

EL PACTO ARBITRAL*

William Namén Vargas

I. LA BASE NEGOCIAL DEL ARBITRAMENTO

EN EL TRÁFICO JURÍDICO Y, singularmente, en el mundo de los negocios, la comunidad internacional propicia la utilización generalizada de mecanismos o procedimientos alternativos de solución de conflictos¹, cuya especialidad, celeridad, eficiencia, posibilidad de selección, confianza y proximidad de los sujetos, conocimiento experto y propensión a la equidad destacan e incentivan su conveniencia práctica, colmando inmadurez, inercia, vacíos, dilaciones e incertidumbres de la jurisdicción ordinaria².

Arreglo directo, amigable composición, mediación, conciliación, arbitramento, constituyen vías o técnicas solutorias de controversias, gestadas de tiempo atrás y desarrolladas de manera progresiva en los distintos ordenamientos³, dentro de

* Conferencia pronunciada en el Curso de Arbitramento Nacional e Internacional organizado por la Cámara de Comercio de Bogotá y la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 26 a 28 agosto 1998.

¹ La Convención de Nueva York del 10 de junio de 1958 (sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, aprobada por Ley 37 del 6 julio de 1979), es paradigmática; muchos países han celebrado convenios de cooperación con la Asociación Americana de Arbitraje (AAA) e implementado la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Grupo de Trabajo de la Comisión de la ONU para el Derecho Mercantil Internacional, UNCITRAL o CNUDMI (21 de junio de 1985). Respecto de convenios, tratados, acuerdos en materia de arbitraje, *cfr.* CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. *Arbitraje, conciliación*, Bogotá, 1986; *ID.* *Panorama y perspectivas de la legislación iberoamericana sobre arbitraje comercial*, Bogotá, 1993; *ID.* *La solución de controversias en el hemisferio*, Bogotá, 1997; M. G. MONROY C. *Solución pacífica de controversias internacionales*, Medellín, Dike, 1996.

² *Cfr.* B. CREMADES. *España ante el arbitraje comercial internacional*, Estudios de Arbitraje

Comercial Internacional, Madrid, Artes Gráficas y Ediciones, 1979, p. 14; H. BRICENO SIERRA. *El arbitraje comercial: doctrina y legislación*, México, Cámara Nacional de Comercio, 1979, p. 979; F. FERRONATO y G. REBECA. *Manuale dello arbitrato*, 2ª ed., Milano, 1994.

³ En nuestro ordenamiento, los antecedentes de la institución son antiguos: la Ley del 14 de mayo de 1834 trató "De la conciliación", "De los arbitradores y amigables componedores" y "De los árbitros en derecho", previniendo conciliación ante juez de paz, «antes de intentarse un juicio entre partes capaces de transigir y sobre objetos que puedan ser materia de transacción en negocios contenciosos civiles, o por injurias, y en causas de divorcio»; posteriormente, se expidieron la Ley 105 de 1890 (Código Judicial), cuyo título XIX reguló el "juicio por arbitramento"; las leyes 103 de 1923, 28 de 1931, 105 de 1931 (Código Judicial), 2ª de 1938, los decretos 2158 de 1948 (Código de Procedimiento Laboral), 1400 de 1970 (C. P. C.), 410 de 1971 (C. Co.), 2279 de 1989, la Ley 23 de 1991, el Decreto 2651 de 1991, la Ley 315 de 1996 (arbitramento internacional), la Ley 446 de 1998, y en el derecho administrativo, las ley 4ª de 1964 y 36 de

una mentalidad uniforme a la solución pacífica de los conflictos y a la regularidad de las relaciones jurídicas⁴.

Con independencia de la postura a propósito de la naturaleza sustancial o procesal, jurisdiccional o negocial⁵, caracteres de la controversia (*cur debetur; moren privatorum*), poderes y deberes del árbitro (*potestas, imperium*, etc.), defensas de las partes, medios probatorios, caracteres (*dictum*) y ejecución del laudo arbitral⁶, el arbitramento encuentra su génesis en un negocio jurídico, *rectius*, acto dispositivo de intereses, de contenido, proyección y eficacia jurisdiccional y procesal en lo atinente al procedimiento, sus efectos y ejecución en términos próximos a los de una sentencia pronunciada por la jurisdicción instituida por el Estado y dotada de igual grado de coercibilidad.

El arbitramento es mecanismo alternativo, excepcional, transitorio y específico de solución de conflictos para casos singulares, encuentra base constitucional indiscutible⁷, hace parte de la jurisdicción, ostenta idéntica significación,

1966; los decretos Ley 150 de 1976, arts. 66 y 115, y 222 de 1983, así como la Ley 80 de 1993.

⁴ Cfr. R. DAVID. *L'arbitrage dans le commerce international*, París, Económica, 1982; ID. *Arbitration in international trade*, Holanda, Kluwer, 1985; E. FAZZALARI. "La cultura dell'arbitrato", en *Rivista dell'arbitrato*, 1991; S. LA CHINA. *L'arbitrato, il sistema e l'esperienza*, Milano, Giuffrè, 1995; P. BERNARDINI. *Il diritto dell'arbitrato*, Roma, Bari, Laterza, 1998; S. HERNÁNDEZ. *Il problema dell'arbitrato e la disciplina in materia di lavoro*, Padova, Cedam, 1990; C. CECHELLA. *L'arbitrato*, Torino, Utet, 1991; G. BERNINI. *L'arbitrato, diritto interno, convenzioni internazionali*, Bologna, Clueb, 1993; M. RUBINO-SAMMARTANO. *Il Diritto dello arbitrato (interno)*, Padova, Cedam, 1991; A. BRIGUGLIO, E. FAZZALARI y R. MARENGO. *La nuova disciplina dell'arbitrato: commentario*, Milano, Giuffrè, 1994; G. FRANCO BORIO. *L'arbitrato nel diritto societario: la riforma (Legge n. 25/1994), arbitrato multiparte, arbitrato internazionale, clause arbitrali commentate*, Milano, Pirola, [1994]. F. FERRONATO y G. REBECCA, *Manuale dell'arbitrato: la riforma (L. 25/1994), arbitrato rituale e irrituale, clause, modelli, profili fiscali e tariffe*. Milano, Pirola, 1994; S. VINCRE. *Arbitrato rituale e fallimento*, Milano, 1996; ANGELO BONSIGNORI. *Arbitrati e fallimento*, Padova, Cedam, 1995; BERTRAND MOREAU y THIERRY BERNARD. *Droit interne et droit international de l'arbitrage*, París, J. Delmas, 1985; AXEL BOSCH. *Einstweiliger Rechtsschutz in der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit*, Frankfurt am Main, P. Lang, 1989; ID. *Rechtsfortbildung durch Internationale Schiedsgerichtsbarkeit / herausgegeben von Karl-Heinz Bockstiegel; mit Referaten von Peter*

Schlosser [...] und mit Diskussionsbeitragen, Köln, C. Heymann, 1989.

⁵ Cfr. FENECH. *El arbitraje*, Barcelona, Ridc, 1964, pp. 179 y ss.; MORTARA. *Comentario del Codice e delle leggi di Procedura Civile*, Milano, 1903, T. III, pp. 41 y ss.; CARNACINI y VECHIONE. *L'arbitrato*, Milano, 1951, p. 26; *L'arbitrato nel sistema del Processo Civile*, Napoli, 1943, pp. 28 y ss.; J. GUASP. *El arbitraje en el derecho español*, Barcelona, Bosch, 1956, pp. 22 y ss.; G. ZCHIZZEROTTO. *Dell'arbitrato*, Milano, Giuffrè, 1982, pp. 23 a 45; R. VECCHIONE. *L'arbitrato*, Milano, Giuffrè, 1959, pp. 73 y ss.; J. ROBERT. *Traité de L'arbitrage Civil et Commercial*, Dalloz, 1957, pp. 256 y ss.; RUBELLIN y DEVICHI. *Nature juridique de L'arbitrage*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1965, n. 581.

⁶ Cfr. P. BERNADINI. *Il diritto dell'arbitrato*, Bari, Laterza, 1998; G. BERNINI. *L'arbitrato, diritto interno, convenzioni internazionali*, Bologna, Clueb, 1993; S. LA CHINA. *L'arbitrato, il sistema e l'esperienza*, Milano, Giuffrè, 1995. C. CECHELLA. *L'arbitrato*, Torino, Utet, 1991; G. MIRABELLI y D. GIACOBBE. *Diritto dell'arbitrato*, Napoli, Jovene, 1994; A. KASSIS. *Problemes de base de l'arbitrage en droit compare et en droit international*, París, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1987.

⁷ En virtud del artículo 116 inciso 4º de la Constitución Política, la constitucionalidad del arbitramento es inquestionable: «Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley». En el mismo sentido, artículos 8º y 13 Ley 270 de 1996 y 3º y 111 Ley 446 de 1998.

importancia e integra abstractamente la administración de justicia⁸ dentro de un marco concreto⁹ y de acuerdo con su desarrollo legislativo.

En su fase prodrómica, el arbitramento es de origen negocial o legal y, en su desarrollo, dinámica y resultado final, jurisdiccional y procesal, a punto que, pactado e instalado el tribunal, los árbitros, sujetos jurídicos particulares –en su caso, con la cualificación normativa del título de abogado–, quedan «investidos transitoriamente de la función de administrar justicia» (art. 116 C. P.)¹⁰.

Su fuente genuina es un negocio jurídico delegativo o de “deferimiento” a terceros por los sujetos de una relación jurídica controvertida para su decisión definitiva e impenativa, presuponiendo, por definición, litis, conflicto, controversia actual o futura, real y determinada, o hipotética y contingente pero inminente.

En oportunidades, el arbitramento dimana de una específica disposición jurídica, disciplinándose imperativamente para determinados asuntos, *verbi gratia*, tratándose de la solución de determinados conflictos colectivos de intereses (art. 452 C.S.T.)¹¹.

No obstante, la admisibilidad del arbitramento obligatorio para la solución de controversias particulares extrañas al orden público y, en particular, a la eventual

⁸ La Ley 270 de 1996, “Estatutaria de la Administración de Justicia”, consagra: «Art. 8º. Alternatividad. La ley podrá establecer mecanismos diferentes al proceso judicial para solucionar los conflictos que se presenten entre los asociados y señalará los casos en los cuales habrá lugar al cobro de honorarios por estos servicios». «Art. 13. Del ejercicio de la función jurisdiccional por otras autoridades y por particulares. Ejercen función jurisdiccional de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política: [...] 3. Los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en asuntos susceptibles de transacción, de conformidad con los procedimientos señalados en la ley. Tratándose de arbitraje, las leyes especiales de cada materia establecerán las reglas del proceso, sin perjuicio de que los particulares puedan acordarlas. Los árbitros, según lo determine la ley, podrán preferir sus fallos en derecho o en equidad».

