

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

MAESTRIA EN DERECHO CONTRACTUAL PÚBLICO Y PRIVADO

-EL PACTO ARBITRAL-

**- VALIDEZ DEL PACTO ARBITRAL EN LOS CONTRATOS AFECTADOS DE
NULIDAD**

**- APLICACIÓN DEL ARBITRAJE EN CASOS DE RESPONSABILIDAD
EXTRA CONTRACTUAL**

MARÍA CAROLINA ESTEPA BECERRA

SEPTIEMBRE DE 2011

EL PACTO ARBITRAL

CONTENIDO

ARTÍCULO 1

VALIDEZ DEL PACTO ARBITRAL EN LOS CONTRATOS AFECTADOS DE NULIDAD

RESUMEN – INTRODUCCIÓN - 1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL ARBITRAJE EN COLOMBIA. 2. EL CONVENIO O PACTO ARBITRAL. 2.1. LA CLÁUSULA COMPROMISORIA. 2.2. EL COMPROMISO. 3. AUTONOMÍA DEL PACTO ARBITRAL. 4. NULIDAD DEL PACTO ARBITRAL. 5. PARTICULARIDADES DEL PACTO ARBITRAL EN LOS CONTRATOS ESTATALES. CONCLUSIONES

ARTÍCULO 2

APLICACIÓN DEL ARBITRAJE EN CASOS DE RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

SUMARIO: RESUMEN – INTRODUCCIÓN – I. EL ARBITRAJE RATIONE MATERIAE Y EL CONFLICTO EXTRACONTRACTUAL. 1. LA VOLUNTAD DE LAS PARTES EN LA DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO DEL PACTO ARBITRAL. II. LOS PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN DEL PACTO ARBITRAL, III. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DEL ARBITRAJE DE CONTROVERSIAS EXTRACONTRACTUALES, 1. LA DISCUSIÓN NACIONAL ENTRE INTERPRETACIÓN AMPLIA Y RESTRICTIVA DEL PACTO ARBITRAL. 2. LA VIABILIDAD JURÍDICA DE UNA SOLUCIÓN ARBITRAL DE ASUNTOS EXTRACONTRACTUALES, VI, EL COMPROMISO Y LA CLAÚSULA COMPROMISORIA COMO VÍA PARA EL ARBITRAJE DE CONFLICTO EXTRACONTRACTUAL. 1. EL COMPROMISO EN LA SOLUCIÓN DE ASUNTOS NO CONTRACTUALES. 2. LA CLÁUSULA COMPROMISORIA EN LA SOLUCIÓN DE ASUNTOS NO CONTRACTUALES. III. GENERALIDADES DEL PACTO ARBITRAL EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL. CONCLUSIONES

VALIDEZ DEL PACTO ARBITRAL EN LOS CONTRATOS AFECTADOS DE NULIDAD*

*María Carolina Estepa Becerra*¹

SUMARIO: RESUMEN – INTRODUCCIÓN - 1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL ARBITRAJE EN COLOMBIA. 2. EL CONVENIO O PACTO ARBITRAL. 2.1. LA CLÁUSULA COMPROMISORIA. 2.2. EL COMPROMISO. 3. AUTONOMÍA DEL PACTO ARBITRAL. 4. NULIDAD DEL PACTO ARBITRAL. 5. PARTICULARIDADES DEL PACTO ARBITRAL EN LOS CONTRATOS ESTATALES. CONCLUSIONES

RESUMEN

El arbitraje es un método de solución de controversias, cuya finalidad reside en una vía que permite solucionar disputas diferente al proceso judicial, esto es, a través de la constitución de un tribunal de arbitraje, que a diferencia del proceso judicial, únicamente se hace cargo de un conflicto, lo cual le permite dedicación exclusiva frente al proceso respectivo, investido del carácter de *especialidad*, toda vez que los árbitros son expertos en el asunto y su ejercicio se equipara al de un juez. Por lo tanto, el laudo conlleva las mismas consecuencias que una sentencia judicial. El procedimiento, las clases de arbitraje, su naturaleza privada, celeridad, constituyen un estudio particular, ya sea tomado por su naturaleza jurídica de carácter contractual o privatista, la tesis publicista, procesalista o jurisdiccionalista y la tesis mixta o ecléctica, sin embargo, de una u otra tesis, la primacía de la voluntad de las partes, ligado a la ausencia de arbitraje obligatorio en Colombia, conlleva al cumplimiento del pacto arbitral y a la constitución del tribunal de arbitramento en vez de acudir directamente a la vía de la justicia ordinaria. Se desarrolla la autonomía,

* El presente artículo surge como resultado de la investigación desarrollada al interior del grupo de investigación en la Maestría en Derecho Contractual Público y Privado de la Universidad Santo Tomás, Bogotá D.C.

¹ Abogada-UPTC, Especialista en Pedagogía de los Derechos Humanos –UPTC, docente, consultora.

separabilidad, competencia y arbitrabilidad con respecto al pacto arbitral y se argumenta su primacía frente a los contratos viciados de nulidad.

PALABRAS CLAVE

Contrato, nulidad, validez, pacto arbitral.

ABSTRACT

The arbitration is a method of dispute resolution, whose purpose is to allow to settle disputes in a different way from court litigation, namely through the establishment of an arbitral tribunal that unlike the judicial process only takes care of a single conflict, committing full-time to the appropriate process, invested with the character of specialization, since the arbitrators are experts in the subject and the exercise is deemed to be the same to that of a judge. Therefore, the award carries the same consequences as a court sentence. The procedure, types of arbitration, its private nature, speed, are a particular study, whether taken by its legal status, contractual or proprietary, the publicist thesis, procedural or jurisdictional argument and mixed or eclectic, yet of one or another, the primacy of the will of the parties, linked to the absence of compulsory arbitration in Colombia, toward the completion of the arbitration agreement and constitution arbitration court instead of directly to the path of the ordinary courts. The autonomy, separability, arbitrability, and competence, are developed with respect to the arbitration agreement and argues its precedence over the contracts null and void.

KEY WORDS

Contract, nullity, validity, the arbitration agreement.

INTRODUCCIÓN

El complejo proceso de la globalización, ha multiplicado y diversificado las operaciones mercantiles y en general las relaciones económicas nacionales e

internacionales, relaciones que han traído consigo un aumento exponencial cuantitativo y cualitativo de los conflictos comerciales, contractuales, de inversión y, por esa razón, de los litigios tendientes a resolverlos. En este panorama de confrontación, el quehacer de los funcionarios judiciales en la resolución de dichas controversias ha pasado a manos de nuevos actores, constituidos esencialmente como tribunales imparciales, independientes, fruto del acuerdo de voluntades y con poder suficiente para dirimir conflictos de acuerdo con la ley y bajo reglas de equidad (Sanguino Sánchez, 2001: 172), derecho o técnico, según la elección de las partes y a falta de ésta la indicación legal.

Hoy en día el arbitraje se identifica como el medio más eficaz para resolver los conflictos derivados de las relaciones comerciales internacionales (Zamora, 1988: 30), y a nivel nacional, aunque se encuentra implementado busca fortalecerse. Así, para la distinción entre las clases de arbitraje, se encuentra el arbitraje local, nacional o doméstico, que incluye el privado y el público y el internacional de carácter comercial, el arbitraje de inversión y el arbitraje internacional público que se ejecuta según los elementos que constituyen la relación contractual o en el desarrollo del tratado internacional, lo que da lugar a la constitución del tribunal arbitral, el procedimiento a seguir y la forma del laudo. Sin embargo, la primacía del acuerdo de voluntades de las partes estipulado en el pacto arbitral, es el origen de la implementación de la justicia arbitral en todos los casos.

Aunque el arbitraje ha sido objeto de duras críticas, como aquella que sin mayor fundamento lo señala incapaz de garantizar el derecho de acceso a la justicia dados los altos costos que supone (Echeverri López, 2005: 729), lo cierto es que se trata de un instrumento de solución de controversias que, dadas las condiciones acordadas, ofrece celeridad, justicia y ecuanimidad. En efecto, el sólo hecho de haber brindado un mejor status a la autonomía de la voluntad de las partes contratantes (Ballesteros Garrido, 1999:20), de suponer un medio ágil de resolución de conflictos y de ampliar los poderes del fallador en el sentido de permitirle decidir en equidad, técnico y principalmente en derecho, lo convierten en un vehículo indispensable para sortear los inconvenientes –jurídicos, económicos,

transigibles– que caracterizan toda relación humana y en particular las relaciones comerciales - contractuales.

Lo que permite deducir que con la utilización del arbitraje no hay limitación del acceso a la justicia ya que en ciertas ocasiones, la ley permite a las partes sustraerse de la intervención de los órganos judiciales estatales (Feldstein de Cárdenas y Leonardi de Hebrón, 1998:12) y al contrario la autonomía del pacto arbitral frente a la posible nulidad del contrato, hace que la fuerza de la autonomía de la voluntad de las partes se sobreponga, para una efectiva utilización del mecanismo. Por lo tanto, al serle permitido a los árbitros la decisión sobre su propia competencia y el análisis de la arbitrabilidad del caso en concreto, se reafirma que se trata de una verdadera figura jurídica que permite a la administración de justicia privada ofrecer respuestas y soluciones concretas a las partes que deciden su aplicación.

Como cumplimiento de los objetivos propuestos, se confirma la validez del pacto arbitral en los contratos viciados de nulidad, tanto en la modalidad de cláusula compromisoria como de compromiso, con la diferencia de requisitos de creación de cada uno, pero siempre autónomos e independientes del objeto contractual.

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

La investigación que se presenta tiene por objeto brindar herramientas de análisis para identificar las clases de arbitraje, las características del pacto arbitral y llegar a soluciones satisfactorias a interrogantes sobre la validez del pacto arbitral en los contratos viciados de nulidad. Por otra parte, El análisis comparado entre la legislación nacional y la interpretación en el arbitraje internacional a nivel del pacto arbitral. Describiendo las facultades que posee el tribunal arbitral para resolver sobre nulidades contractuales y la autonomía para decidir sobre su competencia. Aclarar que aunque el arbitraje pareciera a simple vista ser uno, se debe diferenciar entre el nacional público y privado, el

internacional comercial, de inversión y el internacional público y en este caso se excluye el arbitraje en materia laboral.

METODOLOGÍA

La metodología general utilizada consiste en un trabajo investigativo mixto, de carácter histórico-jurídico-propositivo, en la que luego de conocer la aplicación y efectividad del pacto arbitral -la cláusula compromisoria y el compromiso-, se pueda confrontar su contenido y alcance en el contexto nacional y con un enfoque comparado internacional, determinando su correspondencia con las actuales estructuras de los mecanismos alternos de solución de conflictos –arbitraje-.

Por el objeto de estudio puede calificársele como de investigación aplicada, como quiera que se pretende establecer la repercusión práctica en los procesos de solución de conflictos derivados de la ejecución del pacto arbitral: la cláusula compromisoria y el compromiso.

Los datos que se espera, arroje la investigación, serán valorados en cuanto a su eficacia y repercusión para los interesados en el proceso arbitral y en especial del pacto arbitral, por lo que la investigación que se propone es de tipo cualitativa.

La recolección de la información es documental constituida por libros encontrados en las Bibliotecas, físicas y digitales, compra de libros específicos en el tema objeto de la investigación, con apoyo de la jurisprudencia nacional y de laudos arbitrales nacionales e internacionales. Además de todos los conceptos académicos adquiridos en el Diplomado en Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá (septiembre a noviembre de 2010).

1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL ARBITRAJE EN COLOMBIA.

Según la doctrina colombiana, el arbitraje es conocido desde la Ley 105 de 1890 (artículos 307 a 322), reformativa del Código Judicial de la época, allí se autorizaba de manera expresa someter a la decisión de árbitros las controversias que surjan entre personas capaces de transigir, en los casos en que se permita la transacción y conforme al procedimiento fijado en la ley (Bennetti Salgar, 2009:87).

En el mismo sentido, Echeverri Duque (1976:9), manifiesta que los principios básicos de la Ley 105 de 1890, basados en la transigibilidad de la cuestión litigiosa, la capacidad de las partes para transigir y la necesidad de celebrar un compromiso, se han mantenido en legislaciones posteriores como la Ley 103 de 1923 (artículos 1134 a 1150) y la Ley 105 de 1931 (artículos 1214 a 1227), resaltándose que en éstas legislaciones la fuente fue el compromiso, porque la cláusula compromisoria solo fue autorizada hasta la expedición de la Ley 2ª de 1938 (Bennetti Salgar, 2009:90).

Frente a los laudos arbitrales, se estableció que eran inapelables en los decretos-leyes 2180 de 1940 y 161 de 1942. Y la función jurisdiccional se otorgó mediante el Decreto 1256 de 1989, artículo 1º. Con la expedición del Código de Procedimiento Civil en 1970 (Decreto 1400 de 1970), se conformó el Título III Sobre Arbitramento. Normatividad con partida doble ya que se incluyó en forma textual en el Código de Comercio (Decreto 410 de 1971).

En este orden de ideas, se resaltan las modificaciones transitorias al régimen arbitral con la expedición de los decretos 2279 de 1989, 2651 de 1991, éste último prorrogado mediante las leyes 192 de 1995, 287 de 1996 y 377 de 1997.

Con La Ley 446 de 1998, se adoptaron como normas permanentes artículos del Decreto 2651 de 1991, derogando algunos artículos del decreto 2279 de 1989 y de la Ley 23 de 1991. La Ley 446 indica al Gobierno Nacional que compile las normas aplicables a los

temas de mecanismos alternos de solución de controversias, “sin cambiar su redacción, ni contenido” (artículo 116), con el objeto de conformar un estatuto.

Así, surge la expedición del Decreto 1818 de 1998, por iniciativa del Gobierno Nacional, que no solamente hace una recopilación anti-técnica de las normas excluyendo algunas vigentes e incorporando otras derogadas, así como también la inclusión del arbitraje internacional de la Ley 315 de 1996, incluye parcialmente la Ley 267 de 1996 (por la cual se aprueba la Convención de Washington de 1965, sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones extranjeras- sistema CIADI-).

En resumen, la legislación colombiana sobre arbitraje nacional privado vigente actualmente es la contenida en el Decreto 2279 de 1989, modificada por la ley 23 de 1991 y la ley 446 de 1998 y el decreto 1651 de 1991, compiladas en el Decreto 1818 de 1998 con las salvedades que se advirtieron.

Por otra parte, en el arbitraje público nacional el panorama es diferente, la Ley 4ª de 1964, por primera vez permitió en su artículo 13, que los conflictos originados en los contratos celebrados por la administración pública, pudieran ser resueltos por arbitraje. Seguidamente en los Decretos 1670 de 1975 (artículos 66 y 67) y 150 de 1976 (artículos 66 y 115) sustituidos por el Decreto 222 de 1983 (artículos 24, 76, 77 y 239) y finalmente en los artículos 68 a 74 de la Ley 80 de 1993, modificada parcialmente por el artículo 22 de la Ley 1150 de 2007. Las características propias de ésta modalidad arbitral son: se prohíbe el arbitraje en conciencia y la exigencia de que los árbitros sean ciudadanos colombianos (Gil Echeverry, 2005:509).

La evolución normativa en implementación del arbitraje a nivel nacional en el proceso privado y público, se ha tratado de fortalecer a través del marco jurídico, con las salvedades advertidas. Sin embargo, la figura del mecanismos arbitral, a nivel nacional se ve limitada por la reglamentación, lo que hace que a nivel de arbitraje internacional, ya sea comercial internacional, de inversión y público entre estados, no sea un lugar llamativo para la

elección de las partes contratantes para llevarlo a cabo, dado que el carácter de jurisdiccional le impone un alto grado de formalidad jurídica que hace que los abogados no formados en esta clase de proceso quieran dilatar, como sucede en la justicia ordinaria, pero gracias a que el pacto arbitral se ha fortalecido con el reconocimiento de autonomía y separabilidad del contrato, se puede reconocer como un mecanismo idóneo para dar fin a las controversias.

