, respectivamente. El arbitraje tendrá la calidad de internacional siempre que; (a) las partes en el acuerdo arbitral tengan, al momento de la celebración de dicho acuerdo, sus establecimientos en lugares diferentes; (b) alguno de los siguientes lugares esté situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos; (i) el lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo o con arreglo al acuerdo arbitral, (ii) el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha; o (iii) la cuestión objeto del acuerdo arbitral está relacionada de algún modo con más de un Estado.

4. Arbitraje voluntario y arbitraje forzoso

El arbitraje voluntario o convencional tiene como fuente un acuerdo que forma parte de un contrato o negocio jurídico privado, mediante el cual las partes se comprometen a dilucidar en el procedimiento arbitral la solución de eventuales controversias que pudieran suscitarse entre ellas. En los países que nos ocupan, este arbitraje voluntario se identifica como Pacto Arbitral y está comprendido por dos elementos: (i) la cláusula compromisoria y (ii) el compromiso; con los cuales las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión de árbitros, renunciando por ende, a hacer valer sus pretensiones ante la jurisdicción ordinaria.

El arbitraje se considera forzoso cuando en ciertas materias, por disposición legal, las partes deben someter las controversias a la jurisdicción arbitral. Así pues, es la ley la que impone a las partes la solución arbitral como única alternativa posible para definir determinados conflictos, de modo que las partes no pueden sino acogerse a este mecanismo para resolver sus diferencias, con la única posibilidad de designar árbitros en los casos que la ley así lo permite.

Ejemplo de esta clase de arbitraje se presenta en la legislación colombiana en la ley 143 de 1994, relativa al sector energético, al establecer en su Art. 23 que es a la Comisión de Regulación de Energía y Gas a quien corresponde *“definir mediante arbitraje los conflictos que se presenten entre los diferentes agentes económicos que participen en las actividades del sector...”* Igualmente en el Art. 65 señala que cuando las partes que no acepten el dictamen pericial *“la situación se resolverá mediante tribunal de arbitramento que emitirá fallo en derecho”*. A su vez, en el sector de comunicaciones la Ley 335 de 1996, sobre televisión prevé que en caso de no haber acuerdo entre las partes para la utilización de las redes *“se acudirá a resolver la controversia por medio del arbitramento...”*.

La legislación mexicana por su parte, y específicamente la Ley Federal de Trabajo, PROFECO y CONAMED, también disponen al arbitraje como mecanismo para dirimir las controversias que surjan en estas áreas.

No obstante lo anterior, consideramos esta clase de arbitraje como inconstitucional, ya que no puede forzarse a ninguna persona a renunciar a su derecho a ser juzgado por tribunales estatales previamente establecidos. La esencia del arbitraje radica, en que son las partes quienes deciden voluntariamente renunciar a este derecho y acudir a un medio alternativo de solución de controversias. Además, es fundamental en el arbitraje que se de el consentimiento de manera libre, ya que es éste el que le da competencia a los árbitros para conocer del asunto. Son las partes entonces, quienes habilitan a los árbitros para que puedan ventilar las controversias.

5. Arbitraje jurisdiccional y arbitraje contractual

El arbitraje jurisdiccional se refiere a que el árbitro en la definición de un conflicto actúa como juez. En el arbitraje contractual por el contrario, el árbitro sólo está facultado para acomodar o completar el contrato como mero mandatario de las partes, sus poderes están circunscritos por la realidad económica del contrato y en este caso no se aplica ninguna norma de derecho, sino que su fuente es exclusivamente el contrato y el árbitro actúa dentro de esta órbita reducida.

Es en el arbitraje internacional donde ha venido haciéndose distinción sobre estas dos formas de arbitraje. El tema se encuentra regulado en “*Los Principios de UNIDROIT Sobre Contratos Comerciales Internacionales*”¹⁶ promulgados en 1995 por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) con sede en Roma, conforme al cual, las partes en un contrato de tracto sucesivo están obligadas a cumplir con las estipulaciones del mismo,

¹⁶ www.unidroit.org

pero si se presentan circunstancias sobrevivientes de tal importancia que lleguen a alterar de forma fundamental el equilibrio de las prestaciones, se produce una circunstancia excepcional conocida como “*excesiva onerosidad*”¹⁷. Esta circunstancia permite a la parte afectada buscar la renegociación del contrato, y en caso de no lograrse, acudir al tribunal arbitral el cual puede adaptar o revisar el contrato a fin de restablecer el equilibrio contractual o darlo por terminado si fuera el caso.

¹⁷ *Hardship* en el derecho anglosajón y teoría de la imprevisión en el derecho civil.

CAPITULO II

EL PACTO ARBITRAL

I. Introducción

Como se ha dejado entrever en el capítulo anterior, la esencia del arbitraje es el pacto arbitral, siendo éste el pilar sobre el cual se sustenta, mientras que la cláusula compromisoria o el compromiso son, por su parte, el medio en virtud del cual las partes se comprometen a resolver sus diferencias mediante arbitraje. El arbitraje exige un sustento contractual que se cumple con el pacto arbitral.

Las partes a través del pacto arbitral se obligan a someter sus diferencias a un tribunal arbitral y a acatar la decisión que éste promulgue. Así pues, *“El arbitraje es vinculatorio, lo que tiene una doble consecuencia: respecto del acuerdo en sí y respecto del laudo que se dicte.”*¹ La primera consecuencia hace referencia a que una vez estipulado el pacto arbitral en un negocio jurídico, las partes no pueden evitar sus efectos. De esta forma, si una de las partes se niega a cooperar con el arbitraje, no es obstáculo para que el arbitraje llegue hasta su último procedimiento que es el laudo, y es precisamente frente a éste, que hace alusión la segunda consecuencia, pues las partes están obligadas a cumplir con el laudo.

El pacto arbitral es entonces, el soporte fundamental del arbitraje sin el cual no puede llevarse a cabo, y asume a su vez dos formas, teniendo en cuenta si se celebra antes o después que sobreviene la diferencia arbitrable. Estas formas son (i) el compromiso y (ii) la cláusula compromisoria. En este capítulo analizaremos entonces, dichas formas del pacto arbitral.

¹ GRAHAM TAPIA, Luís Enrique: “La Cláusula Arbitral”, en AZAR, Cecilia (comp.): *Manual de Arbitraje Comercial*, México, Editorial Porrúa, 2004, Pág. 55.

II. El Compromiso

En Colombia, el Art. 119 del decreto 1818 de 1998 dispone 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*”. Así pues, el compromiso es un contrato en virtud del cual las partes deciden someter a un tribunal arbitral un conflicto que ha surgido entre ellas. Se caracteriza el compromiso entonces, por la disputa que ya se ha presentado y tan solo para definir por vía arbitral, la cuestión litigiosa determinada de manera precisa en el compromiso por las partes. Es importante resaltar que se puede utilizar el compromiso para llegar a un tribunal arbitral en el momento que surja la controversia, es decir antes de haber llevado la misma ante la jurisdicción ordinaria, pero también si las partes así lo disponen, cuando ya se ha acudido a esta vía, y siempre que no se haya dictado sentencia.

El compromiso se refiere entonces a diferencias surgidas en la ejecución de un contrato. Se trata de un contrato autónomo, pero distinto al negocio existente entre las partes y, por lo tanto, sometido a todos los requisitos de fondo y de forma previstos en la ley para la celebración de un contrato. Se caracteriza porque tiene alcance circunscrito tan solo a la cuestión litigiosa propuesta, de manera que si surge entre las partes otra diferencia originada de esta relación jurídica o de cualquier otra, debe ser sometida ésta a la jurisdicción ordinaria, a menos que se celebre un nuevo compromiso.

Por su parte, la legislación mexicana en el Art. 1416 del Código de Comercio, establece que “*El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente*”. Nótese cómo esta legislación si bien reconoce ambas formas de poder llegar a un arbitraje no da una definición clara y se limita simplemente a nombrarlas.

1. Naturaleza jurídica del compromiso

El compromiso constituye una convención, ya que no genera obligación alguna para las partes y surte efectos meramente procesales. Aseveración con la que no coincidimos, puesto que el compromiso implica en nuestra opinión, un contrato en toda su extensión. La legislación colombiana y la mexicana consideran a esta forma en la que puede darse el pacto arbitral como de naturaleza contractual. En el caso colombiano, como se explicó en el numeral anterior, sí equipara el compromiso a un negocio jurídico, lo que no desvirtúa en ningún momento su naturaleza contractual puesto que el contrato es una especie de negocio jurídico.

2. Características del compromiso

El contrato de compromiso tiene las siguientes características:

1. *“Somete al conocimiento de la justicia arbitral diferencias surgidas tanto de relaciones contractuales como extracontractuales.*
2. *El compromiso es un convenio que se pacta con posterioridad o una vez surgidas las diferencias entre las partes. Es de la esencia del compromiso que entre los suscriptores de dicho pacto exista ya una controversia judicial o extrajudicial.”²*

Las diferencias que las partes someten a decisión arbitral son únicamente las expresamente previstas en el contrato de compromiso, sin que pueda suponerse que además se extienden a cualquier otro asunto conexo o complementario, íntimamente ligado con las diferencias objeto del compromiso.

² GIL ECHEVERRY, Jorge Hernán: *Nuevo Régimen de Arbitramento. Manual Práctico*, 3ª Edición, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá, 2004, Pág. 131.

Si el compromiso se pacta con posterioridad al inicio de un proceso ante la jurisdicción ordinaria, las partes de común acuerdo, podrán aumentar o disminuir sus pretensiones, sin quedar sujetas a las formuladas ante el juez que venía conociendo el asunto.

El Consejo de Estado, en la Sala de Consulta y Servicio Civil, en Concepto de junio 24 de 1996 manifestó: *“El tribunal arbitral no tiene competencia para conocer los litigios respecto de los cuales se haya dictado sentencia de primera instancia, así ésta no se halle en firme”* Situación que no compartimos con el honorable tribunal puesto que si el Art. 340 del Código de Procedimiento Civil permite la transacción en cualquier estado del proceso siempre y cuando no se encuentre ejecutoriada la sentencia de segunda instancia, consideramos que la oportunidad para realizar un compromiso lo tienen las partes hasta dicho momento procesal.

Principio de limitación

En el compromiso, la competencia arbitral queda limitada a la diferencia expresamente señalada en el convenio, por lo que supone la imposibilidad de formularle al tribunal pretensiones o excepciones no contempladas en el pacto, salvo acuerdo entre los suscriptores. Así pues, las pretensiones quedan limitadas a lo anotado en el compromiso. Al respecto, el Consejo de Estado señaló: *“... El compromiso debe contener: A) la enunciación precisa, es decir, debidamente individualizada y determinada del litigio o diferencia objeto del arbitraje. B) Que el litigio es la materia a la cual queda contraída la capacidad jurisdiccional de los árbitros y la materia que determina su competencia, por tanto la única respecto de la cual se hayan habilitados o legitimados para obrar en nombre del Estado.”*³ Lo anterior es aplicable particularmente a los grupos de contratos, lo que se analizará más adelante en esta investigación.⁴ Consideramos importante reiterar que, la limitación supone entonces la

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 24 de Mayo de 1991.

⁴ *Vid. infra*, Capt. III, Pág. 64.

imposibilidad de formular al tribunal arbitral pretensiones no contempladas en el pacto.

III. Definición y naturaleza jurídica de la cláusula compromisoria.

Conforme al derecho colombiano la cláusula compromisoria consiste en “*el pacto contenido en un contrato o 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.*”⁵

Así pues, la cláusula compromisoria es aquella estipulación en que las partes en un contrato resuelven que todas o algunas de las diferencias que se puedan presentar entre ellas con motivo del desarrollo, ejecución o liquidación de dicho contrato se sometan a decisión arbitral. Se trata entonces de una cláusula adicional a un contrato. Su característica principal consiste en que se trata de establecer *a priori* la forma de resolver los eventuales conflictos que puedan sobrevenir durante la ejecución del contrato sin que exista una disputa en el momento en que se suscribe la cláusula.

Por lo anterior, podemos afirmar que la cláusula compromisoria es un verdadero contrato. “*La cláusula compromisoria participa en la naturaleza jurídica del pacto arbitral, es un verdadero contrato que se erige como la ley de las partes y para los propios árbitros...*”⁶ En igual sentido, el doctor Marco Gerardo Monroy Cabra señala que: “*la cláusula arbitral no es una simple cláusula accesoria a un contrato como anteriormente se ha observado, sino que por su misma naturaleza, es un verdadero contrato cuya única exigencia es que debe ser por escrito*”⁷.

⁵ Decreto 1818 de 1998 Art. 118.

⁶ MARTINEZ NEIRA: *Las Transformaciones del Derecho Mercantil Moderno*. Santafé de Bogotá, Dike, 2000, Pág. 350.

⁷ MONROY CABRA, Marco Gerardo: *Arbitraje Comercial Nacional e Internacional*. 2ª Edición, Santafé de Bogotá, Legis Editores S.A., 1998, Pág. 96.

Para la Corte Constitucional colombiana, la cláusula compromisoria es de naturaleza contractual lo cual señaló en Sentencia C-163 del 17 de marzo de 1999. “... *la justicia arbitral implica la suscripción voluntaria de un contrato o negocio jurídico, por medio del cual las partes renuncian a la jurisdicción ordinaria y acuerdan someter la solución de cuestiones litigiosas, que surgen o puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas, a la decisión de un tribunal arbitral.*”

Por su parte el Consejo de Estado colombiano afirma: “*Significa lo anterior que el pacto arbitral es un contrato que además tendrá carácter estatal cuando se trata de un compromiso y en él se obligue a una entidad pública o cuando se trate de una cláusula compromisoria pactada al interior de un contrato de Estado*”.⁸ En términos similares se pronunció la Corte Suprema de dicho país: “*Cómo la cláusula en que se contiene el pacto compromisorio obliga a las partes a estar y pasar por lo estipulado de acuerdo con las reglas generales de la contratación, de igual modo serán aplicables, estas reglas, en lo pertinente a las pautas legales sobre la interpretación en materia contractual. ...*”⁹

Así pues, queda claramente determinada por los altos tribunales colombianos la naturaleza contractual de la cláusula compromisoria, opinión que compartimos completamente.

⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 16973, Sentencia de 8 de junio de 2000.

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Expediente 31041, Sentencia de 17 de septiembre de 1985

IV. Diferencias entre Compromiso y Cláusula Compromisoria

Podemos señalar como principales diferencias entre el compromiso y la cláusula compromisoria las siguientes:

- I. La cláusula compromisoria es una de las varias estipulaciones que pueden incluirse en un contrato, o pactarse después de celebrado el mismo como pacto adicional o anexo a éste; el compromiso es un contrato autónomo y distinto de la relación jurídica que ha dado lugar al conflicto entre las partes.

- II. La cláusula compromisoria se estipula en previsión de cualquier disputa que pueda presentarse en desarrollo de un contrato, con la finalidad de establecer un mecanismo de solución de controversias. Es una cláusula abstracta que se refiere a litigios eventuales y futuros, en la que el compromiso se celebra una vez que haya surgido el desacuerdo a fin de evitar que sea conocido por la justicia ordinaria o para sustraerla a su conocimiento si ya se hubiere promovido la acción por vía judicial. Se trata entonces, de un convenio en concreto para resolver un conflicto cierto y actual.

- III. Normalmente, la cláusula compromisoria no se agota o se extingue por haber sido utilizada en alguna ocasión pues tiene carácter permanente, de manera que es imperioso acudir al mecanismo convenido por las partes todas las veces que sea necesario, simultánea o sucesivamente, hasta que el contrato finalice o subsista la cláusula compromisoria. Por su parte, el compromiso se refiere sólo al caso que se trata de resolver, de modo que cualquier otra diferencia o diferencias que surjan entre las mismas partes no están sujetas a dicho convenio, sino que deben dirimirse por los medios judiciales ordinarios o por nuevos contratos de compromiso.

- IV. La cláusula compromisoria se refiere a relaciones contractuales y el compromiso también a éstas, sin embargo puede pactarse adicionalmente para resolver diferencias derivadas de situaciones extracontractuales, siempre que éstas sean susceptibles de arbitraje.
- V. La cláusula compromisoria se extiende a los sucesores de los contratantes, para quienes en cierta forma tiene el alcance de pacto de adhesión.¹⁰ Por cuanto el causahabiente, se hace parte en el contrato en el estado en que éste se encuentre; el compromiso sólo vincula a las partes que lo celebraron y cuando más a sus sucesores procesales, llegado el caso “(herederos, cesionarios de derechos litigiosos.)”¹¹

V. Formación del pacto arbitral.

El arbitraje proviene de un contrato celebrado entre las partes de un litigio por medio del cual, éstas deciden que toda controversia actual o futura dentro de un contrato o con relación al mismo, debe ser sometida al conocimiento de un tercero llamado tribunal arbitral. Dicho contrato es denominado pacto arbitral. Así pues, si el pacto arbitral es un contrato, las partes que lo concluyan deben, de conformidad con la teoría general de contrato y las obligaciones, cumplir con los requisitos de existencia y validez que éstas señalan para tener sustento jurídico.

La legislación colombiana, en el Código Civil¹² señala los elementos esenciales para que una persona pueda obligarse con otra. E igualmente la ley

¹⁰ OSPINA FERNANDEZ, G. et al., E: *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. 5ª Edición, Santafé de Bogotá, Editorial Temis, 1998, Pág. 313.

¹¹ DEVIS ECHANDIA, Hernando: *Derecho Procesal Civil, Bogotá*, Editorial A. B. C., 1972, Pág. 337.

¹² Art. 1502 del Código Civil: “para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1º que sea legalmente capaz; 2º que consienta en dicho acto; 3º que recaiga sobre un objeto lícito; 4º que tenga una causa lícita.”

mexicana, en el Código Civil Federal¹³ establece que requisitos se requieren para la existencia de un contrato. De lo anterior, desprendemos que ambas legislaciones señalan requisitos similares para que un acto jurídico exista, que son, el consentimiento, el objeto y la causa lícita.

1. Requisitos de existencia

a. El Consentimiento en el pacto arbitral

El consentimiento “es el acuerdo de voluntades sobre la producción o transmisión de derechos y obligaciones”¹⁴ y que dentro del contexto del arbitraje, se refiere al acuerdo entre las partes para que sus controversias actuales o futuras sean sometidas a un tribunal arbitral. Tanto en la legislación colombiana como en la mexicana, se permite que para obligarse, el consentimiento sea expreso o bien tácito, sin embargo consideramos que no es prudente permitir que puedan obligarse las partes a través de un consentimiento tácito en materia arbitral.

Cuando las partes dan su consentimiento para que las diferencias que surjan entre ellas, derivadas de un contrato, se ventilen ante un tribunal arbitral, implica que están renunciando a que éstas se lleven a la jurisdicción ordinaria, que en nuestros países es una garantía fundamental, razón por la cual consideramos crucial que esa renuncia sea expresa, clara e inequívoca.

Existen diversas formas de manifestar ese consentimiento expreso, así el Art. 1423 del Código de Comercio Mexicano establece que: “*El acuerdo arbitral*

¹³ Art. 1794 del Código Civil Federal: “para la existencia del contrato se requiere: I. Consentimiento y II. Objeto que pueda ser materia de contrato”

¹⁴ BORJA SORIANO, Manuel: *Teoría General de las Obligaciones*, 12^a Edición, México, Editorial Porrúa, 1991, Pág. 121.