⁹ En Sentencia 242/97, la Corte Constitucional, destaca: «1. Los particulares solamente pueden ser investidos de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o árbitros. 2. El arbitramento es una institución que implica el ejercicio de una actividad jurisdiccional que con carácter de función pública se concreta en la expedición de fallos en derecho o en equidad. 3. En la función pública de administrar justicia, los árbitros deben estar habilitados por las partes en conflicto, en cada caso concreto. 4. El ejercicio arbitral de la función pública de administrar justicia se hace en forma transitoria y excepcional, dado el propósito y finalidad consistente en la solución en forma amigable de un deter-

minado conflicto, por lo que las funciones de los árbitros terminan una vez proferido el laudo arbitral. 5. Corresponde a la ley definir los términos en los cuales se ejercerá dicha función pública, lo que supone que el legislador adopte las formas propias del proceso arbitral. 6. Las materias susceptibles de arbitramento son aquellas que pueden ser objeto de transacción, es decir, los derechos y bienes patrimoniales respecto de los cuales sus titulares tienen capacidad legal de disposición».

¹⁰ *Cfr.* C. S. J., Sala Plena. Sentencias del 29 de mayo de 1969, en *G. J.*, T. CXXXVII, 2338, pp. 58 y ss.; agosto de 1976, marzo de 1986, 28 de julio de 1977, en *G. J. T.* CLVI, 2396, p. 210; octubre de 1986; Corte Constitucional. Sentencias C-431/95; C-226/93; C-294/95; C-037/96. A propósito del arbitramento obligatorio, *cf.* Sentencia C-242/97, del 20 de mayo de 1997. En la Sentencia C-242/97 la Corte Constitucional, releva la naturaleza pública jurisdiccional, transitoria y excepcional, de la función arbitral.

¹¹ «Procedencia del arbitramento. 1. Serán sometidos a arbitramento obligatorio: a) Los conflictos colectivos de trabajo que se presenten en los servicios públicos y que no hubieren podido resolverse mediante arreglo directo o por conciliación; b) Los conflictos colectivos del trabajo en que los trabajadores optaren por el arbitramento, conforme a lo establecido en el artículo 31 de este decreto. 2. Los conflictos colectivos en otras empresas podrán ser sometidos a arbitramento voluntario por acuerdo de las partes (art. 452 C. S. T.)».

parálisis de servicios públicos, ha sido rechazada, por estimarse necesario el “consentimiento o habilitación” de los sujetos¹².

II. EXPRESIONES DEL NEGOCIO JURÍDICO ARBITRAL. COMPROMISO Y CLÁUSULA COMPROMISORIA

LA FUENTE GENERATRIZ DEL arbitramento, es decir, su origen, es un negocio jurídico, llamado *pacto arbitral*, comprensivo del compromiso y de la cláusula compromisoria.

Por virtud del denominado pacto arbitral¹³ las partes sustraen de la jurisdicción común u ordinaria¹⁴ la decisión de presentes o eventuales controversias respecto

¹² En la Sentencia C-242/97, del 20 de mayo de 1997, la Corte Constitucional declaró inexecutable el numeral 19.14 de la Ley 142 de 1994, en cuanto imponía la compromisoria en el estatuto de las empresas de servicios públicos, observando: «para que sea procedente la utilización de este mecanismo en la misión esencial de administrar justicia por particulares investidos transitoriamente de dicha facultad, se requiere indefectiblemente del consentimiento o la habilitación por parte de aquellos que han adoptado por someter sus conflictos a la decisión arbitral. Lo antes expresado significa que la mencionada habilitación a particulares para que ejerzan la función pública de impartir justicia debe darse a través de un acuerdo inter partes de escoger el mecanismo del arbitramento como el instrumento adecuado y competente para resolver sus diferencias, a causa de la espontánea y libre voluntad de someterse al proceso arbitral, a cambio del conocimiento de las mismas por la jurisdicción ordinaria. De ahí que disponer por vía legal y genérica, a manera de mandato obligatorio, que el instrumento que debe utilizarse para resolver las diferencias surgidas entre los asociados o con la sociedad con motivo del contrato social sea el del procedimiento arbitral desconoce el mandato contenido en el artículo 116 de la Constitución Política, según el cual, “son las partes” las únicas que pueden investir transitoriamente y en cada caso específico a los particulares a fin de que sirvan de árbitros para que decidan en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley [...] Además, no tiene fundamento alguno de carácter jurídico pretender que el arbitramento pueda sustituir la jurisdicción ordinaria de manera absoluta e indefinida en el tiempo, bajo el pretexto de obtener una definición pronta del conflicto, ya que la institución solamente es procedente y viable en forma excepcional y transitoria, según los ordenamientos consti-

tucionales anteriormente citados y respecto de materias susceptibles de transacción, en desarrollo del acuerdo expreso de las partes, mediante la habilitación de los árbitros para proferir el respectivo fallo en cada caso particular».

¹³ El artículo 111 de la Ley 446 de 1998, confundiendo el “arbitraje” (precisión del objeto de un negocio por un tercero a quien se delega su determinación) con el arbitramento *strictu sensu*, lo define como «un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral” y agrega que dimana del “pacto arbitral», esto es, de la “cláusula compromisoria” y del “compromiso”, por cuya inteligencia, «las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal Arbitral, renunciando a hacer valer sus pretensiones antes los jueces» (art. 115.2 Dcto. 2279 de 1989).

¹⁴ El efecto esencial del pacto arbitral es la sustracción del conocimiento de la controversia por la jurisdicción común u ordinaria. Si cualquiera de las partes acude a los jueces y la otra interpone la excepción de compromiso o cláusula compromisoria, el juzgador deberá declararla y declararse incompetente. Si no la declara, puede invocarse la nulidad por falta de competencia (arts. 140 y 143 C. P. C.) o proponerse como causal de casación (art. 368.5 C. P. C.). Cuando no se interpone la excepción de pacto arbitral, la jurisprudencia es imprecisa en cuanto al “disenso” o “disentimiento” de las partes de la jurisdicción arbitral derivado del acudimiento a proceso por una de éstas y de la conducta concluyente de la otra al no proponer la excepción. *Cfr.* Corte Suprema de Justicia, Cas. Civ. 17 de abril de 1969, 30 de junio de 1979, 22 de abril de 1992, 24 de marzo de 1998. Consejo de

de una o varias relaciones jurídicas y la someten a la de uno o varios terceros o árbitros.

El compromiso¹⁵ es un contrato (arts. 1495 C. C. y 864 C. Co.) celebrado entre dos o más sujetos para solucionar por árbitros desde su gestación u origen o, luego de ésta pero con antelación a su decisión, sus conflictos existentes y actuales en torno de una relación jurídica unitaria o compleja.

Por su inteligencia las partes, desde el instante mismo de la controversia, difieren su juzgamiento a árbitros o sustraen su decisión del conocimiento de los jueces y del proceso en curso¹⁶.

Es contrato¹⁷ y modo, medio o mecanismo para definir una relación en conflicto¹⁸.

De manera análoga, la compromisoria (*pactum de compromittendo*)¹⁹ es negocio jurídico acordado previamente a la controversia²⁰, autónomo e independiente, si bien se inserta a otro (*accidentalialia negotia*) mediante un pacto, cláusula, condición, artículo, párrafo y, en términos lógicos, es un anexo o apéndice de éste al cual accede.

Prima facie, es oportuna una precisión de una doctrina que encuentra en la compromisoria un negocio jurídico independiente del contrato al que concierne, cuando de ordinario la cláusula constituye un agregado, segmento o porción integrada de la previsión fáctica de un único reglamento contractual²¹.

Sin embargo, el articulado de un negocio jurídico puede referir al mismo acto dispositivo del cual es parte o contener, de suyo, otro u otros negocios coligados, debiendo concluirse que esta problemática es meramente formal en cuanto hace a la nominación misma ("cláusula"), simplemente descriptiva de la individuación de un negocio jurídico por el cual se asigna competencia a los árbitros para el juzgamiento de las controversias futuras dimanadas de la relación jurídica contractual.

Así mismo, se ha visto el pacto arbitral como un negocio jurídico con efectos procesales o de derecho procesal²² y no sustanciales. A ello suele indicarse que el

Estado, Sección Tercera, 18 de junio de 1992, exp. 6761, mayo 10 de 1994, exp. 8000.

¹⁵ De *cum promittere* (tanto como prometer); *simil promittere stare sententiae arbitri* (prometer al mismo tiempo, atenerse al parecer de un árbitro).

¹⁶ Según el artículo 3º del Decreto 2279 de 1989; artículo 117 de la Ley 446 de 1998: el compromiso es «negocio jurídico, por medio del cual las partes involucradas en un conflicto presente y determinado, convienen resolverlo a través de un tribunal arbitral».

¹⁷ MIRABELLI y GIACOBBE. *Diritto dell'arbitrato*, cit., p. 15. «Es un contrato con efectos simultáneamente procesales y sustanciales; no es un acto procesal, sino un contrato con eficacia procesal».

¹⁸ Cfr. G. SHIZZEROTTO. *Dell'arbitrato*, 3ª ed., Milano, 1988, p. 53.

¹⁹ El artículo 116 de la Ley 446 de 1998 (2A. Dcto. 2279/989) entiende «por cláusula compromisoria, el pacto contenido en un contrato o en documento anexo a él, en

virtud del cual los contratantes acuerdan someter las eventuales diferencias que puedan surgir con ocasión del mismo, a la decisión de un tribunal arbitral».

²⁰ Cfr. E. REDENTI. *El compromiso y la cláusula compromisoria*, trad. S. SENTÍS MELENDO, Buenos Aires, Ejea, 1959, pp. 15 y 16, agregando que la compromisoria es acordada «inter partes antes de que hayan surgido las controversias», y concluido «en general de futuro para un objeto (decisión de controversias), que no se determina todavía, sino que es determinable (art. 1346 C. C.) en orden a la relación principal».

²¹ FESTI. *La clausola compromissoria*, Milano, 1994, pp. 36 y ss; MIRABELLI y GIACOBBE. *Diritto dell'arbitrato*, cit., p. 20.

²² Cfr. SCHIZZEROTTO. *Dell'arbitrato*, cit., p. 53, anotando: «El compromiso es un contrato con efectos procesales, cuyo contenido no es de derecho patrimonial, sino el medio para definir una controversia» FESTI. *La clausola compromissoria*, cit., 1994,

iter negocial de la compromisoria no puede escindirse del *iter* mismo del negocio jurídico, siendo artificioso, por tanto, escindir en dos momentos la disposición de intereses.