Se resaltan las siguientes sentencias, que han dado fortaleza y reconocimiento al arbitraje en Colombia:

Por primera vez en 1969, la Corte Suprema de Justicia afirma la importancia de la institución del arbitraje, resaltando la tendencia de equiparar los árbitros a verdaderos jueces y a tratar el arbitraje paralelamente a los demás procesos y se refiere únicamente al arbitraje en derecho privado (Colombia. Sentencia del 26 de mayo de 1969², reiterada en sentencias del 28 de julio de 1977 y 21 de marzo de 1991).

Una vez promulgada la Constitución de 1991, la Corte Constitucional resalta que el arbitraje no descongestiona los despachos judiciales, por la sencilla razón que ésta modalidad de composición se lleva a cabo por fuera del ámbito judicial en forma generalmente privada. Se resalta el artículo 116 constitucional que autoriza a los particulares para administrar justicia en los casos en que estén investidos como árbitros o conciliadores, limitando la actuación de los centros de conciliación y arbitraje para realizar acciones diferentes a la administración del centro, tales como las de nombrar árbitros o decidir sobre impedimentos y recusaciones (Colombia, Sentencia C- 592 de diciembre 7 de 1992³. Sobre la constitucionalidad del Decreto 2651 de 1991).

Posteriormente a ésta sentencia base, una vez creada la Corte Constitucional, en torno al arbitraje expresa que “el arbitramento por su parte es una de las instituciones más

² Gaceta Judicial t. CXXXVII, páginas 58 y ss. MP. Dr. Luís Sarmiento Buitrago.

³ Boletín 976 y 977 del Colegio de Abogados Comercialistas. MP. Dr. Fabio Morón Díaz.

sólidamente establecidas en el derecho, no solo porque siempre se le ha considerado como una forma de dirimir conflictos, sino porque tiene evidentes ventajas prácticas para quienes la utilizan y para el orden social mismo, en cuyo mantenimiento o restablecimiento colabora de una manera oportuna y objetiva”, seguidamente sienta algunas características como la transitoriedad, la transigibilidad, que verse sobre bienes o derechos patrimoniales de los que se pueda disponer libremente por las partes, y que el laudo no puede ser cumplido por los mismos árbitros y no comprende cosas o personas distintas de las señaladas limitadamente en la cláusula compromisoria o en el compromiso. (Colombia, Sentencia C-226 de junio 17 de 1993⁴)

En este punto es necesario resaltar cómo la Corte Constitucional resuelve acerca de la accesoriedad o la independencia de la cláusula compromisoria, al indicar que dicha cuestión corresponde determinarla al legislador, en el marco de su libertad de configuración normativa. Define que la cláusula compromisoria sea independiente en relación con el contrato al que se aplica, puesto que la invalidez de este no genera necesariamente la nulidad de la cláusula, aun cuando puede darse casos en que eso ocurra.

Lo anterior significa que la habilitación a los árbitros puede continuar en pie, aun en el caso en el que el contrato sobre el cual deba fallar sea nulo; de manera que si se desea establecer la nulidad de la cláusula compromisoria habrá de atenderse a las condiciones mismas en que ella fue acordada.

También considera la Corte que por obra de la resolución legislativa la máxima que consagra que “lo accesorio sigue la suerte de lo principal” ya no sería aplicable a la cláusula compromisoria, por cuanto no tendrá un carácter accesorio. Así, la Corte interpreta finalmente el alcance de la norma en los siguientes términos: “El párrafo acusado persigue que cuando se someta al juicio de los árbitros la decisión acerca de la validez del contrato, el laudo mantenga validez, incluso en los casos en los que el tribunal declara la

⁴ M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

nulidad o inexistencia del contrato. Con ello se determina que los árbitros continúan siendo competentes para decidir – es decir, se clarifica por parte del legislador quién es el juez de la causa- y se evita dilaciones en la resolución de los conflictos objetivos que no pueden considerarse irrazonables desde la perspectiva de la lógica de la institución arbitral y de los objetivos por ella definidos⁵ (Colombia, Sentencia C-248 de abril 21 de 1999⁶). Como puede observarse, este es uno de los fallos objeto del argumento y desarrollo del presente estudio, por lo tanto de manera reiterada se utiliza a través del escrito.

La Corte Constitucional precisa el alcance del arbitraje en conflictos derivados de contratos estatales al declarar la constitucionalidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, e indica que “bajo el entendido que los árbitros nombrados para resolver los conflictos suscitados como consecuencia de la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación de contratos celebrados entre el Estado y los particulares, no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales”.

Por otra parte reitera los límites del arbitramento y concluye que los árbitros no pueden pronunciarse sobre asuntos que involucren el orden público, la soberanía nacional o el orden constitucional, lo cual está reservado al Estado, a través de sus distintos órganos, porque todo ello no es materia de transacción entre las partes.

Posteriormente hace un análisis del control de legalidad sobre el acto administrativo para concluir que ello es privativo de la jurisdicción arbitral, la cual los particulares tampoco pueden derogar a través del pacto arbitral. Por otra parte, refuerza la competencia exclusiva de la jurisdicción contencioso administrativa con el argumento de que el artículo 238 de la Constitución, la autoriza para suspender provisionalmente los efectos del acto administrativo acusado, “asunto éste que, ni por asomo, podría dejarse dentro del campo de acción de los particulares investidos en forma transitoria de jurisdicción como los árbitros”.

⁵ Sentencia reiterada en el fallo C-931 de 2008. M.P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

⁶ Boletín 1346 del Colegio de Abogados Comercialistas. MP. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

La sentencia finaliza con el siguiente aparte: “ Entonces, a *fortiori*, ha de concluirse que si dentro de la competencia de los árbitros no queda comprendida, ni puede quedar en ningún caso competencia para la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, con mucha mayor razón queda excluida tal competencia para decidir sobre la legalidad de tales actos, pues, en guarda de la lógica jurídica, ha de reiterarse que quien no pueda lo menos, jamás podrá lo más.” (Colombia, Sentencia C-1436 de octubre 25 de 2000⁷)

De esta manera puede presentarse la evolución jurisprudencial del mecanismo arbitral, resaltándose los aspectos más importantes relacionados con la arbitrabilidad, en el arbitraje doméstico de derecho privado y público.

Desde el punto de vista Constitucional, la Constitución de 1886 no consagraba de manera expresa ninguna disposición sobre la justicia arbitral. Pese a ello, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, en varias oportunidades, la declaró ajustada al ordenamiento jurídico, como por ejemplo, en la sentencia de mayo 29 de 1969, citada por el Consejo de Estado (Colombia. Consejo de Estado Sección Tercera: 2000)⁸. Por su parte, la Constitución de 1991, autoriza expresamente la solución arbitral en el inciso final del artículo 116, cuyo texto es el resultado del artículo 1 del Acto legislativo número 3 de 2002, que dispone: “Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados de conciencia en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determina la ley”. Se resalta que se excluyen los fallos técnicos, permitidos para el arbitraje y que del mandato constitucional se despliega el

⁷ M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

⁸ C.P. Dr. Alir Eduardo Hernández Enríquez, junio ocho (8) de dos mil (2000). Radicación número: 16973

argumento del carácter jurisdiccional dado a la figura del arbitraje en Colombia. Tal como lo afirma Gil Echeverry (2004:63) “Colombia es uno de los poquísimos países que han consagrado por principio constitucional la institución del arbitraje, defendiendo de una vez por todas su condición jurisdiccional, procesal, y otorgando a los árbitros la calidad de jueces especiales”.

Así pues, se considera el arbitraje como un procedimiento jurisdiccional *sui generis*, mediante el cual, por expresa voluntad de las partes, se defiere la solución de conflictos privados transigibles a un cuerpo igualmente colegiado integrado por árbitros, quienes transitoriamente quedan investidos de jurisdicción para proferir un laudo con la misma categoría jurídica y los mismos efectos que una sentencia judicial (Gil Echeverry, 2004:33). Este carácter jurisdiccional, recalca la materia procesal del arbitraje y limita excesivamente la figura arbitral (Ramos Méndez, 1990:1269).

La caracterización jurisdiccional dada en Colombia al proceso arbitral a partir del año 1991, conlleva a una contradicción con la interpretación internacional de carácter contractual y representa una limitante dentro del proceso arbitral, que podría definirse como conveniente, toda vez que para algunas situaciones se equipara a los árbitros como jueces y en otras se limita la arbitrabilidad.

2. EL CONVENIO O PACTO ARBITRAL.

Para dar inicio al proceso arbitral, la constitución del tribunal, y llegar a la resolución de la controversia a través del laudo arbitral, es necesario conocer de donde surge la habilitación de los árbitros, plasmada en el acuerdo o pacto arbitral suscrito por las partes. Debe advertirse que el arbitraje y el pacto arbitral no son sinónimos, dado que el pacto arbitral es de naturaleza privada y lo procesal lo constituye el arbitraje más no el pacto. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el pacto es el creador del arbitraje del que se desprende el procedimiento aplicable (institucional, legal, independiente) y en el que se estipula el fundamento de la decisión de los árbitros (en derecho, equidad, técnico).

Como marco normativo, la naturaleza contractual del pacto arbitral en Colombia tiene sustento jurídico principalmente en el artículo 1602 del Código Civil colombiano, la Ley 270 de 1996 artículo 13 numeral 6 y el artículo 116 del Decreto 1818 de 1998.

El arbitraje proviene de un contrato celebrado entre las partes que posteriormente tienen un conflicto por medio del cual éstas deciden que toda controversia actual o que pueda surgir de un contrato o con relación al mismo debe ser sometida al conocimiento de un tercero llamado tribunal arbitral. Dicho contrato es denominado “acuerdo de arbitraje” o, como se le denomina más comúnmente en el derecho colombiano, “pacto arbitral” (Silva Romero. Et al. 2005:18). A su vez, Devis Echandía (1972: 337), define el pacto arbitral como una modalidad del negocio jurídico que los procesalistas denominan contrato procesal, cuyos efectos se producen principalmente dentro del ámbito de un proceso, los cuales también generan entre las partes obligaciones de dar, hacer o no hacer. Por lo tanto, el pacto arbitral participa de la naturaleza de los contratos, y como tal, está sometido a los principios fundamentales que gobiernan la formación, efectos, interpretación, etc. de los actos jurídicos. Así entonces, para que exista en forma válida el pacto arbitral, deberá contener los requisitos de fondo y forma esenciales del acto jurídico (Henao Restrepo. 1991:144)

Las obligaciones generadas del pacto arbitral también pueden ser de naturaleza procesal, pues en el campo arbitral las obligaciones pueden ser la de colaborar en la designación de los árbitros, la de contribuir con la cuota correspondiente en los honorarios y gastos del Tribunal, la de abstenerse de acudir al juez estatal cuando surja la controversia, entre otras.

Legalmente se establece que debe tenerse en cuenta que los conflictos susceptibles de resolución arbitral son aquellos de carácter transigible (Art. 111, Ley 446/98; Art. 115, Decreto 1818/98), es decir, que admiten la renuncia o el abandono parcial de un interés propio en aras de un beneficio común. En estas concesiones recíprocas, precisamente, se

manifiesta el poder de la autonomía de la voluntad, que busca llegar a puntos de acuerdo que satisfagan los intereses encontrados.

En consonancia con ello, la justicia arbitral es activada por la decisión libre de las partes y se origina en la celebración previa de un contrato, sea que las partes en el mismo pacten una cláusula compromisoria en donde se estipule que las controversias derivadas del cumplimiento del objeto contractual serán resueltas por un tribunal de arbitramento, o que con posterioridad al conflicto de intereses las partes de común acuerdo suscriban un compromiso para debatir sus diferencias ante un tribunal del mismo carácter. Así, la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral suponen las dos vías legítimas para someterse a la actividad de un tribunal de arbitramento (Devis Echandía, 1991: 1143).

Por lo tanto, al compromiso arbitral como un acuerdo de voluntades, se le otorga la calidad de un contrato autónomo que permite a las partes acudir a un tribunal del mismo tipo, aún en el evento de haberse decretado la nulidad del mismo (Larroumet, 2005: 16).

La definición legal establece que al perfilarse adecuadamente las características que indican los institutos de la cláusula compromisoria y el compromiso, se debe señalar que ambos pertenecen a una categoría genérica denominada pacto arbitral, figura por medio de la cual las partes en un contrato se obligan a someter sus diferencias a la decisión de un tribunal arbitral, renunciando a hacer valer sus pretensiones ante los jueces (Art. 115, Ley 446/98; Art. 117, Decreto 1818/98).

Jurisprudencialmente, la Corte Suprema de Justicia ha afirmado, a su vez, que el arbitraje emerge del negocio jurídico compromisorio, bajo la forma de un compromiso o de una cláusula compromisoria (Colombia.Sala Civil, Sent. 17 de junio de 1997, Exp. 4781).

Entonces, la cláusula compromisoria y el compromiso coinciden en ser los medios idóneos para la activación de la justicia arbitral, sustrayendo así la competencia del poder judicial (Del Arco Torres y Pons González, 1981: 322), pero se diferencian, como puede

observarse, en que la cláusula compromisoria se pacta en previsión de las controversias que puedan llegar a surgir como consecuencia del desarrollo del contrato, mientras que el contrato de compromiso supone la existencia de un conflicto actual suscitado entre las partes, que requiere un acuerdo entre las mismas para resolverlo. Y en palabras de la Corte Constitucional: mientras la cláusula compromisoria deroga eventualmente la jurisdicción de los jueces ordinarios, el compromiso la deroga actualmente (C. Constitucional. C-878/05⁹).

Recapitulando, se encuentra que las modalidades del pacto arbitral son la cláusula compromisoria, la cual se acuerda previa a la controversia, y el compromiso, al que se puede llegar una vez ha surgido el conflicto, y aunque cada uno tiene sus propias reglas, también existen pautas comunes establecidas para el pacto arbitral.

En primera medida, el objetivo del pacto arbitral es excluir de la competencia al juez estatal y puede considerarse como un contrato muy particular que tiene como objeto un acto jurisdiccional (Larroumet et al, 2008: 14). Al ser considerado un contrato, le permite ser de naturaleza sinalagmática, por lo que debe cumplir con los requisitos de validez de todos los contratos y debe constar por escrito.

En consecuencia, el pacto arbitral, cualquiera que sea su modalidad constituye un verdadero negocio jurídico en su modalidad de contrato (Gil Echeverri, 2004:90), por su parte la Corte Suprema de Justicia, define que el arbitraje privado emerge del llamado negocio jurídico compromisorio (Colombia, Sala Civil CSJ. Sentencia 17 de junio de 1997, Exp: 4781).

Resulta importante la división del pacto arbitral, en cláusula compromisoria y compromiso, dadas las características de creación de cada uno, por lo que se diferencia de manera especial el momento en el que se plasma el pacto y el tiempo en que surge el conflicto -pre o post- al acuerdo. Caracterización que legitima la constitución del tribunal y

⁹ M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra

la validez del pacto. La practicidad de la clasificación consiste en la oportunidad de estipulación que tienen las partes ya sea por ser una postura previsible al incluir la cláusula compromisoria en el contrato o a posteriori del surgimiento de la controversia, por lo que a continuación se desarrolla cada situación.

2.1. LA CLÁUSULA COMPROMISORIA.

La cláusula compromisoria es un acuerdo de voluntades mediante el cual las partes someten asuntos litigiosos futuros y eventuales que deriven de un contrato o estén relacionados con este a la decisión obligatoria de una o más personas privadas, conocidas como él o los árbitros (Derains et al. 2005:191). La existencia de la cláusula, mientras esté vigente somete a los pactantes a la jurisdicción arbitral y los sustrae de la justicia ordinaria para litigar sobre las materias a que ella se refiere, circunstancia ésta que los obliga, pues constituye ley para los contratantes (Fernández Rozas. 2009: 168).

En la legislación colombiana, a partir de la expedición de la Ley 2ª del 25 de febrero de 1938, se reconoce la validez de la cláusula compromisoria en los contratos celebrados por personas capaces de transigir, definiéndola en el artículo 2 como aquella en virtud de la cual las partes que celebran un contrato se obligan a someter a la decisión arbitral todas las diferencias que de él puedan surgir, o alguna de ellas.

