

Una mirada general al pacto arbitral en Colombia: Sobre la necesidad de una adecuada aplicación

Por: *Catalina Chaparro Casas*
Santiago Rafael Torres Zapata

El auge del arbitraje como mecanismo alternativo de resolución de disputas en Colombia nos plantea la necesidad de ahondar sobre las particularidades que existen cuando las partes de un contrato pactan someter la controversia al conocimiento de particulares con facultades transitorias para ejercer justicia de conformidad con el artículo 116 de la Constitución Política de Colombia.

Lo primero que se debe precisar es que, el pacto arbitral puede darse en dos modalidades. La primera modalidad y la más común es mediante la denominada cláusula compromisoria que se incluye en los contratos con el fin de prever lo que ocurrirá en caso de una eventual controversia entre las partes. La segunda modalidad consiste en un compromiso que las partes celebran ante una controversia ya existente, mediante un documento privado diferente al contrato, pero ligado a éste. Ambas modalidades cuentan con el común denominador de que las partes renuncian acudir a la jurisdicción ordinaria y acuerdan que las controversias relacionadas con un contrato en específico se someterán ante un tribunal de arbitramento.

Teniendo claro lo anterior, tanto la cláusula compromisoria como el compromiso, deben constar por escrito de conformidad con el artículo 4 de la ley 1563 de 2012 y se rigen bajo el principio de que el contrato es ley para las partes, por lo que no puede ser desconocido por ninguna de las partes contratantes, lo que en materia internacional se conoce como principio *pacta sunt servanda*.

Ahora bien, vale destacar cuáles son las principales **ventajas**¹ del arbitraje que permiten entender la razón de su auge en Colombia como mecanismo alternativo de solución de controversias:

1. La neutralidad e imparcialidad del tribunal de arbitramento que, por supuesto, da mayores garantías para las partes, tanto en igualdad de derechos procesales, como en lo justo del laudo arbitral, aspectos fundamentales en una sociedad que infortunadamente padece de altos índices de corrupción.
2. La eficaz ejecución de sus laudos, los cuales tienen los mismos plenos efectos legales de una sentencia judicial.
3. Los tiempos en el proceso arbitral son menores a los de la jurisdicción ordinaria, por cuanto los árbitros tienen un término de 6 meses desde la primera audiencia de trámite, prorrogables hasta por 6 meses más para emitir un laudo, garantizando pues la celeridad del proceso arbitral.
4. Se trata de procesos de única instancia que solo pueden conocerse por jueces de la República en caso de que se conceda el recurso extraordinario de anulación que contiene causales taxativas.
5. La especialización y pericia de los árbitros a elección de las partes involucradas en la controversia, beneficio que garantiza la idoneidad del proceso arbitral y del respectivo laudo.
6. La privacidad y confidencialidad.
7. La flexibilidad en las reglas procesales que rigen el proceso arbitral a solicitud de las partes, pues en Colombia se puede optar por la aplicación de la ley 1563 de 2012 o por el reglamento de las entidades que

¹ Desde la Sentencia C- 226 de 1993 M.P. Alejandro Martínez Caballero en la que se afirmó: “El arbitramento, por su parte, es una de las instituciones más sólidamente establecidas en el derecho, no sólo porque siempre se le ha considerado como una forma eficaz de dirimir conflictos, sino porque tiene evidentes ventajas prácticas para quienes lo utilizan y para el orden social mismo, en cuyo mantenimiento o restablecimiento colaboran de una manera oportuna y objetiva.”

administren el arbitraje, por ejemplo, las del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá

8. Suele haber más colaboración y participación de las partes, tanto que junto con los demás mecanismos alternativos de solución de controversias (MASC) se les denomina por parte de la doctrina como “procesos colaborativos de gestión y tratamiento de las diferencias y conflictos”.². El motivo principal de esta colaboración y diligencia de las partes es corresponder a su propia autonomía de la voluntad al haber seleccionado el arbitraje como mecanismo de solución de sus diferencias, cuyo proceso les garantiza flexibilidad, permitiéndoles por ejemplo la posibilidad de acordar la duración máxima y obligatoria del proceso, plazo que por demás, también garantiza dicha diligencia y colaboración de las partes, con el fin de cumplirlo.
9. La cláusula compromisoria, en virtud del artículo 5 de la ley 1563 de 2012, es completamente autónoma del contrato por el cual fue acordado de manera que, aún cuando el contrato principal fuese declarado nulo, la cláusula arbitral surte plenos efectos y es completamente válida, de manera que una parte contractual no se podrá escudar en que el contrato fue declarado nulo para evitar acudir ante un tribunal de arbitramento.

Un aspecto adicional relevante que impulsa el éxito de este mecanismo de resolución de diferencias es la **selección de los árbitros**. El hecho de que las partes tengan derecho a elegir por mutuo acuerdo aquellos particulares encargados de dirimir la controversia, garantiza la **independencia e imparcialidad**³ de los árbitros e inexistencia de vínculos con alguna de las partes que pudiesen llegar a constituir algún tipo de sesgo en el ejercicio de sus funciones dentro del proceso, así como la **experticia y pericia** en la materia específica que se les pone en conocimiento; factores que, a nuestro juicio, resultan indispensables para asegurar laudos en derecho aplicables al caso en concreto. **Otros puntos que deben tenerse en cuenta a la hora de escoger los árbitros⁴ son su reputación, credibilidad, experiencia, estudios y disponibilidad de tiempo.**

Emitido el laudo arbitral, se resaltan algunas otras ventajas del arbitraje tales como (i) el efecto de cosa juzgada que imposibilita la presentación de un nuevo procedimiento basado en los mismos hechos y entre las mismas partes (*res judicata*), por cuanto proporciona seguridad jurídica (*non bis in idem*), y (ii) su ejecutoria y poder vinculante, salvo que sea anulado, esto es, que presta mérito ejecutivo.

Por su parte, las dos principales **desventajas** del arbitraje son que, en comparación con la jurisdicción ordinaria, (i) tiene mayores costos e (ii) implica un procedimiento un poco más complejo, sin que con ello se afecte la celeridad del proceso⁵. Desde la perspectiva del abogado, hay mayor inversión de tiempo, toda vez que hay más posibilidad entre las partes de acordar más presentaciones, audiencias, comunicaciones escritas, refutaciones, entre otras actuaciones.

Adicionalmente, es preciso tener en cuenta que existe una limitación para ciertos asuntos que no son susceptibles de arbitramento, por ejemplo, aquellos reservados para la jurisdicción ordinaria como los penales, laborales, de

² Greco, Silvana. *Los aportes de la mediación y de los procesos colaborativos de gestión de conflictos para la transformación de la cultura del litigio*.

³ W. Craig, W. Park, y J. Paulsson. *International Chamber of Commerce Arbitration* (Tercera Edición. 2000) en el cual se cita “it is undoubtedly established that all ICC arbitrators must be independent, but the definition of ‘independence’ remains elusive”. Página 274.

⁴ Disponible en: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-018-5399?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-018-5399?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&bhcp=1)

⁵ Disponible en: https://www.supersociedades.gov.co/delegatura_mercantiles/Arbitraje/Paginas/Beneficios-del-Arbitraje.aspx#:~:text=Validez%3A%20La%20decisi%C3%B3n%20de%20los,del%20proceso%2C%20por%20mutuo%20acuerdo.

familia, la legalidad de los actos administrativos y los concursales relacionados con la insolvencia económica de las partes, con ocasión del principio *conditio creditorum*.

Teniendo esto claro, es importante que, a la hora de suscribir un contrato, las partes verifiquen (i) si el asunto es susceptible de arbitraje y luego, (ii) si realmente quieren someter sus diferencias a un procedimiento arbitral, para lo cual, las partes deben adelantar todos sus esfuerzos por elaborar una cláusula compromisoria que revele claramente dicha intención.