Con todo, el *prius* lógico del *iter* formativo del negocio compromisorio se sustenta en una disposición de intereses de naturaleza sustancial con eficacia procesal²³, diferiéndose el conocimiento y decisión de todas o algunas controversias futuras derivadas de una relación jurídica sustancial *in concreto*.

La compromisoria presupone un contrato antecedente, preliminar o definitivo, respecto de cuya celebración, ejecución y terminación las partes disciplinan el juzgamiento y concreción de las controversias futuras, cuya presencia ulterior subordina su eficacia.

Se discute si el pacto arbitral puede comprender situaciones y relaciones jurídicas gestadas con ocasión de la formación de un negocio jurídico y, más ampliamente, de la responsabilidad extracontractual o abstracta, y en verdad, no obstante, la escasa previsión normativa, nada se opone a esta eventualidad, porque en su virtud se procura dirimir una controversia actual o inminente que puede surgir de un negocio jurídico celebrado o por celebrar, es decir, durante el período propiamente formativo del acto dispositivo y, por tanto, gestarse en los tratos o contactos previos o por causa u ocasión de una oferta²⁴.

La diferenciación de las expresiones del negocio jurídico arbitral se realiza sólo por la existencia actual o inminente de la controversia (compromiso) o su inexistencia (compromisoria) al momento de su celebración. Con todo, la *res litigiosa* es imprescindible para la eficacia del pacto arbitral, constituye su objeto, sea actual o simplemente eventual.

El compromiso implica, de suyo, la litis, versa y recae sobre ésta, al contrario de la compromisoria, que apenas presupone su eventualidad o contingencia, a cuya existencia, sin embargo, se supeditan sus efectos, a punto que sin controversia no se generan.

En uno u otro caso, trátase de actos dispositivos, esto es, de verdaderos negocios jurídicos y, en cuanto tal, le son aplicables la disciplina general de todos y la particular o específica dispuesta en consideración al tipo negocial concreto, es decir, la preceptiva atañedora a la existencia, forma, presupuestos de validez, efectos, eficacia e ineficacia.

pp. 36 y ss.; MIRABELLI-GIACOBBE. *Diritto dell'arbitrato*, Roma, 1994, p. 20; Cas. Civ., I, 27 gennaio 1967, n. 221; Corte App. Catania, 3 dicembre 1982.

²³ Cfr. MIRABELLI. *Diritto dell'arbitrato, cit.*, pp. 15 y 18, nota 4: «Es un contrato con efectos simultáneamente procesales y sustanciales: no es un acto procesal, sino un contrato con eficacia procesal».

²⁴ Cfr. F. HINESTROSA. El arbitraje interno e internacional, en *Memorias del XX Encuentro Nacional de la Asociación Colombiana de Derecho de Seguro* (ACOLDESE), Medellín, 3 y 4 octubre de 1996, Bogotá, Guadalupe,

1997, p. 29: «En fin –para mí– nada se opone a que quienes se propongan celebrar un contrato, candidatos a partes, preventivamente convengan, y lo digan por escrito, que en caso de celebrarlo las diferencias eventuales que surjan de él se llevarán a árbitros; como tampoco a que la cláusula se inserte tempranamente en un contrato preparatorio. Se trataría entonces de una cláusula compromisoria o arbitral sometida a la *condicio iuris* de celebración del contrato, sin que ello obste para que comprenda de plano las disputas relativas a las negociaciones o al contrato preparatorio».

III. ELEMENTOS DE EXISTENCIA Y PRESUPUESTOS DE VALIDEZ DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS

DENTRO DEL GÉNERO DEL negocio jurídico se sitúa el contrato o acuerdo de dos o más partes para constituir, modificar o extinguir relaciones jurídicas.

El contrato, de suyo, contiene atribución dispositiva y obligatoria de los sujetos y presupone para la producción de sus efectos finales su existencia y validez, esto es, en su orden, la observancia de la *essentialia negotia* (elementos esenciales) y forma constitutiva cuando la ley la exija, e íntegros los presupuestos de validez (capacidad de parte, legitimación para actuar o poder dispositivo e idoneidad del objeto o, en la nomenclatura de nuestro Código, capacidad, causa, objeto lícitos y sanidad del consenso).

La existencia del contrato es imprescindible para la determinación de su validez o invalidez predicadas solamente de negocios existentes. Existente el contrato, pueden emitirse juicios positivos o negativos según su conformidad o disparidad con la ley. Válido es el negocio jurídico que existiendo se ajusta al orden jurídico y observa la plenitud de sus requisitos de validez; e inválido, a *contrario sensu*, es el acto dispositivo que abrupta o soslayadamente contradice la ley. Sin embargo, no toda contradicción de la norma entraña la invalidez, sino la prevenida en concreto en el ordenamiento jurídico.

Los de validez, de ordinario precedentes a la celebración del negocio, son presupuestos constantes en orden a la producción de sus efectos. No son estructurales ni componentes de la figura ni se requieren para su nacimiento, formación o existencia; se disciplinan en consideración a los sujetos, al objeto y se examinan en función de su aptitud para celebrarlo y generar íntegros sus efectos.

Presupuestos, *rectius*, elementos de existencia, por el contrario, estructuran, tipifican y dan nacimiento a la figura en cuestión, apreciada en su especie y tipo negocial. Usualmente se les confunde con los de validez, siendo común referirlos a la capacidad, licitud del objeto, licitud de la causa, forma solemne y sanidad del consentimiento en la terminología tradicional y clásica, cuya omisión o deficiencia, apenas entraña, cuando así lo consagra el ordenamiento, la invalidez mientras que sólo la ausencia de elementos esenciales, es decir, necesarios e imprescindibles para la creación, constitución o nacimiento de un negocio jurídico o de la forma solemne, origina la inexistencia.

Los de existencia se identifican con los elementos esenciales o de la esencia de cada tipo negocial en particular. La *essentialia negotia* se disciplina en concreto para cada una de las categorías negociales, se comprende en su concepto y definición, y no se regula de manera general y abstracta, a diferencia de la invalidez que se predica por unas mismas causas (incapacidad, transgresión de normas imperativas, orden público, ilicitud de objeto o causa) para todos los negocios, y por otras específicamente aplicables a algunos tipos (p. ej., insinuación de la donación).

La omisión de la *essentialia negotia* y, en su caso, de la forma constitutiva, solemne o *ad substantian actus* (art. 898 [2] C. Co.), genera la inexistencia²⁵, noción prejurídica y lógica.

²⁵ El Código Civil no define la inexistencia, pero se infiere de los artículos 1501, 1457, 1760, 1857 (2) y de la específica regulación de cada categoría negocial en

particular, *v. gr.* la compra de cosa propia, el seguro de riesgo inexistente, la novación de obligación que no existe.

Por el contrario, la omisión o deficiencia de los presupuestos de validez conduce a la invalidez, categoría *iuris* y distinta de la inexistencia²⁶ disciplinada en el ordenamiento con la consagración de la nulidad absoluta y relativa.

Incapacidad absoluta de parte, demencia, sordomudez, "ilicitud" de causa u objeto, transgresión del orden público y de las buenas costumbres, omisión de «alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes» (art. 1740 C. C.) entrañan la nulidad absoluta, y cualquier otro vicio distinto de los constitutivos de aquélla, la invalidez relativa, en particular, la incapacidad relativa y los vicios de la voluntad, esto es, error, dolo y fuerza²⁷.

IV. ELEMENTOS ESENCIALES DEL PACTO ARBITRAL

POR DEFINICIÓN, EL PACTO arbitral presupone un «conflicto de carácter transigible» (arts. 111 Ley 446/998, 1º Dcto. 2279/989), «presente y determinado», o una o varias "diferencias", actuales en el compromiso (arts. 117 Ley 446/98, 3º Dcto. 2279/989) o "eventuales" en la compromisoria (arts. 116 y 117 Ley 446/998) y, por consiguiente, no existe sino en presencia de un conflicto, controversia, disputa, litis, *res litigiosa*, *res dubia* o litigio actual y cierto, o eventual e hipotético.

La controversia, diferencia, conflicto actual o futuro e inminente, es imprescindible para la estructuración del pacto, constituye su materia y, por lo tanto, cuando la relación jurídica es prístina e incontestable, y en ausencia de disparidad no puede pensarse en el negocio jurídico arbitral. En tal evento la controversia actual (compromiso) o potencial (compromisoria) constituiría un elemento esencial o existencial de la figura en cuestión, debiéndose concluir que su omisión entrañaría la inexistencia del pacto arbitral, aun cuando, para alguna corriente, *strictu sensu*, no es de su esencia sino una hipótesis necesaria para la producción de sus efectos²⁸.

En rigor, la ausencia de conflicto, *res dubia* o litigio, más que en la invalidez, encajaría en un supuesto de inexistencia por ausencia de un elemento esencial para el concepto, aserto que se palpa con nitidez, tratándose del compromiso, el

²⁶ Cfr. Corte Suprema de Justicia Cas. Civ. Sentencias del 13 de mayo de 1968 y 20 de mayo de 1968. F. HINESTROSA. *Casación Civil, Jurisprudencia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1980, pp. 232 y ss.

²⁷ Cfr. E. BETTI. *Anormalità del negozio giuridico*, Padova, Cedam, 1930; G. P. CHIRONI. *L'inesistenza del negozio giuridico e la possibilità di sanarla*, Milano, Vallardi, 1914; G. CRISCOULI. *La nullità parziale del negozio giuridico; teoria generale*; A. FEDELE. *La invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Torino, Giappichelli, 1914; F. FERRARA. *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, 2ª ed., Milano, Società Editrice Libreria, 1914; G. FILANTI. *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, Jovene, 1983; E. FINZI. *Studi sulle nullità del negozio giuridico*, Bologna, Zanichelli, 1920.

²⁸ Para una doctrina, la controversia, el conflicto o disparidad, actual en el compromiso y potencial en la compromisoria, no es elemento necesario del pacto arbitral, presentándose, más bien, en cuanto presupuesto para su operancia, esto es, para la producción de sus efectos. Constituiría, desde esta perspectiva, un supuesto posterior de su eficacia, menester, no para su existencia sino para la generación de sus efectos, en tanto que sólo en presencia del conflicto se desencadena el efecto consustancial, esto es, la sujeción a la jurisdicción arbitral. Sin embargo, en el compromiso es indefectible la presencia del conflicto y, en este sentido, indudable su carácter esencial. En la compromisoria, en puridad, la controversia es futura, potencial e inminente y, por consiguiente, su presencia ulterior completaría e integraría la definición del tipo comercial *in concreto*.

cual presupone, cuando menos, un conflicto actual y presente, y podría ser dudoso a propósito de la compromisoria, en la cual es potencial y ulterior.