Actualmente, la cláusula compromisoria consiste en el pacto contenido en un contrato o en documento anexo a él en virtud del cual los contratantes acuerdan someter las eventuales diferencias que puedan seguir con ocasión del mismo a la decisión de un tribunal arbitral (Art. 116, Ley 446/98; Art. 118, Decreto 1818/98).

Sobre los requisitos para su procedencia, de la ley se desprende que debe constar en documento, en el mismo contrato o en otro separado, caso este último en el que debe expresarse el nombre de las partes y hacer claridad sobre la relación contractual a la que sirve para zanjar las diferencias (López Blanco, 2005: 933). Así, el único requisito formal

será el que conste en un documento, el cual puede consistir en uno de aquellos que menciona el inciso final del artículo 119 del Decreto 1818 de 1998.

Por otra parte, es importante mencionar que la cláusula compromisoria puede ser total o parcial, según tenga por objeto resolver la totalidad de las controversias originadas por el contrato o solo algunas de ellas; si no se indica este aspecto, opera la presunción legal de tratarse de la totalidad de ellas (Colombia, Consejo de Estado. 2838/94¹⁰). Con posterioridad éste argumento es incluido en la ley donde se expone que ante las diferencias de objeto de solución arbitral, el contenido de la cláusula además de la manifestación de someterse a la justicia arbitral, puede indicarse la clase de disputas que son sometidas y cuales no, si éstas no se especifican, se presumirá que la cláusula compromisoria se extiende a todas las diferencias que puedan surgir de la relación contractual (Colombia, Decreto 2299 de 1998, Inciso 2, Artículo 2).

Las características de la cláusula compromisoria (Gil Echeverri, 2004:101), que la diferencian claramente con el compromiso son: a) que tiene relación directa e inmediata con un contrato, por lo tanto no pueden someterse a decisión de árbitros asuntos extracontractuales, b) se debe pactar antes de que se origina cualquier conflicto o controversia entre las partes, por lo tanto, opera únicamente para diferencias futuras y, c) si nada se expresa, ésta se extiende a cualquier conflicto que tenga relación con el contrato al cual se refiere.

Por otra parte, la cláusula compromisoria, en el ordenamiento colombiano, es autónoma con respecto a la existencia y la validez del contrato del cual forma parte y, 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 (Art. 116, Párr. Ley 446/98; Art. 118, Párr. Decreto 1818/98), consagrándose de esta manera la llamada doctrina de la separabilidad.

¹⁰ C.P. Dr. Yesid Rojas Serrano

Esta regla debe interpretarse, en concordancia con la jurisprudencia constitucional (Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-248/99 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), como una variación perfectamente válida del entendimiento general sobre la relación entre el contrato y la cláusula compromisoria, en virtud de la cual se quiebra el antiguo apotegma jurídico según el cual “lo accesorio sigue la suerte de lo principal” (Escudero Alzate, 2008: 209-212). En efecto, es esta una interpretación afortunada que concibe la cláusula compromisoria, ya no como una estipulación accesorio al contrato en el cual está contenida sino como un contrato independiente, que puede subsistir aunque se declare la nulidad del contrato que le dio origen (Monroy Cabra, 1998: 94).

Esta disposición tiene un efecto importante y es que las causales de nulidad de un contrato, a saber, la incapacidad, la falta o el vicio en el consentimiento y el objeto y la causa ilícitas, que claramente son materias de *orden público* (Mejía Martínez, 2007: 11), pueden ser declaradas y decididas por la jurisdicción arbitral.

Entonces resulta claro que la teoría sobre la autonomía de la cláusula compromisoria parte de la premisa de que la validez o invalidez del negocio jurídico no puede afectar la decisión de las partes de resolver sus conflictos originados en dicha relación mediante mecanismos alternativos. De hecho, uno es el contrato que regula la relación jurídica y otro distinto el contrato para resolver las diferencias que pueden surgir en desarrollo de la primera, acuerdos independientes entre sí, aunque finalmente ligados por cuanto su aplicación se reduce a las diferencias que surjan respecto al primero (Colombia. Consejo de Estado. 24344/03¹¹).

En tal sentido, si desea establecerse la nulidad de la cláusula compromisoria, debe atenderse a las condiciones en que dicha cláusula fue acordada a fin de comprobar si se

¹¹ C.P. Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

encuentra afectada por un presupuesto de nulidad según la ley, más esto no debe hacerse por vía de derivación de la nulidad del contrato principal.

En el ámbito internacional sobre arbitraje reconocen la autonomía de la cláusula compromisoria del contrato en que se encuentra inmersa, así:

En el Reglamento de Arbitraje expedido por la Cámara de Comercio Internacional (CCI), en vigor desde 1975 y modificado en 1988, establece que, salvo estipulación en contrario y siempre y cuando haya admitido la validez del acuerdo de arbitraje, el tribunal arbitral no perderá su competencia por causa de pretendida nulidad o inexistencia del contrato. En consecuencia, el tribunal arbitral conservará su competencia, aún en caso de inexistencia o nulidad del contrato, para determinar los respectivos derechos de las partes y pronunciarse sobre sus pretensiones y alegaciones (Art. 6.4., CCI, 1975, 1988).

Por su parte, la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) en 1985 y enmendada en 2006, señala que 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. Agrega que, a ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato y, por ende, la decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará *ipso jure* la nulidad de la cláusula compromisoria (Art. 16.1., CNUDMI, 1985, 2006).

A su vez, el Reglamento de Procedimientos dictado por la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC) en 2002 y modificado en 2008, autoriza al tribunal arbitral para decidir acerca de las objeciones de que carece de competencia, incluso las objeciones respecto de la existencia o la validez de la cláusula compromisoria o del convenio de arbitraje. De esta forma queda facultado para determinar la existencia o la validez del

contrato del que forma parte una cláusula compromisoria o un convenio arbitral (Arts. 18.1 y 18.2., CIAC, 2002, 2008).

En consecuencia, el reconocimiento de la autonomía de la cláusula compromisoria bajo la doctrina de la separabilidad, resulta ser positiva, como quiera que la voluntad inicial de las partes, antes de conocer alguna causal de nulidad del contrato, era precisamente acudir a un tribunal de arbitramento que solucionara todas las controversias con ocasión al contrato suscrito. Así, apartar la cláusula de las cuestiones de fondo del contrato y otorgarle a los árbitros la facultad de resolver sobre las posibles nulidades y no entenderla como cláusula accesoria al contrato, resulta ser un reconocimiento tanto de la autonomía de la voluntad, como de la forma procesal arbitral para resolver todas las controversias contractuales.

Finalmente, el arbitraje iniciado a partir de una cláusula compromisoria siempre requerirá la mediación de una demanda, mientras que el compromiso puede reemplazar perfectamente a ésta, sin que sea necesario ningún traslado para su contestación (Gil Echeverry, 2004: 135)

2.2. EL COMPROMISO.

El compromiso arbitral es un acuerdo de voluntades a través del cual, luego de verificado el conflicto de intereses, las partes convienen el sometimiento a arbitraje o los aspectos concretos de su funcionamiento. Aunque no exista una cláusula compromisoria que le sirva de antecedente (Caivano. 2008:26)

Por definición legal, 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. Este compromiso podrá estar contenido en cualquier documento como telegramas, télex, fax u otro medio semejante y deberá contener: a) El nombre y domicilio de las partes; b) La indicación de las diferencias y conflictos que se someterán al

arbitraje; c) La indicación del proceso en curso cuando a ello hubiere lugar, caso en el que las partes podrán ampliar o restringir las pretensiones aducidas en aquél (Art. 117, Ley 446/98; Art. 119, Decreto 1818/98).

También se define como aquel contrato, por medio del cual dos o más personas capaces acuerdan someter las controversias suscitadas antes, durante y después de iniciado un proceso, derivados de una relación jurídica susceptible de transar, para ser resueltas en derecho, conciencia o técnicamente por un tercero (Bonivento Fernández. 1991:121).

El compromiso arbitral, en cuanto a su origen, puede asumir dos modalidades distintas: directo, cuando el conflicto, una vez surgido, se lleva a consideración de los árbitros, lo que implica renunciar al derecho de acudir ante los jueces ordinarios; e indirecto, cuando el proceso está en curso y las partes se sustraen a la competencia de los funcionarios judiciales, lo que se denomina derogatoria de la jurisdicción (Azula Camacho, 1998:335). Así, la competencia arbitral, debe ser más estricta cuando se trata de un compromiso, ya que contempla un conflicto presente y determinado, cuyos extremos son delimitados con precisión por las partes al celebrar dicho negocio (Colombia. Laudo Arbitral Corporación Club el Nogal vs. Banco de Pacífico S.A. en liquidación. 2003).

Mediante el compromiso, las partes convienen en someter sus conflictos de intereses presentes y determinados, relacionados o no con un vínculo contractual, a la justicia arbitral, aun cuando el asunto ya se esté ventilando ante la justicia ordinaria, siempre que no se haya dictado sentencia de primera instancia (Gil Echeverri, 2004:122). En el mismo sentido lo define el maestro Benetti (2009:174) al indicar que el compromiso se caracteriza en que se celebra cuando la disputa se ha presentado y a diferencia de la cláusula compromisoria, puede convenirse para resolver una situación extracontractual, lo cual le está vedado a la cláusula compromisoria. (Gil Echeverry, 2004: -137).

En consecuencia, la relevancia del compromiso radica en la posibilidad de las partes de acordar acudir en cualquier momento al proceso arbitral, previas las salvedades

expuestas. Cuestión que fortalece la justicia arbitral y relega a la justicia ordinaria, dándole a la primera el testimonio de preferencia por la celeridad y especialidad, como principios fundamentales del arbitraje.

3. AUTONOMÍA DEL PACTO ARBITRAL.

La evolución de ésta autonomía en Colombia, en principio fue negada, toda vez que la jurisprudencia (Colombia. Consejo de Estado. Exp. 12.676. Mayo 15 de 1997) señalaba, que la cláusula compromisoria era un pacto accesorio dentro del contrato y, como tal, siguiendo la teoría general, la suerte de lo principal determinaba la de lo accesorio lo que impedía argumentar los efectos de la teoría de la separabilidad.

A partir de la expedición de la ley 446 de 1998 en su artículo 116 y el párrafo del artículo 118 del decreto 1818, que establece: “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”.

Así, el principio de autonomía de la cláusula compromisoria o de la separabilidad, no vincula la cláusula con los vicios del contrato en el cual se encuentra contenida, hasta tal punto que el tribunal arbitral puede conocer de los vicios del contrato como la nulidad o la inexistencia. En consecuencia la modificación jurisprudencial del Consejo de Estado, al admitir que los árbitros podrían pronunciarse sobre la nulidad del contrato (Colombia. Exp. 20.356. Abril 4 de 2002) y, en el mismo sentido el Tribunal Superior de Bogotá, reconoció que los tribunales de arbitramento disponen de competencia para reconocer nulidades absolutas (Providencia Abril 10 de 2003. Recurso de anulación contra el Laudo arbitral proceso Cellular Trading de Colombia Ltda Vs. CellPoint S.A. de marzo 18 de 2002).

Cabe identificar la relación directa entre el contrato y el pacto arbitral contenido en la cláusula compromisoria o el compromiso como autónomo o accesorio, con las implicaciones que conlleva la validez del contrato, que hace referencia a dos sectores de la doctrina colombiana, en la que por una parte defiende la negación de la autonomía del pacto arbitral. Como sostiene Gamboa Serrano (1992:34) al afirmar que si al tribunal se le llegare a plantear la nulidad total del contrato que contiene el pacto, carecería de competencia para ello, toda vez que si la declarare, cobijaría también la estipulación arbitral, o sea su propia existencia, debe entenderse que ésta postura es concordante con la jurisprudencia de la época previa a la expedición normativa.

Por su parte la teoría que defiende la autonomía de la cláusula compromisoria define que se trata de un contrato dentro del contrato, ya que el pacto tiene las mismas partes pero objeto y consecuencias diferentes e independientes (Bernal Gutiérrez.1997:65). En el mismo sentido, sostiene Gil Echeverri (2004:141) que la autonomía del pacto arbitral permite que al convenio arbitral se le aplique un derecho sustantivo diferente del que rige el contrato principal, y a su vez amplía el concepto a la jerarquización de la cláusula compromisoria respecto al contrato principal debido a que su función es la de controlar, interpretar y decidir el contrato por intermedio del tribunal arbitral, superviviendo aún a la extinción, terminación o liquidación del contrato referido por cualquier causa (Gil Echeverri. 2004:142).

Por lo tanto, el principio de autonomía busca asegurar la eficacia del pacto arbitral, evitando que se vea perturbado por la invocación de la nulidad o inexistencia del contrato en relación con el cual surge el litigio y en materia de arbitraje internacional, busca evitar que el arbitraje se vea afectado por reglas limitativas del arbitraje particulares de legislaciones nacionales (Cárdenas Mejía. 2008:79).

En el mismo sentido, la ley modelo de Uncitral de 1985, contiene ésta teoría en el artículo 16 que señala que una cláusula arbitral se considerará un acuerdo separado de las otras cláusulas del contrato al cual pertenece, por lo cual, ha de ser considerado como un

acuerdo independiente de sus otros términos. A partir de allí, queda claro que si el tribunal arbitral encuentra que el contrato principal está viciado, el acuerdo arbitral permanece válido y ello permite al tribunal mantener jurisdicción (Cámara de Comercio de Bogotá. 2008:87).

Así, a partir de la premisa según la cual se considera al arbitraje como un contrato y se le reconoce entonces el principio de autonomía o también la llamada separabilidad – se refiere a una cuestión de fondo, de la existencia o validez del pacto arbitral como consecuencia de la inexistencia o invalidez del contrato- del pacto arbitral, vincula otra noción fundamental del arbitraje denominado el principio de competencia-competencia¹², que significa que el árbitro puede decidir sobre su propia competencia, por tanto define un aspecto de procedimiento así quién está facultado para decidir si el tribunal es competente (Cárdenas Mejía. 2008:83). En el mismo sentido, se ha definido también como favor competencial entendiendo por tal, aquél que favorece la competencia de los árbitros (Chocrón Giráldez. 2000:57).

En virtud de la competencia, es el árbitro el que decide si es o no competente, en el caso en que se cuestione directamente la existencia o validez del pacto arbitral y no la del contrato mismo. En concordancia, la jurisprudencia (Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia T-384-08. Proceso arbitral Bancolombia vs. Isaac Gilinski y otros) ha admitido que el tema relacionado con la competencia es del resorte exclusivo del árbitro y que no puede discutirse en el recurso de anulación. En resumen, puede decirse que es el que permite a los árbitros resolver controversias relativas a la existencia y validez del contrato de arbitraje (Benetti Salgar. 2009:237).

En consecuencia, la separabilidad conlleva a la valoración que aunque el contrato esté viciado, se debe respetar el acuerdo de voluntades del pacto arbitral, que deroga en principio la jurisdicción ordinaria, so pena que opere la excepción de compromiso, al acudir

¹² Expresión de origen alemán Kompetenz-Kompetenz, encontrada también en versión franco-inglesa como Competence-Competence

directamente a la jurisdicción, bajo la excusa del vicio del contrato. Por la esencia del pacto arbitral, el auto judicial que declara probada la excepción previa de cláusula compromisoria o compromiso tiene efectos de cosa juzgada, de manera que si el demandante a pesar de tal determinación insiste en presentar una nueva demanda, bien puede el demandado allegar ante el juez copia del auto ejecutoriado para efectos de terminar con el proceso (López Blanco, 2005:933). Claro está que no puede el funcionario, de oficio, reconocer el compromiso o la cláusula, siendo así que el silencio de ambas partes sobre este punto constituyen una renuncia tácita al convenio antes celebrado. Esta derogatoria de la jurisdicción se expresa, por excelencia, en la invocación por parte del demandado en un proceso judicial de la excepción previa de existencia de compromiso o cláusula compromisoria, actitud procesal que en España se denomina disceptación de la demanda, en virtud de la cual se termina la competencia del funcionario judicial y entra en acción la jurisdicción arbitral, emanada de la voluntad soberana de las partes contratantes (Canosa Torrado, 2006:111).