*deberá constar por escrito y deberá consignarse en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telex, telegramas... que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra...*¹⁵ El artículo al que hace referencia el párrafo anterior, establece entonces tres formas diferentes de manifestar el consentimiento de un pacto arbitral, en adición al consentimiento expreso.

a. Intercambio de comunicaciones: Lo que se busca con esta referencia de diferentes métodos de comunicación es abarcar todas las formas que la práctica comercial internacional ha permitido para la celebración de los contratos. No se pretende que cuando haya un intercambio de documentos haya siempre una constancia “escrita”, puesto que con la globalización tecnología de las comunicaciones, puede haber un intercambio de comunicaciones o documentos, dejando como constancia del mismo no un papel o escrito, ya que puede estar dicha constancia en la memoria de un computador o en un CD o en cualquier otro medio electrónico. No se persigue el requisito de la firma del documento, sino más bien, que haya una constancia clara, cualquiera que ésta sea, que evidencie la voluntad de las partes de someter, con toda certeza, la controversia presente o futura a un tribunal arbitral. En México el Código de Comercio, el Código de Procedimientos Civiles y el Código Civil incorporan la ley Modelo de UNCITRAL sobre el comercio electrónico, Colombia por su parte tiene una ley especial que reglamenta el tema.

b. Intercambio de demanda y contestación: Esta se genera cuando una parte presenta una solicitud de arbitraje y la otra parte la conteste o reconvenga sin cuestionarla, razón suficiente para establecer que hubo un acuerdo de voluntades con el ánimo de someter sus diferencias al arbitraje.

¹⁵ Artículo 1423 Código de Comercio Mexicano.

c. Incorporación por referencias: *“La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria constituirá acuerdo de arbitraje siempre que dicho contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato”¹⁶ .*

De esta forma, si el contrato que se incorpora por referencia contiene un pacto arbitral, el mismo formará parte de los derechos y las obligaciones de las partes. Conforme a lo anterior, el Art. 1423 del Código de Comercio, establece que: *“... la referencia hecha en un contrato o documento que contenga una cláusula compromisoria, constituirá acuerdo de arbitraje siempre que dicho contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.”*

Puede afirmarse entonces que la tendencia actual es la de reconocer la eficacia de los acuerdo arbitrales por referencia cuando la cláusula compromisoria no consta en el contrato mismo, sino que incorpora otro documento en el que está contenida. Sin embargo, la legislación colombiana permite que la cláusula compromisoria se pacte en un documento separado del contrato, sin embargo exige para que produzca efectos jurídicos, se exprese el nombre de las partes e indique en forma precisa el contrato al que se refiere. Lo anterior, está establecido en el Art. 120 de la ley 1818 de 1998 *“la cláusula compromisoria que se pacte en documento separado del contrato, para producir efectos jurídicos deberá expresar el nombre de las partes e indicar en forma precisa el contrato a que se refiere.”*

El consentimiento en el contrato de arbitraje consiste en el encuentro de voluntades que desean someter sus diferencias actuales o potenciales a un tribunal de arbitramento. Así pues, el perfeccionamiento del contrato de arbitraje, como el de cualquier otro contrato, depende de las formalidades a las que esté sujeto. El Art. 118 del Decreto 1818 de 1998, establece que la cláusula compromisoria es: *“El pacto contenido en un contrato o en un documento anexo a él en virtud del cual los contratantes acuerdan someter las*

¹⁶ GONZALEZ DE COSSÍO, Francisco: *op. cit.*, Pág.66.

eventuales diferencias que puedan surgir con ocasión del mismo, a la decisión de un tribunal arbitral.”

El Artículo anteriormente referido, no señala que el contrato en que esté contenida la cláusula compromisoria conste o deba constar en un documento. Se podría sostener entonces, que en la medida que la norma anteriormente citada dispone que la cláusula compromisoria deba estar contenida en un contrato, tanto la cláusula como el contrato deben estar contenidos en un documento. Los contratos verbales están constituidos por cláusulas que están contenidas en ellos.

Como consecuencia de lo anterior, en materia de consentimiento, la doctrina colombiana ha tomado dos posturas que consideramos importante analizar. Por un lado, algunos doctrinantes como Arturo Sanabria Gómez opinan, a manera de ejemplo, que no debe haber ninguna distinción entre los contratos que consten en documentos y los que no consten en ellos, haciendo referencia a la posibilidad que las partes tienen de poder someter las disputas que surjan de los contratos ante un tribunal arbitral. *“Sería un atentado importante contra el derecho a la igualdad que solamente las partes que celebren contratos que consten en documentos puedan incluir cláusulas compromisorias, y a través de ellas, acceder a la justicia arbitral”*¹⁷. En consecuencia, dicho autor señala que la cláusula compromisoria puede ser verbal¹⁸ o puede constar en cualquier documento y puede ser probada por cualquiera de los medios de prueba establecidos en la ley para acreditar los hechos que generan derechos y obligaciones. De ello se desprende que la cláusula compromisoria que no esté contenida en un contrato debe constar en un documento, pero no todo documento es un escrito; es por esto que la cláusula compromisoria podría estar contenida en un video, o en una cinta cinematográfica por ejemplo, en donde se manifieste que las partes acordaron acudir a un tribunal arbitral.

¹⁷ SANABRIA GOMEZ, Arturo: “La formación del consentimiento en los contratos de arbitraje” en el Contrato de Arbitraje, 1ª Edición, Editorial Temis, Santafé de Bogotá, 2005, Pág.154.

¹⁸ *Ibidem*, Pág. 155.

Por el contrario Julio Benetti Salgar y Marco Gerardo Monroy Cabra consideran que la cláusula compromisoria debe constar por escrito.¹⁹ Para dichos autores, cuando el pacto arbitral asume la forma de cláusula compromisoria, se trata de una cláusula accesoria en un contrato que no requiere requisitos diferentes de aquéllos necesarios para configurar el contrato principal, específicamente que conste por escrito, concluyendo que la única formalidad necesaria sea la de constar por escrito.

Si bien Eduardo Silva Romero hace una excelente interpretación del Art. 118 del Decreto 1818 de 1998, al establecer que la legislación colombiana no define expresamente la necesidad de que el pacto arbitral sea por escrito, y para los particulares lo que no les está prohibido expresamente en la ley les está permitido.²⁰ Consideramos que no puede hacerse dicha interpretación dejando de lado cuál fue el espíritu que impulsó al legislador a llegar a dicho ordenamiento. Se estaba tratando de implementar a la legislación colombiana la Ley Modelo, la cual busca dar uniformidad a la normatividad en materia de arbitraje y ejecución de laudos arbitrales, buscando como uno de sus primeros objetivos dar certeza a las partes de la validez del pacto arbitral, lo que en nuestra opinión se presenta, cuando las partes de antemano saben que para poder acudir a un tribunal arbitral su consentimiento requiere de la formalidad de haberse dado por escrito.

Teniendo en cuenta lo anterior, consideramos que es necesario que la cláusula arbitral conste por escrito, ya que además de ser la manifestación de la voluntad de las partes respecto a su deseo ventilar las diferencias presentes o futuras ante tribunales arbitrales, se está renunciando al derecho constitucional de ser juzgado por tribunales ordinarios. Así pues, razonamos que el único requisito para que el consentimiento dado por las partes perfeccione el pacto arbitral, es que dicho consentimiento se haya manifestado por escrito.

¹⁹ BENETTI SALAGAR, Julio, *op. cit.*, Pág. 117 y MONROY CABRA, Gerardo: *op. cit.* Pág. 96.

²⁰ SILVA ROMERO, Eduardo: “El arbitraje examinado a la luz del derecho de las obligaciones”. En *El contrato de Arbitraje*, 1ª edición, Santafé de Bogotá, editorial Temis, 2005.

b. El objeto en el pacto arbitral

Para que se configure un acto jurídico no basta cualquier manifestación de la voluntad, sino que es necesario que el agente o agentes persigan un objeto jurídico, que es la creación, modificación o extinción de relaciones.²¹ Así, el objeto del contrato es la operación jurídica que las partes pretenden realizar a través de las obligaciones que el contrato produce. En otras palabras, el objeto del pacto arbitral es la obligación a cargo de las partes del litigio a someter sus controversias a arbitraje.

El Art. 117 del Decreto 1818 de 1998 comprende la expresión “*a someter sus diferencias a la decisión de un tribunal arbitral, renunciando a hacer valer sus pretensiones ante los jueces*”. La operación jurídica que las partes pretenden realizar a través de la conclusión de un pacto arbitral sería el del sometimiento de litigios presentes o futuros ante un tribunal arbitral. Así pues, el pacto de arbitraje produce dos obligaciones; (i) una obligación de hacer, cuya prestación está a cargo de las partes y que es la de someter sus diferencias a la decisión de un tribunal arbitral, y (ii) una obligación de no hacer, que consiste en no someter dichas diferencias a la jurisdicción ordinaria.

Frente al mismo tema, el Art. 1502 del Código Civil colombiano dispone que: “*Para que una persona obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: ... 3) que recaiga sobre un objeto lícito. ...*” En el tema de arbitraje, cuando se hace referencia al objeto lícito del pacto arbitral, se establece frente a qué materia es posible someter litigios a la decisión de un tribunal arbitral y, por consiguiente, cuáles pueden ser excluidos de la jurisdicción nacional. En el mismo sentido, el Art. 115 del Decreto 1818 de 1998 establece que: “*El arbitraje es un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, difieren su solución a un*

²¹ OSPINA FERNANDEZ, G, *op. cit.*, Pág. 237.

tribunal arbitral...” De esta forma sólo se puede someter al arbitraje aquellos litigios susceptibles de transacción. Si las partes entonces, concluyen un pacto arbitral sobre litigios que no son transigibles, el pacto arbitral será inexistente, pues su objeto puede ser calificado como ilícito.

Para el doctrinante mexicano Francisco González de Cossío, concibe que el elemento de existencia es “*el objeto directo es la creación o transmisión de obligaciones y/o derechos. El objeto indirecto es el objeto de la obligación, la cosa. En el contexto del acuerdo arbitral, el objeto será la controversia que surja de una determinada relación jurídica.*”²²

Para que un acuerdo arbitral sea válido, debe existir entonces una relación jurídica entre las partes y que esté determinada. En virtud de lo anterior, para el autor mencionado, cuando se hace un acuerdo arbitral que establezca que todas las controversias futuras que surjan entre las partes se resolverán por la vía arbitral, no será válido. El acuerdo entonces debe ceñirse con una relación jurídica que hay entre las partes, la cual debe ser específica, como lo es verbigracia, un contrato.

Podemos concluir entonces que, el objeto del arbitraje debe reunir los siguientes requisitos:

- a) que se trate de conflictos determinados o determinables;
- b) que se trate de una cuestión contenciosa;
- c) que esa cuestión sea transigible;
- d) que como consecuencia de lo anterior, la cuestión litigiosa tenga un contenido patrimonial, y
- e) que la ley no prohíba la arbitrabilidad del conflicto.

²² GONZALEZ DE COSSÍO, Francisco: *op. cit.*, Pág.69.

c. La causa en el pacto arbitral

Tanto en la doctrina como en la legislación mexicana se abarca el tema de la causa en el pacto arbitral de manera superficial. A diferencia de lo que sucede en Colombia, en donde, la noción de causa en las obligaciones contractuales se identifica con la noción de los móviles o motivos de las manifestaciones de voluntad. De esta forma, la causa “*es el fin directo e inmediato que persigue el deudor al obligarse, fin que resulta impuesto por la naturaleza del contrato...*”²³

El Art. 1502 del Código Civil colombiano establece lo siguiente: “*Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario... 4) que tenga una causa lícita.*” En términos del Art. 1524²⁴ del mismo Código, la causa se entiende como el motivo que induce al acto o contrato. Por su parte, el Código Civil Federal mexicano, también establece disposición expresa frente a este tema en su Art. 1827: “*El hecho positivo o negativo objeto del contrato debe ser: I. Posible, II. Lícito.*” Así pues, coincidimos con la opinión de Eduardo Silva Romero, cuando afirma que “*la noción de causa podría hacer que los pactos arbitrales se anularan si se prueba que la finalidad de su conclusión es, por ejemplo, el lavado de dinero o escapar a normas imperativas o de orden público que serían normalmente aplicables al caso concreto.*”²⁵

²³ HINESTROSA, Fernando: *Derecho Civil*. Tomo I Volumen II 1ª Edición, Universidad Externado de Colombia, Santafé de Bogotá, 1995 Pág. 725

²⁴ Art. 1524 Código Civil colombiano establece que: No puede haber obligación sin causa real y lícita. (...) se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbre o al orden publico”

²⁵ SILVA ROMERO, Eduardo: *op. cit*, Pág. XV

2. Requisitos de validez del pacto arbitral

El pacto arbitral, al igual que todo acto jurídico, debe reunir los requisitos establecidos por la ley, para que una vez que exista, pueda generar consecuencias jurídicas por ser válido. Dichos requisitos coinciden tanto en la legislación colombiana como en la mexicana. *“La validez del pacto arbitral no debe ser sólo el fruto de un consentimiento libre de vicios. Debe igualmente, ser lícito. Esto supone que, de un lado, se refiera a una materia susceptible de ser resuelta por medio del arbitraje y que de otro lado sea realizado entre partes facultadas a recurrir a este método de resolución de controversias.”*²⁶

Se da entonces el término de arbitrabilidad, que cuando se entiende de manera objetiva, hace referencia a una materia susceptible de resolución por vía arbitral, y cuando se entiende de manera subjetiva, se refiera a la capacidad de la persona para someterse al arbitraje.

a. Capacidad de la partes

La capacidad es la facultad para ser sujeto de derechos y obligaciones. Para el Código Civil Federal en su Art. 2228 cuando una de las partes presenta una incapacidad, el acto jurídico es no válido. De forma similar, el Art. 1502 del Código Civil colombiano dispone que para que una persona pueda obligarse válidamente a otra por medio de un acto o manifestación de voluntad, es necesario que sea legalmente capaz, y entiende el mismo código en el Art. 1503 que toda persona es legalmente capaz para celebrar contratos de arbitraje, excepto aquéllas que la ley señala como incapaces²⁷

²⁶ FOUCHARD, P., *et al.*: *Traite' de l'arbitrage commercial international*, Paris, Editorial Litec., 1996, Pág. 329.

²⁷ Art. 1504 Código Civil Colombiano, establece que son incapaces, los dementes, los impúberes, los sordomudos que no se pueden dar a entender por escrito, los menores

Frente a las personas naturales o físicas, basta decir que todo acto celebrado por una persona que carezca de las facultades legales para ello puede ser inválido. Con relación al arbitraje no es muy común que personas naturales o físicas realicen pactos arbitrales, por lo que vamos a enfocar el estudio de la capacidad a las personas jurídicas o morales de manera específica, al igual que a la capacidad contractual del estado y sus entidades para la celebración de un pacto arbitral.

a.1 Personas jurídicas o morales de derecho privado

Desde el punto de vista legal, éstas también tienen la posibilidad de comparecer ante un tribunal arbitral, bien sea como demandantes o demandados, pero siempre sujetas a las limitaciones que existan en sus respectivos estatutos.

Es necesario entonces, analizar primero cuál es el objeto social de la sociedad, para poder determinar si éste permite que se pacte o no un arbitraje. De no haberse expresamente indicado en los estatutos, la negativa de ventilar las controversias derivadas del contrato a un tribunal arbitral serán los administradores de la sociedad o quienes tengan a su cargo la realización de las operaciones de la sociedad, quienes tienen la capacidad legal para celebrar un pacto o acuerdo arbitral.

Lo anterior puede analizarse según la teoría general de las obligaciones, como una representación, es decir, esa facultad que tiene una persona para obligarse en nombre de otro. El problema puede presentarse cuando esa representación se da mediante un contrato de mandato y no se especifica si el representante tiene poder suficiente para celebrar un acuerdo arbitral en nombre de su mandante. Así pues, hay quienes afirman que sin importar si el mandato es general o especial, la sola configuración del mandato de forma

adultos que no han obtenido habilitación de edad y los disipadores que se hallen bajo interdicción.

general permite al mandatario comprometer la solución de controversias de su representado al arbitraje.

Si bien existe un régimen en favor del arbitraje y que con base en la constitucionalidad de la garantía del debido proceso, es decir la posibilidad de ser juzgado con base a leyes previamente establecidas y ante la jurisdicción ordinaria, no compartimos la opinión del doctor González de Cossío, cuando establece que: “*quien tiene un poder general está facultado para la celebración de pactos arbitrales*”.²⁸ Concluimos entonces, que cuando la voluntad de las partes, es la de renunciar a su derecho constitucional de ser “juzgados” a través de la jurisdicción ordinaria y en virtud de esta manifestación de voluntad se les da competencia a los árbitros para que sean ellos quienes ventilen determinadas controversias, dicha manifestación debe ser no solo expresa, sino clara e inequívoca.

Por lo anterior, consideramos que debe el tribunal arbitral analizar cada caso en particular para establecer con certeza cuál era la voluntad del mandante frente a las diversas obligaciones en la que podía su representante obligarlo y más aún, que posición tenía el mismo frente al arbitraje; esto en aras de que prevalezca la verdadera voluntad de las partes y no por suposiciones caer en la denegación de justicia.

a.2 El Estado y sus entidades públicas.

En Colombia por virtud de la Ley 80 de 1993, se expide el Estatuto General de Contratación Administrativa, que en su Art. 70 establece “ *En los contratos estatales podrá incluirse la cláusula compromisoria a fin de someterse a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por la celebración del contrato y su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación*”

²⁸ GONZALEZ DE COSSÍO, Francisco, *op cit.*, Pág. 72.

Lo anterior se refiere a que las entidades públicas sí están facultadas y tienen capacidad para someterse a acuerdos arbitrales. Si bien la ley 80 antes mencionada, no establece ninguna restricción a dichas entidades, la jurisprudencia²⁹ sí lo ha hecho. Conforme a ésta, los litigios que resulten de la promulgación de los actos administrativos en ejercicio de prerrogativas exorbitantes de la administración y con relación a un contrato estatal, y en especial los litigios que impliquen el examen de legalidad de dichos actos administrativos, no serán arbitrables. En consecuencia, las entidades públicas serán capaces de celebrar un pacto arbitral salvo en lo relativo a aquellos litigios que resulten de la promulgación de un acto administrativo.

En ese orden de ideas, la ley misma otorga capacidad a las entidades públicas para que celebren pactos arbitrales, siendo la ley la que habilita a las entidades estatales a celebrar dichos pactos. En consecuencia, para que las entidades públicas puedan someter sus litigios al arbitraje, deben poseer competencia para celebrar dichos acuerdos, al igual que el funcionario encargado debe ser también competente para realizar pactos arbitrales. Si no se dan estas dos condiciones – *“la autorización legal para que la entidad pública pueda someter sus litigios a arbitraje y la competencia del funcionario para celebrar el acuerdo arbitral y comprometer así a dicha entidad”*³⁰ – el pacto arbitral celebrado no será válido.

Concluimos entonces, que en Colombia las entidades públicas sí están autorizadas para suscribir un compromiso o una cláusula compromisoria conforme a la Ley 80 de 1993, para someter a arbitraje los litigios que se deriven de la ejecución, desarrollo, terminación o liquidación de contratos estatales. Sin embargo, la competencia de los árbitros está restringida a que el objeto del litigio no sea un acto administrativo que involucre el ejercicio de las potestades excepcionales de la administración.

²⁹ Corte Constitucional, Sentencia del 25 de octubre de 2000, Expediente No C-1436/00, Demanda de inconstitucionalidad de los artículos 70 y 71 de la ley 80 de 1993 – Magistrado Ponente: Doctor Alfredo Beltrán Sierra

³⁰ Para la legislación colombiana las entidades públicas y sus funcionarios no pueden hacer sino lo que les está expresamente permitido por la ley, y por ende, en material arbitral la ausencia de dicha habilitación conlleva a la invalidez del pacto arbitral.

Los árbitros por su parte, podrán examinar diferentes tipos de actos administrativos, tales como opiniones, conceptos, comunicaciones, etc., o “básicamente las decisiones que también podrían tomar los particulares en desarrollo de sus facultades de negocio. ... Igualmente son competentes para juzgar lo hechos que se deriven de la ejecución del contrato, las omisiones y en general, las relaciones patrimoniales entre las partes, es decir, todo aquello relativo a garantizar el equilibrio económico del contrato”³¹

En conclusión, pueden someterse al arbitraje los litigios que involucren al Estado Colombiano o a una de sus entidades estatales, con la limitación para los árbitros que les prohíbe de pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la Administración en desarrollo de su potestad de *imperium*.