El carácter "transigible" de la controversia, pese a doctrina contraria, no parece ser exigencia conceptual de la figura, sino una cualificación jurídica inherente a la validez y, en particular, a la idoneidad del objeto.

De otra parte, el compromiso y la cláusula compromisoria exigen forma *ad substantiam actus* o solemne (*forma dat esse rei*) y deben constar por escrito, y su omisión, conforme a las pautas generales, implica su inexistencia, y su inobservancia defectuosa la invalidez.

La solemnidad, en esta hipótesis, atañe a cualquier documento²⁹ (arts. 116 y 117 Ley 446/998, 2º y 3º Dcto. 2279/989) y no se restringe a uno en particular, comprendiendo el fax, télex, telegrama³⁰, correo electrónico³¹ u otro medio semejante³². Además, si el negocio jurídico al cual accede la compromisoria es solemne *ad substantiam actus* o consta por escrito, la forma del pacto arbitral se entiende observada con la de aquél y, en todo caso, no se transmite ni conexas a éste.

Inobservada la forma escrita, el pacto arbitral es inexistente; sin embargo, si las partes de una relación jurídica controvertida acuden al arbitramento admitiendo la jurisdicción arbitral, su exigencia puede suplirse con la del acta respectiva o con la de los escritos de convocación y replicación³³, circunstancias en las cuales, a pesar de su omisión, no se generaría la ineficacia ni podría reclamarse la invalidez del laudo, porque su ejecución práctica y aquiescencia concluyente enervarían esta posibilidad (art. 38 [1] Dcto. 2279/989).

Tampoco es menester la firma ni la autenticidad³⁴, bastando el documento.

De otra parte, la inexistencia del negocio jurídico arbitral no es causal de anulación del laudo arbitral³⁵ y no puede ser juzgada por la vía del arbitramento³⁶.

V. PRESUPUESTOS DE VALIDEZ DEL NEGOCIO ARBITRAL

EL NEGOCIO JURÍDICO arbitral, además de los presupuestos de validez de todos

²⁹ El concepto de documento se entiende en el sentido amplio del artículo 251 del C. P. C.: «Son documentos, los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, radiografías [...] y en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo...».

³⁰ El artículo 117 de la Ley 446 de 1998, modificatorio del 3º del Decreto 2279 de 1989, disciplina: «El compromiso podrá estar contenido en cualquier documento, como telegramas, télex, fax u otro medio semejante».

³¹ El documento electrónico, en la época actual, es frecuente y tiene relevancia jurídica. *Cfr.* arts. 1.2 UNIDROIT; 2172 C. C. ital; 95 Ley 270/996; 37, Ley 223/995; L. Modelo (16 de diciembre de 1996) de CNUDMI o UNCITRAL.

³² Así, el artículo 7º inciso 2º de la Ley del 21 de junio de 1985, UNCITRAL, previene: «El acuerdo arbitral ha de hacerse por

escrito. Se entiende que es escrito un acuerdo cuando está contenido en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas u otros medios de telecomunicaciones que provea un rastro [*record*] del acuerdo, o en un intercambio de declaraciones de demanda y defensa en el que una parte alegue el acuerdo y la otra no lo niegue».

³³ En este sentido, el artículo 7º inciso 2º de la Ley del 21 de junio de 1985, UNCITRAL.

³⁴ *Cfr.* Corte Suprema de Justicia, Cas. Civ. Sentencia del 6 de diciembre de 1991, en sentido contrario. Sin embargo, el Decreto 2651 de 1991, y ahora los artículos 11, 12 y 12 de la Ley 446 de 1998, presumen la autenticidad de documentos, títulos ejecutivos e inclusive memoriales.

³⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 13 de junio de 1990.

³⁶ *Cfr.* Parágrafo artículo 116 de la Ley 446 de 1998.

los actos dispositivos, debe acatar los previstos en singular para éste y, por tanto, las partes deben ser capaces, tener poder dispositivo, y el objeto debe ser idóneo.

A. CAPACIDAD DE LAS PARTES

LA CAPACIDAD ES IDONEIDAD para engendrar el negocio; se predica de la parte, sujeto negocial o titular del interés y se identifica con la aptitud para actuar u obrar, o sea, con la habilidad jurídica para celebrar un negocio jurídico, contraer obligaciones y ejercer derechos.

El ordenamiento postula la capacidad de todo sujeto y regula su aspecto negativo con la consagración de las incapacidades establecidas por política legislativa, cuyas fuentes son la minoridad, sordomudez, demencia y prodigalidad o disipación. Así, los infantes e impúberes (art. 34 C. C.), dementes y sordomudos que no pueden darse a entender por escrito³⁷ son incapaces absolutos, y los menores adultos (arts. 24 C. C., 28 Dcto. 2737/989 y 1º Ley 27/977) y disipadores bajo interdicción son incapaces relativos.

El pacto arbitral exige la capacidad de las partes, pero los intereses de incapaces podrán someterse a arbitramento con sujeción a las formalidades habilitantes y protectoras, las cuales si valen más de mil pesos o recaen sobre bienes raíces imponen actuación de su representante, previo decreto judicial (art. 489 C. C.). La aprobación posterior del laudo no es necesaria en virtud de lo dispuesto por la ley procesal (art. 672 *in fine* C. P. C.).

B. LEGITIMACIÓN O PODER DISPOSITIVO

BASADA EN LA NOCIÓN adjetiva o procesal de la *legitimación en causa* predicada de las acciones y del proceso, la dispositiva concierne al poder de disposición de los intereses y a la aptitud para recibir los efectos del negocio jurídico.

Su concepto no se confunde con el de capacidad de parte, es decir, con la habilidad de ejercicio; obedece a la titularidad del interés y, más ampliamente, a la posibilidad de disponer de éste, a punto que un sujeto capaz puede carecer de legitimación o poder dispositivo, y un incapaz puede tenerla según, en su orden, carezca o tenga la titularidad del interés.

La legitimación activa de ordinario implica la disposición del interés por su titular (*dominus*).

Sin embargo, en oportunidades quien no es titular del interés podrá disponer de éste eficazmente, por virtud de la amplificación de la esfera dispositiva, específicamente tratándose de la preservación o defensa de un derecho (*iure proprio*), de representación y apariencia (*error communis facit jus*).

El pacto arbitral debe celebrarse por el titular de los intereses de la relación jurídica controvertida o en ciernes de conflicto o por su representante, apoderado o mandatario, siendo menester que cada uno de los sujetos que lo celebran tengan poder de disposición respecto de la misma, y si actúa a nombre ajeno, la facultad expresa.

En efecto, si se trata de representación voluntaria, el representante precisa de un poder especial³⁸ para tal efecto, que no está sometido a formalidad alguna

³⁷ El sordomudo, por lo común, se da a entender por medio distinto del escrito y, en tal hipótesis, su incapacidad es cues-

tionable y no existe.

³⁸ En el artículo 3.1 (808 C. P. C.) de la Ley it. 25 del 5 de enero de 1994, «el poder

(arts. 2149 C. C. y 836 C. Co.), al considerarse que el pacto arbitral excede el ámbito del poder y de las facultades ordinarias (arts. 2158, 2167 y 2471 C.C.).

Con todo, la representación puede surgir de la apariencia (*error communis facit jus*), y presentarse una legitimación extraordinaria frente a los demás (arts. 2149 y 842 C. Co.)³⁹.

En presencia de la representación orgánica o de las personas jurídicas, quienes tienen plena capacidad, la legitimación dispositiva se precisa de conformidad con su naturaleza pública o privada, su objeto social y sus estatutos, por cuanto el representante debe tener autorización estatutaria o delegada para comprometer, presumiéndose autorizado para la celebración o ejecución de «todos los actos y contratos que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad», a punto que «las limitaciones o restricciones de las facultades que no consten expresamente en el registro mercantil no serán oponibles a terceros» (art. 196 C. Co.).

De esta manera, el poder de disposición se determina conforme al régimen jurídico y estatutario de la persona jurídica y, salvo que éstos prohíban o restrinjan las atribuciones del representante legal por naturaleza del negocio o de cuantía, se entiende legitimado para celebrar el pacto arbitral.

De otra parte, al lado de la representación estrictamente orgánica puede coexistir la representación negocial de la persona jurídica y, en esta hipótesis, estructurarse la representación aparente, cuando, por supuesto, el representante “legal” incurre en los supuestos fácticos prevenidos para ésta.

Otro aspecto importante es la celebración de un negocio jurídico con pluralidad de partes, las unas con poder dispositivo y las otras carentes de éste o representadas por apoderados, unos con facultad expresa y otros no. La legitimación, en toda hipótesis, se exige y predica de todos los sujetos y, por consiguiente, las distintas relaciones jurídicas se mirarán separadamente, excepto si por su naturaleza o por disposición legal deben considerarse en forma unitaria. Modalidad específica puede presentarse en caso de solidaridad activa y pasiva, evento en que se analizará la situación de acuerdo con el régimen de la solidaridad y la legitimación plena de cualquiera de los acreedores, salvo demanda de uno de éstos.

El poder dispositivo comporta la facultad de comprometer, disponer de los bienes, derechos o acciones sobre los cuales se proyecta la controversia actual o eventual y, por esto, quienes hayan sido admitidos a trámite concursal no pueden comprometer ni transigir válidamente en perjuicio de la masa de acreedores.

Distinta es la situación de incapacidad, suspensión o pérdida sobrevenida del poder dispositivo por causas posteriores a la celebración del pacto arbitral, *verbi gratia*, por interdicción judicial, demencia o disipación, medidas cautelares, trámites concursales o liquidatorios e intervención administrativa forzosa.

En estas hipótesis, p. ej., interdicción judicial ulterior por demencia o disipación posterior o sobrevenida a la celebración del negocio arbitral, no se afectaría su eficacia, por cuanto al instante de su celebración existía la capacidad y la habilidad dispositiva. Con todo, en punto de la pérdida o suspensión del

para celebrar el contrato implica poder para convenir la cláusula compromisoria».

³⁹ Así, el artículo 842 del C. de Co. consagra: «Quien dé motivo a que se crea, conforme a las costumbres comerciales o por

su culpa, que una persona está facultada para celebrar un negocio jurídico, quedará obligada en los términos pactados ante terceros de buena fe exenta de culpa».

poder dispositivo por trámite concursal o liquidación obligatoria (Ley 222/995) puede sostenerse que si la misma acontece después de trabarse la relación jurídico procesal, en virtud de la *perpetuatio jurisdictionis*, no se afecta el pacto arbitral; discutible sería esta solución si es anterior, por la suspensión del poder dispositivo devenida de la admisión.