Resulta importante diferenciar los principios de autonomía-separabilidad, competencia y arbitrabilidad¹³, que aunque están ligados, éste último se refiere a la posibilidad de someter a árbitros una determinada controversia, que tiene a su vez, soporte legal cuando se advierte que los conflictos susceptibles de resolución arbitral son aquellos de carácter transigible (Art. 111, Ley 446/98; Art. 115, Decreto 1818/98). Con respecto a la arbitrabilidad, como lo define el tribunal de arbitramento en el Laudo Arbitral de: Consorcio Tibú vs. ECOPETROL (Octubre 26 de 2004) a pesar de que algún asunto esté por fuera de la competencia de un tribunal de arbitramento en virtud de una cláusula compromisoria, dicho tribunal puede estudiarlo por su estrecha relación con otros asuntos que sí son de su competencia (López Blanco, 2007:574). Lo anterior, sin perjuicio a la aplicación de la arbitrabilidad subjetiva que define la resolución de conflictos de carácter transigible (Gómez Castro, 2010: 201).

¹³ La Arbitrabilidad puede entenderse de manera objetiva, cuando se refiere a una materia susceptible de ser resuelta por medio del arbitraje. Y de manera subjetiva, en función de la capacidad de la persona para someterse al arbitraje. (Cárdenas Mejía, 2008:89)

En el mismo sentido, el Consejo de Estado cuando recuerda que el legislador, constitucionalmente habilitado para establecer las reglas necesarias para el desarrollo de la justicia arbitral, estableció como regla general que pueden ser objeto de arbitramento los asuntos transigibles y como regla especial que los tribunales de arbitramento pueden pronunciarse sobre la validez y existencia de los contratos, a pesar de no cumplirse, en tal caso, aquella condición (Colombia. Consejo de Estado. Exp. 24.344/03).

Para efectos comparativos, el análisis de las disposiciones que regulan este tema en la legislación española vigente se consagran en la Ley 60 de 2003 sobre Arbitraje, que derogó la Ley 36 de 1988, regula todo lo concerniente a esta materia. Una estipulación importante objeto de estudio tiene que ver con la potestad de los árbitros en los asuntos sometidos a su conocimiento. En efecto, los árbitros en España están facultados para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral y cualquier otra estimación que se encuentre en el fondo de la controversia.

En consecuencia, el convenio arbitral que forme parte del contrato se tiene por un acuerdo independiente a las demás estipulaciones del mismo. Finalmente, la decisión de los árbitros de declarar la nulidad del contrato no entraña, por sí sola, la nulidad del convenio arbitral. Esta disposición permite afirmar que para el legislador español ni la cláusula compromisoria ni el compromiso deben verse afectados por la declaración de nulidad del contrato por parte del árbitro, pues éstas manifestaciones del convenio arbitral se consideran contratos independientes que requieren, para ser declarados nulos, la concurrencia en ellos de alguna causal de nulidad que los afecte (Art. 22, Ley 60/03).

4. NULIDAD DEL PACTO ARBITRAL.

En Colombia, la autoridad jurisdiccional para emitir los juicios de validez, eficacia o existencia del convenio arbitral es el mismo tribunal de arbitramento, mediante juicios de

valor íntimamente ligados con su capacidad, pero diferentes a la competencia misma (Gil Echeverry. 2004:165). Resulta, pues, del análisis de la inexistencia o invalidez del pacto arbitral con independiendencia de la validez o existencia del contrato y ataca directamente la jurisdicción, es decir la puesta en marcha del proceso arbitral. Sin embargo, aunque se alegue por las partes la inexistencia o invalidez misma de la cláusula arbitral, el principio kompetenz-kompetenz opera para permitir a los árbitros decidir sobre las objeciones jurisdiccionales que se les formulen (Caivano. 2008:255).

El pacto arbitral, como estipulación contractual y dada su característica de autonomía, según se represente mediante la cláusula compromisoria o el compromiso, carece de validez si incurre en algún vicio de forma o de fondo y como consecuencia extingue la jurisdicción del tribunal arbitral y se inicia la jurisdicción ordinaria. En principio, el Decreto 2279 de 1989 contempla la ineficacia para sancionar algunos vicios de los que puede adolecer el pacto arbitral, el artículo 4° dispone que la cláusula compromisoria celebrada con posterioridad a un contrato “para producir efectos jurídicos” deberá expresar el nombre de las partes y el contrato al cual se refiera, a su vez el artículo 5° indica que el compromiso “no producirá efecto alguno” cuando se omita alguna de las estipulaciones allí establecidas. Esta regulación no fue afortunada (Benetti. 2008:249), porque no logra impedir cualquier discusión sobre el pacto arbitral, ya que de todas maneras los vicios en los requisitos de fondo dan lugar a nulidad, sin perjuicio de poderse proponer como causal del recurso de anulación (Artículo 163-1 del Decreto 1818 de 1998).

Entonces, la anulación del pacto arbitral es procedente cuando se presentan fallas en los elementos de fondo (capacidad, consentimiento, objeto, causa), o de forma según el régimen de las obligaciones, por otra parte es motivo de nulidad que la controversia no sea susceptible de transacción y cuando las partes carecen de capacidad para transigir (artículo 115 Decreto 1818 de 1998). La nulidad del compromiso, puede invocarse cuando se suscribió con posterioridad a la sentencia de primera instancia y la de la cláusula compromisoria cuando se suscribió o ratificó con posterioridad a la controversia.

Por otra parte, la nulidad del convenio arbitral también puede definirse a través del recurso de anulación, conforme a la causal primera¹⁴, salvo en los contratos estatales (Gil Echeverri. 2004:166). El argumento de ésta causal que dé lugar a la nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente del objeto y causa ilícita, se presenta por el primero cuando el pacto esté expresamente prohibido por la ley, por su parte la causa ilícita se remite al momento en que las partes deciden suscribir el pacto arbitral, situación difícil de probar toda vez que se presume la licitud de ésta. Por otra parte podría invocarse dentro de ésta causal de nulidad, la falta de capacidad de alguna de las partes, la falta de poder o de representación de quién suscribió el pacto a nombre de alguna de las partes. En consecuencia, de prosperar ésta causal de anulación, el resultado ataca directamente al laudo dejándolo sin efectos.

5. PARTICULARIDADES DEL PACTO ARBITRAL EN LOS CONTRATOS ESTATALES.

El ámbito por excelencia en que se desarrolla el arbitraje es el derecho privado, civil y mercantil, aunque ello no obsta para que en los contratos estatales sea posible encontrar acuerdos arbitrales (Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-426/94).

Como antecedente normativo del arbitraje estatal, se encuentra en la Ley 4 de 1964, que en el artículo 13 establecía: las entidades a que se refiere la presente ley quedan facultadas para someter a arbitramento, en los términos de la Ley 2ª de 1938, las diferencias que se presenten con los contratistas. En el artículo 66 del Decreto 159 de 1976 se contempló la cláusula compromisoria, este decreto fue derogado por el Decreto 222 de 1983, que mantiene los preceptos del derogado en cuanto contemplaba en el artículo 76 que: salvo disposición en contrario, en los contratos podrá estipularse la cláusula

¹⁴ ART. 163. Decreto 1818 de 1998 —Son causales de anulación del laudo las siguientes: 1. La nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita. Los demás motivos de nulidad absoluta o relativa sólo podrán invocarse cuando hayan sido alegados en el proceso arbitral y no se hayan saneado o convalidado en el transcurso del mismo.

compromisoria con el fin de someter a decisión de árbitros nacionales las diferencias que se susciten en relación con el contrato. El Decreto 222 de 1983 fue derogado por la Ley 80 de 1993, ésta última determinó la posibilidad de celebrar convenio arbitral, a fin de someter a decisión arbitral las diferencias relacionadas con la celebración del contrato estatal y su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación (Arts. 69, 70 y 71, Ley 80/93).

Ahora bien, un aspecto problemático ha sido establecer si en la resolución de este tipo de conflictos el árbitro está facultado para decidir sobre la legalidad de los actos emanados de la administración. Al respecto, la Corte Constitucional ha dicho que el árbitro no está facultado para ello, pues se trata de un aspecto de orden público que por su naturaleza corresponde analizar a la jurisdicción estatal (C. Constitucional. C-1436/00 y T-481/05).

Un concepto importante de la Procuraduría Cuarta Delegada ante el Consejo de Estado se expresa en el mismo sentido, al declarar que “esta cláusula podría resultar, ella sola, inválida, en la medida en que su pacto hubiere contrariado al derecho público de la Nación, sin afectar las demás condiciones del contrato” (Colombia. Consejo de Estado. Exp. 21041/01).

Cuando se trate de contratos estatales, la acción contractual de nulidad del convenio arbitral deberá ser tramitada ante el tribunal de lo contencioso administrativo competente, sin perjuicio de lo que pueden resolver los árbitros (Gil Echeverri 2004:166).

CONCLUSIONES

Con base en los principios de separabilidad, competencia y arbitrabilidad, el contrato de arbitraje se legitima, por lo tanto da primacía a la autonomía de voluntad de las partes que suscriben el pacto arbitral.

La participación activa de los árbitros, ante la preponderancia del pacto arbitral, pese a las causales que involucren su validez, hacen de la justicia arbitral, un modelo de solución de conflictos eficaz, eficiente y ágil, como se afirma en sus principios. Así como la solución de conflictos presentes o futuros, contractuales o extracontractuales, genera que las partes que deciden relegar la justicia ordinaria y acudir a la justicia arbitral en forma preferente, estén dispuestas a que el tribunal constituido por uno o tres árbitros (en todo caso por un número impar) resuelva su controversia, y haciendo uso de su autonomía, pueden elegir el procedimiento aplicable (institucional, legal, independiente), el enfoque del laudo (en derecho, en equidad o técnico), además de la celeridad y especialidad que implica el arbitraje, hacen de ésta clase de justicia arbitral un llamativo sistema de justicia.

Sin embargo, se evidencia intromisión por parte de la justicia ordinaria, bajo el escudo de las causales de anulación, que si bien es cierto son necesarias por seguridad jurídica, pero dado su carácter netamente para el análisis de forma, se presentan casos en donde intervienen en el fondo del asunto, y que sin estarles permitido aún así decretan la nulidad del laudo arbitral.

Como quiera que ya está resuelto que el arbitraje no es una figura que descongestione despachos judiciales, el pensamiento litigioso y en cierto punto dilatorio contentivo del proceso judicial, ha querido ser trasladado a esta clase de procedimiento, por lo tanto el carácter jurisdiccional en el que se ha enmarcado el arbitraje, como respuesta a nivel internacional, podría decirse que se refleja negativamente, haciendo que Colombia, no sea una sede llamativa para adelantar procesos arbitrales.

La analogía entre juez y árbitro, resulta ser ambivalente, pues en algunas situaciones se resalta esta característica, pero en muchas otras como en los límites para arbitrar únicamente asuntos transigibles, se niega.

Finalmente, es de esperarse que con la expedición del decreto 4146 del 5 de noviembre de 2010, por el cual se modifica el decreto 3992 del 27 de octubre de 2010, se logre por los

expertos reglamentar en debida forma tanto el arbitraje doméstico como el internacional y de esta manera, fortalecer el proceso arbitral en Colombia.

REFERENCIAS

Arrubla Paucar, J. A. (2008). *Contratos mercantiles*, t. I. *Teoría general del negocio mercantil*. (12ª Ed.). Medellín: Dike.

Azula Camacho, J. (1998). *Manual de Derecho Procesal Civil*, vol. V. *Procesos de Liquidación, Jurisdicción Voluntaria, Concursales y Arbitral*. Bogotá: Temis.

Ballesteros Garrido, J. A. (1999). *Las condiciones generales de los contratos y el principio de la autonomía de la voluntad*. Barcelona: Bosch.

Benetti Salgar J.J. (2009). *El arbitraje en el derecho colombiano*. (3ª Ed.). Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá.

Bernal Gutiérrez. R. (1997) *El arbitraje la alternativa actual*. Colección MASC, Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá.

Bonivento Fernandez J.A. (1991). *Los principales contratos civiles y comerciales (T.2)*, Bogotá: Librería el profesional.

Cámara de Comercio de Bogotá. (2008). *Notas de Arbitraje, Autonomía del Pacto Arbitral*. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá.

Caivano R.J. (2008) *La clausula arbitral. Evolución historica y comparada*. Bogota: Editorial Universidad del rosario.

Canosa Torrado, F. (2006). *Las Excepciones Previas. Su Argumentación en los Procesos de Ejecución y Conocimiento*. (4ª Ed.). Bogotá: Doctrina y Ley.

Calderón Huertas, J. F. y otros. (2005). *Desarrollo jurisprudencial del arbitramento como solución alterna de controversias en los contratos estatales Colombianos. Tesis para obtener el título de abogado*. Bogotá: Universidad Santo Tomás.

Cárdenas Mejía J.P. (2008). *La autonomía del contrato de arbitraje*. Bogotá: Legis.

Ceron Coral, J. (1989), *Arbitraje laboral*. Medellín: Diké.

Chocrón Giráldez, A.M. (2000). *Los Principios Procesales en el Arbitraje*. Barcelona: Bosh.

Colegio de Abogados Comercialistas, Boletines 976, 977 y 1346.

Colombia Corte Constitucional

- (1992) Sentencia. C- 592 de diciembre 7 de 1992. MP. Dr. Fabio Morón Díaz.
- (1993) Sentencia C-226 de junio 17 de 1993. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.
- (1994) Sentencia C-426 de septiembre 29 de 1994. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.
- (1999) Sentencia C-248 de abril 21 de 1999 MP. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- (2000) Sentencia C-1436 de octubre 25 de 2000. M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.
- (2005) Sentencia C-878 de agosto 23 de 2005. M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.
- (2005) Sentencia T-481 de mayo 11 de 2005 . M.P. Dr. Jaime Araújo Rentarías.

Colombia Corte Suprema de Justicia

- (1969) Sala Civil Sentencia del 26 de mayo de 1969.
- (1977) Sala Civil Sentencias del 28 de julio de 1977.
- (1991) Sala Civil Sentencia del 21 de marzo de 1991.
- (1997) Sala Civil Sentencia del 17 de junio de 1997. Exp. 4781.

- (2008) Sala de Casación Civil. Sentencia T-384-08. Proceso arbitral Bancolombia Vs Isaac Gilinski y otros.

Colombia Consejo de Estado

- (1994) Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera Rad. 2838 del 3 de octubre de 1994. C.P. dr. Yesid Rojas Serrano.
 - (1997). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Rad. 12.676. del 15 de mayo 15 de 1997.
 - (2000) Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Rad. 16973 del 8 de junio ocho de 2000.C.P. Dr. Alier Eduardo Hernandez Enriquez.
 - (2001) Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Rad. 21041 de 2001.
 - (2002). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Rad. 20.356 del 4 de abril 4 de 2002.
 - (2003) Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Rad .24344 del 14 de agosto de 2003. C.P. Dr. Alier Eduardo Hernández Enriquez.
- Colombia. Laudo arbitral de: Cellular Trading de Colombia Ltda Vs. CellPoint S.A. de (18 de marzo de 2002). Bogotá.

Colombia. Laudo Arbitral de: Corporación Club el Nogal vs. Banco de Pacífico S.A. en liquidación. (26 de Junio de 2003). Bogotá.

Colombia. Laudo Arbitral de: Consorcio Tibú vs. ECOPETROL (26 de Octubre de 2004). Bogotá.

Colombia. Ministerio de Justicia y del Derecho. (1998). *Mecanismos alternativos de solución de conflictos: Mediación, conciliación, arbitraje y amigable composición*. Bogotá: Autor.

Colombia. Ministerio del Interior y de Justicia, Programa Nacional de Conciliación y Universidad Nacional de Colombia. (2007). *Conciliación y arbitraje. Normatividad, jurisprudencia y conceptos*. (2ª Ed.). Bogotá: Carvajal García.

Del Arco Torres, M. A. y Pons González, M. (1981). *Diccionario de Derecho Civil*, t. I. Pamplona: Aranzadi.

Devis Echandía, H. (1972). *Derecho Procesal Civil*, t. II. Bogotá: Editorial A. B. C.

Devis Echandía, H. (1991). *Compendio de Derecho Procesal Civil*, t. II, vol. II. (7ª Ed.). Bogotá: Biblioteca Jurídica.