En México, para el caso de una persona moral de carácter público, hay que consultar las leyes orgánicas de cada dependencia o entidad correspondiente para determinar si existe la autorización legal correspondiente para que dichas entidades celebren acuerdos arbitrales; ya que el recurso normal para ventilar diferencias entre éstas y particulares es el contencioso administrativo, lo que vuelve imprescindible la autorización legislativa. Ejemplo de estas disposiciones son la Ley Orgánica de PEMEX³², que en su Art. 14 dispone: “*Los actos jurídicos que celebren Petróleos Mexicanos o cualquiera de sus Organismos Subsidiarios se registrarán por las Leyes Federales aplicables y las controversias nacionales en que sea parte, cualquiera que sea su naturaleza, serán de la competencia de los tribunales de la Federación, salvo acuerdo arbitral, quedando exceptuados de otorgar las garantías que los ordenamientos legales exijan a las partes, aun en los casos de controversias judiciales. Tratándose de actos jurídicos de carácter internacional, Petróleos Mexicanos o sus Organismos Subsidiarios podrán convenir la aplicación de derecho extranjero, la jurisdicción de tribunales extranjeros en asuntos mercantiles y*

³¹ SALCEDO CASTRO, Myriam: “La Arbitrabilidad Subjetiva: la capacidad de las entidades públicas para concluir contratos de arbitraje”, en *El Contrato de Arbitraje*, op. cit, Pág.122.

³² Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos y Organismos Subsidiarios.

celebrar acuerdos arbitrales cuando así convenga al mejor cumplimiento de su objeto.”

Esta disposición, si bien autoriza el arbitraje, limita la posibilidad de establecer el arbitraje de carácter nacional cuando intervienen particulares, salvo cuando se trata de actos jurídicos de carácter internacional. Igualmente, la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, en el Art. 15 establece la posibilidad de celebrar acuerdos arbitrales siempre que se obtenga una opinión favorable de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (Hoy Secretaría de Economía). Establece igualmente este artículo que salvo disposición expresa en contrario de la ley que regula las dependencias descentralizadas, a éstas se les puede aplicar lo dispuesto en el artículo antes mencionado. De lo anterior se desprende que existe la posibilidad de realizar acuerdos arbitrales, siempre que se cumpla el requisito de la opinión favorable previa y que la ley especial no lo prohíba expresamente.

b. Vicios del consentimiento

Como cualquier otro acto o negocio jurídico que se origina en la manifestación de voluntades, el consentimiento podría tener algún defecto que diera lugar a la nulidad relativa del acuerdo arbitral.

El Art. 1812 del Código Civil Federal, establece que el consentimiento no es válido si ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo. Igualmente, la legislación colombiana en el Art. 1502 del Código Civil señala que para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario que la persona consienta en dicho acto y que su consentimiento esté libre de vicios. Para ambas legislaciones los vicios del consentimiento son error, fuerza y dolo, los que a continuación explicaremos en cuanto a su relación con el arbitraje.

b.1 Error: El error consiste en la falsa apreciación de la realidad. Tanto en Colombia como en México existe la distinción entre el error de hecho y el error de derecho. Desde el punto de vista de la legislación colombiana, el error de derecho no vicia el consentimiento, pues prima el principio de que la ignorancia de la ley no sirve como excusa. En consecuencia cuando se genera un error de derecho, quien incurre en éste, no está libre ni conscientemente manifestando su voluntad, lo que haría anulables sus actos, sin embargo; la ley hace prevalecer el principio del conocimiento general y obligatorio de la ley.

Arturo Sanabria Gómez, teniendo en cuenta lo anterior, ejemplifica de la siguiente manera: *“si quien celebró un pacto arbitral estimaba, por ejemplo, que las diferencias surgidas en virtud del contrato serían conocidas por los jueces ordinarios o que la definición de esas diferencias no les corresponderían a terceros sino que serían objeto de arreglo directo, no se presentaría un vicio del consentimiento y, por ende, el pacto arbitral no sería válidamente atacable, puesto que esos errores tendrían su fuente en la ignorancia de las normas que regulan el arbitraje”*³³ Supone pues este autor, que la ignorancia de la leyes de arbitraje, dado que han sido publicadas en el Diario Oficial, han sido de conocimiento general y por ende son obligatorias sin poder ser razón o fundamento para invalidar los actos jurídicos y obligaciones contraídas a partir de su realización.

Continúa el autor citado diciendo *“por el contrario, sí se presentaría un error y sería posible la anulación del contrato de arbitraje respectivo, si mientras una de las partes creía estar conviniendo una cláusula compromisoria la otra estimaba estar acordando una amigable composición o cualquier otro negocio jurídico”*³⁴. En este caso no se trataría de un error de derecho, pues no se está presentando un desconocimiento o equivocado entendimiento de la norma jurídica, *“sino es un error de hecho en la medida en que la discrepancia entre lo*

³³ SANABRIA GOMEZ, Arturo. *op cit.*, Pág. 164.

³⁴ *Ídem.*

*que se quiso convenir y lo que finalmente se acordó tiene su fuente en una falsa interpretación de la realidad”.*³⁵

Desde el punto de vista arbitral, y siguiendo los lineamientos del autor antes aludido, la posibilidad de error como vicio del consentimiento queda restringida al que recae sobre la clase de contrato o sobre la persona con la que el contrato de arbitraje se lleva al cabo, es decir, cuando se celebra el pacto arbitral con una persona distinta de la que se quería celebrar.

b.2 Fuerza: La violencia o fuerza es un vicio del consentimiento cuando ésta genera una modificación en la voluntad de una persona. En los pactos arbitrales puede presentarse cuando una de las partes tienda a aprovecharse de la otra dada su posición dominante y la obligue a celebrar el acuerdo arbitral.

En el derecho colombiano, estas situaciones no serían suficientes para considerarlas vicio del consentimiento, pues aunque abusivas, no tienen la capacidad para generar un temor que impida a la parte afectada manifestar su voluntad libremente. Debe diferenciarse entonces entre las cláusulas abusivas que surgen, verbigracia, del abuso de la posición dominante, y la fuerza o violencia como vicio del consentimiento, ya que en ésta la voluntad de la parte afectada se ve cohibida a tal grado que no puede libremente manifestar su voluntad o manifestarla hacia la dirección que ésta quería.

b.3 Dolo: El dolo implica mantener a alguien en un error, mediante maniobras, engaños, mentiras, etc., que inducen a la otra parte a la celebración de un contrato, por lo que si éstos no hubiesen existido, esas maniobras no se hubiese celebrado el acto, fue el dolo entonces la causa determinante de la celebración del contrato.

En materia arbitral, habría dolo cuando una de las partes induce a la otra a la celebración del pacto arbitral mediante la utilización de cualquier medio

³⁵ *Ídem.*

engañoso, de tal manera que si estos no se hubiesen presentado la parte no habría convenido al pacto.

c. Forma

La forma son todos aquellos requisitos que debe reunir la manifestación de la voluntad para que sea válida y produzca efectos jurídicos. Los actos jurídicos pueden clasificarse (i) por su forma en consensuales, que son aquéllos que se perfeccionan con el simple consentimiento entre las partes; (ii) formales, aquéllos que de no acatar con la formalidad estarían viciados de nulidad relativa; y (iii) solemnes, aquéllos que están viciados de inexistencia al no cumplirse con las formalidades especiales establecidas en la ley.

El pacto arbitral es un acto jurídico formal, ya que es necesario que conste por escrito y que las partes lo hayan firmado. Así lo disponen la Convención de Nueva York en su Art. II cuando establece: *1. Cada uno de los Estados contratantes reconocerán **el acuerdo por escrito** conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas...* (Resaltado propio) y la Ley Modelo de UNCITRAL en su Art. 7 numeral 2) cuando establece “**El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telex, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por otra**” (resaltado propio).

Las disposiciones anteriormente mencionadas, permiten concluir que el acuerdo arbitral es entonces un acto formal, que implica un doble requisito, por un lado la necesidad que se dé por escrito y por el otro, que las partes hayan firmado dicho escrito, siempre con el objetivo de asegurarse que las partes son

conscientes de que están consintiendo al arbitraje y por ende, están renunciando a la jurisdicción ordinaria.

El Doctor Francisco González de Cossío manifiesta que, *“la relajación de los requisitos de forma del acuerdo arbitral actualizará dicho régimen con las prácticas comerciales modernas.”*³⁶ De igual manera, asegura este autor que el acuerdo arbitral dejara de ser un acto formal³⁷. Dichas aseveraciones no las compartimos, ya que es dicha formalidad la que le da certeza tanto a las partes de su compromiso, como al Estado de la renuncia de las partes involucradas a su jurisdicción, de tal manera que un juez tendrá la obligación de remitir las actuaciones que ante él se presenten al tribunal arbitral correspondiente, cuando exista un acuerdo arbitral.

Si bien establece el Doctor González de Cossío, que existe un proyecto de modificar el artículo 7 de la Ley Modelo de UNCITRAL que especificaría de la siguiente manera qué debe entenderse por acuerdo por escrito: *“2) El acuerdo arbitral deberá constar por escrito. Por escrito se entenderá cualquier forma de texto, que puede abarcar, sin limitaciones, un mensaje de datos, **que deje constancia del acuerdo de arbitraje o que de otro modo sea accesible para su ulterior consulta.**”*³⁸ (Resaltado propio). Y que conforme a esta disposición el acuerdo arbitral pasaría de ser un acto formal a un acto consensual. Lo que implicaría la posibilidad de que existiera un acuerdo arbitral que no se dé por escrito o que no haya sido firmado por las partes. No parece tomar en cuenta este autor, que si bien lo que busca este proyecto es abarcar otras formas de realizar actos jurídicos, como lo es verbigracia los acuerdos celebrado por medios electrónicos, especifica expresamente la misma disposición que debe existir constancia del acuerdo o que se pueda probar que existió dicho acuerdo posteriormente a su realización.

³⁶GONZALEZ de COSSÍO, Francisco: “La nueva forma del acuerdo arbitral: aun otra victoria de consensualismo”, *FORO*, Tomo XIX, Numero 1, México, 2006, Pág.74.

³⁷ *Ibidem*, Pág. 57.

³⁸ *Ibidem*, Pág. 65.

Así pues, no consideramos acertado pensar que existe la posibilidad de realizar acuerdos arbitrales de forma verbal, dado que es casi imposible comprobar la existencia de estos actos. A su vez, se pierde la certeza de las consecuencias jurídicas que tiene el pacto arbitral para las partes, que sólo podrán hacerse efectivas si es posible comprobar la existencia de dicho pacto arbitral. De esta forma, consideramos esencial para la figura del arbitraje que éste mantenga su carácter de formal.

VI. Arbitrabilidad

El artículo II (1) de la Convención de Nueva York señala “un *asunto que pueda ser resuelto por arbitraje*”³⁹ implica que existen controversias que no son susceptibles de ser resueltas a través de este mecanismo de solución de diferencias. Es decir, que existen materias que no son arbitrables, que por tener un contenido de interés público son competencia exclusiva de los tribunales nacionales. Así, el concepto de arbitrabilidad tiene dos aspectos con diferente connotación. Por una parte, por arbitrabilidad objetiva se entiende la materia sobre la que versa la controversia arbitrable, y por arbitrabilidad subjetiva, la capacidad que deben tener las partes para poder llevar sus controversias a este mecanismo, lo que se analizó en esta investigación como uno de los requisitos de validez del pacto arbitral y que referimos como la capacidad.⁴⁰

En este orden de ideas, tratándose de la arbitrabilidad objetiva, tanto en el derecho colombiano como en el mexicano, más claramente en el primero, señalan que materias están excluidas de ser llevadas al arbitraje.

³⁹ Artículo II (1) Convención de Nueva York.

⁴⁰ *Vid., infra.*, Capt. II, Pág. 30.

1. Arbitrabilidad objetiva en el Derecho colombiano

En Colombia, el Art. 115 del Decreto 1818 de 1998 señala que el arbitraje es un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, difieren su solución a un tribunal arbitral. Esta definición permite dar contenido al objeto del pacto arbitral, que consiste en que una controversia actual o eventual, que tengan o que pueda surgir en el futuro entre las partes, será resuelta por medio del arbitraje.

Ahora bien, la materia arbitral en el derecho colombiano debe ser materia transigible, es decir, los derechos o bienes que se controvierten deben ser transigibles para que puedan ser materia objeto del arbitramento. La transigibilidad, es un requisito que señala la ley, para que puedan las partes sustraerse de la jurisdicción ordinaria y acudir a un arbitraje. La transacción puede presentarse en cualquier materia siempre que no esté expresamente prohibida por la ley y no se comprometan el orden público ni las buenas costumbres, pues como negocio jurídico que es el pacto arbitral, debe versar sobre materia posible de transacción.

En el derecho colombiano, existe expresamente la prohibición de cuales materias no pueden ser sujeto de transacción, luego las partes en virtud de la manifestación de su voluntad no pueden celebrar un pacto arbitral válido, de los que podemos destacar los siguientes casos:

- No se puede transigir sobre el estado civil de las personas: El Art. 2473 del Código Civil señala esta prohibición, por lo que un pacto arbitral que verse sobre esta materia estará viciado de nulidad absoluta, al ser un pacto sobre el cual está prohibida la transacción.

El estado civil de la personas es un contexto jurídico que sólo se predica de las personas naturales, el cual define su situación jurídica en la familia y la sociedad, determina su capacidad para ejercer derechos y contraer

obligaciones, es indivisible, indispensable e imprescindible, y su asignación corresponde a la ley. Por este hecho, las partes interesadas no pueden definirlo por lo que no es susceptible de transacción.

En el caso anteriormente planteado, sería nula la transacción que realizaran los cónyuges sobre la nulidad de su matrimonio, pues uno de los efectos del contrato matrimonial es definir el estado civil de los contrayentes, por lo que la nulidad sólo puede ser declarada por vía judicial. En relación con lo anterior, no es susceptible de llevar ante un tribunal arbitral controversias que versen sobre el estado civil de las personas.

- Sobre el derecho de alimentos: El derecho a pedir alimentos no es negociable, no puede transmitirse por causa de muerte, ni venderse o cederse de modo alguno, ni renunciarse, según el Art. 424 del Código Civil colombiano. Establece además esta disposición que la persona deudora de alimentos no puede oponer al demandante en compensación lo que el demandante le deba a él. En conclusión, no puede ser objeto de arbitraje al no ser materia susceptible de transacción,⁴¹
- No vale la transacción sobre la acción penal. La transacción sobre la acción civil sí es válida: El derecho de castigar los delitos corresponde al Estado, y es de interés público por lo que no hay lugar a transacción alguna. Pero el delito como fuente de obligaciones da derecho a los afectados o víctimas del mismo a buscar la reparación civil del daño causado con el mismo, y ese interés patrimonial sí sería objeto de transacción.

En virtud de lo anterior, no existe en el derecho colombiano la posibilidad de resolver en arbitraje la diferencia que sea de carácter penal, sin embargo al analizar el Art. 2462 de Código Civil, podríamos llegar a la conclusión que la

⁴¹ PENA NOSSA, Lisandro: *De los Contratos Mercantiles. Negocios del Empresario*. Universidad Católica de Colombia, Santafé de Bogotá, ECDE Ediciones, 2003.

acción civil que derivada del delito al ser susceptible de transacción sí podría eventualmente llevarse a arbitraje.

- No vale la transacción sobre derechos ajenos o derecho que no existen: Desde el punto de vista de la transacción, ésta solo puede realizarla la persona capaz de disponer del objeto comprendido en la transacción, por lo que el Art. 2483 del Código Civil colombiano, no permite que pueda realizarse transacción sobre derechos ajenos, ya que esta figura jurídica tiene la vocación de producir efectos de cosa juzgada y define la controversia actual o futura, por lo que el legislador ha querido darle certeza a la figura impidiendo la negociación sobre derechos ajenos o inexistentes.
- No vale la transacción sobre la legalidad de los actos administrativos: De conformidad con la Sentencia del Honorable Consejo de Estado del 8 de junio de 2000,⁴² la única competente para el conocimiento y juicio sobre la validez de un acto administrativo, es la jurisdicción contencioso administrativa y el tema no puede ser objeto de pacto arbitral por tratarse de un asunto no transigible.
- No puede haber transacción sobre materias de orden público: El orden público implica la existencia de una norma imperativa y en estos casos la ley ha querido que ciertas materias sean de conocimiento exclusivo de los tribunales nacionales, por lo que no son susceptibles de arbitraje.
- No puede haber transacción sobre pleito concluido: El Art. 2478 del Código Civil establece que es nula la transacción si al tiempo de celebrarse, estuviere ya terminado el litigio, por sentencia que haya hecho tránsito a cosa juzgada.

Esta limitación de la transacción es sumamente importante para el derecho arbitral, dado que al no permitir transacción de una materia que haya sido

⁴² Sentencia 8 de junio de 2000. Poniente Alíer Eduardo Hernández Enríquez, Recurso de anulación de laudo de INVIMA Vs. Consorcio Amaya – Salazar.

objeto de sentencia ejecutoriada, limita a los particulares que están dentro de un proceso el término en el cual podrían someter su diferencia, a través de un compromiso, a la justicia arbitral y sustraerse de la jurisdicción ordinaria. Por lo que el pacto arbitral se realiza sobre un asunto que ya ha tenido una definición judicial que ha hecho tránsito a cosa juzgada será nulo.

2. Arbitrabilidad objetiva en el Derecho mexicano

Para el Doctor González de Cossío, *“en México, la determinación de la arbitrabilidad de una controversia es un tema difícil. Lo anterior puesto que, salvo en contadas excepciones no existen reglas claras sobre que controversias pueden ser sometidas al arbitraje.”*⁴³ Para que una materia sea arbitrable en el derecho mexicano, según lo dispuesto por el autor anteriormente nombrado, es necesario que: a) no sea una materia expresamente excluida, b) que no verse sobre derechos que no son de libre disposición, c) que no afecte el interés público y; d) que no involucre derechos de terceros.

- Materias expresamente excluidas: El Art. 568 del Código de Procedimientos Civiles, establece que son competencia exclusiva de los tribunales nacionales los asuntos relacionados con las tierras y aguas localizadas en el territorio mexicano, los recursos de la zona económica exclusiva, los actos de autoridad, y el régimen interno de las embajadas o consulados de México en el extranjero.

El Art. 615 de dicho Código pero para el Distrito Federal, se refiere al derecho de recibir alimentos, divorcios, acciones de nulidad del matrimonio, y lo relacionado con el estado civil de las personas. Al igual que en el derecho colombiano, el Código Civil Federal regula la transacción, y no permite que se dé esta figura en ciertos casos, entre los que se destacan en la acción civil, los

⁴³ GONZALEZ de COSSÍO, *op. cit.* Pág. 101.

provenientes de delito⁴⁴, cuestión posible en el derecho colombiano como se estudio anteriormente.

- Derechos de libre disposición: Aquellos derechos sobre los cuales el particular tiene plena disponibilidad son obviamente arbitrables. Así pues, para el derecho mexicano cualquier derecho que no sea de libre disposición no es susceptible de ser sometido a arbitraje.
- Interés Público: Al igual que en el derecho colombiano, aquellas materias que representan un interés general, están excluidas de ser resueltas por un medio alternativo como lo es el arbitraje, pues son competencia exclusiva de la jurisdicción ordinaria.
- Derechos de Terceros: Obviamente no tiene efectos frente a terceros el pacto arbitral, lo que quiere decir que para que una parte acuda a este medio de solución de controversias, es necesario que se haya comprometido previamente.