Al respecto, se precisa que aun cuando el alcance de la cláusula compromisoria debe resaltar de manera clara e inequívoca la intención y voluntad de las partes, es una cláusula que, para efectos de proteger la autonomía de las partes, se considera debe ser interpretada de manera amplia. De manera que, incluso cuando dicha cláusula pudiese considerarse defectuosa o “patológica”, entendiendo esta como aquella que genera cierta incertidumbre, ello no implica que deba considerarse inválida y, por el contrario, puede ser perfectamente válida, siempre que exista una intención clara de las partes.

Contrario a esto, una cláusula compromisoria se considera defectuosa y, por ende, inválida cuando es inconsistente o contradictoria, situación que se presenta por ejemplo cuando existen dos cláusulas sobre la materia que la regulan de manera distinta la forma cómo se solucionarán las eventuales controversias que surjan entre las partes con ocasión del mismo contrato o cuando la misma cláusula, incluye dos intenciones excluyentes como por ejemplo, referirse a la jurisdicción ordinaria y al tribunal de arbitramento simultáneamente. Así, lo ha reiterado la Corte Constitucional colombiana en Sentencia T-511 de 2011, aludiendo la posición de la doctrina en materia arbitral⁶.

En caso de que alguna de las partes considere que el pacto arbitral es inválido, podrá alegarlo como causal de anulación del laudo arbitral mediante el respectivo recurso de anulación, en virtud del numeral 1 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012. Luego, si esta causal de anulación prospera y el laudo arbitral se anula por invalidez del pacto arbitral, *“el expediente se remitirá al juez que corresponda para que continúe el proceso a partir del decreto de pruebas”*, de conformidad con el artículo 43 de la mencionada Ley.

De lo anterior, la importancia de verificar la inclusión de sus elementos esenciales dispuestos en los artículos del 3 al 5 de la Ley 1563 de 2012, como el lugar de funcionamiento del tribunal a instalar, el número de árbitros a designar, la forma para su designación, reglas de procedimiento aplicables al eventual proceso, el tipo de arbitraje (si es *ad hoc* o institucional) y el tipo del laudo a proferir por el tribunal.

Una sugerencia al respecto es que, si el valor de un contrato no justifica asumir altos costos por honorarios de árbitros, lo más viable es incluir de forma expresa en la cláusula compromisoria, que será un solo un árbitro el que dirimirá una futura controversia entre las partes y no tres árbitros como por defecto las partes suelen incluir, sin contemplar los efectos económicos.

⁶ Fernández Rozas, José Carlos y Artuch Iriberry, Elena: Validez y eficacia del convenio arbitral internacional. En: Tratado de Derecho Arbitral. Tomo I. Bogotá, Ibáñez 2011, P. 767.

“Por eso el juez debe distinguir con precisión entre una cláusula oscura que no suponga ningún obstáculo para realización del arbitraje de aquella otra que sí lo suponga, por ejemplo, en las hipótesis que hemos formulado, cuando no pueda identificarse con claridad del organismo arbitral al que las partes pretenden someterse. Se entiende, en tal sentido, que después de que las partes hayan incluido una cláusula compromisoria en el contrato, el juez debe presumir que su intención es establecer un futuro mecanismo de solución de controversia basado en el arbitraje. Esto es, el juez debe dejar constancia de la voluntad real de las partes de recurrir al arbitraje y solo ha de llegar a una conclusión contraria si esta voluntad no está suficientemente acreditada por circunstancias de índole objetivo.”