Echeverri Duque J.E. (1976). *Del arbitramento mercantil*. Medellín: Colección jurídica Bedout.

Echeverri López, R. A. (2005). De los costos del arbitraje en Colombia. En Silva Romero, E., Mantilla Espinosa, F. y otros. *El contrato de arbitraje*. (1ª Ed.). Bogotá: Legis, Universidad del Rosario.

Escudero Alzate, M. C. (2008). *Mecanismos alternativos de solución de conflictos. Conciliación, arbitramento y amigable composición*. (12ª Ed.). Bogotá: Editorial Leyer.

Espín Cánovas, D. (1954). *Manual de Derecho Civil Español*, vol. III. *Obligaciones y Contratos*. Madrid: Revista de Derecho Privado.

Espinosa Quintero, L. (2009, Enero-Junio). *Principio de autonomía de la voluntad e instrumentos de carácter internacional en el sistema jurídico colombiano*. En: *Revista Civilizar*, 16, 15-40. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.

Feldstein de Cárdenas, S.L y Leonardi de Hebrón, H.M. (1998). *El Arbitraje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Fernández Rozas, J.C.(2009). *Elementos configuradores de la justicia arbitral*. En: *Revista Internacional de Arbitraje*, 11, 151-185. Bogotá: Legis.

Gamboa Serrano, R.H. (1992). *El proceso arbitral en Colombia*. Santa Fe de Bogotá: pontificia Universidad Javeriana.

Gil Echeverry, J.H. (2004). *Nuevo régimen de arbitramento. Manual práctico*. (3ª Ed.). Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá.

Gómez Castro, J.A. (2010). *Solución Pacífica Conciliación y Arbitraje*. (Vol.2). Bogotá: Ibáñez.

González Charry G. (1988). *Revista de la Cámara de Comercio de Bogotá*. No. 67.

Henao Restrepo, D. (1991). *Panorama actual del arbitramento en Colombia*. Medellín: Cámara de Comercio de Medellín.

Larroumet, C. (2005). *A propósito de la naturaleza contractual del acuerdo de arbitraje en materia internacional y de su autonomía*. En Silva Romero, E., Mantilla Espinosa, F. y otros. *El contrato de arbitraje*. (1ª Ed.). Bogotá: Legis, Universidad del Rosario.

Lasarte Álvarez, C. (2008). *Principios del Derecho Civil*, t. III. *Contratos*. (11ª Ed.). Buenos Aires: Marcial Pons.

López Blanco, H. F. (2005). *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano*, t. I. *Parte General*. (9ª Ed.). Bogotá: Dupre Editores.

López Blanco, H. F. (2007). *La Jurisprudencia Arbitral en Colombia*, t. IV. (1ª Ed.) Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Mejía Martínez, C. (2007). *El arbitraje: ¿Justicia informal? Análisis de las sentencias de la Corte Constitucional. En: Libro conmemorativo de los 10 años de la Especialización en Métodos Alternativos de Solución de Conflictos*. Bogotá: Universidad del Rosario.

Monroy Cabra, M. (1998). *Arbitraje comercial, nacional e internacional*. (2ª Ed.). Bogotá: Legis.

Puig Brutau, J. (1954). *Fundamentos de Derecho Civil*, t. II, vol. I. *Doctrina General del Contrato*. Barcelona: Bosch.

Ramos Méndez, F. (1990). *Derecho Procesal*, t. II, (4ª Ed.) Barcelona.

Redenti, E. (1961). *El compromiso y la cláusula compromisoria*. Trad. S. Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

Scognamiglio, R. (1983). *Teoría general del contrato*. Trad. F. Hinestrosa. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Silva Romero, E., Mantilla Espinosa, F. y otros. (2005). *El contrato de arbitraje*. (1ª Ed.). Bogotá: Legis, Universidad del Rosario.

Suescún Melo, J. (2005). De las facultades de los árbitros para interpretar y aplicar normas de orden público. En Silva Romero, E., Mantilla Espinosa, F. y otros. *El contrato de arbitraje*. (1ª Ed.). Bogotá: Legis, Universidad del Rosario.

Sanguino Sánchez, J. M. (2001). El arbitraje internacional. En: *Revista Criterio Jurídico*, 1, 171-195. Santiago de Cali: Pontificia Universidad Javeriana.

APLICACIÓN DEL ARBITRAJE EN CASOS DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL*

*María Carolina Estepa Becerra*¹⁵

SUMARIO: RESUMEN – INTRODUCCIÓN – I. EL ARBITRAJE RATIONE MATERIAE Y EL CONFLICTO EXTRA CONTRACTUAL. 1. LA VOLUNTAD DE LAS PARTES EN LA DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO DEL PACTO ARBITRAL. II. LOS PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN DEL PACTO ARBITRAL, III. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DEL ARBITRAJE DE CONTROVERSIAS EXTRA CONTRACTUALES, 1. LA DISCUSIÓN NACIONAL ENTRE INTERPRETACIÓN AMPLIA Y RESTRICTIVA DEL PACTO ARBITRAL. 2. LA VIABILIDAD JURÍDICA DE UNA SOLUCIÓN ARBITRAL DE ASUNTOS EXTRA CONTRACTUALES, VI, EL COMPROMISO Y LA CLAÚSULA COMPROMISORIA COMO VÍA PARA EL ARBITRAJE DE CONFLICTO EXTRA CONTRACTUAL. 1. EL COMPROMISO EN LA SOLUCIÓN DE ASUNTOS NO CONTRACTUALES. 2. LA CLAÚSULA COMPROMISORIA EN LA SOLUCIÓN DE ASUNTOS NO CONTRACTUALES. III. GENERALIDADES DEL PACTO ARBITRAL EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL. CONCLUSIONES

RESUMEN

El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos que se activa cuando las partes que intervienen en la celebración de un contrato deciden someter sus diferencias a un tribunal de arbitramento, sea a través de una cláusula compromisoria

** El presente artículo surge como resultado de la investigación desarrollada al interior del grupo de investigación en la Maestría en Derecho Contractual Público y Privado de la Universidad Santo Tomás, Bogotá D.C.*

¹⁵ Abogada-UPTC, Especialista en Pedagogía de los Derechos Humanos –UPTC, docente, consultora.

inscrita en el contrato, o a través de un compromiso posterior al surgimiento del conflicto. Sin embargo, en los casos de responsabilidad extracontractual, ¿es posible someter las diferencias entre ellas a un tribunal de arbitramento? ¿Existen disposiciones internacionales, constitucionales o legales que autoricen a las partes a someter a arbitraje diferencias no contractuales? De ser así, ¿a través de qué mecanismo podrán hacerlo, de la cláusula compromisoria o del compromiso? La resolución de estas cuestiones es el principal objetivo del artículo que se presenta a continuación.

PALABRAS CLAVE

Arbitraje, responsabilidad extracontractual, compromiso, autonomía.

ABSTRACT

The arbitration is an alternative mechanism means for resolving conflicts which is activated when the parties involved in a contract decide to submit their disputes to an arbitration tribunal, either through an arbitration clause in the contract registered, or through a compromise subscribed after a conflict has arisen. However, in cases of non-contractual responsibility, can the differences between the parties be submitted to an arbitration tribunal? Are there international, constitutional or legal dispositions that allow the parties to do so in the Colombian legal practice? If so, through what mechanism can they do so, the arbitration clause or the compromise? Resolving these issues is the main objective of the paper presented below.

KEY WORDS

Arbitration, non-contractual responsibility, compromise, autonomy.

INTRODUCCIÓN

Hoy en día se resalta la importancia que tiene el arbitraje para la solución de conflictos derivados de las diversas y complejas relaciones comerciales nacionales e internacionales. Un creciente grado de interdependencia entre las diferentes regiones y países del mundo, en particular en las relaciones comerciales, financieras y de comunicación, ha traído consigo un aumento de los conflictos mercantiles y, por esa razón, de los litigios tendientes a resolverlos. Para su resolución, la antigua majestad de la justicia ordinaria ha sido cuestionada por la entrada en escena del arbitraje, constituido a partir de tribunales imparciales, independientes, fruto del acuerdo de voluntades y con poder suficiente para dirimir conflictos de acuerdo a la ley y las reglas de la equidad (Sanguino, 2001: 172).

El arbitraje, según la ley colombiana, es un instrumento que permite a las partes en controversia acordar para la solución de sus conflictos privados transigibles la designación de un órgano colegiado, llamado tribunal de arbitraje o arbitramento, para que éste mediante un fallo denominado laudo arbitral, que posee la misma categoría jurídica y los mismos efectos de una sentencia judicial, ponga fin a las diferencias que surjan como consecuencia de una relación jurídica fallida (art. 111, Ley 446/98; art. 115, Dto. 1818/98).

Así, el arbitraje es esencialmente un mecanismo alternativo de solución de conflictos, autorizado para que los particulares puedan administrar justicia, que está regido por el principio de habilitación o voluntariedad, (Gómez Castro, 2010:193), pues el desplazamiento de la justicia estatal por el arbitramento tiene como fundamento un acuerdo previo de carácter voluntario y libre efectuado por los contratantes (Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-060:2001) , se resalta igualmente, la temporabilidad y la naturaleza excepcional, dado que no todo problema jurídico puede ser objeto de un laudo, ya que existen bienes jurídicos cuya disposición no puede dejarse al arbitrio de un

particular, así haya sido voluntariamente designado por las partes enfrentadas (Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-330:2000¹⁶).

En efecto, la justicia arbitral es activada por la decisión libre de las partes y se origina en la celebración previa de un contrato, sea que las partes en el mismo pacten una cláusula compromisoria en donde se estipule que las controversias derivadas del cumplimiento del objeto contractual serán resueltas por un tribunal de arbitramento, o que con posterioridad al conflicto de intereses las partes de común acuerdo suscriban un compromiso para debatir sus diferencias ante un tribunal del mismo carácter. Así, la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral suponen las dos vías legítimas para someterse a la actividad de un tribunal de arbitramento (Devis, 1991: 1143).

Así expuesto, la posibilidad de resolver controversias contractuales mediante el mecanismo de arbitraje es viable. Sin embargo, en los casos de responsabilidad extracontractual, ¿es posible someter las diferencias entre las partes a un tribunal de arbitramento? ¿Se cuenta con una normatividad nacional e internacional suficiente para sustentar esta posibilidad? De ser este el caso, ¿cuál sería la vía idónea para esta operación, el pacto arbitral en la modalidad de la cláusula compromisoria o del compromiso?

La resolución de estas cuestiones es el propósito fundamental de este artículo, que estará dividido en tres partes: la primera, partiendo de una reflexión sobre el arbitraje en razón de la materia.

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

La investigación que se presenta tiene como propósito brindar una reflexión sobre el arbitraje en razón de la materia, en donde se plantea como hipótesis la posibilidad de resolver controversias extracontractuales mediante el proceso arbitral; en seguida se desarrolla el sustento jurídico para esta hipótesis a partir de las disposiciones internacionales, constitucionales y legales que así lo autorizan; y finalmente se entra a

¹⁶ M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

determinar si la solución arbitral de conflictos extracontractuales puede realizarse a través del pacto arbitral en la forma de la cláusula compromisoria, del compromiso o de ambas figuras.

METODOLOGÍA

La metodología general utilizada consiste en un trabajo investigativo de carácter jurídico-propositivo, en la que luego de conocer el fundamento del arbitraje, se procede al análisis de la resolución de conflictos de carácter extracontractual.

Por el objeto de estudio puede calificársele como de investigación aplicada, como quiera que se pretende establecer la repercusión práctica en los procesos de responsabilidad extracontractual como un mecanismo de solución de conflictos derivados del pacto arbitral.

Los datos que se espera, arroje la investigación, serán valorados en cuanto a su eficacia y repercusión para los interesados en el proceso arbitral y en especial del pacto arbitral, por lo que la investigación que se propone es de tipo cualitativa. La recolección de la información es documental.

El arbitraje *ratione materiae* y el conflicto extracontractual

La voluntad de las partes en la determinación del contenido del pacto arbitral

La figura por medio de la cual las partes se obligan voluntariamente a someter sus diferencias a la decisión de un tribunal arbitral se denomina pacto arbitral y puede asumir la forma de una cláusula compromisoria en donde se estipula que las controversias derivadas

del desarrollo del objeto contractual serán resueltas por un tribunal de arbitramento, o de un compromiso suscrito con posterioridad al surgimiento del conflicto para el mismo efecto (art. 115, Ley 446/98; art. 117, Dto. 1818/98).

El contenido y alcance que las partes le otorguen al pacto arbitral determina la materia del arbitraje, que bien puede extenderse a todas las controversias derivadas de la relación jurídica o que tengan relación con la misma. En lo atinente a la cláusula compromisoria, ésta puede ser *total* o *parcial*, según tenga por objeto resolver la totalidad de las controversias originadas por el contrato o solo algunas de ellas; si no se indica este aspecto, opera la presunción legal de tratarse de la totalidad de ellas (Colombia, Consejo de Estado, 1996). En lo que toca al compromiso, la ley prescribe que éste debe contener expresamente la indicación de las diferencias y conflictos que se someterán al arbitraje (art. 117.b, Ley 446/98; art. 119.b, Dto. 1818/98). En todo caso, es la voluntad de las partes la que establece el contenido o materia del pacto arbitral y, en tal medida, la solución de las controversias surgidas entre ellas –contractuales y extracontractuales– está en la órbita de su autonomía de la voluntad, dicha autonomía se refleja en la puesta en marcha del pacto arbitral, evitando que se vea perturbado por la invocación de la nulidad o inexistencia del contrato en relación con el cual surge el litigio (Cárdenas Mejía. 2005:79).

No obstante esta libertad, algunas restricciones –ciertamente fundadas y necesarias– recaen sobre la autonomía de la voluntad de las partes. La primera de ellas viene dada por la ley al establecer que solo podrán ser objeto de resolución arbitral los asuntos *transigibles* (art. 111, Ley 446/98; art. 115, Dto. 1818/98), esto es, aquellos que constituyen materias de libre disposición, que admiten la renuncia o el abandono parcial de un interés propio en aras de un beneficio común. Ello es así en razón a que no todo problema jurídico es objeto de arbitraje y, según la Corte Constitucional en la jurisprudencia, indica que “existen bienes jurídicos cuya disposición no puede dejarse al arbitrio de un particular, así haya sido voluntariamente designado por las partes enfrentadas”. (Colombia, Corte Constitucional, 2001; 2002a). Con todo, en el marco de estas concesiones recíprocas debe manifestarse el poder de la autonomía de la voluntad, que busca llegar a puntos de acuerdo que satisfagan intereses encontrados.

Es corolario de esta disposición que a los árbitros les está vedado conocer y decidir asuntos considerados de orden público, soberanía nacional u orden constitucional, que por su naturaleza no son transables, negociables o renunciables. En efecto, los límites del arbitraje son claros y, aunque debe respetarse al máximo la voluntad de las partes, existen bienes jurídicos cuya disposición no puede dejarse al arbitrio de un particular (Colombia, Corte Constitucional, 2001) y, por seguridad jurídica, ciertos asuntos deben ser ventilados en jurisdicción ordinaria (Colombia, Corte Constitucional, 1995b).

Una segunda limitación está representada en la prohibición del llamado *pacto de arbitraje universal*, presente en todas las legislaciones, según la cual las partes no pueden someter a arbitraje de manera indeterminada todas las controversias que en el futuro surjan entre ellas por cualquier motivo y en razón de cualquier relación jurídica que exista o pudiese llegar a existir (Zuleta, 2005: 222). En efecto, un pacto de este tipo implicaría una renuncia general de derechos y una derogatoria permanente de la jurisdicción que en última instancia conculcaría el derecho de los particulares de acceso a la administración de justicia y afectaría el equilibrio propio de la rama judicial.

En este orden de ideas, el acuerdo entre las partes dirigido a dirimir sus diferencias ante un tribunal arbitral sólo se encuentra limitado por la obligación de resolver sólo asuntos transigibles conforme a derecho y por la prohibición de establecer un pacto de arbitraje universal. Salvadas estas restricciones, bien puede la voluntad de las partes prevalecer en la determinación del contenido y alcance del pacto arbitral en virtud del cual éstas solucionarán sus conflictos. Como se verá más adelante, es al juez o al árbitro a quienes corresponde determinar con precisión la materia acordada por las partes como objeto de arbitraje y decidir en consecuencia.