C. IDONEIDAD DEL OBJETO, NATURALEZA DE LA CONTROVERSIDAD Y ASUNTOS SUSCEPTIBLES DE ARBITRAMIENTO

EL INTERÉS CONSTITUYE el objeto del negocio jurídico, y se entiende por tal toda porción del mundo exterior susceptible de aprovechamiento o utilidad, diferenciándose del objeto de la obligación, una de cuyas fuentes es el acto dispositivo, por cuanto éste es la prestación, es decir, el deber de conducta.

La idoneidad del objeto se mira naturalística y jurídicamente, y se predica del interés susceptible de disposición; presupone determinación o determinabilidad, existencia actual o potencial, y comerciabilidad.

El interés debe existir, pero no sólo sobre las cosas existentes puede recaer la disposición, sino aun respecto de aquellas que no existen y cuya existencia se espera.

Tratándose del pacto arbitral, el objeto es la materia sobre la cual recae, es decir, la controversia⁴⁰, esto es, el conflicto que a su turno constituye un elemento esencial y cuya inexistencia entraña la del pacto arbitral por definición.

Respecto de este objeto, o sea, de la controversia, se exige la idoneidad y, por tanto, su determinación o determinabilidad, su “comerciabilidad” o naturaleza transigible y susceptible de disposición.

Desde esta perspectiva, las partes deben determinar la controversia, *res dubia*, o sentar las pautas de su determinación, cuyo efecto comporta la competencia misma del tribunal arbitral, la congruencia del laudo y la eventual nulidad por tal virtud.

En cuanto se refiere al compromiso, las partes indicarán el conflicto presente, actual y, si estuviere en curso proceso ante la jurisdicción común, se determinará por la demanda, su replicación, las excepciones interpuestas, la reconvencción, su respuesta y excepciones, sin perjuicio de su modificación por las partes, quienes podrán extender o restringir la materia a determinados asuntos mientras no exista pronunciamiento jurisdiccional definitivo y ejecutoriado.

Sin embargo, en punto de la oportunidad para la celebración del compromiso o para la extensión o disminución de los asuntos sometidos a arbitramento, y, por tanto, de la determinación de éstos, de antiguo se limitó a etapa anterior al pronunciamiento de la sentencia de primera instancia, aun cuando se admite esta posibilidad mientras no exista decisión de segundo grado o del recurso de casación, esto es, entre tanto la decisión del conflicto no sea definitiva y, por ende, la sentencia que lo defina no esté ejecutoriada.

⁴⁰ REDENTI. *El compromiso y la cláusula compromisoria*, cit., pp. 75 y ss., apunta: «objeto (estáticamente considerado) son las controversias (o acaso el decidir las controversias) y causa (funcional) es el hacer que se decida». El término *controversia* parece coincidir con el de *litis* que define la transacción; «Debe tratarse de pretensiones

contestadas entre particulares (o entidades que operen *moren privatorum*), susceptibles de ser “decididas” con un pronunciamiento (*dictum*) de los árbitros (laudo) que, en virtud del decreto de ejecutoriedad del pretor, podrá adquirir la eficacia de una sentencia emitida por los jueces en un proceso ordinario de cognición».

En la compromisoria, las diferencias son futuras e inminentes, pues, por su inteligencia, las partes de un negocio jurídico o de un contrato celebrado convienen que precisas controversias o todas o algunas de las derivadas de su celebración, ejecución, terminación, liquidación o que se presenten a futuro, se sometan a arbitramento, planteándose la interrogación a propósito de sus alcances y extensión⁴¹.

Las partes de la relación jurídica contractual o negocial son autónomas en la determinación de las controversias objeto de arbitramento, pudiendo limitarlas a alguna o algunas en particular, lo cual precisa una estipulación expresa y explícita, pues si nada indican «se presumirá que la cláusula compromisoria se extiende a todas las diferencias que puedan surgir de la relación contractual» sin perjuicio de las exclusiones dispuestas por el *ius cogens* o por la naturaleza de la controversia, *verbi gratia*, en negocios y relaciones de familia o de contratación estatal (art. 77 Ley 80/993).

También concierne a la idoneidad del objeto del negocio arbitral la naturaleza de la controversia, la cual ha de ser transigible, es decir, susceptible de transacción y recaer sobre derechos que puedan comprometerse, esto es, disponerse.

De esta manera, tanto el compromiso cuanto la compromisoria versan sobre diferencias “transigibles” y, por lo general, lo son todas las patrimoniales o de contenido económico por ser susceptibles de comprometer, transigir⁴² y disponer.

No procede transacción ni arbitramento⁴³ respecto de derechos inexistentes (art. 2475 C. C.), y por su indisponibilidad, de los surgidos de una relación o contrato individual de trabajo (arts. 14 y 15 C. S. T.), ni sobre derechos e intereses de la personalidad, del estado civil de las personas (arts. 2473 C. C. y 1º Dcto. 1260/970), ni de la acción penal derivada de la comisión de un delito (art. 2472 C. C.), ni sobre los derechos a alimentos futuros (art. 2474 C. C.) ni de aquellos cuya observancia comporta al *ius cogens*, al orden público⁴⁴ ni a las buenas

⁴¹ H. ALSINA. *Tratado teórico práctico de derecho civil y comercial*, 2ª ed., Buenos Aires, Ediar, 1965, p. 35, observa: «... es necesario que se refiera a un negocio determinado, pues, la cláusula que compromete someter a la decisión arbitral cualquier controversia que pueda surgir entre dos personas, sin consideración a la causa que la genere, importaría una renuncia general a la jurisdicción inadmisibles por razones de orden público, pero puede ser amplia si refiere a todos los conflictos de una determinada relación contractual o sólo a algunos de ellos».

⁴² La transacción es negocio jurídico distinto del pacto arbitral; su función es la supresión de un conflicto actual o futuro, reglamentándole en su manera (*res dubia*) o generando carga prestacional ulterior distinta de la anterior (transacción novatoria típica y atípica) o complementaria de ésta. La transacción es negocio jurídico; el arbitraje surge de éste y requiere un proceso; aquella evita o soluciona un conflicto, el arbitraje lo concluye. *Cfr.* F. CARESSI. *La transazione*,

Torino, Utet, 1956; F. SANTORO P. *La transazione*, Napoli, Jovene, 1958.

⁴³ *Cfr.* M. G. MONROY CABRA. “Consideraciones sobre el arbitraje comercial en Colombia”, en *Arbitraje Conciliación*, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá, Edit. Guadalupe, 1985, pp. 34 y ss., quien observa: «No cabe transacción y por ende arbitraje sobre derechos o situaciones sobre las cuales las partes no pueden disponer (art. 2470 C. C.) y en especial sobre los siguientes: a) Sobre el estado civil. No podría existir transacción ni arbitraje sobre la existencia o validez del matrimonio, o sobre la existencia de una relación de parentesco (art. 2473 C. C.); b) Sobre el derecho que una persona tenga de solicitar de otra una pensión de alimentos (art. 2472 C. C.)».

⁴⁴ El orden público, en su sentido clásico, político, social o económico, concierne a materias no susceptibles de disposición por los particulares, dispuestas de manera imperativa para la preservación del Estado, de la Sociedad, de intereses económicos o sociales determinados, en veces con orientación

costumbres⁴⁵. Tampoco es admisible el arbitramento respecto de relaciones jurídicas en las cuales no haya controversia, y aun determinadas controversias⁴⁶ no pueden fallarse por arbitramento⁴⁷.

1. Asuntos de familia

En el estado actual de nuestra legislación, es igualmente improcedente el arbitramento en lo referente a las relaciones de familia por constituir núcleo

o dirección positiva de ordenación, protectora o encauzadora, ora con carácter negativo o de prohibición y, por esta inteligencia, no admiten posibilidad de discusión, exclusión ni modificación. Sin embargo, la preceptividad estatuida en los artículos 6º, 1521 y 1740 C. C. y ord. 1º del artículo 899 C. del Co. entraña inestabilidad e incertidumbre por su amplitud y ambigüedad, pues no puede entenderse como poder difuso y en blanco, en cuanto no toda contradicción de la norma produce ni puede producir nulidad. Cfr. G. B. FERRI. "Ordine pubblico, diritto privato", en *EdD*, XXX, Milano, 1980, pp. 1051 y ss.

⁴⁵ Las buenas costumbres (*boni more*), sin duda, atañen a moral o ética media de la sociedad o colectividad, «constituyen un cuerpo de reglas deontológicas no formalizadas, prejurídicas». Cfr. A. SACCO. "Il contenuto del contratto", en *Trattato di diritto civile*, P. RESCIGNO (dir.), Torino, 1983, pp. 266 y ss.; G. RIPERT. *La regla moral en las obligaciones*, trad. C. VALENCIA ESTRADA, Bogotá, 1946; TRABUCCI. "Buon costume", en *EdD*, V, Milano, 1959, pp. 705 y ss.; J. FLOUR y J. L. AUBERT. "Sources: L'acte juridique", *Les obligations I, Vol. I*, París, Armand Colin, 1986, pp. 219 y ss.

⁴⁶ H. MORALES MOLINA. "El arbitraje nacional e internacional en Colombia", en *Arbitraje. Conciliación, cit.*, anota: «De los asuntos indicados se excluyen del proceso arbitral: 1) Aquellos que no son materia de transacción, o sea, los que recaigan sobre la acción criminal o el estado civil de las personas (art. 2472 C. C.) o cualquier otra pretensión que la ley indique, como las relaciones laborales; 2) Los que surjan entre personas que no fueren capaces de transigir, salvo que se obtenga licencia judicial (arts. 489, 1502 y 1504 C. C. y 649 y 672 inc. final C. P. C.). Obviamente se excluyen, por no constituir controversias, las cuestiones que son materia de jurisdicción voluntaria»; tampoco los procesos declarativos contentiosos, «cuya sentencia requiere trámite adicional para su cumplimiento, como el de rendición de cuentas cuando se rindan; o de impugnación específica, como el deslinde; o de cumplimiento jurisdiccional, como los

divisorios; o aquellos en que debe citarse necesariamente a terceros por disposición de la ley, salvo cuando éstos hayan participado en el compromiso, o se haya celebrado con ellos por las partes principales uno a fin de integrarlo a una cláusula compromisoria vigente entre las mismas».