Para el Doctor González de Cossío, una excepción a este caso es la estipulación por otro, situación que se presentaría cuando una persona estipule con otra, en nombre de un tercero, un compromiso arbitral. No compartimos la opinión de este autor, ya que en este caso, no existiría ningún pacto arbitral. Recordemos que para que un acuerdo de este tipo sea válido, es necesario que haya una manifestación de la voluntad de quienes están decidiendo acudir al arbitraje, lo que no sucede en ese caso. En la eventualidad que el tercero por el cual se estipuló, acepte las consecuencias del acto de otro, no debe tomar en cuenta dicha actuación el derecho arbitral, sino la manifestación de la voluntad por parte de ambas partes en someter su controversia al derecho arbitral.

Es evidente que no puede someterse a arbitraje aquello sobre lo que no se tiene disposición, luego no es susceptible de este mecanismo, como bien lo

⁴⁴ Art. 2950 Código Civil Federal.

establece el derecho colombiano, los derechos de ajenos o inexistentes; ya que es esa disponibilidad lo que permite a través de una manifestación de la voluntad sustraerse de la justicia ordinaria para entrar en el ámbito del arbitraje.

VII. Principios rectores

1. Principio de autonomía

En general este principio señala que el pacto arbitral es independiente del contrato principal, por lo que éste no se ve afectado por los vicios de existencia, validez o suspensión del contrato. Igualmente, en virtud de este principio, puede afirmarse que el pacto arbitral puede estar sujeto a una ley diferente de la que regula el contrato principal. Por su parte el Código de Comercio mexicano señala en su Art. 1432 que “... *la cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerara como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión de un tribunal arbitral declarando nulo un contrato, no entrañará por ese solo hecho la nulidad de la cláusula arbitral*”

De acuerdo entonces con esta disposición, el principio de independencia de la cláusula compromisoria hace posible que el tribunal arbitral pueda conocer de la controversia, incluso la relativa a la cláusula arbitral, cuando se está cuestionando la validez del contrato o de la cláusula misma, estando el tribunal en capacidad de continuar con el procedimiento arbitral aun cuando se esté poniendo en entre dicho la validez de la propia cláusula arbitral.

En el derecho colombiano, el Decreto 1818 de 1998 dispone en su artículo 118 lo siguiente: “*La cláusula compromisoria es autónoma con respecto de la existencia y validez del contrato del cual forma parte. En consecuencia, podrá 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.”

La teoría de la autonomía de la cláusula compromisoria parte de la premisa de que la validez del negocio jurídico no puede afectar la decisión de las partes de resolver sus conflictos originados de dicha relación, mediante un mecanismo alternativo, en este caso el arbitraje. Por lo anterior es importante distinguir que uno es el contrato que regula la relación jurídica con causal y otro distinto es el contrato para resolver las diferencias que puedan surgir en desarrollo del primero, contratos que son independientes entre sí.⁴⁵

Como ha quedado plenamente establecido en ambas legislaciones colombiana y mexicana, en materia de arbitraje, la cláusula compromisoria que se estipula en un contrato, adquiere una autonomía que le permite continuar produciendo efectos jurídicos aunque el contrato en el que se encuentre no los produzca o nunca los haya producido; y deberán entenderse como una estipulación autónoma aunque el contrato no sea válido o no haya existido en el ámbito jurídico. No encontramos ningún inconveniente al principio de autonomía cuando se trata o estamos en presencia de un vicio de validez del contrato, puesto que cuando un acto jurídico es inválido, significa que ya ha existido en la esfera jurídica y por consiguiente produce efectos jurídicos. De esta forma, la cláusula compromisoria no tiene porque verse afectada si se declara nulo el contrato, puesto que éste existió y produjo efectos jurídicos, caso en el uno de estos efectos es que se va a acudir al arbitraje y no a la jurisdicción ordinaria en la eventualidad de algún litigio entre las partes.

No sucede lo mismo cuando estamos frente a la inexistencia, puesto que cuando un acto jurídico es inexistente, no produce ningún efecto jurídico, pues nunca existió. Cuando existen esta clase de vicios, lo que busca la ley es que las cosas se devuelvan a como se encontraban antes del acto mismo, de esta forma si el contrato en el que se ha estipulado una cláusula arbitral es declarado inexistente, no produce ningún efecto jurídico, se entiende como si

⁴⁵ BERNAL GUTIERREZ, Rafael: *El arbitraje, la alternativa actual*. Santafé de Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá, 1997.

nunca se hubiese estipulado, por consiguiente ninguna de sus cláusulas existe, incluyendo la compromisoria. Estamos frente a dos principios o teorías que se contraponen⁴⁶ por un lado la teoría general de las obligaciones y la teoría de las nulidades que establece que un acto inexistente no produce efecto alguno, y, por otro lado el principio de la autonomía del pacto arbitral.

Para resolver el paradigma anterior, es necesario tener en cuenta varias cosas, tanto la ley colombiana como la mexicana, han “modificado” la teoría general de las nulidades en materia arbitral, puesto que ambas han establecido que la invalidez o inexistencia del contrato no tiene como consecuencia *per se*, la invalidez del acuerdo arbitral. Sin embargo, coincidimos con Francisco González de Cossío, cuando afirma que para que la cláusula compromisoria se vea afectada de nulidad o inexistencia deben recaer las vicisitudes que generan dichas calidades en el acuerdo arbitral mismo, de esta forma si se afectaría la validez o existencia del acuerdo arbitral.

Existe otra situación que vale la pena analizar a la luz de este principio, la consecuencia de la novación del contrato principal. Con base en que la novación extingue la obligación principal y sus accesorias, podría pensarse que dado a que el pacto arbitral es una obligación accesoria al contrato, la novación que se hiciera del mismo extinguiría junto con la obligación principal del mismo, la obligación correspondiente a resolver las controversias que surjan de él, esto es el pacto arbitral.

Nuevamente, el principio de la autonomía entra a resolver estos cuestionamientos dado que en virtud de éste, un contrato que contiene un acuerdo arbitral implica, que las partes mantienen dos relaciones jurídicas, una que deriva del contrato principal y otra del pacto arbitral. Y dado que el acuerdo arbitral no necesariamente sigue la suerte del contrato principal, consideramos que la relación jurídica arbitral puede subsistir aun cuando se esté en presencia de la novación del contrato que la contiene.

⁴⁶ GONZALEZ DE COSSÍO, Francisco. *op. cit.* Pág., 117.

En consecuencia, el principio de autonomía del acuerdo arbitral frente al contrato que lo contiene, presupone que la validez del pacto arbitral no sigue la misma suerte que la del contrato principal. Para que una situación afecte al pacto arbitral debe recaer en los requisitos de existencia y validez del mismo acuerdo.

2. Principio de *competence - competence*

La expresión *kompetenz – kompetenz*, de origen alemán, significaba que eran los árbitros los únicos que podían dirimir toda controversia relativa a su propia competencia. La doctrina y la jurisprudencia del arbitraje han abandonado el significado extremo de la expresión *kompetenz – kompetenz* y la han reemplazado por la expresión franco – inglesa *competence – competence*, que le da un sentido más moderado al mismo principio.⁴⁷

De esta manera, el principio *competence – competence*, puede ser considerado como el segundo pilar del derecho arbitral, siendo el principio de autonomía el primero, por lo que está estrechamente relacionado con éste. El fundamento del principio *competence – competence* radica en la posibilidad que tiene el tribunal arbitral de decidir sobre su propia competencia, sin ser los únicos autorizados para dirimir dichas controversias.

La aseveración anterior significa, que los árbitros tendrán la facultad de dirimir primero (antes que la justicia estatal), toda controversia relativa a la existencia, validez, y el alcance del pacto arbitral. Puede establecerse entonces, que la justicia arbitral tiene una prioridad temporal respecto de la justicia estatal para dirimir toda controversia relativa a la competencia arbitral dentro del marco del procedimiento arbitral, y la justicia estatal solo podría revisar la decisión arbitral sobre su competencia en un momento ulterior, esto

⁴⁷ SILVA ROMERO, Eduardo, *op. cit.*, Pág. 580.

es, cuando una de las partes ejerza el recurso de nulidad o de anulación contra el laudo arbitral.

El principio de *competence – competence* establece una regla de prioridad en el tiempo. Su importancia radica en que se garantiza que la afirmación por una de las partes de inexistencia o de nulidad del contrato o del pacto arbitral no conduzca *per se* a la parálisis del procedimiento arbitral.

3. Principios constitucionales en el Derecho colombiano

Colombia es de los pocos países que han consagrado como principio constitucional la institución del arbitraje, definiendo la condición jurisdiccional, procesal y otorgando a los árbitros la calidad de jueces especiales.⁴⁸ A este respecto, el Art. 116 de la Constitución Política colombiana establece que: *“los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”*

Consideramos un acierto importante de la legislación colombiana la inclusión de este artículo en la Constitución, puesto que así deja atrás, de una vez por todas, la discusión respecto a la constitucionalidad del arbitraje, sin embargo como se mencionó anteriormente en esta investigación, es desafortunada la redacción del mismo, ya que le da una calidad a los árbitros que no tienen y que se refiere a la de administrar justicia y que corresponde únicamente a los tribunales ordinarios.

De acuerdo al texto constitucional podemos así destacar como principios constitucionales del derecho colombiano los siguientes;

⁴⁸ GIL ECHEVERRY, Jorge Hernán, *op. cit.*, Pág. 63.

a. Principio de jurisdiccionalidad

Para el Doctor Gil Echeverry, este principio parte del supuesto que el arbitraje es una forma de administrar justicia, constituyéndose en una jurisdicción especial. Esta función jurisdiccional es asumida entonces, “*no por voluntad de las partes sino por mandato constitucional*”.⁴⁹ Al respecto la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, en sentencia del 21 de marzo de 1991 señaló: “... *la atribución de poderes jurisdiccionales a los árbitros para que ejerzan la función jurisdiccional, como efecto del derecho público, opera por ministerio de la ley y no por la voluntad de las partes. ... la voluntad de las partes, no podría producir por si misma aquel efecto jurídico toda vez que carece de virtualidad de transmitir una jurisdicción que no tiene.*”

Basados en la sentencia antes mencionada, consideramos un desacierto del Honorable Tribunal el darle un carácter de jurisdiccional al arbitraje, pues éste por definición debe ser flexible y al considerar el arbitraje como un procedimiento, se estaría en la obligación de someter al mismo, a todos los procedimientos y recursos establecidos en materia judicial. Además, se deja de un lado el origen contractual del arbitraje que permite la existencia de la obligación de cumplimiento de la prestación en materia arbitral.

b. Principio de habilitación

Este principio señala que la jurisdicción y la competencia de los árbitros para un caso determinado se concreta, y adquiere realidad, por medio de un pacto arbitral. Consideramos prudente aclarar, que aunque esta jurisdicción y competencia existen en abstracto, por simple voluntad de la Constitución, se concretan únicamente cuando las partes suscriben un pacto arbitral. A este

⁴⁹ *Ibidem*

respecto, la Corte Constitucional señaló en Sentencia C-431 de 1995 lo siguiente: “... *Sustrayéndolo de la competencia de la justicia ordinaria, por voluntad de las mismas partes, son ellas quienes habilitan a los árbitros para fallar*”.

De igual forma se expresó en Sentencia C-330 de marzo de 2000 cuando afirmó: *El arbitramento es voluntario. La decisión de presentar las disputas surgidas en una relación jurídica ante un tribunal arbitral, antes que acudir a los jueces ordinarios, es el resultado de un acuerdo previo de carácter voluntario y libre efectuado por los contratantes. **El arbitramento, al ser un instrumento jurídico que desplaza a la jurisdicción ordinaria en el conocimiento de ciertos asuntos, tiene que partir de la base de que es la voluntad de las partes en conflicto, potencial o actual, la que habilita a los árbitros a actuar:***” (resaltado propio)

Este principio entonces, resalta la importancia que tiene la voluntad de las partes en el arbitraje y en que esta manifestación se haya dado en forma expresa, clara y precisa, con lo cual coincidimos plenamente puesto que así, se ven salvaguardadas las garantías constitucionales del debido proceso.

c. Principio de naturaleza procesal

El arbitraje no constituye un simple método de solución de controversias, si no que es un verdadero proceso “judicial” *sui generis*. Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia C-330 de marzo 22 de 2000 estableció que: “*El arbitramento tal y como ha sido considerado en nuestro ordenamiento jurídico es una figura procesal. Cuando la Constitución defiere a los particulares la función de administrar justicia en calidad de árbitros, les confía, como a los demás jueces, la solución de contenciones jurídicas entre las partes en concordancia con la Constitución y las Leyes. De ahí que la institución arbitral en nuestro ordenamiento tenga el carácter de un proceso que garantiza los derechos de las partes enfrentadas disponiendo de una serie de etapas u*

oportunidades para la discusión de los argumentos, la valoración de pruebas aportadas. ...”

Consideramos que la importancia de este principio radica en la garantía del debido proceso al que tiene derecho todo individuo, y como tal, el proceso arbitral no puede abstenerse de tener unas reglas claras de procedimiento. Se debe buscar que el proceso arbitral nunca se convierta en un mecanismo susceptible de violar una de las garantías más importantes de todo individuo, el debido proceso. Dicho lo anterior, debemos nuevamente expresar el desacuerdo en el que incurre el Honorable Tribunal al darle el carácter de administrador de justicia a los árbitros, cuando ésta es una función pública que sólo puede ser realizada por quienes tienen calidad de jueces y como tal están dotados de *imperium*, facultad que adolecen los árbitros. Al mismo tiempo, omite la Corte que existe el arbitraje en equidad, el cual no se sujeta a las leyes positivas.

d. Principio de temporalidad

Los árbitros tienen jurisdicción y competencia frente a determinada controversia, presente o futura, mientras dura el procedimiento arbitral. Su función podría decirse que termina con la formulación del laudo arbitral, es por esto que puede afirmarse que el arbitraje es temporal; al igual que la función de los árbitros. Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia C-330 de marzo 22 de 2000, afirma que: *“El arbitramento es de carácter temporal. No es posible pensar que las atribuciones judiciales que se confieren a particulares en calidad de árbitros puedan ejercerse de manera indefinida, pues de la naturaleza del arbitramento se deriva la existencia de una jurisdicción meramente transitoria, limitada en el tiempo, a la resolución del conflicto específico que las partes deciden llevar ante el tribunal. De no ser así, se crearía una jurisdicción paralela a la ordinaria, que con grave perjuicio del orden público, debilitaría la estructura estatal y menoscabaría la función pública de administrar justicia. No es posible que el ejercicio de la jurisdicción como función estatal, se desplace de manera permanente y general a los árbitros y conciliadores.”*

Nuevamente compartimos parcialmente la posición de la Corte Constitucional, pues si bien es cierto que la función arbitral es de carácter temporal, no vemos el inconveniente en que el arbitraje sea un medio paralelo, evidentemente sin dejar de ser excluyentes. Al definir el arbitraje como un medio alternativo para la solución de conflictos, se está permitiendo al particular decidir entre dos formas preestablecidas de jurisdicción, una ordinaria y la otra arbitral. En definitiva, es importante que el particular tenga a su alcance ambas formas de solución de diferencias.

Por otra parte, no puede el arbitraje debilitar la función pública de administrar justicia, puesto que el árbitro no hace las veces de juez del Estado, es decir no tiene la capacidad de administrar justicia, si no simplemente la facultad de solucionar controversias en virtud de la voluntad del particular, quien a través de un pacto arbitral le atribuye la jurisdicción y la competencia para conocer ciertas diferencias.

e. Principio de legalidad

El arbitraje se desarrolla en los términos que determine la ley, habiéndose facultado el legislador para disponer la amplitud, restricción o modificación de la técnica arbitral, en los términos que considere prudentes, *“siempre y cuando no altere lo principios constitucionales anteriormente mencionados”*.⁵⁰ Frente a lo anterior, la Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia, en Sentencia C- 242 de mayo de 1997, se pronunció frente a este tema de la siguiente manera: *“Las características básicas constitucionales de la actuación arbitral han sido ampliamente examinadas en la doctrina constitucional, en los términos que se sintetizan a continuación:*

- 1. Los particulares solamente pueden ser investidos de la función de administrar justicia en la condición de árbitros o conciliadores.*

⁵⁰ GIL ECHEVERRY, Jorge Hernán. *op. cit.* Pág. 68.

2. *El arbitramento es una institución que implica el ejercicio de una actividad jurisdiccional con carácter de función pública, y se concreta en la expedición de fallos en derecho o en equidad.*
3. *En la función pública de administrar justicia, los árbitros deben estar habilitados por las partes en conflictos en cada caso en concreto.*
4. *El ejercicio arbitral de la función pública de administrar justicia se hace en forma transitoria y excepcional, dado el propósito y finalidad consistente en la solución en forma amigable de un determinado conflicto, por lo que las funciones de los árbitros terminan una vez proferido el laudo.*
5. *Corresponde a la ley definir los términos en los cuales se ejercerá dicha función pública, la que supone que el legislador adopte las formas propias del proceso arbitral.*
6. *Las materias susceptibles de arbitramento son aquéllas que pueden ser objeto de su transacción, es decir, los derechos y bienes patrimoniales respecto de los cuales sus titulares tienen capacidad legal de disposición.”*

Compartimos con el Honorable Tribunal la importancia de una reglamentación clara de la materia arbitral, ya que esto es lo que le da certeza al particular, que aun cuando ha decidido voluntariamente no acudir a la justicia ordinaria, no está al albedrío de las partes, o los árbitros, el funcionamiento de este mecanismo que va a resolver su controversia, lo cual hace parte esencial para que el arbitraje pueda ser entendido como un medio eficaz, confiable y certero para la solución de diferencias.

Por otro lado, sin embargo, consideramos que en esta Sentencia en particular, la sala comete errores que pueden llevar a confusiones al ser interpretada. El primero de ellos, y el cual es reiterado, es el de caracterizar el arbitraje como medio de administración de justicia, característica que a través de esta investigación hemos analizado que no posee, entre otras cosas, porque los árbitros carecen de *imperium*, Es por ello que reiteramos que el arbitraje es un mecanismo alternativo a la justicia ordinaria para solucionar diferencias y

que las partes en virtud de la manifestación de su voluntad y a través de un contrato, deciden acatar.

Por otra parte, en el numeral 4 anterior, especifica que la solución de la controversia se hará a través de los árbitros de una forma amigable, lo que podría interpretarse como que estuviera hablando de una amigable composición, medio alternativo también para la solución de controversias, pero diferente al arbitraje. Finalmente, reitera acertadamente la importancia de delimitar las controversias que pueden ser objeto de arbitraje, reduciendo las mismas a aquellas materias que las partes pueden transigir, es decir las cuales tienen poder de disposición.

VIII. Cláusulas compromisorias patológicas

La cláusula compromisoria es un acuerdo de voluntades mediante el cual las partes someten sus diferencias futuras y eventuales a la decisión de un tribunal arbitral. De esta forma, una cláusula compromisoria sana es aquella que permite, cuando nace un litigio, que sea el tribunal arbitral el que ventile la diferencia sin que antes tenga que darse un nuevo acuerdo entre las partes o sea necesaria la intervención de un juez. Si la cláusula compromisoria no genera este resultado, estamos frente a una cláusula compromisoria patológica.

Para Frederic Eiseman, *“es patológica toda cláusula que no cumple con cuatro funciones fundamentales*

1. *producir efectos obligatorios entre las partes;*
2. *impedir la intervención de los tribunales estatales antes que el laudo sea emitido;*
3. *dar a los árbitros el poder de resolver el litigio;*

4. *permitir la organización de un procedimiento que conduzca, en las mejores condiciones, a un laudo*".⁵¹

Para Yves Derains⁵² esta definición de cláusula compromisoria patológica es demasiado estricta, y establece que en realidad, en la práctica se presentan cláusulas patológicas con respecto a dos niveles diferentes que son característicos de la funcionalidad de una cláusula arbitral; (i) en el nombramiento de los árbitros, si el rechazo de una parte en participar del nombramiento puede bloquear el procedimiento arbitral, y (ii) la definición de la materia arbitral.