La determinación del arbitraje en razón de la materia implica entonces una interpretación del pacto arbitral para establecer su contenido y alcance, a cargo del juez o de los árbitros. El juez ante quien se presenta una demanda relativa a un asunto para el cual las partes han acordado arbitraje deberá determinar el alcance del pacto arbitral para decidir si remite a las partes al proceso arbitral, para la totalidad o parte de la controversia, o si

asume total o parcialmente jurisdicción para conocer del caso, prestando especial atención al llamado *favor arbitri* o *favor arbitralis* como un medio de protección especial a la libertad de las partes destinadas a tal fin (Chocrón Giráldez, 2000:56). Por su parte, los árbitros, al decidir sobre su propia competencia, deberán establecer si el pacto arbitral incluye las controversias que las partes les han sometido a su decisión; si el tribunal arbitral decide sobre materias que no están contenidas en el pacto, el laudo podrá ser anulado o podrá negarse su reconocimiento y ejecución por parte del juez del exequátur (Zuleta, 2005: 223).

El carácter jurisdiccional dado al arbitraje en Colombia, dista del carácter del arbitraje internacional en el que es permitido pactar la ley sustancial con arreglo a la cual se va a decidir la controversia, el procedimiento, el idioma, la designación de los árbitros, entre otras, porque no está sujeto a ninguna ley de ningún de ningún Estado, porque no puede estarlo (Gamboa Serrano, (2002:61). Como quiera que se trata de un mecanismo extrajudicial, la esencia del arbitraje internacional es la derogación hecha por los particulares de las normas que atribuyen competencia a tribunales ordinarios de cada Estado para resolver este tipo de controversias (Botero Sanclemente y Correa Henao, 2004:19), en consecuencia, el arbitraje internacional, de acuerdo con los criterios de la Ley 315 de 1996, es en que no existe ninguna vinculación con la ley nacional, éste arbitraje se rige por los tratados públicos, de conformidad con el artículo 2º de la citada ley, pudiéndose presentar situaciones que el arbitraje se desarrolle en territorio colombiano, sin perder la calidad de internacional. A su vez, el arbitraje extranjero, que no es el doméstico o local (Botero Sanclemente y Correa Henao, 2004:25), es aquel que se tramita por fuera del territorio nacional, sin importar si hay, o no, un vínculo con la ley nacional, ya que obedece a un criterio geográfico (Monroy Cabra, 1998:254).

Los principios de interpretación del pacto arbitral

Siendo el pacto arbitral un acuerdo de voluntades entre las partes su naturaleza contractual es indudable. En tal sentido, para los pactos arbitrales operan las mismas reglas y principios de interpretación que para los contratos (Colombia. Código Civil, art. 1618 y ss.). Estas reglas y principios de interpretación, sin embargo, no constituyen un cuerpo unánime, encontrándose en la doctrina y en la jurisprudencia fuertes discrepancias, especialmente en lo relativo a la interpretación amplia o restrictiva del contenido del pacto arbitral.

Interpretar un pacto arbitral es una acción realizada por el juez o el árbitro dirigida a fijar el sentido y el significado de las manifestaciones de voluntad presentes en el mismo (Danz, 2006:206). Se trata de una actividad controversial dado que el desentrañamiento de la intención de las partes en un negocio jurídico no puede realizarse al margen de la voluntad de los contratantes ni mucho menos ir en contra de la misma, so pretexto de favorecer la institución arbitral. Es principio general que el intérprete del pacto arbitral debe hacer primar la voluntad de las partes y que solamente en caso de duda debe resolverla a favor del arbitraje.

Como sucede con cualquier negocio jurídico, el pacto arbitral debe interpretarse bajo el postulado de la buena fe. Como se dijo, es necesario el primado de la voluntad de las partes, siendo labor del intérprete esclarecer la “intención común” de los celebrantes antes que ceñirse al tenor literal de los términos utilizados (Fouchard, Gaillard y Goldman, 1999: 257). Claro está que en casos de perfecto acuerdo sobre el sentido de las expresiones presentes en el pacto, el trabajo hermenéutico deberá limitarse a este concierto de voluntades. En tal sentido, si ambas partes entienden que una controversia o diferencia está incluida o excluida del pacto, el juez o árbitro deberá incluirla o excluirla, según el caso, y sólo podrá abstenerse de hacerlo en la medida en que dicha inclusión o exclusión conduzcan a un resultado prohibido por la ley, como la disposición de asuntos no transigibles o la afrenta al orden público (Suescún, 2005:256).

Un parámetro ineludible en esta labor hermenéutica es la llamada “interpretación auténtica” en atención a la cual el juez o el árbitro deben dilucidar el comportamiento de las partes celebrantes durante las distintas etapas del negocio celebrado, es decir, aquellas conductas que precedieron a la celebración del pacto, las que tuvieron lugar hasta antes de surgido el conflicto, e incluso aquellas manifestadas en otros contratos, esto con el fin de obtener coordenadas de interpretación mucho más confiables del pacto emitido . Es importante además que el pacto sea interpretado en su integridad, esto es, que sus disposiciones individuales sean analizadas a la luz del conjunto de las cláusulas que lo integran. En los casos de pluralidad de contratos con elementos conexos, por ejemplo, este principio resulta útil para determinar si es posible aplicar el pacto arbitral a todos o a algunos de ellos.

Una regla de interpretación universalmente reconocida está expresada en el principio de interpretación efectiva o eficiente, el cual establece, según la doctrina, que el pacto arbitral que produzca efectos deberá preferirse a aquel que no los genere (Fouchard, Gaillard y Goldman, 1999: 259). Otro principio cardinal de interpretación del pacto arbitral es el *contra proferentem*, en virtud del cual las cláusulas oscuras o ambiguas deben interpretarse en contra de quien las redactó. Este principio, en opinión de Zuleta (2005: 225), cobra gran importancia en los llamados contratos en serie o en masa, en los que el pacto arbitral es “preparado y redactado por una sola de las partes y aceptado por la otra”.

Ahora bien, la importancia de la interpretación del pacto arbitral no solo se expresa en la determinación de la intención de las partes celebrantes sino también en el hecho de ser una actividad dirigida a establecer los límites de la jurisdicción del juez o el árbitro encargados de conocer del mismo. En tal sentido, la preferencia por una interpretación restrictiva o amplia es esencial tanto para la fijación del sentido del pacto como para la determinación de los límites de la justicia arbitral.

La interpretación restrictiva entiende que dado que el pacto arbitral supone una renuncia a la justicia ordinaria y, más exactamente, una excepción al principio de jurisdicción de los jueces, su carácter excepcional obliga al intérprete a operar de manera restrictiva. Por el contrario, una interpretación amplia del pacto arbitral concibe el arbitraje no como una excepción a la jurisdicción ordinaria sino como una regla general en la resolución de conflictos, especialmente las diferencias mercantiles. En otras palabras, mientras la interpretación restrictiva se inclina hacia la jurisdicción ordinaria, la amplia lo hace hacia la justicia arbitral. Así las cosas, la inclinación hacia una u otra forma de interpretación en la actividad hermenéutica deviene en cuestión crucial a la hora de establecer el contenido y el alcance del pacto arbitral y, para efectos de este documento, para adelantar la resolución de controversias de carácter extracontractual mediante el arbitraje.

No obstante esta distinción teórica entre interpretación amplia y restrictiva, lo fundamental en la acción interpretativa del pacto arbitral es, como antes se anunciaba, la determinación de la intención de las partes en la manifestación de su voluntad (Ballesteros, 1999:223). El principio *pacta sunt servanda*, común a todos los sistemas jurídicos nacionales e internacionales, demanda una atención extrema al sentido, significado y alcance de lo acordado por las partes. Dada esta situación, es de enorme importancia que las partes utilicen en la redacción del pacto arbitral un lenguaje claro y, concretamente, que fijen con precisión y exactitud cuáles controversias serán objeto de arbitraje y en qué condiciones (Aylwin, 1993: 185; López, 2005: 933).

A manera de conclusión, los pactos que someten a arbitraje los conflictos en vigencia del contrato o que surjan bajo el presente conflictual, son interpretados usualmente de forma restrictiva bajo el entendido de que sólo podrán resolverse por vía arbitral las controversias cuya causa sea estrictamente contractual dado bajo la figura de la cláusula compromisoria. En cambio, en aquellos que someten a arbitraje las controversias “relacionadas con” o “que surjan de” o “con respecto a”, bien pueden ser interpretados como acuerdos que permiten al juez o al árbitro pronunciarse sobre conflictos que, si bien tienen relación con el contrato, su causa no es estrictamente contractual. En consecuencia,

el lenguaje utilizado en estos últimos pactos es idóneo para la resolución de conflictos de naturaleza extracontractual bajo la institución del arbitraje, como lo define el tribunal de arbitramento en el Laudo Arbitral de: Consorcio Tibú vs. ECOPETROL (Octubre 26 de 2004) a pesar de que algún asunto esté por fuera de la competencia de un tribunal de arbitramento en virtud de una cláusula compromisoria, dicho tribunal puede estudiarlo por su estrecha relación con otros asuntos que sí son de su competencia (López Blanco, 2007:574).

Fundamentación jurídica del arbitraje de controversias extracontractuales

La discusión nacional entre interpretación amplia y restrictiva del pacto arbitral

Si bien en Colombia se discute la naturaleza contractual o procesal del arbitraje, lo cierto es que sobre el carácter contractual del pacto arbitral no pesa ninguna duda. Tanto en la jurisprudencia como en la doctrina se reconoce que el pacto arbitral nace de un acuerdo entre las partes que deciden someterse sus diferencias a un órgano de arbitraje. Además, de la lectura de las disposiciones internacionales pertinentes, así como del artículo 116 de la Constitución Política, de los artículos 117 y siguientes del Decreto 1818 de 1998 y de los artículos 115 y siguientes de la Ley 446 de 1998, puede colegirse con toda seguridad la naturaleza eminentemente contractual del acuerdo arbitral, dada la concurrencia de voluntades en su celebración.

En lo que tiene que ver con la determinación del contenido y alcance del pacto, se decía antes que para los pactos arbitrales operan las mismas reglas y principios de interpretación que para los contratos. En efecto, el Código Civil colombiano regula en sus artículos 1618 a 1624 lo relativo a la interpretación de los contratos, al señalar por ejemplo

la prevalencia de la intención de las partes (art. 1618), la preferencia por la cláusula que produzca efectos sobre aquella que no los produzca (art. 1620), la interpretación que mejor se ajuste a la naturaleza del contrato (art. 1621), la interpretación sistemática e integral del contrato (art. 1622), la interpretación extensiva a casos distintos a los señalados en el contrato (art. 1623) y la interpretación de las cláusulas ambiguas a favor del deudor (art. 1624). Estos principios de interpretación se acogen igualmente en el Código de Comercio colombiano en su artículo 822 y siguientes. A manera de referencia, disposiciones análogas se encuentran en el artículo 1156 y siguientes del Código Civil francés.

En el ámbito internacional, estos principios interpretativos están expresados en los artículos 4.1 a 4.8 de los *Principios de Unidroit para los contratos comerciales internacionales*, promulgados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado en 2004.

En éstos se establece que el contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes (art. 4.1) o, si ello no fuere procedente, conforme al significado que le hubiera atribuido en circunstancias similares una persona razonable (art. 4.2); se indica que esta interpretación deberá tomar en cuenta distintas circunstancias como las negociaciones previas entre las partes, las prácticas que ellas hayan establecido entre sí, los actos realizados por las partes con posterioridad a la celebración del contrato, la naturaleza y finalidad del contrato, el significado comúnmente dado a los términos y expresiones en el respectivo ramo comercial, y los usos (art. 4.3). Finalmente, prescribe la interpretación sistemática del contrato (art. 4.4), la preferencia por las disposiciones del mismo que generen efectos (art. 4.5), la interpretación *contra proferentem* (art. 4.6) y la integración del contrato de acuerdo a la intención de las partes, la naturaleza y finalidad del contrato, la buena fe, la lealtad negocial y el sentido común (art. 4.8).

En suma, los principios de interpretación de los contratos, tanto en el ámbito internacional como en el interno, resultan plenamente aplicables para interpretar el alcance del pacto arbitral. Por lo tanto, siguiendo los criterios antes esbozados, es tarea del juez o del árbitro, según el caso, establecer a través de los medios probatorios a su disposición cuál fue la voluntad de las partes en el pacto y, en concreto, qué materias son objeto de resolución arbitral. En dicha labor, bien puede el intérprete optar por una interpretación amplia o restrictiva del pacto arbitral, inclinándose por la justicia arbitral en el primer caso, o por la jurisdicción ordinaria en el segundo. En efecto, la cultura jurídica colombiana no ha sido ajena a esta discusión doctrinal, cuya relevancia es tal que la pregunta por la posibilidad de resolver controversias no contractuales a través del arbitraje depende de la respuesta que se ofrezca a esta cuestión.

Vale la pena entonces plantear la cuestión de si existen en Colombia disposiciones normativas que permitan al juez o al árbitro, en caso de duda en la interpretación del pacto arbitral, resolverla a favor del arbitraje, en una suerte de interpretación amplia del mismo. De entrada, debe responderse negativamente, pues no está vigente ley alguna en el país que así lo autorice. El artículo 2 del Decreto 2279 de 1989 sí consagraba una presunción que permitía resolver la duda a favor del arbitraje, pero la expedición de la Ley 446 de 1998 derogó esta posibilidad. Así las cosas, en principio, no puede el intérprete del pacto arbitral despejar las dudas a favor del arbitraje ni, por lo tanto, entender incluidas en el pacto todas las diferencias que tengan relación con el negocio jurídico de que se trate en cada caso.

Sin embargo, por vía de jurisprudencia, especialmente del Consejo de Estado, se ha intentado mantener la posibilidad de una interpretación favorable al arbitraje en casos de duda (Colombia, Consejo de Estado, 2000, 2002, 2003b). Algún sector de la doctrina entiende tales decisiones como el reconocimiento de una presunción clara a favor del arbitraje (Gil, 2004: 124 y ss., Benetti, 2001: 110), mientras que otro no encuentra en ellas un principio general de favorabilidad ni una presunción, sino una reiteración de la

necesidad de atender a la voluntad de las partes en la interpretación del pacto (Zuleta, 2005: 229). Según esta última, que aquí se acoge, si el pacto se redactó de manera amplia y sin hacer ninguna exclusión debe entenderse –porque así resulta del querer de las partes– que el acuerdo se extiende a todos los aspectos de la relación jurídica; e igualmente, si las partes excluyeron ciertas materias del pacto de arbitraje, la competencia del árbitro se limitará únicamente a los asuntos previstos en el mismo.

Cabe traer a colación la discusión en Colombia sobre la exclusión de materias del pacto arbitral. Aquí se sostiene la posibilidad de las partes de excluir del acuerdo ciertas materias de manera *negativa* –señalando cuáles asuntos quedan excluidos– o *positiva* –señalando únicamente los que son objeto de arbitraje–, aunque no se ignora que algunas posturas, por ejemplo la de la Cámara de Comercio de Bogotá, niegan la forma positiva de exclusión según se explicó antes (Centro de Arbitraje Cámara de Comercio de Bogotá, 2004:26)

Así como no existe en Colombia una disposición que ordene una interpretación amplia del pacto arbitral, tampoco se encuentra en una norma expresa la obligación para los jueces o árbitros de interpretar el pacto arbitral de manera estricta o restrictiva de manera que la duda en dicha interpretación se resuelva a favor de la jurisdicción ordinaria (Rodríguez, Robledo, Carreño y Vallejo, 1999: 89). Cabe traer a colación la discusión en Colombia sobre la exclusión de materias del pacto arbitral. Aquí se sostiene la posibilidad de las partes de excluir del acuerdo ciertas materias de manera *negativa* –señalando cuáles asuntos quedan excluidos– o *positiva* –señalando únicamente los que son objeto de arbitraje–, aunque no se ignora que algunas posturas, por ejemplo la de la Cámara de Comercio de Bogotá, niegan la forma positiva de exclusión según se explicó antes (Centro de Arbitraje Cámara de Comercio de Bogotá, 2004:27). Algún sector de la doctrina, sin embargo, considera que la jurisprudencia y la legislación nacional son en extremo proclives

a la interpretación restrictiva del pacto dejando la justicia arbitral “minusválida” con respecto a la justicia estatal (Mejía, 2007: 10).