Ahora bien, uno de los aspectos más controversiales que se presentan al momento de pactar cláusulas compromisorias o compromisos es la existencia de las famosas “cláusulas escalonadas”, las cuales indican que previo a someter la controversia al arbitraje, las partes deben surtir fórmulas de arreglo tales como la conciliación o la amigable composición. Sin embargo, a pesar de que el contrato es ley para las partes, dado que nos encontramos en el plano arbitral y no ante la justicia ordinaria, ninguna de las partes contratantes puede indicar que no se ha dado cumplimiento a los “requisitos de procedibilidad” pactados por ellas pues, en virtud del artículo 13 del Código General del Proceso ha establecido de forma muy clara que *“Las estipulaciones de las partes que establezcan el agotamiento de requisitos de procedibilidad para acceder a cualquier operador de justicia no son de obligatoria observancia.”*

Sobre este punto particular, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-602 de 2019 ha determinado que el hecho de que las partes puedan saltarse el procedimiento escalonado en virtud del artículo 13 del C.G.P y no resolver la eventual controversia de manera directa antes de acudir a los operadores de justicia, no desconoce su voluntad si así lo habían acordado y por ende, no transgrede el principio de la autonomía de la voluntad privada prevista en el artículo 333 de la Constitución Política de Colombia, sino que por el contrario, permitir que las partes puedan acudir directamente al operador de justicia sin agotar esa vía directa, garantiza el acceso a la administración de justicia como interés superior del ordenamiento jurídico colombiano.

Esto va en consonancia con el poder vinculante e irrevocable del pacto arbitral en materia internacional, por cuanto, solo en casos muy excepcionales, se permite no someter las diferencias a un tribunal arbitral cuando así lo acordaron las voluntades de las partes, siempre y cuando un juez decreta la nulidad de dicha cláusula, con fundamento en el principio de *impecuniosity* que implica la incapacidad de alguna de las partes de cumplir con su obligación de acudir a los árbitros, en virtud del artículo 11.3 de la New York Convention.

Un ejemplo de dicha excepción fue el caso de la empresa *Delfuego Booking S.L. v. David Guetta*⁷, al alegar que no contar con los recursos económicos para asumir los costos del arbitraje, le imposibilitaba la posibilidad de cumplir con la cláusula compromisoria que la obligaba al arbitramento. Algunos otros como *Camacho v. Holiday Homes, Inc.* en el que el Tribunal estadounidense también estuvo de acuerdo y concluyó que los ingresos limitados de la parte le imposibilitaban pagar los honorarios del árbitro para que conociera de su reclamo, señalando los mismos como *“una barrera financiera insuperable”*, que convertía la cláusula arbitral pactada en una cláusula “inadmisibles” que le impedía la protección de sus derechos bajo la ley federal.

Lo cierto es que, existen un sin número de ventajas del arbitraje como mecanismo alternativo de solución de diferencias que las partes contractuales deberían tener en cuenta en la elaboración del correspondiente contrato, para efectos de garantizar decisiones justas y en derecho. Esto, sin perjuicio del análisis de procedencia, aplicabilidad y justificación económica que también se sugiere realizar antes de pactar cláusulas compromisorias, so pena de su declaratoria de nulidad aun cuando haya la intención y el mecanismo acordado por la voluntad de las partes.

⁷ En este caso, la empresa Delfuego, organizadora de eventos, acordó con los agentes de David Guetta, la realización de un concierto en España, al cual el artista no asistió sin justificación alguna, ocasionando no solo la cancelación del evento, sino también graves pérdidas económicas para los organizadores. Delfuego, ante la imposibilidad de pagar sus deudas inició un procedimiento concursal, cuyo activo principal era precisamente el pago de perjuicios a pagar por los agentes de David Guetta como consecuencia de su incumplimiento. No obstante, Delfuego manifestó no contar con los recursos para pagar los costos de un proceso arbitral, hecho que fue reconocido por el Juzgado de Santander, España, concluyendo que no era posible mantener la vigencia del convenio arbitral, ya que, de hacerlo, se perjudicaría el proceso de insolvencia de Delfuego. En dicho caso, se consideró que el análisis del daño potencial de acudir a un procedimiento arbitral debe definirse considerando los intereses de los acreedores y los activos concursales, que al final son intereses económicos. Disponible en: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/11/15/english-arbitration-spanish-insolvency-and-david-guetta/>