1. El nombramiento de los árbitros

La situación varía según dependiendo si las partes se inclinaron por un arbitraje *ad hoc* o uno de carácter institucional. Así cuando las partes han decidido optar por el primero, éstas pueden referir en su cláusula compromisoria a un reglamento de arbitraje, caso en el cual la decisión de una de las partes de no participar en el nombramiento de los árbitros no bloquea el procedimiento arbitral, puesto que el reglamento al que hicieron referencia proporciona un mecanismo para solucionar dicha dificultad.

Existe también la posibilidad en esta clase de arbitraje *ad hoc*, que las partes no se refieran a ningún reglamento de arbitraje preexistente y organicen directamente su procedimiento arbitral, es entonces cuando puede presentarse la verdadera patología de la cláusula compromisoria, para ello basta ver el ejemplo en que cada una de las partes selecciona a su propio árbitro y posteriormente entre los dos árbitros seleccionados nombran al tercero.

⁵¹ EISEMAN Frederic: *La clause d'arbitrage pathologique. Essais in memoriam Eugenio Minoli*. U.T. – E.T. Turín, 1974, Pág. 120.

⁵² DERAINS, Yves: *Cláusulas Compromisorias patológicas y Combinadas*. *ob.cit.* Pág.192.

En este caso, si una de las partes se niega a nombrar al árbitro que le corresponde por derecho, estaríamos ante un bloqueo del procedimiento, pues para poder configurar el tribunal arbitral es necesario que ambas partes nombren un árbitro, a fin de que sean estos quienes escojan a un tercero y quede integrado el tribunal. Sin embargo y en aras de preservar el principio pro arbitraje la Ley Modelo de UNCITRAL ha dado solución a este problema, y ha previsto en su Art. 11(4) lo siguiente; *“Cuando en un procedimiento de nombramiento convenido por las partes, a) Una parte no actúa conforme a lo estipulado en dicho procedimiento, o b) Las partes, o dos árbitros, no puedan llegar a acuerdo conforme al mencionado procedimiento, o c) Un tercero, incluida una institución, no cumpla una función que se le confiera conforme a dicho procedimiento, cualquier a de las partes podrá solicitar al tribunal u otra autoridad competente que adopte la medida necesaria, a menos que en el acuerdo sobre el procedimiento de nombramiento se prevean otros medios para conseguirlo”*.

Si las partes han decidido ventilar sus diferencias mediante un arbitraje institucional, el nombramiento de los árbitros no representa mayor problema. Sin embargo, sí puede generarse una cláusula compromisoria patológica en el evento en que se designe erróneamente la institución arbitral. En este caso es necesario interpretar la cláusula compromisoria o el compromiso para determinar cuál era la voluntad de las partes frente a la institución arbitral.

Es obvio que en este caso el consentimiento (para que las controversias se resuelvan mediante un procedimiento arbitral) es expreso y claro, radicando el problema en que las partes nombraron erróneamente la institución arbitral, por lo que será necesario detectar cuál es la institución que las partes pretendían nombrar y conforme a ella, adelantar el procedimiento.

2. La definición de la materia arbitral

Para que funcione correctamente la cláusula compromisoria es necesario que su texto no limite expresa o implícitamente la competencia de los árbitros frente a las controversias que surjan del contrato. Verbigracia, limitar su competencia a sólo las controversias que se deriven de la ejecución del contrato o las que se deriven de la interpretación del mismo. En este orden de ideas, el árbitro solo es competente para solucionar las controversias que la voluntad de las partes quiera que solucionen, las otras, es decir aquéllas que no se expresaron en la cláusula compromisoria, tendrán que ser enunciadas en otro acuerdo o compromiso, a fin de poder ser materia de arbitraje o de lo contrario serán resultas por el tribunal ordinario.

3. Ejemplo de cláusulas patológicas

- *“Todas las controversias que surgieren producto del presente contrato se solucionarán por medio de arbitraje”⁵³*

Esta cláusula sería difícil de aplicar en la práctica, especialmente en lo que se refiere a la constitución del tribunal arbitral, ya que no contiene ninguna estipulación respecto del nombramiento de los árbitros ni menciona a que autoridad se podría recurrir para que los designara en caso de que existiera renuencia de alguna de las partes para hacerlo. No contiene igualmente ninguna indicación sobre el lugar del arbitraje, lo que serviría para saber a qué tribunal estatal se recurriría para que nombrara lo árbitros.

⁵³ Centro de Comercio Internacional UNCTAD “Arbitraje y Solución Alternativa de Controversias.” *Como solucionar las controversias mercantiles*. Serie: Derecho Mercantil., Ginebra, 2001. Pág. 175

- *“En caso de controversia que afecte únicamente al consignador o al armador, tendrá competencia exclusiva el Tribunal de la Cámara de Comercio de París”*
- *“En caso de que no fuera posible una solución amistosa, todas las controversias que surgieren, se solucionarían conforme al Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Zurich”⁵⁴*

Consideramos ambas cláusulas como patológicas por cuanto no designan correctamente a la institución arbitral. La primera, deja abierta la posibilidad de acudir al Tribunal de París, como es denominado el tribunal estatal de dicho país. Debió referirse la cláusula al reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de París. En cuanto a la segunda, la Cámara de Comercio Internacional tiene su sede en París, por lo que no queda clara la voluntad de las partes respecto del arbitraje y podría pensarse que desean recurrir a la CCI, con sede en Suiza (Zurich), como lugar de arbitraje, o al arbitraje conforme al reglamento de la Cámara de Comercio de Zurich.

- *“Toda controversia que surge producto de la ejecución del presente se someterá necesariamente a arbitraje conforme al reglamento de..., en caso de desacuerdo entre los árbitros elegidos por las partes, se acuerda que la controversia se someta a los juzgados y tribunales de los Estados.”⁵⁵*

En esta cláusula, las partes no dejan clara su voluntad de acudir a un arbitraje como medio para solucionar sus controversias, o bien si están poniendo como requisito pre procesal un medio alternativo de solución de diferencias.

- *“Todos los litigios relativos a este contrato serán resueltos cordialmente, de lo contrario, por dos árbitros nombrados por cada parte. Si acaso no*

⁵⁴ *ibídem*, Pág. 176.

⁵⁵ *Ídem*.

*se consigue un acuerdo, será regido por la leyes y reglamentos de la Cámara de Comercio Internacional en París cuya decisión será final.*⁵⁶

Parecería que las partes hacen referencia a la CCI, pero no se deja claro si esta institución nombrará a los árbitros que deben intervenir en el proceso después que no se haya podido resolver el problema cordialmente (*cordially*), y si es así, cuál es el plazo que se tiene para resolver amigablemente la controversia, momento en el cual se está legitimado para presentar la demanda de arbitraje.

Los ejemplos anteriores nos muestran la importancia de una buena y clara redacción de la cláusula compromisoria. La mejor recomendación para los particulares sería que utilizaran la cláusula modelo de la CNUDMI que a su tenor dice: *“Todo litigio, controversia o reclamación resultante de este contrato o relativo a este contrato, su incumplimiento, resolución o nulidad, se resolverá mediante arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, tal como se encuentra en vigor.”*

⁵⁶ Caso CCI., No. 6149 de 1990.

CAPITULO III

EFFECTOS Y ALCANCE DEL PACTO ARBITRAL

I. Introducción

Si el pacto arbitral se forma legalmente, éste producirá inexorablemente efectos jurídicos, que se convertirán en obligaciones para las partes involucradas en él. Dichas obligaciones, como las de cualquier acto jurídico serán de dar, hacer o no hacer, vistas éstas siempre bajo la óptica del derecho arbitral. En este capítulo se analizarán los efectos negativos y positivos que se derivan del pacto arbitral.

II. Efectos positivos

El pacto arbitral obliga a las partes que lo celebraron a someter sus controversias presentes o futuras al arbitraje pactado, respetando y actuando conforme la decisión que los árbitros plasmen en el laudo arbitral. De esta forma, los efectos positivos del pacto arbitral son dos: (i) por una parte la obligación de las partes de cumplir con lo pactado y en segundo lugar, (ii) se genera la competencia que tienen dichos árbitros para resolver las controversias que se ventilen ante ellos.

El pacto arbitral tiene en la autonomía de la voluntad de las partes su base fundamental, es por ello, que la manifestación de dicha voluntad debe estar plena, clara y predeterminadamente establecida; de tal manera que no dé lugar a incertidumbre, pues es dicha voluntad la que genera la obligación de las partes de llevar sus diferencias ante el tribunal arbitral y le da la competencia a dicho tribunal para resolver las mismas. Debido a que el pacto arbitral genera

sus efectos únicamente frente a quienes lo celebraron, es necesario que esté perfectamente determinado quiénes son parte dicho pacto, pues como se mencionó anteriormente, sólo quienes hayan manifestado su voluntad de pactar el arbitraje serán ante quienes surtirán los efectos del mismo.

1. Efectos *ínter partes*

El pacto arbitral sólo producirá efectos entre quienes lo suscribieron. Pese a lo anterior, existen en la práctica arbitral supuestos en los cuales quien no fue parte originaria en la firma del pacto arbitral¹, no puede verse sujeto al ámbito del mismo. Entre los que pueden destacarse:

a. Cláusula compromisoria por referencia

El *Black's Law Dictionary* define “*incorporación por referencia*” como: “*el método de hacer un documento de cualquier clase parte de otro documento separado por referirse al primero en el segundo y declarando que el primero será tomado y considerado como parte del segundo como si estuviera totalmente contenido en él*”²

La cláusula compromisoria por referencia se dará entonces cuando el pacto no se encuentra contenido en el contrato original sino en documentos separados a los cuales se hace remisión. Al respecto la Ley Modelo de UNCITRAL establece en su Art. 7.2 que la referencia en un contrato a un documento que contiene el pacto arbitral constituye una cláusula compromisoria, siempre que el contrato conste por escrito y la referencia sea tal que haga dicha cláusula una parte integrante del contrato.

¹ ARTUCH IRIBERRI, Elena: *El Convenio Arbitral en el Arbitraje Comercial Internacional*, Editorial Eurolex, Madrid, Pág. 197.

² Black's Law Dictionary. 8ª Edición, USA, 2004.

Frente a este tema, el derecho colombiano si bien permite que la cláusula compromisoria se pacte en un documento separado del contrato, exige que, para que produzca efectos jurídicos, se exprese el nombre de las partes e indique en forma precisa, al contrato a que se refiere.³ De esta forma la legislación colombiana adopta un postura restrictiva a diferencia de lo que sucede con la normativa mexicana, pues está acogiendo el modelo de UNCITRAL, permitiendo que la referencia hecha en un contrato a otro contrato escrito que contenga la cláusula arbitral, constituya un acuerdo de arbitraje, siempre y cuando la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato. Consideramos acertado el hecho de restringir la efectividad de la cláusula arbitral por referencia a que se haya especificado quienes son las partes que la suscriben y a que contrato se refiere, como lo hace la legislación colombiano, ya que por un lado da claridad a las partes que la celebraron de a quienes se le surten los efectos de la misma y por otro lado da certeza al tribunal de que puede ventilar la diferencia.

b. Grupo de sociedades

El español Bernardo M. Cremades, sostiene que *“la competencia de los árbitros para conocer del asunto concreto deriva y aparece definida por los términos en que se encuentre expresada la cláusula compromisoria. De modo que, figurando como firmantes de la misma unas sociedades determinadas, las facultades decisorias del tribunal arbitral se circunscriben, en principio, a dichas entidades, con independencia de que formen parte de un grupo o empresa multinacional. Si la otra parte contratante está interesada en que el arbitraje se extienda a compañías integrantes del grupo que no han firmado el contrato, habrá de probarse su efectiva participación contractual, y por ende la*

³ Art. 120 Decreto 1818 de 1998.

*aceptación, si quiera tácita, de la cláusula arbitral.”*⁴ Conforme a la reflexión manifestada en el párrafo anterior, podemos establecer que el autor parte del supuesto de que no se debe hacer una interpretación estricta del pacto arbitral, dado que ésta nos llevaría a establecer que solamente quienes suscriben dicho pacto, están sujetos a sus efectos, lo que eventualmente puede llevar a soluciones injustas, desconociéndose también que el pacto arbitral cobija a los sucesores del contrato.

Por lo anterior y teniendo en cuenta que el principal límite al pacto arbitral es la autonomía de las partes, salvo que se pacte en contrario, es válida la extensión de sus efectos a quienes perteneciendo a un grupo de sociedades, han tomado parte en su ejecución pero no lo han firmado. En nuestra opinión, es válida la extensión del pacto arbitral a los no firmantes, cuando se trata de un grupo de sociedades, siempre y cuando; estos hayan tomado parte en la negociación, ejecución y resolución del contrato que lleva implícito el pacto arbitral, partiendo de la base que sin haber plasmado su firma en el contrato, sus actos son muestra fehaciente de la manifestación de la voluntad de someter sus controversias al arbitraje.

En Colombia, Jorge Hernán Gil sostiene que “... *en el contrato social los únicos que aceptan expresamente la cláusula compromisoria son los constituyentes, pues los socios derivados se adhieren al estatuto por el hecho de adquirir la calidad de socio...*”⁵ Al igual entonces que un nuevo socio, que al adquirir su calidad de socio está dando por hecho que acepta las condiciones del contrato de sociedad, un grupo de sociedades pueden verse sujetas al derecho arbitral por el hecho de formar parte del mismo. Para no hacerlo, debe existir una manifestación expresa, renunciando al arbitraje. Si una sociedad parte de un grupo de sociedades no quiere someter sus diferencias a un arbitraje, el cual está pactado en el contrato de la sociedad principal, debe dejar constancia por escrito, de lo contrario se entenderá que acepta la extensión de

⁴ M. CREMADES, Bernardo: “El grupo de empresas y su tratamiento en el arbitraje comercial internacional”, incluido en la obra: *El arbitraje en el derecho latinoamericano y español*, Editorial Cuzco S. A., Lima 1989 Pág. 295.

⁵ GIL ECHEVERRY, Jorge Hernán: *El derecho societario contemporáneo*. Cámara de Comercio de Bogotá, Santafé de Bogotá, 1996, Pág. 335.

los efectos de todas la cláusulas del contrato principal incluyendo la del pacto arbitral.

Consideramos necesario aclarar, que para que pueda presentarse esta extensión de los efectos del pacto arbitral, la pertenencia a un grupo de sociedades no es suficiente por sí sola. Para que se esté vinculado al arbitraje, es necesario que se compruebe la participación en la negociación y ejecución del negocio del cual se deriva la controversia, debe haber una participación efectiva para llegar a interpretar que se dio por parte del grupo de sociedades una manifestación de voluntad la cual me permite acudir al arbitraje. Es por esto que es necesario realizar un análisis exhaustivo de cada pacto arbitral ya que mediante éste, se renuncia a la posibilidad de llevar las controversias ante un tribunal ordinario y preestablecido por la ley. Es imprescindible revisar cada caso en particular, cada cláusula compromisoria o compromiso, ya que generalizar la extensión de los efectos del pacto arbitral puede llevar a la violación de un derecho fundamental, que es la del debido proceso.

c. Representación

Esta figura supone que una parte va a autorizar a otra para que realice negocios jurídicos en su nombre, De esta forma, consideramos que no es necesario abarcar cuándo una persona realiza un acto en nombre de otra sin haber sido encomendado para ello, puesto que en este caso el acto ejecutado sólo produce efectos para quien lo realiza.

En lo que se refiere al tema arbitral, resulta pertinente mencionar que un contrato firmado por un representante es válido si éste ha sido encomendado por el representado por realizar tal acto. Si en dicho contrato existe una cláusula arbitral, razonamos que es necesario que en la encomienda se especifique que se le da facultad al representante para comprometer a su

representado a acudir ante un tribunal arbitral, de lo contrario el convenio arbitral será nulo, pues habría ausencia de voluntad de una de las partes. Es nuestro parecer, debe de estar explícitamente incorporada la voluntad del representado de someter las diferencias que surjan del acto que está realizando el representante, a un tribunal arbitral.

De esta forma, el único evento en el que los efectos de la cláusula arbitral se van a extender a un sujeto que delegó en un representante la firma de un negocio jurídico cualquiera, será cuando éste tenga dentro de sus facultades expresamente establecida, la de convenir un pacto arbitral.

2. Efectos procesales

El concepto de efectos procesales es tomado de Elena Artuch.⁶ Este efecto supone que los árbitros están facultados para decidir sobre su propia competencia, *“es decir, para decidir sobre la validez del convenio arbitral, considerado como objeto autónomo de análisis. Esto es, si la impugnación de competencia se basa en la propia cláusula, el principio de competencia – competencia permite a los árbitros conocer de ella. Si lo que se impugna es el contrato que la contiene, el principio de autonomía aislará al convenio del contrato y también el árbitro puede conocer de su competencia.”*⁷

Este efecto está sustentado en el principio de autonomía, que señala que el acuerdo arbitral es autónomo del contrato principal, de tal forma que las vicisitudes que pueda sufrir el contrato, no afectan en principio al pacto arbitral. En palabras de González de Cossío *“el deber de arbitrar y la competencia de un tribunal es el resultado de un acuerdo arbitral válido.”*⁸ Así pues, el efecto

⁶ ARTUCH IRIBERRI, Elena, *op. cit.* Pág.210.

⁷ *Ibidem.*, Pág. 211.

⁸ GONZALEZ DE COSSÍO, Francisco, *op. cit.* Pág. 133.

procesal radica en la facultad que le otorga un pacto arbitral válido al tribunal arbitral para conocer la controversia y resolver sobre su propia competencia.

Bajo la perspectiva del derecho de las obligaciones, puede entonces enmarcarse los efectos positivos dentro de la prestación de hacer; teniendo en cuenta que el pacto arbitral tiene su fuente en un negocio jurídico realizado por las partes, su prestación de hacer implica que quienes hicieron parte de dicho acto, están obligados a llevar sus controversias ante un tribunal arbitral. Este principio de *competence – competence*, fue analizado anteriormente en este trabajo de investigación.⁹

III. Efectos negativos

El efecto negativo del pacto arbitral, es de carácter procesal, ya que este implica que se sustrae el conflicto del conocimiento de la justicia ordinaria, es decir, que el juez, quien de no existir el pacto arbitral sería competente para conocer la diferencia, está impedido para conocer de la misma.

De esta forma queda prohibido¹⁰ a los tribunales estatales conocer de una controversia cuando exista un acuerdo arbitral, incluso cuando se ponga en entre dicho la existencia o la validez de dicho acuerdo, siendo los árbitros quienes deban conocer dicha controversia y no el juez. Puede decirse entonces, que el árbitro tiene un derecho de prioridad para conocer de las controversias que surjan entre las partes que han celebrado un pacto arbitral, frente a la justicia estatal. De esta manera, el efecto negativo implica un verdadero impedimento procesal, pues no permite el avance del proceso jurisdiccional que se inicia o bien puede constituirse en un una convención para finalizar un proceso en curso.

El doctor González de Cossío, señala que el derecho mexicano “*no consagra más que el efecto positivo de la competence – competence, y no*

⁹ *Vid., infra*, Capt. II, Pág.51.