En todo caso, al margen de esta dicotomía nacional, es indudable la necesidad de acudir a la voluntad de las partes en la determinación del contenido y alcance del pacto arbitral. Teniendo esto en cuenta, el tema de la libertad de las partes de incluir o excluir determinadas materias en el pacto arbitral –contractuales o extracontractuales– y sus limitaciones será explicado en el aparte siguiente.

En el ámbito internacional en el arbitraje comercial, la interpretación es favorable al arbitraje, toda vez que quien pretenda desconocer el pacto arbitral, debe demostrar que la cláusula compromisoria es revocable, con la interpretación restrictiva, que el proceso arbitral es procedente también en aquellos casos en que el contrato que la incluya hubiese sido celebrado bajo engaño u otro fraude, y por excepción no será procedente el arbitraje, si el convocado logra demostrar que la cláusula compromisoria fue inducida mediante dolo por el convocante (Palmiter y Reyes, 2001:26)

La viabilidad jurídica de una solución arbitral de asuntos extracontractuales

Se ha visto que a pesar de la carencia de disposiciones en la legislación nacional que ordene la interpretación del pacto arbitral en un sentido amplio o restringido, es opinión unánime que ante todo debe hacerse primar la voluntad de las partes en la determinación de las materias que serán objeto de arbitraje y aquellas que serán excluidas de esta posibilidad. La Corte Constitucional explica que esta prevalencia de la autonomía privada encuentra su

razón de ser en la confianza que las personas depositan en los árbitros y en una adhesión casi completa a sus decisiones (Colombia Corte Constitucional, 1999c; 2002b).

Valga entonces añadir que la libertad de las partes en ese sentido está limitada únicamente por la arbitrabilidad, de manera que no pueden incluirse en el acuerdo materias que de acuerdo con la ley no son arbitrables. Por el contrario, en lo que toca a la exclusión de materias, no existe limitación en cuanto a aquello que las partes pueden excluir del arbitraje pues, como bien sostiene la jurisprudencia, el arbitraje es una posibilidad y no una obligación (Colombia. Corte Suprema de Justicia, 2004).

En todo caso, dado que la única limitación a la libertad de las partes de someter sus diferencias a un tribunal arbitral está representada en la prohibición de incluir en el pacto arbitral materias que legalmente no sean arbitrables, nada impide que la voluntad de las mismas incluyan en el pacto arbitral asuntos de carácter contractual o no contractual, si así lo deciden. En efecto, la resolución de controversias que no surjan de un contrato determinado sino que deriven de responsabilidad extracontractual o aquiliana pueden someterse a decisión de los árbitros, salvo que se trate de materias no arbitrables.

Así lo admite, por ejemplo, la *Convención de Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras*, de 1958, entrada en vigor el 24 de diciembre de 1979, en su artículo II.1 al señalar: “Cada uno de los Estados contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, *contractual o no contractual*, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje” (cursiva propia).

Por su parte, la *Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional*, aunque no autoriza expresamente esta posibilidad, señala en su artículo 1°: “Es válido el acuerdo de las partes en virtud del cual se obligan a someter a decisión arbitral las diferencias que pudiesen surgir o que hayan surgido entre ellas *con relación a un negocio* de carácter mercantil” (cursiva fuera de texto), con lo cual permite al árbitro la resolución de controversias cuyo origen es distinto a la simple relación contractual.

En todo caso, la *Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional* proferida por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (“Cnudmi” o “Uncitral”), de acuerdo con las enmiendas de 2006, avanza significativamente en este reconocimiento. En su artículo 7.1 consagra: El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, *contractual o no contractual* (cursiva añadida).

Adicionalmente, en la *Nota explicativa* de la Secretaría de la Cnudmi se aclara el alcance de la expresión “comercial” contenida en el artículo 1.1 (“La presente Ley se aplicará al arbitraje comercial internacional”), al indicar que a ésta debe dársele una interpretación amplia, de manera que “abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, *contractuales o no*” (cursiva propia). Incluso agrega que éstas relaciones comerciales incluyen “cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro (“*factoring*”), arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra (“*leasing*”), construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera”.

La normatividad internacional es citada porque, de acuerdo con la ley colombiana, el arbitraje internacional está regido por las disposiciones de los tratados, convenciones, protocolos y demás instrumentos de derecho internacional, suscritos y ratificados por Colombia, los cuales priman sobre las reglas que sobre el particular se establecen en la ley procesal nacional (art. 2, Ley 315/96). Así, las cosas las disposiciones antes mencionadas constituyen parte integral del orden jurídico colombiano siempre que las declaraciones que las contienen hayan sido debidamente ratificadas (Espinosa, 2009:16). De las convenciones antes referidas, en Colombia, actualmente, se han ratificado la *Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras*, de 1958, mediante la Ley 39 de 1990 y la *Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional*, de 1975, mediante Ley 44 de 1986.

A estas disposiciones se agrega aquí lo dispuesto por la doctrina extranjera que trata el tema de la solución arbitral de diferencias extracontractuales. En general, la postura dominante es considerar el convenio o pacto arbitral como un contrato por el cual las partes acuerdan someter a la decisión de uno o más árbitros todas o algunas de las cuestiones litigiosas que surjan o puedan surgir de las relaciones jurídicas determinadas, sean o no contractuales (Reglero, 1991: 71; Cordón, 1995: 57). De hecho, algunas legislaciones consagran expresamente esta posibilidad; así, la Ley General de Arbitraje del Perú define en su artículo 9 el pacto arbitral tal y como se ha señalado arriba, esto es, como un acuerdo para resolver controversias contractuales o no contractuales (Matheus, 2003:637). No cabe duda entonces de la aptitud del arbitraje para resolver todo tipo de conflictos nacidos de una relación jurídica, siempre que las partes así lo acuerden.

El compromiso y la cláusula compromisoria como vías para el arbitraje de conflictos extracontractuales

El compromiso en la solución de asuntos no contractuales

Tanto de la doctrina nacional que defiende la prevalencia de la voluntad de las partes en la determinación de las materias objeto de arbitraje como de las disposiciones internacionales pertinentes se deriva que es perfectamente viable desde el punto de vista jurídico la resolución de controversias extracontractuales por vía del arbitraje. Sin embargo, dado que el pacto arbitral puede asumir la forma de una cláusula compromisoria o de un compromiso, falta por determinar en cuál de estas figuras debe expresarse la voluntad de las partes de resolver las diferencias derivadas de responsabilidad extracontractual.

Como ya se mencionó, tanto la cláusula compromisoria como el compromiso pertenecen a una categoría genérica denominada pacto arbitral. Una y otra figura coinciden en ser los medios idóneos para la activación de la justicia arbitral, sustrayendo así la competencia del poder judicial (Del Arco y Pons, 1981: 322).

Sin embargo, se diferencian en que la cláusula compromisoria se pacta en previsión de las controversias que puedan llegar a surgir como consecuencia del desarrollo del contrato, mientras que el contrato de compromiso supone la existencia de un conflicto actual suscitado entre las partes, que requiere un acuerdo entre las mismas para resolverlo (Azula, 1998: 333). En palabras de la Corte Constitucional, mientras la cláusula compromisoria deroga *eventualmente* la jurisdicción de los jueces ordinarios, el compromiso la deroga *actualmente* (Colombia. Corte Constitucional Sentencia C-878: 2005).

Adicionalmente, en la cláusula compromisoria, si no se especifican las materias debatidas se presumirá que existe controversia en todas aquellas derivadas de la relación contractual; en el compromiso, en cambio, la materia arbitral se concreta a los puntos expresamente señalados en dicho acuerdo. Otra diferencia radica en que el arbitraje iniciado a partir de una cláusula compromisoria siempre requerirá la mediación de una

demanda, mientras que el compromiso puede reemplazar perfectamente a ésta, sin que sea necesario ningún traslado para su contestación (Gil, 2004: 135-137).

Ahora bien, en lo tocante a la resolución de controversias extracontractuales mediante arbitraje, el compromiso y la cláusula compromisoria presentan diferencias marcadas. No existe duda sobre la posibilidad de resolver asuntos no contractuales mediante el compromiso dado que éste consiste en un acuerdo mediante el cual las partes de una relación jurídica someten a arbitraje diferencias presentes, es decir, que ya han surgido entre ellas (art. 117, Ley 446/98; art. 119, Dto. 1818/98). La solución de conflictos extracontractuales a través del compromiso requiere únicamente de la identificación concreta de las materias que serán objeto de arbitraje, las cuales deben ser arbitrales, según se explicó anteriormente.

En efecto, siendo el compromiso un negocio jurídico –valga decir, un contrato autónomo (Larroumet, 2005: 16)– por medio del cual las partes involucradas en un conflicto presente y determinado convienen resolverlo a través de un tribunal arbitral, bien pueden acordar las partes en éste la resolución de diferencias derivadas de responsabilidad extracontractual ya surgidas en la relación jurídica, sin ningún inconveniente. Gil (2004: 125) sostiene acertadamente que para ello sólo es necesario que exista un conflicto presente y determinado, y la consiguiente consignación escrita de las diferencias y conflictos a resolver.

Por otra parte, aunque el ámbito por excelencia en que se desarrolla el arbitraje es el derecho privado, civil y mercantil, ello no obsta para que en los contratos estatales sea posible encontrar acuerdos arbitrales (Colombia, Corte Constitucional, 1994; arts. 70 y 71, Ley 80/93). De hecho, la administración pública puede también acudir a la suscripción de un compromiso para la resolución de asuntos de responsabilidad extracontractual originada en vías de hecho, operaciones administrativas, actos administrativos, ocupaciones temporales o permanentes de inmuebles u omisiones administrativas, lo que implica sustituir las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho y la acción de reparación directa, por el proceso arbitral (Gil, 2004: 520). Esta posibilidad del Estado de dirimir

conflictos de responsabilidad extracontractual por vía arbitral, según doctrina que aquí se adhiere, encuentra su justificación en una interpretación amplia y sistemática del artículo 71 de la Ley 80 de 1993 (Cediel, 2003: 70).

La cláusula compromisoria en la solución de asuntos no contractuales

Pero a diferencia de lo que sucede con el compromiso, la posibilidad de resolver asuntos no contractuales mediante la cláusula compromisoria no es tan evidente. Aquí no se discute que la cláusula compromisoria, antes que una estipulación accesoria al contrato, es un acuerdo independiente nacido de la voluntad de las partes (Monroy, 1998: 94; Escudero, 2008: 209). Tampoco se ignora que es ya una tendencia pacífica en la jurisprudencia reconocer que aunque la cláusula compromisoria y el contrato son acuerdos independientes entre sí, finalmente se consideran ligados por cuanto su aplicación se reduce a las diferencias que surjan respecto al primero (Colombia, Consejo de Estado. 2003).

La cuestión a resolver es si una de las partes en un contrato que contiene una cláusula compromisoria puede someter a arbitraje un asunto de responsabilidad extracontractual amparándose en dicha cláusula y si, en consecuencia, el árbitro puede pronunciarse sobre dicho asunto.

La respuesta a esta pregunta es afirmativa siempre que, como recuerda la doctrina internacional (Craig, Park y Paulsson, 2001: 65), se cumplan las siguientes circunstancias:

Que no exista en la norma aplicable una restricción para someter a arbitraje bajo una cláusula compromisoria asuntos no contractuales.

Que la cláusula compromisoria sea lo suficientemente amplia para que pueda entenderse que la intención de las partes fue la de someter a arbitraje asuntos extracontractuales.

Que el asunto que se somete a arbitraje tenga relación con el contrato que contiene la cláusula arbitral.

Por lo tanto, en atención a la primera circunstancia, si la ley vigente solamente permite arbitrar asuntos contractuales bajo una cláusula compromisoria, únicamente deberán ser objeto de arbitraje por medio de cláusula compromisoria estas cuestiones. Con respecto a la segunda, la amplitud de la cláusula compromisoria puede encontrarse en expresiones como “controversias derivadas de o que tengan relación con el presente contrato” o “cualquier controversia o diferencia que pueda surgir en razón del contrato”, quedando el árbitro habilitado para conocer de conflictos extracontractuales bajo la cláusula compromisoria. Finalmente, en cuanto a la tercera circunstancia, debe advertirse que una controversia extracontractual tiene relación con el contrato, o surge en razón del mismo, cuando de no haber existido el contrato no habría surgido el hecho o la omisión que da origen a la responsabilidad extracontractual (Zuleta, 2005: 231).

A pesar de esta sólida postura, algún sector de la doctrina colombiana se empeña en cuestionar la posibilidad de resolver diferencias extracontractuales por vía de la cláusula compromisoria (Gil, 2004: 124; Benetti, 2001: 77). En este documento se aclara que si bien la mayoría de los conflictos que se someten a arbitraje en virtud de cláusula compromisoria son de carácter contractual, ello no significa que las controversias no contractuales no puedan dirimirse por esta vía, teniendo en cuenta que no existe en Colombia norma positiva ni decisión jurisprudencial que proscriba esta posibilidad.

Por el contrario, el artículo 118 del Decreto 1818 de 1998, al definir la cláusula compromisoria, indica que es un “pacto contenido en un contrato o en documento anexo a él, en virtud del cual los contratantes acuerdan someter las eventuales diferencias *que puedan seguir con ocasión del mismo*, a la decisión de un Tribunal Arbitral” (cursiva fuera de texto). Sin duda, esta disposición reconoce que la cláusula compromisoria sirve para

resolver conflictos –contractuales o extracontractuales– que surjan “con ocasión” del contrato, es decir, que tengan como motivo o causa el contrato celebrado. Ahora bien, que el conflicto nazca con ocasión del contrato no significa que la responsabilidad derive también del contrato sino que sin existir el contrato no se podría haber presentado el hecho u omisión que da lugar a la responsabilidad extracontractual. De esta forma, se cumple a cabalidad la tercera circunstancia antes mencionada para la resolución arbitral de asuntos no contractuales, a saber, que el asunto objeto de arbitraje esté relacionado con el contrato que contiene la cláusula arbitral (así la responsabilidad no derive del contrato).

En este orden de ideas es perfectamente admisible que las partes, ante un hecho u omisión generadores de responsabilidad extracontractual, sometan sus diferencias a un tribunal de arbitraje, mediante compromiso, pero no se comparte la teoría que se pueda resolver a través de cláusula compromisoria. Se resalta la primacía de la voluntad de las partes, pues no puede obligárseles de ninguna manera a acudir a un juez ordinario cuando, se insiste, ninguna disposición normativa o jurisprudencial prohíbe someter a arbitraje asuntos relativos a responsabilidad extracontractual.

Finalmente, la utilización del arbitraje una vez suscitado el conflicto, requiere que la construcción del compromiso incluya un lenguaje claro, preciso sobre el asunto a tratar -extracontractual– por la justicia arbitral. Un pacto idóneo para ello es, por ejemplo, aquel que exprese la decisión común de someter a arbitraje, en donde se identifiquen las partes, el conflicto claramente identificado, y que el proceso de estar en curso ante la justicia ordinaria, aun no haya sido fallado en primera instancia.

Sin embargo a nivel internacional, la Convención de Nueva Cork ha iniciado un proceso de unificación de ambos mecanismos –cláusula compromisoria y compromiso– haciendo alusión en el artículo segundo a un acuerdo común denominado *acuerdo por*

escrito. En el mismo sentido, la Convención de Panamá, artículo primero, hace alusión al acuerdo para designar tanto a la cláusula como al compromiso. Así lo afirma Monroy Cabra (1998:188) al sostener que la distinción entre cláusula compromisoria y compromiso ha dejado de ser operativa, desde el momento en que se otorga validez y eficacia directa a ambas figuras.

Generalidades del Pacto Arbitral en el Arbitraje Internacional

Se define el arbitraje internacional como un mecanismo extrajudicial y alternativo de resolución de conflictos contractuales, pactado por las partes, en el que está presente un elemento que rebasa las fronteras de un país (Botero Sanclemente y Correa Henao, 2004:19).