⁴⁷ E. REDENTI. *El compromiso y la cláusula compromisoria*, trad. SANTIAGO SENTÍS, Ejea, 1961, pp. 75 a 83, excluye: a) Conocer de existencia de delitos penales; b) Atribución sustitutiva de un juez en procesos de jurisdicción voluntaria, ejecución procesal forzada, procesos de quiebra y procedimientos análogos, concesión de secuestros y medidas cautelares; c) Es dudoso si pueden resolver de las consecuencias puras patrimoniales del delito sobre el cual se haya pronunciado un juez penal o de un delito extinguido, esto es, sobre el cual el juez penal no puede pronunciarse. Debe resolverse en la duda en sentido afirmativo; d) Sobre oposiciones a ejecuciones, eficacia y nulidad de actos ejecutivos; e) Podría surgir duda respecto de providencias constitutivas cuyos efectos puedan realizarse por actos de decisión particular; f) Materias de relaciones individuales de trabajo, previsión y asistencia obligatoria; cuestiones de estado y separación personal de esposos y actos que no puedan transigirse; casos en que los derechos se tutelan por orden público o de público interés, como cuando deba intervenir el Ministerio Público (la revisión periódica de cánones de arriendo o suministro, incluso agrarios, son comprometerables, pero con ajuste a la ley). Se discute respecto de cuestiones rescisorias de un contrato; cuántum de alimentos debidos; separación de la dote; exclusión de socios mercantiles y responsabilidades de administradores; anulación de deliberaciones sociales y disolución anticipada de sociedades (las controversias en materia de exclusión del socio de la sociedad pueden legítimamente ser comprometidas en árbitros, y así también en el caso del último apartado del artículo 2287 del C. C.); controversias contables y confiadas inderogablemente a jurisdicciones especiales, bienes de dominio público, de uso o destinados a servicios público.

esencial de la sociedad y concernir a hipótesis en cuya preservación es evidente el interés del Estado, a más de la indisponibilidad aneja a su naturaleza y razón de ser.

En este aspecto, el ordenamiento es anfibológico en cuanto muchos asuntos de familia son susceptibles de conciliación⁴⁸, y por ello no existiría argumento admisible para la exclusión del arbitramento.

Sin embargo, a nuestro juicio, en el ordenamiento actual, algunas controversias relativas al régimen económico del matrimonio no están excluidas del arbitramento al versar sobre derechos disponibles y transigibles, p. ej., conflictos en torno de la simulación, disposición fraudulenta u ocultación de ganancias.

También las disputas en torno de la declaración de unión marital de hecho entre compañeros permanentes y el régimen de bienes podrán ventilarse por el arbitramento⁴⁹.

2. Contratación estatal

A propósito de las controversias suscitadas en torno de los contratos estatales y de los actos administrativos generales y contractuales, existen distintas posiciones doctrinales y jurisprudenciales, distinguiéndose la legalidad de sus restantes efectos, en particular, los patrimoniales o económicos.

En punto de la legalidad del acto administrativo, es reiterada la opinión de su naturaleza de orden público, imperativa e indisponible, en cuanto el orden jurídico⁵⁰ no es susceptible de transacción y, por tanto, de conciliación y arbitramento⁵¹.

⁴⁸ Son conciliables «todos los asuntos susceptibles de transacción, desistimiento y aquellos que expresamente determine la ley» (art. 65 Ley 446/998) y, en materia de familia, ante los Defensores de Familia, entre otros: a. La suspensión de la vida en común de los cónyuges; b. La custodia y cuidado personal, visita y protección legal de los menores; c. La fijación de la cuota alimentaria; d. La separación de cuerpos del matrimonio civil o canónico; e. La separación de bienes y la liquidación de sociedades conyugales por causa distinta de la muerte de los cónyuges; y f. Los procesos contenciosos sobre el régimen económico del matrimonio y derechos sucesorales (art. 47 Ley 23/991).

⁴⁹ Si el «arbitramento es una de las instituciones más sólidamente establecidas en el derecho» (Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 29 mayo de 1969, declaró exequibles los artículos 1214 a 1227, leyes 105/931 y 21/938), no existe justificación ninguna para excluir del conocimiento de los árbitros algunas controversias derivadas de relaciones de familia, p. ej., la cesación de efectos civiles del matrimonio, el divorcio, la separación de cuerpos y de bienes ni los conflictos concernientes a la sociedad conyugal. En este sentido, algunos asuntos

estimados indisponibles deberían ser conocidos por la jurisdicción arbitral, para extender el arbitramento a toda clase de procesos declarativos y cognitivos, aun los que no son susceptibles de transacción.

⁵⁰ Sin embargo, no todo el orden jurídico es indisponible. En efecto, es antigua y unánime la diferenciación de las normas de orden público, *ius cogens*, imperativas e indisponibles, y las normas dispositivas o supletivas, susceptibles de modificación y exclusión particular. De igual manera, las partes de un negocio jurídico son autónomas para terminar, modificar o extinguir sus relaciones jurídicas e inclusive conservar el acto dispositivo suprimiendo su ineficacia.

⁵¹ La Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, en sentencia del 12 de diciembre de 1991, al analizar la constitucionalidad del artículo 62 de la Ley 23 de 1991 que excluía la conciliación sobre la legalidad del acto administrativo y contemplaba su revocatoria directa, anota: «Es palmario que no puede quedar librada a la voluntad de los interesados (Administración y particular) la decisión sobre la legalidad o ilegalidad del acto para, en este último supuesto, decretar su nulidad y, como consecuencia, poder conciliar sobre los aspectos estrictamente patrimoniales. El orden jurídico en cuanto

Respecto de los efectos económicos, particulares o concretos y demás consecuencias de índole diversa a la legalidad del acto administrativo, una corriente admite la conciliación y el arbitramento al concernir a intereses singulares inherentes a las partes susceptibles de disposición y transacción.

Otra opinión, partiendo de la inescindibilidad o indisociabilidad de la legalidad del acto administrativo y sus efectos, cualesquiera que fueren, rechaza toda posibilidad de transacción, conciliación y arbitramento, al ser prácticamente imposible referir a uno solo de estos tópicos sin tocar los restantes, o la admite con proyección sobre su fundamento eficiente.

De esta manera, se plantea una compleja problemática para la procedencia de la transacción, la conciliación y el arbitramento, tratándose de controversias en las cuales exista un acto administrativo y, especialmente, mientras éste conserve su vigencia, tanto más si tratándose del ejercicio de las acciones contractuales, cuando se hubiere proferido un acto administrativo de esta naturaleza, presupone impugnarlo para obtener un fallo de fondo⁵².

El capítulo V de la Ley 23 de 1991, al disciplinar la conciliación contencioso administrativa, la permitió en las controversias de carácter particular y contenido económico derivadas de los actos administrativos, excluyendo su legalidad.

En su caso, cuando la conciliación lo determinare, se procedía a la revocatoria del acto administrativo, sujeta a la existencia de las causales prevenidas por el artículo 69 del C. C. A.⁵³, para cuyo efecto el acta respectiva equivalía al

constituya *ius cogens* o derecho imperativo, por esencia, escapa a la idea de negociabilidad. Si la Administración del Estado está convencida de que una actuación suya se ajusta cabalmente a los dictados de tal ordenamiento, mal podría en un momento dado admitir lo contrario, es decir, que el acto administrativo fue ilegal, por el solo afán de evitar un litigio, conciliando pretensiones».

⁵² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 16 de julio de 1998, M. P.: Daniel Suárez Hernández, exp. 10.223: «En ese orden de ideas, imposible resulta acceder a las pretensiones del demandante, pues la demanda con que se inició la instancia no impugnó la legalidad de los varios actos administrativos que se produjeron durante la ejecución de la relación comercial originada en el contrato cuyo incumplimiento se solicita y, tal cual queda visto, habiéndose proferido varios actos administrativos, uno de ellos declarando precisamente el incumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato por parte del demandante, indispensable resultaba, si se pretendía obtener una declaratoria de incumplimiento por parte de la entidad demandada, el haber controvertido en sede jurisdiccional la legalidad de tales actos, pues en tanto ello no ocurra la presunción de legalidad y acierto que los caracteriza permanece incólume, deficiencia ésta que configura en el caso concreto la excepción de inepta demanda

propuesta por la entidad demandada, toda vez que el libelo resulta materialmente inepto a los fines de las pretensiones perseguidas, impidiendo que el juzgador pueda entrar a pronunciarse sobre los hechos constitutivos del incumplimiento, por la deficiencia anotada...». También con ponencia de Suárez Hernández había dicho en sentencia del 9 de mayo de 1994, exp. 8857: «En las anteriores condiciones, si se toma en cuenta que las resoluciones mediante las cuales se liquidó unilateralmente el contrato y se confirmó la liquidación, por tratarse de típicos actos administrativos, luego de su ejecutoria quedaron en firme y amparados por la presunción de legalidad, de tal forma que sólo eran susceptibles de impugnación mediante el ejercicio de la acción contractual ante esta jurisdicción. No obstante, como se deduce del examen del expediente, en este proceso no se demandó la nulidad de ninguno de tales actos, omisión que indefectiblemente conduce a concluir que los mismos se encuentran vigentes y que, por consiguiente, las determinaciones tomadas por la Administración en este proceso deben mantenerse sin modificación».

⁵³ Corte Suprema de Justicia, Sala Plena. Sentencia del 12 de diciembre de 1991, anota: «Será necesario, claro está, que se esté en presencia de cualquiera de las causales consagradas en el artículo 69 del C. C. A.».

consentimiento expreso y escrito del titular⁵⁴ y debía proferirse un acto posterior en este sentido, dejando al arbitrio de la administración la revocación.

Con estas premisas, la jurisprudencia del contencioso sostuvo la eficacia del pacto arbitral y la competencia exclusiva de los tribunales de arbitramento para el juzgamiento de las controversias de carácter particular y contenido económico derivadas de los actos administrativos proferidos por virtud de los contratos estatales y de éstos, y su ineficacia para el conocimiento de la legalidad o ilegalidad de los últimos y la competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo para tales menesteres⁵⁵ por ser materia vedada a los tribunales de arbitramento⁵⁶.

⁵⁴ El artículo 62 de la Ley 23 de 1991, disponía: "Cuando como consecuencia del acuerdo logrado entre los interesados resultare necesario revocar un acto administrativo que haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, el acta de conciliación equivaldrá al consentimiento expreso y escrito del citado titular".

⁵⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 18 de junio de 1992, exp. 6761, M. P.: Daniel Suárez Hernández, anotando: "... como las partes del contrato previamente habían convenido en solucionar sus diferencias mediante intervención arbitral, con excepción de aquellas referentes a las llamadas cláusulas exorbitantes, no correspondía al tribunal *a quo*, por carecer de jurisdicción, para conocer y decidir respecto de los conflictos cuya solución estaba adscrita a la decisión arbitral. El *a quo* se encontraba ante un caso de acumulación de pretensiones adscritas a distintas jurisdicciones: la de lo contencioso administrativo facultada para conocer y despachar las dos primeras, en tanto que la justicia arbitral fue escogida válidamente por las partes para desatar las restantes. Así, pues, el tribunal únicamente podía pronunciarse sobre la demanda de nulidad de los actos administrativos acusados; era de su resorte declarar su legalidad o ilegalidad, pero hasta allí llegaban sus facultades de juzgamiento; la existencia o no de perjuicios, el derecho al reconocimiento de reajustes, así como la eventual indemnización, correspondía hacerla, en virtud de la cláusula compromisoria, al tribunal de arbitramento que asuma su conocimiento".