¹⁰ *ibídem*, Pág. 140.

garantiza que el árbitro decidirá antes que la autoridad ante quien se instale el proceso.”¹¹ Esto quedó además establecido por la Suprema Corte de Justicia mexicana, en Sentencia 1a./J. 25/2006 cuando estableció: “La posibilidad de apartar la intervención de la justicia estatal en un conflicto, a fin de someterlo al arbitraje comercial, es una manifestación de la potestad de los particulares para renunciar a sus derechos subjetivos y establecer los dispositivos legales a los cuales desean someterse; de ahí que un acuerdo de arbitraje pueda estar incluido en un contrato como cláusula compromisoria, lo que por regla general y en términos del artículo 1432 del Código de Comercio, otorga su competencia a los árbitros para intervenir, conocer y decidir aun sobre la existencia o validez del propio contrato, así como de dicha cláusula compromisoria, lo contrario violaría la voluntad de las partes. Sin embargo, **existe una excepción a dicha regla, cuando en términos del artículo 1424 del citado Código, ante un órgano jurisdiccional se somete el diferendo, sobre un contrato que contenga una cláusula compromisoria, y se ejerza al mismo tiempo la acción para que la misma se declare nula, ineficaz o de ejecución imposible, la que en dicho supuesto haría necesaria una decisión judicial previa, sobre la acción de nulidad.** Lo anterior porque, por un lado, no debe **soslayarse la existencia del debido control judicial** sobre el arbitraje y, por el otro, la competencia de los árbitros proviene de la autonomía de la voluntad de las partes, de manera que si se alega, por ejemplo, la existencia de algún vicio de la voluntad en el acto que otorga competencia al árbitro, la acción de nulidad debe resolverse previamente por el órgano jurisdiccional, quedando a salvo los derechos de las partes para que en términos del segundo párrafo del referido artículo 1424 puedan iniciarse las actuaciones arbitrales relativas a la disputa sobre el cumplimiento e inclusive la existencia o validez del propio contrato que contiene la cláusula compromisoria, ya que a ese respecto el tribunal arbitral conserva su competencia exclusiva.”¹² (Resaltado propio)

¹¹ *ibídem*, Pág. 141.

¹² ARBITRAJE COMERCIAL. COMPETENCIA PARA CONOCER DE LA ACCIÓN DE NULIDAD DEL ACUERDO DE ARBITRAJE PREVISTA EN EL PRIMER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 1424 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, CORRESPONDE AL JUEZ Y NO AL TRIBUNAL ARBITRAL Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XXIV, Septiembre de 2006, Novena Época, Instancia: Primera Sala, Disidentes: Olga Sánchez Cordero de García Villegas y

Es nuestra opinión es un desacierto la tesis anteriormente descrita, no sólo omite la existencia del principio *competence – competence*, el que le permite al árbitro decidir sobre su propia competencia, incluyendo las excepciones relativas a la invalidez o inexistencia del acuerdo arbitral; si no que establece la posibilidad de que exista un control judicial sobre el arbitraje, lo que resulta absurdo cuando son las propias partes las que pretenden con un pacto arbitral abstenerse de acudir a la jurisdicción ordinaria, siendo esta imposición la que controle dicho procedimiento. Igualmente, la Suprema Corte deja de considerar que el hecho de que un árbitro estudie la validez del acuerdo arbitral, no implica necesariamente que haya un sometimiento al arbitraje, toda vez que el pronunciamiento que emita el tribunal arbitral sobre la validez del acuerdo arbitral puede ser en dos sentidos, el primero señalando que la cláusula es válida y por ende, es competente el tribunal arbitral para conocer de la controversia y el segundo que la cláusula está viciada de nulidad por lo cual es incompetente.

Por otro lado desconoce esta tesis al Art. 8 de la Ley Modelo de UNCITRAL que establece en su numeral 1) *“El tribunal al que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.”* Corresponde según esta disposición, la competencia al juez cuando la invalidez del acuerdo es manifiesta, a este respecto Cecilia Aznar y Sofía Gómez manifiestan que la UNCITRAL ha explicado en sus notas interpretativas lo siguiente: *“es decir, cuando no es necesario analizar argumentos y pruebas para determinarlo, sino que a simple vista el acuerdo es nulo o inexistente. Pero, si cabe la menor duda y hay la menor diferencia de argumentos entre ambas partes, el juez debe*

*remitir el asunto al árbitro y permitir que se pronuncie primordialmente.*¹³ Con lo que coincidimos totalmente.

De la misma forma, desconoce el tribunal el Art. 16 de la Ley Modelo de UNCITRAL que dispone en su numeral 1) *El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente a las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso jure la nulidad de la cláusula compromisoria.*”

Con esta tesis se rompe la certeza de los efectos que produce el pacto arbitral. No deja clara la obligatoriedad del acuerdo en el que incurrieron las partes y permite acudir al tribunal estatal cuando se quiera demandar la nulidad del acuerdo. Se está dejando al albedrío de los particulares el respetar o vulnerar el pacto arbitral realizado a través de una actuación procesal.

En contraste, con éste vacío que presenta el derecho mexicano, la legislación colombiana si consagra de manera expresa el efecto negativo del pacto arbitral. Incluso se expresa en el ordenamiento de dicho país que en caso de incumplimiento de la obligación de no hacer resultante del contrato de arbitraje, las partes que no incumplieron tienen derecho de reclamar a las partes incumplidas, es decir aquéllas que a pesar de existir un pacto arbitral iniciaron un proceso judicial, el pago de una indemnización por daños y perjuicios. Lo cual se establece en el Art. 1612 del Código Civil Colombiano.¹⁴

¹³ Aznar Manzur, Cecilia, et al., “La Suprema Corte de Justicia Mexicana Favorece la competencia del juez para analizar el acuerdo arbitral” *FORO*, Tomo XIX, Numero 1, México 2006, Pág.85.

¹⁴ Artículo 1612 Código Civil Colombiano “Toda obligación de no hacer una cosa se resuelve en la de indemnizar los perjuicios, si el deudor contraviene y no puede deshacerse lo hecho...”

En otros términos, el efecto negativo impone a las partes una obligación de no hacer, de no someter sus litigios a la jurisdicción estatal y por ende la obligación de no hacer, que deriva de un pacto arbitral, radica en la imposición a las partes que lo celebraron de no someter las controversias que resulten del contrato que comprenda el pacto arbitral, a la intervención de jueces del Estado.

Ahora bien, si una de las partes del contrato que conlleva el pacto arbitral, intenta someter a la jurisdicción estatal una controversia que, en virtud de la voluntad de las partes, debería ser sometida a un tribunal arbitral, la otra parte puede oponer, dentro del proceso judicial, la excepción previa o procesal de existencia de compromiso o cláusula compromisoria. Evento en el cual, el juez debe suspender su actuación por carecer de jurisdicción y debe remitir el proceso al tribunal arbitral. Sin embargo, no hay consenso doctrinal cuando a pesar de la existencia de un pacto arbitral, se comienza un proceso judicial, y ninguna de las partes opone la excepción correspondiente. En la opinión de Eduardo Silva Romero cuando se presenta esta situación se entiende *“que las partes han renunciado a la aplicación y ejecución del contrato de arbitraje.”*¹⁵

Frente a lo anterior, la Corte de Suprema de Justicia en sentencia del 22 de abril de 1992 establece que *“... así como la voluntad unánime de las partes puede apartarse del cauce procesal de solución de los conflictos jurídicos, la misma aun tácitamente expresada pero ciertamente concorde, puede separarse de lo que antes conviene.”*¹⁶ De esta forma se entiende como manifestación de la voluntad el no ejercicio de una excepción previa dentro de un proceso judicial; al igual que la presentación de una demanda; manifestaciones que pueden derogar la jurisdicción del árbitro para conocer de la controversia.

Dicha solución no parece aceptable, puesto que si para que la cláusula compromisoria o el compromiso sean válidos se requiere la formalidad de ser

¹⁵ SILVA ROMERO, Eduardo: “Una obligación de no hacer: No someter los litigios a la jurisdicción estatal” en *El contrato de Arbitraje*. 1ª Edición, Santafé de Bogotá, Editorial Legis, 2005, Pág. 698.

¹⁶ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, abril 22 de 1992, M.P. Eduardo García Sarmiento

por escrito, es necesario entonces para deshacerlos otro escrito. Además, teniendo en cuenta la bilateralidad del pacto arbitral y conforme al Art. 1602 del Código Civil colombiano el cual señala que todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales, podemos afirmar que para la extinción de la obligación que surge del pacto arbitral, de no someter los litigios a los tribunales ordinarios, es necesario que se dé una manifestación mutua de dicha voluntad, manifestación que no puede suponerse, por lo que en materia arbitral presume que se manifieste por escrito.

Como puede verse en relación a lo anterior, el Consejo de Estado Colombiano en sentencia del 10 de mayo de 1994¹⁷, establece que: *“La Sala reitera la posición sostenida en la sentencia transcrita, en la cual se considera que el hecho de que el demandante, desconociendo la cláusula compromisoria acuda a la jurisdicción y el demandado no formule la excepción de compromiso, no debe entenderse como la derogación del pacto arbitral. ... Por tanto una demanda así formulada debe ser rechazada in limine por falta de jurisdicción; si ello no acontece, el demandado puede proponer la excepción del pacto arbitral, la cual no requiere ser alegada para que el juez pueda pronunciarse sobre ella al aparecer probada en el expediente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 85 de código de Procedimiento Civil. Si el demandado no propone dicha excepción, el proceso queda afectado de una nulidad insanable por falta de jurisdicción. ...”*

Admitir que la jurisdicción de los árbitros puede ser derogada en un proceso por la sola presentación de la demanda y la aceptación implícita de la parte demandada, equivaldría a afirmar que si una entidad es demandada ante la jurisdicción ordinaria debiendo serlo ante lo contencioso administrativo, el hecho de que no se alegue la falta de jurisdicción como excepción previa obligatoria otorgaría jurisdicción al juez que legalmente no la tiene para tal fin. De lo anterior puede deducirse entonces, que la sumisión tácita no puede aplicarse para dar por terminado un pacto arbitral.

¹⁷ Sentencia del Consejo de Estado. Sección Tercera, mayo de 1994. Exp. 8004. Banco Central Hipotecario vs. Estruco S.A., M.P. Daniel Suárez Hernández

El proceso no puede convertirse en el escenario en el cual una parte haga una oferta de jurisdicción a la otra, la que tendrá entonces la oportunidad para aceptarla o rechazarla, proponiendo o no excepciones. Esta oferta de supresión del pacto arbitral, es de naturaleza extraprocesal; si la voluntad de las partes es celebrar una convención modificadora del contrato para suprimir el arbitramento, deben proceder de la misma manera que lo hicieron para incluirlo; esto es mediante un acuerdo de voluntades perfeccionado y expresado por escrito”

Al respecto, el pacto arbitral conserva su vigencia, a pesar de no haberse invocado la excepción previa de la existencia de un pacto arbitral en el proceso judicial, *“por razón de no poderse declinar tácitamente el objeto procesal de aquél, por tratarse de la fijación voluntaria de la jurisdicción arbitral que no puede variarse por la actitud de las partes frente al proceso.”*¹⁸ En nuestra opinión esta tesis es la más acertada, ya que no puede permitirse que un acto “solemne” para su surgimiento, pueda perder sus efectos por el comportamiento de una de las partes dentro de un proceso, comportamiento que no deja certeza sobre la voluntad real de ambas partes, requisito *sine qua non* para que pueda quedar sin efectos el pacto arbitral.

Por todo lo anterior, y partiendo de la bilateralidad en el pacto arbitral, puede establecerse que el efecto negativo del mismo implica la obligatoriedad de la prestación de no hacer, que impone a las partes intervinientes la obligación de no acudir a los tribunales ordinarios, generándose sanciones en el caso de incumplimiento de dicha prestación, en primer lugar la posibilidad de oponer la excepción previa o procesal de compromiso y en segundo lugar la posibilidad de la parte afectada de demandar una indemnización por daños y perjuicios causados por la parte que incumplió. De la misma manera, impone la obligación al juez de remitir al tribunal arbitral correspondiente el asunto que frente a él se ventile, si existe en éste un acuerdo arbitral.

¹⁸ MORALES, Maria Cristina: “Efectos del pacto arbitral frente al proceso” en *El contrato de Arbitraje*. 1ª Edición, Santafé de Bogotá, Editorial Legis, 2005, Pág. 699.

CAPITULO IV

VICISITUDES DEL PACTO ARBITRAL

I. Introducción

Como todo negocio jurídico, el pacto arbitral para ser válido requiere que las partes que los suscribieron se hayan sujetado al régimen jurídico establecido, de no haberlo hecho tendrá como sanción la invalidez. Así, cuando las partes se ajustan en su declaración de voluntad al ordenamiento jurídico, el pacto arbitral será válido, pero si no cumplen con los requisitos que la ley establece para la validez, estará viciado.

En el sistema legal colombiano, las sanciones que presenta la ley civil frente a un contrato no son las mismas que las sanciones que presenta la ley mercantil frente a un contrato de dicha naturaleza. Es necesario entonces hacer una distinción en cuanto a la naturaleza del contrato al cual se ve accesoria la cláusula compromisoria, para así poder establecer qué clase de invalidez puede presentarse. En cuanto al compromiso, dado que éste es un negocio jurídico autónomo, es decir no está “anexo” a ningún contrato o negocio jurídico, podría afirmarse que es de naturaleza común, es decir se aplican las leyes del Derecho Civil. Lo que podría clasificarse como civil o mercantil sería el asunto que dio origen al conflicto que se llevará al arbitraje.

II. Inexistencia del pacto arbitral

Como se mencionó anteriormente, existirá una diferencia si se trata de una cláusula compromisoria que accede a un negocio jurídico de carácter civil o mercantil. Si se trata de un negocio jurídico mercantil, será inexistente la cláusula compromisoria cuando se haya celebrado sin las solemnidades legales exigidas por la ley. Esto, está expresamente señalado en el Art. 898 del Código de Comercio Colombiano que establece en su párrafo segundo que será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales. Por su parte, si se trata de un negocio de carácter civil, habrá que atender las indicaciones del Código Civil frente al tema además de *“las discusiones doctrinas y jurisprudenciales sobre la procedencia y supuestos de inexistencia en dicho campo.”*¹

III. Ineficacia total o parcial del pacto arbitral

En la legislación colombiana el Código de Comercio en su Art. 897 establece la ineficacia como sanción al establecer que: *“Cuando en este Código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial”*. Esta sanción no existe en el Derecho Civil por lo que el pacto arbitral cuando se presenta en calidad de compromiso no puede ser sujeto a dicha vicisitud.

La ineficacia puede ser total o parcial cuando las partes al manifestar su voluntad de someter sus diferencia a un arbitraje, a través de una cláusula compromisoria, puedan terminar violando el orden público, pero dicha violación *per se* no es suficiente para que la totalidad de la cláusula se vea afectada de

¹ PAUCAR ARRUBLA, Jaime Alberto: *Contratos Mercantiles Tomo III Contratos Contemporáneos*, 1ª Edición, Medellín, Biblioteca Jurídica Dike, 2005 Pág. 253.

inexistencia; es necesario determinar previamente como lo plantea el Doctor Arrubla, “*qué alcance tiene la estipulación en contravención con el orden jurídico que le es superior, para establecer si la expresión restante de la cláusula puede subsistir.*”²

Respecto a lo anterior el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá³, en proceso promovido por TECNOQUIMICAS SA contra MERCK estableció lo siguiente frente a la cláusula compromisoria que se pactó en varios contratos simultáneos ocurridos entre las partes.

*“Todos los conflictos relacionados con el presente contrato o con su terminación así como cualquier contrato de ventas aquí mencionado deberá ser solucionado de conformidad con las reglas de Conciliación y Arbitramento de la Cámara de Comercio Internacional, por uno o más árbitros que sean designados para tales efectos de conformidad con dichas reglas. Cualquiera de dichos procesos arbitrales tendrá lugar en New Jersey, Estados Unidos de América y deberá surtirse en inglés. Cualquier decisión adoptada dentro de dicho procedimiento será definitiva y tendrá efectos de cosa juzgada para las partes...”*⁴

La relación que sostenían las partes era de agencia mercantil. El Código de Comercio colombiano en su Art. 1328 sostiene que: “*Para todos los efectos, los contratos de agencia comercial que se ejecuten en el territorio nacional quedan sujetos a las leyes colombianas. Toda estipulación en contrario se tendrá por no escrita.*” Por lo tanto, concluimos que la ley procesal y sustancial aplicable al conflicto es la colombiana.

² PAUCAR ARRUBLA, *Jaime, op. cit.*, Pág. 264.

³ Es una institución de servicios, de carácter privado, sin ánimo de lucro, que promueve con proyección nacional e internacional, el mejoramiento de la competitividad de Bogotá y su región y el desarrollo de la comunidad empresarial para la generación de riqueza y el mejoramiento de la calidad de vida y el medio ambiente.

Contribuye a la eficiencia del mercado a través de la administración y promoción de sistemas públicos de información empresarial, de métodos alternativos de resolución de controversias y otras funciones delegadas por la ley

³ Proceso arbitral promovido por TECNOQUIMICAS S.A. contra MERCK. Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá. 3 Febrero 1997

Así pues, existe una cláusula arbitral que fue válidamente establecida por las partes, es decir que no cabe duda sobre la voluntad de las partes de someter sus diferencias al arbitraje, con lo cual queda excluida la jurisdicción ordinaria, sin embargo las partes contravienen una disposición legal al desconocer la ley colombiana, pues le corresponde a ésta conocer de todos los asuntos de agencia comercial que se ejecuten en Colombia. El Art. 1328 es una norma de orden público en Colombia, es por esto que dentro del mismo artículo se estipula que cualquier estipulación en contrario se entenderá por no escrita y con ello se está sancionando cualquier estipulación en contrario con la ineficacia, la cual opera de pleno derecho y no es necesario declararla judicialmente.

Al ser pues, este artículo una norma imperativa, no puede una declaración de voluntad de particulares tener efectos derogatorios sobre la misma. Coincidimos con el Centro de Arbitraje cuando señala que para interpretar dicha cláusula es necesario tener en cuenta el Art. 1620 del Código Civil que señala, aplicando el principio de utilidad del negocio jurídico, *“el sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquél en que no sea capaz de producir efecto alguno.”*⁵

Lo que nos lleva a que si bien, dentro de dicha cláusula existe una estipulación que podría conducir a la ineficacia de la misma, no por este hecho queda sujeta toda la cláusula a la misma suerte, de tal forma que al quedar establecido con certeza la voluntad de las partes de someterse al arbitraje, es necesario entonces para que sea válida, que se presente la demanda ante tribunales de arbitramento en Colombia.

⁵ Código Civil Colombiano Art. 1620.

IV. Nulidad del pacto arbitral

El pacto arbitral como estipulación contractual, derivado de una cláusula arbitral o de un compromiso, puede carecer de validez si se ha incurrido en alguno de aquellos vicios que destruyen cualquier acto jurídico conforme a las normas generales de la teoría de la obligaciones, en cuyo caso pierde toda efectividad, abriendo por consiguiente la puerta a la jurisdicción ordinaria para decidir los conflictos a los cuales podía aplicarse el convenio arbitral inválido.

La nulidad del pacto arbitral se presenta entonces siempre y cuando se den los supuestos establecidos en el Código Civil⁶ y de Comercio⁷. Habrá

⁶ Art. 1740: Es nulo todo acto o contrato al que le falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes. La nulidad puede ser absoluta o relativa.

Art. 1741; La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas. Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato.

Art. 1742 La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria.

Art. 1743. La nulidad relativa no puede ser declarada por el juez o prefecto sino a pedimento de parte; ni puede pedirse su declaración por el Ministerio Público en el solo interés de la ley; ni puede alegarse sino por aquéllos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, o por sus herederos o cesionarios; y puede sanearse por el lapso de tiempo o por ratificación de las partes.

⁷ Art. 898.- La ratificación expresa de las partes dando cumplimiento a las solemnidades pertinentes perfeccionará el acto inexistente en la fecha de tal ratificación, sin perjuicio de terceros de buena fe exenta de culpa.

Será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales.

Art. 899.- Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos:

1. Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa;

nulidad entonces, cuando la controversia no sea susceptible de transacción o cuando las partes no tengan capacidad para transigir, es decir cuando se viole una norma imperativa. De la misma manera, si se está frente a un pacto arbitral prohibido, con objeto o causa ilícitos, se presentara la nulidad.