En Colombia, es aplicable la Convención de Nueva York, por lo tanto son susceptibles de arbitraje internacional los asuntos civiles y comerciales (Botero Sanclemente y Correa Henao, 2004:23), sin embargo en la Convención de Panamá, igualmente ratificada, solo se hace referencia a los asuntos comerciales, ausencia que se complementa con la Convención de Montevideo de 1989 (Botero Sanclemente y Correa Henao, 2004:24).

El arbitraje internacional en Colombia se rige por la Ley 315 de 1996 que por primera vez se refirió al tema regulándolo en forma integral. Y es a partir de la expedición de la norma en donde se establece que el arbitraje internacional se rige por los Tratados de los cuales Colombia es Estado parte, que hayan sido ratificados, o se haya adherido a los mismos; los Tratados vigentes para Colombia prevalecen sobre las normas pertinentes del Código de Procedimiento Civil; las partes tienen libertad para determinar la norma

sustancial aplicable al fondo de la controversia. Y se adoptó el principio de la autonomía de la voluntad consagrado en las Convenciones de Naciones Unidas de 1958 y Europea de 1961 que consagran la autonomía de la voluntad y subsidiariamente la ley del foro arbitral (Monroy Cabra, 2011:11), ley del foro que se fundamenta en el principio de la deslocalización del arbitraje (Sánquiz Palencia, 2005:206). En cuanto a la ley aplicable, el artículo 2º de la misma ley contempla que “en todo caso las partes son libres de determinar la norma sustancial aplicable conforme a la cual los árbitros habrán de resolver el litigio” lo que permite inferir que las partes disponen de libertad para determinar la ley que ha de regir el pacto arbitral (Gamboa Morales, 2006:20).

El arbitraje internacional se divide en tres clases: en arbitraje comercial internacional, arbitraje de inversión y arbitraje público entre Estados, en donde su común denominador fundamentalmente es la fuente que radica en la voluntad de las partes plasmada en el pacto arbitral, (Zuleta, 2010).

En el caso del arbitraje internacional la noción de orden público internacional se utiliza en sentido negativo para no aplicar la ley extranjera o el Tratado respectivo, y para negar el exequatur de un laudo internacional o de un laudo extranjero. En Colombia se puede negar el exequatur de un laudo extranjero o internacional si el laudo respectivo desconoce el orden público internacional colombiano. (Monroy Cabra, 2011:19)

En el caso del arbitraje de inversión, se tienen en cuenta los factores de política general, de facilitación de negocios y factores económicos (Zuleta, 2010) para invertir en determinado país. Se basa en la doctrina Calvo, desarrollada por Carlos Calvo, quien postula que los estados no pueden intervenir diplomáticamente en protección de sus nacionales por posibles daños causados a sus personas o patrimonio, mas allá de lo que señalen los medios locales sobre una base de igualdad con la población nativa (Barrera Graf, J. 1981:106), sin embargo lo que se busca es estabilidad para la parte inversionista,

por lo que es menester otorgar eficacia y seguridad jurídica a la inversión extranjera, siendo imperativa la consecución de un expedito, recto y sobre todo transnacional mecanismo de resolución de controversias, encontrándose respuesta a ello en el antiquísimo pero también moderno arbitraje, que toma ahora el adjetivo de internacional (Zappalà, 2010:212). En conclusión el arbitraje constituye una nueva protección al inversor extranjero adaptado al día de hoy (Granato, 2009:37).

Por lo tanto, el arbitraje internacional se determina, por el contrato internacional, la voluntad de las partes contratantes y en el caso del arbitraje de inversión y del arbitraje entre estados por lo pactado dentro del tratado, dándose autonomía al pacto arbitral y haciéndose posible la solución de las controversias de carácter internacional, que en especial permite que las relaciones internacionales se solucionen en forma expedita y pacífica, ofreciendo soluciones calificadas y oportunas para la compleja problemática del comercio internacional (Monroy Cabra, 1995:131). Por otra parte la extensión de aplicación que lleva implícita la cláusula compromisoria a nivel internacional, hace referencia al caso en el que existen varias partes contratantes, y por lo menos una de las partes ha suscrito la cláusula arbitral, en casos de suscitarse un litigio entre las mismas con motivo de la operación contractual a la que la cláusula aparece referida, la controversia habrá de ser resuelta por la justicia arbitral (Aguilar, 2001:33).

En consecuencia en el arbitraje internacional, puede decirse que no es relevante la figura del pacto arbitral en su distinción de cláusula compromisoria o compromiso, ya que se establece de manera directa por el tratado que rige a los estados unificándose el criterio al pacto en sentido amplio, así, puede establecerse que bajo los principios de celeridad, legalidad, equidad, neutralidad, flexibilidad y reconocimiento internacional, pueden ser resueltas todas las controversias de carácter internacional a través de la figura arbitral.

Conclusiones

En Colombia, las controversias de carácter extracontractual pueden resolverse mediante el arbitraje, a través de compromiso. Para ello, es de enorme importancia, en primer lugar, la determinación del contenido y alcances del pacto arbitral por parte de los contratantes, en lo cual cobra especial relevancia el lenguaje utilizado y la utilización de expresiones sobre las cuales exista un acuerdo común. En segundo lugar, es esencial que los intérpretes del pacto arbitral, sean jueces o árbitros, hagan uso de los principios interpretativos contentivos en la ley de manera que establezcan con toda claridad cuál fue la voluntad de las partes al momento de celebrar el pacto y, en especial, cuáles materias son arbitrables y cuáles no. Para el cumplimiento de esta labor, como se dijo, antes que atender a una interpretación amplia o restrictiva del pacto arbitral, es necesario que estos operadores hagan primar la intención común de las partes sobre otras consideraciones.

Se han observado también en este artículo los principios de interpretación de los contratos establecidos en la legislación internacional y los convenios internacionales, con el propósito de brindar herramientas de interpretación del pacto arbitral, cuya naturaleza contractual no se discute. Igualmente, se desarrollaron las disposiciones internas y extranjeras que autorizan la resolución por vía del arbitraje de controversias contractuales y extracontractuales, de las cuales las más relevantes fueron las establecidas en la *Convención de Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras* de 1958 y en la *Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional*, enmendada por la Cnudmi en 2006. Estas cartas internacionales, al lado de la doctrina y legislación extranjera, permitieron colegir la viabilidad jurídica de la resolución de controversias extracontractuales por vía del arbitraje.

Seguidamente, se puede demostrar que la solución arbitral de asuntos extracontractuales puede lograrse a través del pacto arbitral: en su modalidad de compromiso, que se constituye como una vía legítima de resolución de diferencias extracontractuales, dado el momento en que se acuerda, a saber, cuando dichas diferencias ya han nacido y es viable su utilización incluso cuando ya está cursando un proceso en la jurisdicción ordinaria, hasta antes de fallo de primera instancia, lo cual permite darle prioridad al arbitraje privado. Por otra parte, se comprueba la posibilidad de solucionar conflictos extracontractuales presentes en la contratación pública mediante el compromiso.

Por otra parte, con respecto a la cláusula compromisoria, se considera que no es viable dadas las características de su creación que se presentan previas al conflicto. Sin embargo, el hecho de que la ley disponga que la cláusula compromisoria sirve para resolver conflictos que surjan “con ocasión” del contrato, implica que la existencia del contrato, que no genera por sí misma responsabilidad, es en todo caso una condición *a priori* del hecho o de la omisión que da lugar a la responsabilidad extracontractual. Por último, surgiría la aplicabilidad con un modelo de cláusula amplia que contemplara esa posibilidad.

Finalmente, el sentido autónomo dado al arbitraje internacional permite que al cumplirse con los requisitos definidos por la UNCITRAL sobre diferente domicilio nacional de las partes, la afectación de intereses de diferentes Estados y la sede del arbitraje en lugar diferente al domicilio de las partes, permitan que todas las controversias que bajo la autonomía de la voluntad de han acordado, sean resueltas por un tribunal de arbitraje, que igualmente puede ser determinado en cuanto a la sede del tribunal, número de árbitros y elección de los mismos.

Referencias

Aguilar, H. (2001). *La extensión de la cláusula arbitral a un grupo de sociedades en el arbitraje comercial internacional*. Santiago de Compostela: Campus Universitario Sur.

Aylwin, P. (1993). *El juicio arbitral*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Azula, J. (1998). *Manual de Derecho Procesal Civil*, vol. V. *Procesos de Liquidación, Jurisdicción Voluntaria, Concursales y Arbitral*. Bogotá: Temis.

Ballesteros Garrido, J. A. (1999). *Las condiciones generales de los contratos y el principio de la autonomía de la voluntad*. Barcelona: Bosch.

Barrera Graf, J. (1981). *Derecho Internacional Público*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.

Benetti, J. (2001). *El arbitraje en el derecho colombiano*. (2ª Ed.). Bogotá, D.C.: Temis.

Botero Sanclemente, A.M. y Correa Henao, N. R. (2004). *Arbitraje internacional*. (2ª Ed.) Bogotá D.C.: Cámara de Comercio de Bogotá.

Cárdenas Mejía, J. P. (2005). *La autonomía del contrato de arbitraje*. (1ª Ed). Bogotá D.C.: Legis.

Cediel, M. (2003). “La solución para las diferencias en contratación administrativa”. En: *Métodos alternos*, 7. Bogotá, D.C.: Cámara de Comercio de Bogotá.

Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá (2004). *Empresa Nacional de Telecomunicaciones - En Liquidación vs. NEC Corporation y otros*, Auto n° 6 de 19 de mayo de 2004.

Chocrón Giráldez, A.M. (2000). *Los Principios Procesales en el Arbitraje*. Barcelona: Bosh.

Colombia Corte Constitucional

- (1994). Sentencia C-426 de 1994. M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.
- (1995). Sentencia C-431 de 1995. M.P.: Hernando Herrera Vergara.
- (1999). Sentencia C-672 de 1999. M.P.: Antonio Barrera Carbonell.
- (2001). Sentencia C-060 de 2001. M.P.: Carlos Gaviria Díaz.
- (2002a). Sentencia C-1038 de 2002. M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.
- (2002b). Sentencia T-121 de 2002. M.P.: Jaime Córdoba Triviño.
- (2005). Sentencia C-878 de 2005. M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.
- (2007). Sentencia SU-174 de 2007. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

Colombia Corte Suprema de Justicia

- (2004). Sala de Casación Civil, Sentencia de 11 de marzo de 2004. Rad. 7582.

Colombia Consejo de Estado

- (1996). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 24 de junio de 1996. Rad. 2838.
- (2003). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 14 de agosto de 2003. Rad. 24344.

Cordón, F. (1995). *El arbitraje en el derecho español: interno e internacional*. Pamplona: Arazadi.

Craig, L., Park, W. y Paulsson, J. (2001). *International Chamber of Commerce Arbitration*. (3rd Ed.). Oxford: Oxford University Press.

Danz, E. (2006). *La interpretación de los negocios jurídicos*. Trad. W. Roces. Madrid: Revista de Derecho Privado: Analecta.

Del Arco, M. A. y Pons, M. (1981). *Diccionario de Derecho Civil*, t. I. Pamplona: Aranzadi.

Devis, H. (1991). *Compendio de Derecho Procesal Civil*, t. II, vol. II. (7^a Ed.). Bogotá: Biblioteca Jurídica.

Escudero, M. C. (2008). *Mecanismos alternativos de solución de conflictos. Conciliación, arbitramento y amigable composición*. (12^a Ed.). Bogotá: Editorial Leyer.

Espinosa, L. (2009, Enero-Junio). “Principio de autonomía de la voluntad e instrumentos de carácter internacional en el sistema jurídico colombiano”. En: *Revista Civilizar*, 16, 15-40. Bogotá, D.C.: Universidad Sergio Arboleda.

Fouchard, Philippe, Gaillard, Emmanuel y Goldman, Berthold. (1999). *On International Commercial Arbitration*. London: Kluwer Law International.

Gamboa Morales, N. (2006). *Apuntes sobre arbitraje Internacional*. Bogotá: Universidad del Rosario.

Gamboa Serrano, R. H. *Arbitramento, ubicación y recursos*. (2002). Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.

Gil, J. H. (2004). *Nuevo régimen de arbitramento. Manual práctico*. (3ª Ed.). Bogotá, D.C.: Cámara de Comercio de Bogotá.

Gómez Castro, J.A. (2010). *Solución Pacífica Conciliación y Arbitraje*. (Vol.2). Bogotá: Ibáñez.

Granato, L. (2009). *Protección del inversor extranjero y arbitraje internacional en los Tratados Bilaterales de Inversión*. México: Juan Carlos Martínez Coll.

Larroumet, C. (2005). “*A propósito de la naturaleza contractual del acuerdo de arbitraje en materia internacional y de su autonomía*”. En: Silva, E., Mantilla, F. y otros. (2005). El contrato de arbitraje. (1ª Ed.). Bogotá: Legis, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

López Blanco, H. F. (2005). *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano*, t. I. Parte General. (9ª Ed.). Bogotá: Dupre Editores.

López Blanco, H. F. (2007). *La Jurisprudencia Arbitral en Colombia*, t. IV. (1ª Ed.) Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Matheus, C. A. (2003). “Consideraciones fundamentales sobre el arbitraje”. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, 5. Lima: Revista Peruana de Derecho Procesal.

Mejía, C. (2007). “El arbitraje: ¿Justicia informal? Análisis de las sentencias de la Corte Constitucional”. En: *Libro conmemorativo de los 10 años de la Especialización en Métodos Alternativos de Solución de Conflictos*. Bogotá, D.C.: Universidad del Rosario.

Monroy Cabra, M. G. (1995). *El Arbitraje en los conflictos económicos internacionales*. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá.

Monroy Cabra, M. G. (1998). *Arbitraje comercial, nacional e internacional*. (2ª Ed.). Bogotá: Legis.

Monroy Cabra, M. G. (2011) El arbitraje internacional en Colombia. En: Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación. Lima.

Oviedo, Jorge. (2000). “Los principios de Unidroit para los contratos comerciales internacionales: Su importancia en la armonización y unificación del derecho privado”. En: Vniversitas, 100. Bogotá, D.C.: Universidad de la Sabana.

Palmiter, A. R. y Reyes Villamizar, F, (2001). Arbitraje comercial y otros mecanismos de resolución de conflictos societarios en Estados Unidos. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá.

Reglero, L. F. (1991). El arbitraje (el convenio arbitral y las causas de nulidad del laudo en la Ley de 5 de diciembre de 1998). Madrid: Montecorvo.

Rodríguez, Sergio, Robledo, Emilio, Carreño, Bernardo y Vallejo, Felipe. (1999). “Alcance de la Cláusula Compromisoria”. En: *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, 313. Bogotá, D.C.: Academia Colombiana de Jurisprudencia.

Sanguino, J. M. (2001). El arbitraje internacional. En: *Revista Criterio Jurídico*, 1, 171-195. Santiago de Cali: Pontificia Universidad Javeriana.

Sánquiz Palencia, S. (2005). *El derecho aplicable al arbitraje comercial internacional en el Derecho Venezolano*. (1ª Ed.). Caracas: Miniprés.

Silva, E., Mantilla, F. y otros. (2005). *El contrato de arbitraje*. (1ª Ed.). Bogotá, D.C.: Legis, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

Suescún Melo, J. (2005). “De las facultades de los árbitros para interpretar y aplicar normas de orden público”. En: Silva, E., Mantilla, F. y otros. (2005). *El contrato de arbitraje*. (1ª Ed.). Bogotá, D.C.: Legis, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

Zappalà, F. (2010). *Universalismo historico del arbitraje*. En: Revista Universitas. N° 121: 193-216. Bogotá: Universidad Javeriana.

Zuleta, E. (2005). “El arbitraje en razón de la materia: El arbitraje y la responsabilidad civil extracontractual”. En: Silva, E., Mantilla, F. y otros. (2005). *El contrato de arbitraje*. (1ª Ed.). Bogotá: Legis, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

Zuleta, E. (2010). “ El arbitraje internacional” Conferencia Cámara de Comercio de Bogotá. Diplomado en Arbitraje. Bogotá.