⁵⁶ *Cfr.* Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 15 de mayo de 1992, M. P.: Daniel Suárez Hernández, en donde se observa que los tribunales de arbitramento no pueden pronunciarse sobre la legalidad del acto administrativo, pero sí sobre sus efectos económicos: «Sea lo primero resaltar

que el artículo 76 citado sustrae del arbitramento la aplicación de la cláusula de caducidad y sus efectos, así como lo relativo a las cláusulas que contengan los principios sobre terminación, modificación e interpretación unilaterales de los contratos administrativos. Así, por ejemplo, si la Administración declara la caducidad de un contrato administrativo o de uno de derecho privado con cláusula de caducidad, porque, a su juicio, del incumplimiento de las obligaciones del contrato se derivan perjuicios para aquella (causal f., art. 61, Dcto. 222/983) y consecuentemente los cuantifica en determinada cantidad que dice que debe pagarle éste, o si la declaración la funda en incapacidad financiera del mismo contratista (causal e) y también establece que el efecto de la misma será el pago por éste de determinada prestación, todo lo decidido en el correspondiente acto administrativo no puede ser discutido en el proceso arbitral que se adelante como resultado del pacto arbitral. Puede afirmarse que en el proceso arbitral caben las disposiciones sobre las diferencias suscitadas entre las partes acerca de la cuantificación concreta que la Administración haga como consecuencia de las declaraciones de caducidad o terminación, modificación e interpretación unilaterales, porque lo que la norma prohíbe es que se discuta la aplicación de tales cláusulas y sus efectos jurídicos, mas no las consecuencias económicas de dichos efectos. Puesto que una cosa es alegar que no puede arbitrarse sobre la caducidad o la terminación, y que el efecto de estas declaraciones sea el que deba procederse a la liquidación del contrato (lo que sí puede hacer la Administración), y otra muy distinta afirmar que ese efecto comporte que el contratista debe pagar determinada suma en que la Administración estima los perjuicios causados con el incumplimiento o lo que el contratista sale a deberle por la liquidación del contrato».

Estas posiciones son reiteradas⁵⁷ coherentemente⁵⁸ y así mismo asumidas por algunos tribunales de arbitramento, diferenciando además las pretensiones de nulidad y las concernientes al contrato⁵⁹.

⁵⁷ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 12 de noviembre de 1993, exp. 7809, en donde se concreta: «b) Es cuestión incontrovertible que la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos originados en un contrato cuyo juzgamiento se radica en sede arbitral no puede ser materia sometida a juzgamiento de árbitros, desde luego que tal juicio de valor no constituye objeto de transacción; dicho de otra manera, solamente el juez de lo contencioso administrativo resulta ser el competente para juzgar la legalidad o ilegalidad de tales actos emanados de las potestades exorbitantes de la Administración. Pero también resulta comprensible que las causas y efectos relacionados con tales actos administrativos sí puedan ser solucionados por la justicia arbitral, cuando las partes lo sometan a su resolución y, por otra parte, no exista normatividad que prohíba su eventual solución a través del negocio jurídico transacción. Así, temas como los del cumplimiento o incumplimiento de los plazos contractuales, los de la proporcionalidad, cuantía y forma de pago de ciertas cantidades de dinero a cargo de alguna de las partes del contrato, o las relacionadas con aspectos atinentes a las garantías sobre el objeto material del negocio, bien podrían constituir tema arbitral, por cuanto sobre los mismos es procedente la transacción, por razón de la materia y por no encontrarse expresamente exceptuados de la órbita arbitral por normatividad alguna». Cfr. igualmente sentencia del 24 de junio de 1993, exp. 7215.

⁵⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 10 de mayo de 1994, observando: «... No podía entonces la sala decidir en un proceso entre las mismas partes que las controversias contractuales distintas a las nulidades de los actos administrativos dictados en desarrollo del contrato corresponden a la decisión de los árbitros; y ahora, cuando se ha producido un laudo arbitral sobre dichos puntos, decidir que ellos correspondían a la jurisdicción contencioso administrativa. La sala reitera entonces la posición sostenida en la sentencia transcrita, en la cual se considera que el hecho de que el demandante, desconociendo la cláusula compromisoria, acuda a la jurisdicción y el demandado no formule la excepción de compromiso no debe entenderse como derogación del pacto arbitral». Cfr. auto del 29 de marzo de 1996.

⁵⁹ En el proceso arbitral instaurado por el Consorcio Impregilo S. p. a. Estruco vs. EAAB, al asumir competencia, el Tribunal arbitral expresó: «si bien no habrá por parte del tribunal de arbitramento juzgamiento de los actos administrativos por medio de los cuales la *empresa* impuso multas al contratista, la presunción de legalidad que tales actos tienen no puede oponerse a la competencia natural del juez, y en este caso lo es el tribunal de arbitramento, para cercenar su facultad de analizar y juzgar la conducta de las partes en desarrollo del contrato y dirimir las cuestiones sometidas válidamente a su conocimiento», y posteriormente, en el Arbitramento de Seguros Alfa S. A. contra la misma EAAB, mediante providencia del 31 de agosto de 1995, al desestimarse la excepción de falta de competencia derivada de la existencia de un proceso iniciado ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en el cual se demandó la legalidad de las resoluciones que impusieron multas, declararon el incumplimiento del convenio celebrado entre las partes e hicieron exigible la cláusula penal pecuniaria, y de la exclusión en la compromisoria de «los efectos de la cláusula de caducidad, así como las causales que den lugar a su aplicación», el Tribunal de arbitramento puntualizó las «diferencias conceptuales básicas entre la pretensión que se aduce mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y aquella que versa sobre derechos o intereses subjetivos y nace de un conflicto no solucionado —porque las partes no quisieron o no pudieron componerlo— y se aduce mediante acción contractual ante la autoridad competente, bien sea la jurisdicción ordinaria o la arbitral, esta última por voluntad de las partes», precisando: «En el primer caso, por el ejercicio de la denominada acción de nulidad con restablecimiento del derecho (arts. 84 y 85 C. C. A.), no se plantea un litigio entre dos personas, sino que se enjuicia la actividad de la Administración, ya que existe un desacuerdo entre lo resuelto por la autoridad mediante su acto administrativo por razón de infracción en la aplicación de la ley o en la existencia de un vicio de procedimiento en el mismo acto impugnado. En el segundo caso, debido al ejercicio de las denominadas acciones contractuales y generado por la relación sustancial, una parte exige algo de la otra,

Con posterioridad, el Consejo de Estado⁶⁰, desconociendo su reiterada jurisprudencia, la naturaleza jurisdiccional de la institución arbitral y el efecto impenitativo de los negocios jurídicos, postula la insólita tesis del carácter “facultativo” y no “imperativo” del pacto arbitral, del juzgamiento privativo por la jurisdicción de lo contencioso administrativo de la totalidad de las controversias cuando en éstas esté involucrada la legalidad de un acto administrativo, por estar asignada a ésta el juzgamiento de la legalidad del acto y ser inadmisibles declarar su nulidad y abstenerse de decidir las pretensiones consecuenciales en un conflicto “cuya unidad no puede desconocerse”, y la cesación de efectos de la compromisoria cuando se profiera un acto administrativo, el cual sustrae la controversia del conocimiento de los árbitros cuando alguna de las partes acuda a la jurisdicción de lo contencioso administrativo⁶¹.

previa decisión jurisdiccional declarativa, constitutiva o de condena».

⁶⁰ *Cfr.* Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 16 de junio de 1997, exp. 10882, en donde se indica: «sería inadmisibles declarar la nulidad de los actos acusados y abstenerse de resolver sobre las pretensiones consecuenciales, las cuales se encuentran en evidente relación lógica, bajo el argumento de que su conocimiento es de competencia de una institución contractual de naturaleza y carácter excepcional y además meramente facultativa de las partes. Uno de los pilares fundamentales del Estado moderno es ejercer la potestad de administrar justicia en forma continua y permanente a través de los órganos jurisdiccionales correspondientes. Por mandato constitucional, el pleno ejercicio de esta función pública esencial es la regla general y los demás eventos autorizados por la Constitución y la ley, como el tribunal de arbitramento, constituyen la excepción. En consecuencia, de admitirse el fraccionamiento de la función jurisdiccional podría correrse el riesgo de producirse un fallo inocuo hasta el punto que el lesionado podría quedar sin justicia, y de ser así se estaría vulnerando la garantía constitucional del acceso a la administración de ella (art. 229 C. P.). En efecto, al prosperar la nulidad del acto acusado y en el supuesto caso que se llegare a concluir que no le corresponde a esta jurisdicción decidir sobre las demás pretensiones consecuenciales, el Consejo de Estado no podría ordenar la constitución y convocatoria del tribunal de arbitramento por tratarse de una facultad exclusiva de las partes, y además porque significaría atentar contra el principio de la congruencia de los fallos. El problema que esto implica es que se estaría profiriendo una decisión que no produciría efecto alguno, lo cual es contrario a la naturaleza y finalidad de la función pública de administrar justicia [...] De allí que aparezca como jurídico y razonable el

que la jurisdicción de lo contencioso administrativo asuma el conocimiento pleno de una controversia cuya unidad no puede ser desconocida». Esta incoherencia se reitera en auto del 18 de septiembre de 1997.

⁶¹ En este aspecto, precisa el importante salvamento de voto de Daniel Suárez Hernández a la Sentencia del 16 de junio de 1997, exp. 10882: «No comparto la interpretación que da la Sala a la cláusula en el sentido de entender que la decisión de someter al conocimiento de un tribunal de arbitramento las controversias jurídicas o de interpretación del contrato o de aplicación de cláusulas, que se presenten durante la ejecución o con posterioridad a la terminación del contrato, fue establecida como una facultad de cada una de las partes de acudir a dicho tribunal y no como un compromiso imperativo para las mismas. Entiendo que lo convenido en esa regulación negocial fue el sometimiento de las diferencias jurídicas surgidas del contrato a la justicia arbitral. De lo contrario el pacto contenido en esa cláusula sería inane, en el sentido de que con él no se lograría sustraer de la jurisdicción contencioso administrativa el conocimiento de los controversias surgidas del contrato que vinculó a las partes, dado que se dejaría a su voluntad acudir a la jurisdicción contenciosa o a la justicia arbitral...». «...también me aparto de la apreciación de la Sala en cuanto considera que someter los conflictos derivados de un mismo contrato a diferentes jurisdicciones, según se trate del estudio de legalidad de los actos administrativos o de diferencias de otro orden, rompe la continencia de la causa. Por el contrario, sostuvo durante la discusión —como lo venía aceptando pacíficamente la Sala—, que corresponde al desarrollo normal de los contratos estatales, en los cuales además de estipularse cláusulas excepcionales se incluye el pacto arbitral, que las decisiones en relación con las controversias que surjan

En nuestro sentir, la citada "jurisprudencia" del contencioso administrativo contradice su significativo aporte para dilucidar la problemática, constituye un retroceso inexplicable e impertinente y atenta contra la solidez de las relaciones jurídicas, el tráfico jurídico y el arbitraje, una institución reconocida por la Constitución Política y arraigada en los usos y prácticas nacionales e internacionales.