Creemos realmente importante analizar si la nulidad de un aspecto del pacto arbitral supone la nulidad de todo el pacto. El primer acercamiento a este análisis sería que aparentemente no supone la nulidad del todo, siempre y cuando las partes dentro de la cláusula arbitral o compromiso hayan dejado clara su voluntad de llevar sus diferencias a un arbitraje. Puede ser posible subsanar algunas de las causales de nulidad y continuar el pacto surtiendo sus efectos. Verbigracia, las partes podrían equivocarse en señalar el centro del arbitraje, acudiendo a uno inexistente, lo cual no tendría por qué afectar la totalidad del pacto, puesto que las partes han dejado certeza de su voluntad de acudir a este medio de solución de controversias, además no hay que olvidar que la ley prevé normas supletorias que permiten suplir los defectos que pueda adolecer un pacto arbitral. Estaríamos entonces frente a una nulidad parcial.

2. Cuando tenga causa u objeto ilícitos, y

3. Cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz.

Art. 900.- Será anulable el negocio jurídico celebrado por persona relativamente incapaz y el que haya sido consentido por error, fuerza o dolo, conforme al Código Civil. ...

Art. 902.- La nulidad parcial de un negocio jurídico, o la nulidad de alguna de sus cláusulas, solo acarreará la nulidad de todo el negocio cuando aparezca que las partes no lo habrían celebrado sin la estipulación o parte viciada de nulidad.

Art. 904.- El contrato nulo podrá producir los efectos de un contrato diferente, del cual contenga los requisitos esenciales y formales, si considerando el fin perseguido por las partes, deba suponerse que éstas, de haber conocido la nulidad, habrían querido celebrar el otro contrato.

1. Nulidad parcial

La nulidad del contrato donde se encuentra estipulada la cláusula arbitral no acarrea necesariamente la de ésta, en virtud del principio de autonomía establecido expresamente en la legislación de Colombia y en la de México. Con respecto a lo anterior la Corte Constitucional colombiana, en sentencia C- 248 del 21 de abril de 1999 estableció lo siguiente: “... *el legislador ha querido que el compromiso constituya una cláusula independiente en relación con el contrato al que se aplica. Si ello es así, la invalidez del contrato no genera necesariamente la nulidad de la cláusula compromisoria, aunque pueden darse casos en los que sí ocurra. Esto significa que la habilitación de los árbitros puede continuar en pie, aun en el caso en el que el contrato sobre el que deben fallar sea nulo. Así pues, si se desea establecer la nulidad de la cláusula compromisoria habrá de atenderse las condiciones mismas en que ella fue acordada. ...*” (Resaltado propio)

Concordamos en su totalidad con lo que estipula la Honorable Corte Constitucional y consideramos que no cabe la menor duda que, para que pueda predicarse la nulidad del pacto arbitral es necesario que los supuestos que indica la ley, para que se dé esta sanción, afecten directamente al pacto arbitral en sí mismo.

2. Declaración de la nulidad

La declaratoria de la nulidad representa un tema de discusión importante en el tema. ¿Cuándo la cláusula compromisoria está viciada de nulidad absoluta y las partes no alegan, corresponde entonces a los árbitros declararla de oficio? Reflexionamos que la respuesta debe ser afirmativa, pues estos podrán hacerlo al momento de examinar su propia competencia en incluso en el laudo.⁸

⁸ PAUCAR ARRUBLA, Jaime Alberto., *op. cit.* Pág. 255.

Igualmente, si el tribunal arbitral omitió la declaratoria de nulidad absoluta, el tribunal que conozca de la anulación⁹ debe hacer la declaratoria oficiosamente, aunque dicha casual no está siendo alegada por las partes. Así lo sostiene el Consejo de Estado colombiano en sentencia del 1 de agosto de 2002, que definió el recurso de anulación de la siguiente manera: “ *En esta perspectiva, entonces, la potestad oficiosa del juez administrativo para declarar la legalidad o validez del pacto arbitral no se quiebra, altera, ni limita por el hecho de que las partes hayan guardado silencio, o porque hayan alegado la nulidad absoluta del contrato por objeto ilícito en el curso del proceso arbitral, ni tampoco por el hecho que el Tribunal Arbitral haya emitido un pronunciamiento sobre dicho tema, por cuanto, si bien en principio se trata de un punto de carácter sustancial, en forma tiene relación con la competencia de los árbitros, como quiera que en la validez del pacto arbitral se funda la competencia de estos y, por ende, de ella depende la validez del proceso mismo...*”¹⁰

De esta forma, se ratifica la facultad que tienen no sólo los árbitros de declarar oficiosamente la nulidad, sino también la del tribunal colegiado para que conozca del recurso de anulación del laudo. Esto resulta muy importante ya que de no ser posible esta declaración de oficio, podría ponerse en duda al arbitraje como medio alternativo de solución de conflictos, pues no representaría un mecanismo idóneo para la solución justa y equitativa de los mismos.

⁹ Decreto 1818 de 1998, Art. 230: Contra el laudo arbitral procede el recurso de anulación. ... El recuso se surtirá ante la sección tercera de la sala de lo contencioso administrativo del Consejo de Estado. ...

¹⁰ Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo, SEC. Tercera. Consejero Poniente: Dr. Germán Rodríguez Villamizar, Bogotá 1 de agosto de 2002 Laudo Arbitral, actor: Electricadota del Atlántico S.A. demandante: Termorio S. A.

3. Nulidad absoluta

De conformidad con lo dispuesto en el Art. 1741 del Código Civil colombiano, la nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas. Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato.

De esta manera, la disposición anterior establece cuando ciertas vicisitudes suponen como consecuencia la nulidad absoluta como en el Art. 1742 en donde se establece que: *“Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria.”* Esto implica entonces, que toda nulidad absoluta que no provenga de objeto o causa ilícitos puede ser susceptible de saneamiento, lo que permitiría que el pacto arbitral continuara produciendo sus efectos. A *contrario sensu* la nulidad proveniente de objeto o causa ilícita es insaneable.

Discurrimos, sin embargo, que no puede analizarse tan restrictivamente dicha disposición legal, puesto que hoy en día la nulidad proveniente de objeto ilícito podría en algunos casos sanearse, como en los casos de objeto ilícito proveniente de contradecir el orden jurídico de la nación. Un caso ejemplificativo podría ser cuando, como consecuencia de un reforma legislativa, una ley prohibitiva se transforma a una facultativa o permisiva. A este respecto, el Art. 106 del Código de Comercio colombiano expresa respecto de las sociedades: *“La nulidad proveniente de ilicitud del objeto o de causa no podrán sanearse. No obstante, cuando la ilicitud provenga de una prohibición legal o de la existencia de un monopolio oficial, la abolición de la*

prohibición o del monopolio purgarán el contrato del vicio de nulidad.”
(Resaltado propio)

De lo anterior puede deducirse que si es posible sanear un contrato de una nulidad absoluta, con mayor razón podría pasar lo mismo frente una cláusula compromisoria. Hay entonces que analizar la cláusula en dos momentos, uno en el momento de celebrar el contrato, para saber si en ese entonces existía alguna nulidad por objeto o causa ilícitos y en un segundo momento, al declarar la nulidad para descartar que el vicio se haya purgado.

V. Caducidad.

1. La caducidad de la acción arbitral.

Ya que el proceso arbitral es autónomo e independiente de los procesos tramitados ante la jurisdicción ordinaria, sería natural que las caducidades previstas y relacionadas con las acciones ordinarias no cobijaran ni se trasladaran al arbitraje. Las caducidades son sanciones procesales que inhiben al juzgador conocer de la acción y, por tanto, no pueden aplicarse ni extensiva ni analógicamente. Las caducidades, como toda sanción legal, son de aplicación limitada, restrictiva y siempre requieren deposición legal expresa. Por tanto en este último ámbito estaríamos en presencia del principio de reserva de ley. En los países que nos ocupan, no existe ninguna norma que de manera expresa establezca la caducidad del juicio arbitral.

2. Caducidades ordinarias no aplicables.

La ley arbitral colombiana, al igual que la mexicana, no establece ningún término de caducidad de la acción arbitral, por lo cual, como principio general se aplica el término extintivo de 20 años previsto en el artículo 2536 del Código Civil colombiano y de 10 años conforme al Artículo 1159 del Código Civil Federal Mexicano, el que señala: *“Fuera de los casos de excepción, se necesita el lapso de diez años, contado desde que una obligación pudo exigirse, para que se extinga el derecho de pedir su cumplimiento”*.

Cuando las partes deciden a través de la manifestación de su voluntad, acudir a un tribunal arbitral, no solamente se sustraen de la jurisdicción ordinaria, sino que igualmente se sustrajeron a la aplicación de los códigos tanto civiles como procesales, para someterse a la regulación sostenida en un estatuto arbitral, siendo estos códigos aplicables únicamente para llenar vacíos y lagunas, nunca para la aplicación analógica de sanciones. Sin embargo, consideramos que cuando las partes realizan un compromiso y la acción en la jurisdicción ordinaria ya haya caducado, aunque no pueda hablarse de la caducidad de la acción arbitral como tal, si podría pregonarse la nulidad del compromiso por objeto o causa ilícita, originada precisamente en el hecho de revivir una instancia judicial ya caducada. En este orden de ideas, cuando ya ha caducado una acción, puede decirse que dicha materia deja de ser arbitrable, puesto que no sería lógico que las partes tomaran al arbitraje como medio para eludir la justicia ordinaria.

3. El pacto sobre caducidad y prescripción.

Por regla general, los contratantes no pueden ampliar ni restringir los términos de prescripción o caducidad previstos en la ley. Sin embargo, en el arbitraje, por virtud de la facultad otorgada a los suscriptores del pacto arbitral de fijar sus propias reglas de procedimiento, nada impide que éstos señalen términos de caducidad de la acción o de prescripción del derecho, los que siendo válidos deben ser considerados por los árbitros. Frente a lo anterior, deben tener en cuenta las partes, que fijar un término diferente del señalado en la ley, no implica que será este término y no el ordinario el que se les aplicará una vez que se encuentren en la jurisdicción ordinaria.

4. La caducidad del pacto arbitral.

La caducidad de la acción arbitral puede ocurrir, y la hipótesis que se presenta más frecuentemente es la del vencimiento del término previsto en el mismo pacto arbitral, para que éste produzca efectos. Es esta situación a la que nos referimos como caducidad del convenio arbitral, que en realidad implica la imposibilidad de iniciar la vía arbitral. No propiamente por la caducidad de la acción, sino más bien por virtud de que ya no está vigente el pacto arbitral.

Es común que se hable de caducidad de la acción arbitral sino de la caducidad o carencia de efectos del pacto arbitral. Sin embargo, existen sistemas institucionales del arbitraje, que consagran expresamente la caducidad de la acción arbitral, *“como el artículo 17-3 del tratado G-3¹¹ que establece la caducidad de la acción arbitral cuando han transcurrido más de tres años contados a partir del momento en que se tuvo o debió tener*

¹¹ Tratado firmado en 1994 entre Colombia, México y Venezuela.

conocimiento del incumplimiento del tratado por alguno de los países suscriptores y no se inicie la acción.”¹²

En concordancia con el tema que nos ocupa, es necesario estudiar las “caducidades sustantivas” que se encuentran establecidas en los códigos civiles y de comercio. Así verbigracia, el Art. 900 del Código de Comercio colombiano establece que la acción para solicitar la nulidad relativa de un contrato prescribe en dos años. El Art. 938 del mismo Código, determina que la reclamación originada en un vicio oculto de un bien objeto de compraventa, prescribe en seis meses. Igualmente el Art. 235 de la ley 222 de 1995 consagra una prescripción de dos años de las acciones derivadas en el contrato de seguros. Por su parte, en el Código de Comercio mexicano en el Art. 1045 se especifica una prescripción de cinco años para las acciones derivadas del contrato de sociedad y de operaciones sociales, por lo que se refiere a derechos y obligaciones de la sociedad para con los socios, de los socios para con la sociedad y de socios entre sí por razón de la Sociedad.

En los ejemplos anteriormente citados, se consagran caducidades sustantivas. Teniendo en cuenta que la ley en ambos países no hace distinción alguna respecto al tipo de proceso o acción procedente, debe entenderse que dicha caducidad también cobija al proceso arbitral. De esta manera, aun en el proceso arbitral, es pertinente alegar la prescripción de dos años originada en el contrato de seguro en el derecho colombiano o de cinco años derivada del contrato de sociedad en el derecho mexicano.

Por el contrario, existen otras caducidades ligadas expresamente a un procedimiento especial para tramitarse exclusivamente ante la jurisdicción ordinaria como sucede con lo previsto en el Art. 60 de la Ley Federal de Procedimientos Administrativos mexicana que establece que: “*En los procedimientos iniciados a instancia del interesado, cuando se produzca su paralización por causas imputables al mismo, la Administración Pública Federal le advertirá que, transcurridos tres meses, se producirá la caducidad del*

¹² GIL ECHEVERRY, Jorge, *op. cit.* Pág. 305.

mismo.” Frente al mismo tema, en Colombia el Art. 941 del Código de Comercio indica en referencia al saneamiento por evicción, acción que se tramita por el juicio verbal sumario, dentro de un término máximo de dos años. En este último caso, si se suscribe un pacto arbitral entre vendedor y comprador, la caducidad de dos años no se hace extensible al procedimiento arbitral, por lo que el comprador podrá demandar al vendedor dentro del término ordinario de 20 años en el Derecho colombiano y 10 en el Derecho mexicano.

Ni la legislación colombiana, ni la mexicana, hacen referencia alguna a la caducidad de la acción arbitral o la caducidad del pacto arbitral, en la Ley Modelo de UNCITRAL, Art.8, se faculta al juez ordinario para continuar con la tramitación de un litigio que contenga un pacto arbitral, cuando se compruebe que dicho pacto era nulo, ineficaz o de ejecución imposible. Consideramos que es precisamente, la caducidad del convenio arbitral, uno de aquellos eventos en los que la ejecución se hace imposible. Claramente nos encontramos ante un caso de caducidad, por lo que sería competente el juez ordinario.

El tema de la caducidad del pacto arbitral o del juicio arbitral no ha sido tratado en profundidad por la legislación o doctrinas de Colombia o México. No obstante, en el proceso de la Constructora Brugués vs Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, que terminó con laudo de fecha 13 de diciembre de 1988¹³, se dispuso que las prescripciones en el Código Contencioso Administrativo Colombiano respecto de las acciones ante la jurisdicción de lo contencioso, no eran aplicables al proceso arbitral. Sin embargo, el Consejo de Estado Colombiano, en virtud de un recurso de anulación, omitió hacer consideración alguna sobre el asunto, resaltándose el pronunciamiento del Ministerio Público: *“La fiscalía está de acuerdo con la tesis expuesta por el Tribunal de Arbitramento en el laudo proferido en este proceso, en el sentido*

¹³ Tribunal Arbitral constituido por: Gustavo de Greiff Restrepo, Álvaro Tafur G. y Saúl Sotomonte Sotomonte.

que en los procedimientos arbitrales no hay caducidad de la acción porque no ha sido creada por la ley en tales procesos.”¹⁴.

Por lo anteriormente mencionado, consideramos que las normas que tratan sobre la caducidad de las acciones, no contemplan la posibilidad que se presente dicha figura en el proceso arbitral. No podrían aplicarse éstas por analogía cuando se trata de procesos arbitrales, puesto que se hace referencia a sanciones que deben estar expresamente señaladas en la ley para producir sus efectos; y en la materia arbitral no existe ley expresa que las señale.

Otro aspecto que consideramos importante analizar frente a este tema, es la posibilidad que se interrumpa la prescripción por el hecho de iniciar un proceso arbitral. Al respecto el Código Civil Federal en el Artículo 1168 establece que: *“La prescripción se interrumpe: ... II. Por demanda u otro cualquier género de interpelación judicial notificada al poseedor o al deudor en su caso.”* Por su parte, el derecho colombiano, en el Código de Procedimiento Civil señala en el Art. 90 *“la presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad,...* ” Queda claro entonces, que el hecho de presentar o iniciar una actuación ante el juez ordinario produce el efecto de interrumpir la prescripción, por lo que concluimos que el inicio de la acción arbitral produce el mismo efecto. Es necesario que el inicio de la acción arbitral produzca el efecto anteriormente mencionado, puesto que de lo contrario se dejaría a las partes en estado de indefensión.

Por su parte el Decreto 1818 de 1998 colombiano en el artículo 35 sostiene que: *“La solicitud de conciliación suspende la caducidad e interrumpe la prescripción, según el caso...”* Afirmación que sustenta aún más nuestro razonamiento puesto que si la conciliación, como medio alternativo para la solución de controversias tiene ese efecto, no vemos ningún inconveniente que impida que el arbitraje genere la misma consecuencia. Esta conclusión se desprende de la naturaleza especial de la conciliación, condición que comparte con el arbitraje.

¹⁴ LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio: *La Jurisprudencia Arbitral en Colombia*, Tomo II, 1ª Edición, Universidad Externado de Colombia, Santafé de Bogotá, 2002, Pág. 568.

CONCLUSIONES

Primera. El arbitraje es un medio alternativo para la solución de controversias, en virtud del cual, las partes mediante la manifestación de su voluntad sostienen que sus controversias eventuales o futuras serán ventiladas ante un tribunal arbitral. Conforme a lo anterior, se abstienen de acudir a la jurisdicción ordinaria. Definición que consideramos necesaria incluir en el derecho mexicano, puesto que esta legislación se abstiene de definir con claridad el tema, lo que genera un vacío que provoca cierta incertidumbre frente a la suerte que puede correr el arbitraje como medio efectivo de solución de controversias, e incluso, puede provocar el cuestionamiento sobre la constitucionalidad del arbitraje, situación que evidencia la última sentencia de la Suprema Corte de Justicia mexicana.

Dicho escenario no se presenta en el derecho colombiano, pues definió expresamente la figura y consideramos como un acierto la inclusión del arbitraje en el texto constitucional, lo que deja de lado, de una vez por todas, la discusión sobre la constitucionalidad del arbitraje, limitando además en su propia definición, las materias que serán sujetas al arbitraje.

Segunda. La cláusula compromisoria se constituirá siempre como una cláusula inserta en un contrato, por lo que prevé conflictos que aún no se han presentado. Es por esto, que ésta surtirá sus efectos mientras esté vigente, por lo que se pueden ventilar las diferencias que surjan durante su vigencia. El compromiso por su parte, al realizarse una vez surgido el conflicto, puede decirse que se agota al ser resuelto éste por el tribunal arbitral.

Por lo anterior, las partes que tienen un conflicto actual, tienen la posibilidad de acudir a la justicia arbitral, realizando un compromiso que se limita a la diferencia que le dio origen. Esta oportunidad se aun cuando ya se haya iniciado un proceso ordinario. El derecho colombiano prevé en el Código de Procedimiento expresamente que la transacción será posible hasta antes

que se haya dictado sentencia de segunda instancia, por lo que limita directamente a las partes a este término para legalmente negociar un compromiso. Esta limitación no se encuentra regulada en el derecho mexicano, por lo que deja al arbitrio de los particulares el momento en que puedan suscribir un compromiso, y/o a la interpretación del juez, si remite al tribunal arbitral competente o no un asunto, cuando durante el proceso se da un compromiso de las partes.

Tercera. La manifestación de la voluntad, a través de la cual las partes se comprometen a someter sus diferencias ante un tribunal arbitral, debe indefectiblemente ser dada de forma expresa, clara e inequívoca. Por consiguiente, no coincidimos con los autores que sostienen la posibilidad de una aceptación tácita del pacto arbitral, ni mucho menos, la posibilidad de la existencia de un pacto arbitral verbal. La formalidad de la cláusula arbitral es precisamente la que da certeza a los particulares de los efectos que produce esta figura.

Cuarta. El error en el que recaiga una de las partes que celebró un pacto arbitral, para constituir un vicio del consentimiento debe tener el carácter de error de hecho. Por lo anterior, el error de derecho no vicia la cláusula arbitral, pues la ignorancia de la ley no sirve como excusa para la realización de ciertos actos.

Quinta. Las materias sujetas de arbitramento deben estar perfectamente delimitadas. Lo anterior no sucede en el derecho mexicano, el cual no tiene una determinación clara de que materias serán arbitrables y cuáles no, lo que conlleva a desaciertos, como es el caso del Estado de Guanajuato en el que se permite la conciliación en materia penal. En aras de evitar tales equivocaciones, consideramos como recomendación para esta legislación, la inclusión de la materia arbitral como una de naturaleza federal, unificando con esto los criterios que deben amparar al arbitraje. Precisamente en el derecho colombiano si ocurre lo anterior, puesto que en la misma definición de arbitraje, limita a materias transigibles, los asuntos sujetos a arbitraje.

Sexta. Al igual que todo acto jurídico, la cláusula arbitral debe cumplir con los requisitos establecidos en la ley para ser válida. No se puede dejar de un lado, que la nulidad del contrato principal no genera necesariamente la misma suerte para la cláusula compromisoria. Para que la cláusula arbitral se vea afectada por alguna de las circunstancias legales que acarrear dicho efecto, es necesario que se menoscabe al pacto arbitral en sí mismo.

Séptima. Es fundamental que no se desconozcan los principios rectores del pacto arbitral, porque de lo contrario se estaría afectando la base estructural sobre la cual se sustenta el arbitraje como medio alternativo para la solución de controversias.

Lo anterior, hace referencia a la sentencia promulgada por la Suprema Corte mexicana, misma que establece la existencia de un control por parte del juez en el proceso arbitral, e igualmente señala que existe una excepción al principio de competence – competence, lo cual consideramos como inaceptable. El precepto antes mencionado, señala que el tribunal arbitral es competente para conocer de su propia competencia, aun en los casos en que se cuestione la validez del pacto arbitral mismo. Aseverar que la actuación de una de las partes, de acudir al juez en los casos en que se crea que existe una causal de nulidad del pacto arbitral mismo, es permitir al particular sollozar el procedimiento arbitral, lo cual representa un retroceso en el posicionamiento del arbitraje como mecanismo real de solución alternativa de conflictos.

Octava. El efecto positivo que genera una cláusula arbitral válida, implica que las partes se obligan a someter sus diferencias al arbitraje. El incumplimiento de dicha obligación debe acarrear consecuencias jurídicas que deben estar tipificadas, para que así se dé una mayor certeza de la efectividad del arbitraje. En el derecho mexicano no se han plasmado aún estas consecuencias del incumplimiento de la cláusula arbitral, lo que recomendamos se haga para fortalecer en esta legislación la figura del arbitraje.

Novena. Por su parte, el efecto negativo supone que las partes tienen la obligación de no hacer, es decir, de no ventilar sus controversias ante el juez

ordinario, de lo que se genera la obligación por parte del juez de remitir el proceso al tribunal arbitral competente cuando en la ejecución de un proceso se pruebe la existencia del pacto arbitral. Lo anterior es imprescindible que se presente, sin importar la actitud procesal que tomen las partes, incluso si se demanda un asunto ante un tribunal ordinario, y en la contestación de la demanda no se invoca la excepción de la existencia previa de un pacto arbitral. Por esta actuación procesal no se determina la incompetencia del tribunal arbitral y la competencia del juez.

Décima. La nulidad de un aspecto de la cláusula arbitral no acarrea necesariamente la misma suerte para la totalidad de la cláusula. Es fundamental analizar cada caso en particular y establecer, en virtud de preservar el principio pro arbitraje, cuando será posible subsanar una nulidad absoluta y en qué circunstancias no lo será.

Décima primera. La caducidad de la acción arbitral no está prevista expresamente en ninguna de las legislaciones que nos ocupa, por lo que consideramos necesario que se incorpore en éstas una disposición legal que regule el tema, para que la laguna existente no lleve a desaciertos como la de permitir un arbitraje de una materia cuya acción prescribió o cuyo derecho caducó.

En el derecho colombiano, sin embargo, se presenta una estipulación expresa frente al tema de la interrupción de la prescripción en virtud de la iniciación de un procedimiento conciliatorio, lo que nos permite afirmar que si éste medio alternativo de solución de controversias puede acarrear dicho efecto, igualmente el arbitraje puede generar dicha consecuencia.

BIBLIOGRAFIA

ALBERTI MONTOYA, Ulises: *El Arbitraje Comercial*, Lima, Editorial Cultural Cusco, 1988.

ARTUCH IRIBERRI, Elena: *El Convenio arbitral en el arbitraje Comercial Internacional*, Madrid, Editorial Eurolex, 1997.

AZAR M, Cecilia (comp.): *Manual de Arbitraje Comercial*, México, Editorial Porrúa, 2004.

AZNAR, Cecilia y GOMEZ RUANO, Sofía: “La Suprema Corte de Justicia Mexicana Favorece la competencia del juez para analizar el acuerdo arbitral” *FORO*. Décima cuarta época, Tomo XIX, Numero 1, México. 2006

BENETTI SALGAR, Julio: *El Arbitraje en el Derecho Colombiano*, 2ª Edición Santafé de Bogotá, Editorial Temis, 2001.

BERNAL GUTIERREZ, Rafael: *El arbitraje, la alternativa actual*, Santafé de Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá, 1997.

Black's Law Dictionary, 8ª Edición, USA, 2004.

BORJA SORIANO, Manuel: *Teoría General de las Obligaciones*, 12ª Edición, México, Editorial Porrúa 1991.

Centro de Comercio Internacional UNCTAD: *Arbitraje y Solución Alternativa de Controversias. Como solucionar las controversias mercantiles.*, Serie: Derecho Mercantil, Ginebra, 2001.

CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo; CRUZ BARNEY, Oscar: *El Arbitraje Los diversos mecanismos de solución de controversias: análisis y practica en México*. México, Editorial Porrúa, 2004.

DEVIS ECHANDIA, Hernando: *Derecho Procesal Civil*, Bogotá Editorial A. B. C., 1972.

FOUCHARD, GAILLARD y GOLMAN: *Traite' de l'arbitrage commercial international*, Paris, Editorial Litec., 1996.

GIL ECHEVERRY, Jorge Hernán: *Nuevo Régimen de Arbitramento. Manual Práctico*, 3ª Edición, Santafé de Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá, 2004.

GONZALEZ DE COSSÍO, Francisco: *Arbitraje*, 1ª Edición, México, Editorial Porrúa, 2004.

GONZALEZ DE COSSÍO, Francisco: “La nueva forma del acuerdo arbitral: aun otra victoria de consensualismo” *FORO*, Tomo XIX, Numero 1, México, 2006.

GOMEZ GORJON, Francisco: *Arbitraje Comercial y Ejecución de Laudos*. 1ª Edición, Editorial McGraw-Hill, México, 2001.

GRAHAM TAPIA, Luís Enrique: *El Arbitraje Comercial*, 1ª Edición, México, Editorial Themis, 2000.

HERNAN GIL, Jorge: *El derecho societario contemporáneo*. Cámara de Comercio de Bogotá, Santafé de Bogotá, 1996.

HINESTROSA, Fernando: *Derecho Civil*. Tomo I, Volumen II, 1ª Edición, Santafé de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995.

LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio: *La Jurisprudencia Arbitral en Colombia*. Tomo II. 1ª Edición, Santafé de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

M. CREMADES, Bernardo: *Arbitraje comercial internacional*. Banco Exterior de España, Madrid, Extecom S. A., 1984.

- *El grupo de empresas y su tratamiento en el arbitraje comercial internacional*, incluido en la obra: *El arbitraje en el derecho latinoamericano y español*, Lima, Editorial Cuzco S. A., 1989.

MARTINEZ NEIRA: *Las transformaciones del Derecho Mercantil Moderno*. Santafé de Bogotá, Dike, 2000.

MONROY CABRA, Marco Gerardo: *Tratado de Derecho Internacional*. Santafé de Bogotá, Editorial Temis, 1995.

- *Arbitraje Comercial*. 1ª edición, Santafé de Bogotá, Editorial Legis, 1998.
- *Solución pacífica de controversias internacionales*. Medellín, Biblioteca Jurídica Dike, 1996.
- *Arbitraje Comercial Nacional e Internacional*. 2ª Edición, Santafé de Bogotá, Legis Editores S.A., 1998.

OSPINA FERNANDEZ, G. y OSPINA ACOSTA, E: *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*, 5ª Edición, Santafé de Bogotá, Editorial Temis, 1998

PAUCAR ARRUBLA, Jaime Alberto: *Contratos Mercantiles*, Tomo III *Contratos Contemporáneos*, 1ª Edición, Medellín, Biblioteca Jurídica Dike, 2005.

PENA NOSSA, Lisandro: *De los Contratos Mercantiles. Negocios del Empresario*, Santafé de Bogotá, Universidad Católica de Colombia ECDE Ediciones, 2003.

PEREZ CASTRO, Leonel (comp.): *Arbitraje Comercial Internacional*, México, Distribuciones Fontamara, 2000.

SIQUEIROS, José Luís: “El arbitraje, marco normativo, tipos de arbitraje, compromiso arbitral y cláusula compromisoria.” *Pauta*, México, año 99, núm. 29, 2000.

VV.AA., *El Contrato de Arbitraje* 1ª Edición, Editorial Temis, Santafé de Bogotá 2005.

CUADRO COMPARATIVO

ANEXO I

LEGISLACION COLOMBIANA	LEGISLACION MEXICANA	COMENTARIOS
REGLAMENTACION ARBITRAL		
Contempla en una ley especial toda la reglamentación sobre arbitraje. El Decreto 1818 de 1998.	Incorpora la ley Modelo dentro de los diferentes ordenamientos que tienen relación con el arbitraje. En cuanto al arbitraje comercial, las disposiciones se encuentran en el Código de Comercio.	Consideramos acertado por parte del Derecho Colombiano, el hecho de incorporar en una ley especial toda la reglamentación del arbitraje.
CONCEPTO DE ARBITRAJE		
Define constitucionalmente el arbitraje. En el Art. 116 del Decreto 1818 de 1998 establece que los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de arbitro habilitados por las partes, para proferir fallos en derecho o en equidad en los términos que determine la ley.	No define el arbitraje, se limita a establecer las clases que este puede adoptar.	La falta de definición por parte de la legislación mexicana, implica un desacierto, dado que no limita el arbitrio de los particulares, y genera un vacío sobre la posibilidad de arbitrar materias que no sean susceptibles de ponderación patrimonial. Por su parte, la legislación colombiana acertadamente, incluye en su Constitución Política el arbitraje, aunque equiparando erróneamente la función del juez de administrar justicia, con la del arbitro de solucionar controversias. En el Decreto 1818 de 1998, se define expresamente el arbitraje.

LEGISLACION COLOMBIANA	LEGISLACION MEXICANA	COMENTARIOS
CONCEPTO DE CLAUSULA ARBITRAL		
El Art. 119, D1818/98, define el compromiso como el negocio jurídico, por medio del cual las partes involucradas en un conflicto presente y determinado convienen resolverlo a través de un tribunal arbitral.	No define el compromiso	La legislación mexicana se limita a establecer la posibilidad de que el arbitraje surja de una cláusula compromisoria o de un acuerdo independiente.
El Art. 118, D1818/98, define la cláusula compromisoria como el pacto contenido en un contrato en virtud del cual los contratantes acuerdan someter sus eventuales diferencias a la decisión de un tribunal arbitral.	No define la cláusula compromisoria.	Consideramos importante que se de una definición de estas dos figuras, ya que con ella, se permite identificar en que momento se esta en presencia de un compromiso o una cláusula compromisoria, lo que trae diferentes consecuencias frente a los contrayentes.
REQUISITOS DE EXISTENCIA		
CONSENTIMIENTO		
El Decreto 1818 de 1998 no establece expresamente que el consentimiento sobre una cláusula arbitral se haya dado de manera escrita. La Doctrina y la Jurisprudencia por el contrario si han manifestado como requisito de la cláusula arbitral que se haga por escrito.	El art. 1423 del Código de Comercio, señala expresamente como requisito del acuerdo arbitral que conste por escrito, y que sea firmado por las partes.	Es fundamental para dar certeza a los contrayentes de la cláusula arbitral que conste por escrito. La legislación colombiana debería incluir este requisito para evitar confusiones sobre la legalidad de una cláusula no celebrada por escrito.

LEGISLACION COLOMBIANA	LEGISLACION MEXICANA	COMENTARIOS
OBJETO		
El Decreto 1818 de 1998, no establece regulación alguna frente al tema específico del objeto del pacto arbitral.	No se hace ninguna referencia a este tema.	Si bien en ambas legislaciones se omite directamente el tema del objeto de la cláusula arbitral, la doctrina en ambos países, se ha manifestado al respecto. Consideramos que el objeto de la cláusula arbitral debe versar sobre conflictos determinados o determinables; debe tratarse de una cuestión litigiosa; y que la materia sea transigible. De no darse estas características, no sería susceptible de ser arbitrable.
CAUSA		
No se hace referencia alguna.	No se hace referencia alguna.	Consideramos que la causa debe ser lícita. De tal forma que si alguna de las partes buscaba con el arbitraje, verbigracia, eludir la justicia ordinaria, ésta cláusula sería inexistente, ya que la causa no fue lícita.

LEGISLACION COLOMBIANA	LEGISLACION MEXICANA	COMENTARIOS
REQUISITOS DE VALIDEZ		
CAPACIDAD		
EL ESTADO Y SUS ENTIDADES		
La ley 80 de 1993, sobre contratación estatal, permite que las entidades públicas suscriban un pacto arbitral. La competencia de los árbitros, sin embargo esta restringida a que el objeto del litigio no sea un acto administrativo que involucre el ejercicio de potestades excepcionales de la administración.	En esta legislación, hay que analizar la ley orgánica de cada dependencia para establecer si tienen autorización legal para suscribir pactos arbitrales. Por ejemplo, la Ley Orgánica de PEMEX permite el arbitraje con ciertas limitaciones.	La ley 80 Colombiana permite que el Estado y sus entidades puedan someter sus controversias al arbitraje; limitando, acertadamente, a los árbitros para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la Administración en desarrollo de su potestad de <i>imperium</i> . En la legislación mexicana, hay que analizar la ley orgánica de cada dependencia, lo que consideramos poco eficaz.
VICIOS DEL CONSENTIMIENTO		
El Código Civil en el art. 1502 señala que para que una persona pueda obligarse a otra por una declaración de voluntad es necesario que se haya hecho libre de vicios.	El art. 1812 del Código Civil Federal señala que el consentimiento no es valido si ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo.	Ambas legislaciones consideran el error, la fuerza y el dolo como vicios del consentimiento, luego en ningún caso será valida la cláusula arbitral si la manifestación de voluntad que le dio origen ha sufrido alguno de ellos.

LEGISLACION COLOMBIANA	LEGISLACION MEXICANA	COMENTARIOS
FORMA		
La ley colombiana no le da el carácter de formal a la cláusula arbitral, ya que omite especificar que debe constar por escrito.	El art. 1423 del Código de Comercio, señala expresamente como requisito del acuerdo arbitral que conste por escrito, y que sea firmado por las partes.	Consideramos esencial para la figura del arbitraje que este sea considerado como un acto formal, y por consiguiente debe siempre constar por escrito. Así lo dispone la Ley Modelo y la Convención de New York. Esta última muy importante para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales.
EFFECTOS DEL PACTO ARBITRAL		
POSITIVOS		
Cláusula Compromisoria por Referencia		
Art. 120 D 1818/98, establece que la cláusula compromisoria que se pacte en un documento separado del contrato, para producir efectos jurídicos deberá expresar el nombre de las partes e indicar en forma precisa el contrato al que se refiere.	El art. 1423 Código de Comercio señala que la referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria, constituirá acuerdo de arbitraje siempre que dicho contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.	El derecho colombiano si bien permite la cláusula compromisoria por referencia, exige que se exprese el nombre de las partes y se indique en forma precisa a que contrato se refiere. Lo que hace restrictiva la postura de esta legislación, a diferencia de lo que pasa con la legislación mexicana que adoptando la ley Modelo solo se requiere que la referencia implique que la cláusula forma parte del contrato. Consideramos restrictiva, pero acertada la posición de la legislación colombiana, pues al darse un pacto en un documento por separado, es necesario conocer quienes suscribieron dicho pacto y a que contrato se refiere.

LEGISLACION COLOMBIANA	LEGISLACION MEXICANA	COMENTARIOS
Efectos Procesales		
<p>El párrafo del Art. 118 del D 1818 de 1998, señala que, la cláusula compromisoria es autónoma con respecto de la existencia y la 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.</p>	<p>El art. 1432 del Código de Comercio, establece que el tribunal arbitral está facultado para decidir sobre su propia competencia, incluso las relativas a la existencia y validez de la cláusula arbitral. Igualmente señala este artículo, que la cláusula arbitral que forme parte de un contrato se considera como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato.</p>	<p>El efecto procesal radica en que los árbitros están facultados para conocer del litigio aun cuando se impugne la validez del contrato que le dio origen e igualmente si se pone en duda su propia competencia. El derecho colombiano señala únicamente el principio de autonomía de la cláusula, pero no tipifica el principio de competencia - competencia. Lo que hace acertadamente el art. 1432 de la legislación mexicana. El principio de autonomía implica que la suerte del contrato principal no afecta <i>per se</i> al pacto arbitral, y el principio de competencia - competencia, en su aspecto positivo, implica que el árbitro puede decidir sobre su propia competencia. Recientemente la Suprema Corte de Justicia de la Nación Mexicana, en Sentencia 1a/J 25/2006 da un viraje a este principio.</p>

LEGISLACION COLOMBIANA	LEGISLACION MEXICANA	COMENTARIOS
EFFECTOS NEGATIVOS		
<p>El art. 117 del D1818 de 1998, establece que por medio del pacto arbitral, las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión de un tribunal arbitral, renunciando a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. Art. 146 señala que si el asunto objeto de arbitraje, estuviere conociendo la justicia ordinaria, el tribunal solicitara al despacho judicial, copia del expediente y el juez procederá a la suspensión del proceso.</p>	<p>El art. 1424 del Código de Comercio, señala expresamente que al juez al que se someta un litigio sobre un asunto que sea objeto de un acuerdo de arbitraje, remitirá a las partes al arbitraje en el momento en que lo solicite cualquiera de ellas a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.</p>	<p>El efecto negativo implica para las partes la obligación de no hacer, esto es de no llevar el conflicto ante la jurisdicción ordinaria. Acertadamente en la legislación colombiana se consagra esta obligación, y las consecuencias de su incumplimiento. Frente a los tribunales estatales supone que les queda prohibido conocer de una controversia cuando exista un acuerdo arbitral. Se genera para los árbitros una prioridad frente al juez ordinario para conocer de la controversia si existe un pacto arbitral. Lo que consideramos como un impedimento procesal.</p>

LEGISLACION COLOMBIANA	LEGISLACION MEXICANA	COMENTARIOS
VICISITUDES DEL PACTO ARBITRAL		
No hace ninguna referencia en el D 1818 de 1998	No hace ninguna referencia en el Código de Comercio	Si bien, ambas legislaciones omiten establecer expresamente como puede verse afectado el pacto arbitral, en la Ley Civil de ambos países, si se señala a la inexistencia, ineficacia y nulidad relativa o absoluta como vicisitudes que puede sufrir cualquier negocio jurídico, y al ser el acuerdo arbitral un negocio jurídico, puede verse igualmente afectado por estas. Sin embargo es necesario que estas se den frente al pacto arbitral mismo. La caducidad igualmente puede afectar el arbitraje. Consideramos fundamental entender que con el procedimiento arbitral se deben suspender los términos tanto de caducidad como de prescripción.