La arbitral, sin duda, es una función jurisdiccional, los árbitros administran justicia, son verdaderos jueces y sus fallos son igualmente jurisdiccionales. El arbitraje es una jurisdicción especializada de rango constitucional, así su fuente generatriz sea un negocio jurídico ("pacto arbitral") y provenga de la decisión de las partes, para quienes, celebrado, no es facultativo sino imperativo, siendo inadmisibles dejar al arbitrio de uno solo de los sujetos su naturaleza vinculatoria u obligatoria, más aún so pretexto de la existencia o expedición de un acto administrativo.

Tratándose de la contratación estatal⁶², pueden someterse a arbitramento las controversias o diferencias «que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación» y las «presentadas por razón de la celebración del contrato y su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación» (arts. 70 y 71 Ley 80/993) a condición de ser susceptibles de transacción, esto es, de versar sobre asuntos y derechos disponibles y transigibles.

Desde esta perspectiva, la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos contractuales no puede someterse a arbitramento al versar sobre una materia no transigible ni disponible⁶³ de acuerdo con la legislación actualmente vigente.

de la relación comercial no correspondan a una sola jurisdicción, dado que si se trata de enjuiciar actos administrativos que la Administración profiere con ocasión del contrato solo será el administrativo el juez competente para decidir sobre la legalidad del acto; pero si lo demandado son aspectos diferentes, en relación con los cuales se pactó someterlos a decisión arbitral, será entonces el juez arbitral el competente para tomar tal decisión...». «En el *sub iudice* se presentó una acumulación de pretensiones adscrita a distintas jurisdicciones: una a través de la cual se persigue la anulación de los actos administrativos en los que la entidad estatal declaró unilateralmente el incumplimiento del contrato por parte de la contratista; la otra, mediante la cual se pretende la declaratoria de incumplimiento por parte de la contratante. El conocimiento y decisión de la primera corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa, mientras que la segunda debe ser sometida a la justicia arbitral, escogida válidamente por las partes para dirimir las diferencias o controversias de naturaleza jurídica, o de interpretación del contrato, o de aplicación de alguna de sus cláusulas». «Así las cosas, esta jurisdicción sólo era competente para decidir la legalidad de los actos administrativos me-

dante los cuales la contratante declaró unilateralmente el incumplimiento del contrato; pero no es la jurisdicción competente para definir cuál de las partes incumplió el contrato y cuáles las consecuencias económicas del incumplimiento, dado que esta materia era propia de la justicia arbitral, de acuerdo a lo convenido por las partes. En este último punto, la decisión debió ser inhibitoria».

⁶² En este aspecto, la Ley 80 de 1993 impone a las entidades estatales la búsqueda de soluciones ágiles, rápidas y directas de las «diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual», para cuyo efecto, al surgir, «acudirán al empleo de los mecanismos de solución de controversias contractuales previstos en esta Ley y a la conciliación, amigable composición y transacción», disciplina, además la improcedencia de prohibiciones para la utilización de los mecanismos de solución directa, estipulación de la compromisoria o celebración de compromisos para dirimir «las diferencias surgidas del contrato estatal» (arts. 68 y 79).

⁶³ *Cfr.* Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia del 12 diciembre de 1991, que se refiere a la constitucionalidad del artículo 62 de la Ley 23 de 1991 que excluía la conciliación sobre la legalidad del acto

Así, *verbi gratia*, el acto administrativo de terminación, modificación o interpretación unilaterales, el declaratorio de la caducidad de un contrato estatal⁶⁴, el de liquidación unilateral y, en su caso, en algunos contratos, el de aplicación de la cláusula de reversión, en lo atañadero a su legalidad, se excluye de la materia arbitral, de conformidad con reiterada jurisprudencia del contencioso administrativo⁶⁵.

Con todo, los conflictos de carácter particular y contenido económico «de que conozca o pueda conocer la jurisdicción de lo contencioso administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo» son susceptibles de conciliación y, por lo tanto, de transacción y en consecuencia de arbitramento, a punto que, conciliados, «se entenderá revocado el acto y sustituido por el acuerdo logrado» (arts. 71 Ley 446/998 y parágrafo art. 68 Ley 80/993).

Por consiguiente, las diferencias surgidas o que puedan surgir de la celebración, ejecución, desarrollo, terminación y liquidación de los contratos estatales pueden someterse a decisión arbitral, mas la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos contractuales, según la actual orientación normativa y jurisprudencial, no es susceptible de arbitramento al referir a materias consideradas de orden público y excluidas del poder dispositivo de los particulares, por seguridad, certidumbre y preservación del ordenamiento.

Empero, podría sostenerse incluso la posibilidad de someter al conocimiento de la jurisdicción arbitral la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos contractuales, por virtud de la derogatoria de los artículos 66 del Decreto 150 de 1976 y 72 del Decreto 222 de 1983, prohibitivos del sometimiento a arbitramento de la declaratoria de caducidad, terminación, modificación e interpretación unilaterales de los contratos estatales, y por la ausencia de una prohibición similar en la Ley 80 de 1993, cuya preceptividad propende por la utilización de los mecanismos alternativos de solución de las controversias contractuales (arts. 25.5,

administrativo y contemplaba su revocatoria directa, sentencia citada *supra* en la nota 50.

⁶⁴ El derogado Decreto Ley 150 de 1976, artículo 66, excluyó de la compromisoria la «aplicación de la cláusula de caducidad y sus efectos», y el también derogado Decreto 222 de 1983, artículo 76, la reiteró y extendió a las facultades de terminación, modificación e interpretación de los contratos estatales. El artículo 91 de la Ley 418 de 1997, refiriéndose a la declaratoria de caducidad por conductas concernientes a colaboración o sometimiento a amenazas de organizaciones subversivas, específicamente dispuso: «En ningún caso la aplicación de esta cláusula podrá ser sometida a conciliación o a decisión arbitral». No existe en el estatuto de contratación estatal vigente, Ley 80 de 1993, norma similar y, por tratarse de una prohibición concreta, no es susceptible de extensión ni de aplicación analógica.

⁶⁵ *Cfr.* Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto del 2 de noviembre de 1977, exp. 2356, indicando: «La jurisprudencia de esta

corporación ha sido reiterada en el sentido de que dicha cláusula (la compromisoria) no puede derogar la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de las controversias que surjan con motivo de la cláusula caducidad y de las restantes cláusulas exorbitantes, como son las que autorizan a la Administración a imponer unilateralmente multas por incumplimiento». En sentencia del 6 de noviembre de 1997, exp. 7903, observó: «La sala considera que lo afirmado por el actor, que además no fue propuesto como excepción en vía gubernativa, no tiene la vocación de enervar la competencia de la jurisdicción administrativa para conocer el fondo de la litis, porque, lo ha dicho la jurisprudencia de esta Sala, la declaratoria de caducidad y sus efectos no son susceptibles de conocimiento de los jueces arbitrales. Ese criterio jurisprudencial, como norma positiva, fue retomado por el artículo 76 del Decreto Ley 222 de 1983».

68 a 71) reconociendo eficacia a la transacción para definir las, a la compromisoria y al compromiso para solucionar todas las diferencias derivadas de la celebración, ejecución, desarrollo, terminación y liquidación del contrato sin distinguir su terminación por acto administrativo o por cualquier otra causa.

En efecto, de acuerdo con esta preceptividad, siendo las controversias contractuales susceptibles de transacción, podría sostenerse la posibilidad de someter a arbitramento la legalidad de los actos administrativos contractuales, en tanto todo asunto transigible puede dirimirse por esta vía (art. 111 Ley 446/998), por cuanto puede referir a cualquier conflicto surgido de la celebración, desarrollo, ejecución, terminación y liquidación de los contratos estatales, sin diferenciar, por ejemplo, su terminación por acto administrativo.

Sin embargo, en el actual ordenamiento jurídico el artículo 238 de la Constitución Política asigna a la jurisdicción de lo contencioso administrativo la suspensión y anulación de los actos administrativos, sin interesar si son o no contractuales, y respecto de éstos los artículos 77 de la Ley 80 de 1993 y 70 de la Ley 446 de 1998 permiten su revocatoria por virtud del recurso de reposición o como consecuencia de la conciliación, si se da alguna de las causales contempladas en el artículo 69 del C. C. A., esto es, precisa jurisdicción y causas de fenecimiento por revocación o anulación para afirmar la procedencia del conocimiento de la legalidad de los actos administrativos por árbitros, cuya función y naturaleza jurisdiccional es, empero, indiscutible. No obstante, a nuestro juicio la asignación del juzgamiento de la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos a la jurisdicción arbitral exige una ley expresa y no puede deducirse implícitamente, ni siquiera por las razones precitadas.

La Ley 446 de 1998, actualmente vigente, establece de manera expresa la posibilidad de conciliar y, por consiguiente, de transigir, sobre los efectos económicos de los actos administrativos de carácter particular, mas no respecto de su legalidad, evento en el cual, aprobada la conciliación, dándose alguna de las causales contempladas en el artículo 69 del C. C. A., el acto administrativo se entiende revocado y sustituido por el acuerdo logrado⁶⁶.

Admitida la posibilidad de conciliar sobre los efectos económicos, particulares y concretos de los actos administrativos, sin embargo, se plantea la imposibilidad de escindirlos de la legalidad de los actos administrativos⁶⁷.

⁶⁶ El artículo 70 de la Ley 446 de 1998 dispone: «Cuando medie un acto administrativo de carácter particular podrá conciliarse sobre los efectos económicos del mismo y si se da alguna de las causales del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, evento en el cual, una vez aprobada la conciliación, se entenderá revocado el acto y sustituido por el acuerdo logrado».

⁶⁷ *Cfr.* Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia del 12 de diciembre de 1991, en donde anota: «La Ley 23 de 1991 considera la posibilidad de la conciliación sobre los efectos particulares y patrimoniales de los actos administrativos, aun de aquellos cuya nulidad esté pedida ante la jurisdicción en uso de la acción consagrada en el artículo 85 del C. C. A. Es obvio que tales con-

secuencias subjetivas dependen de la causa eficiente que, como se anotó antes, no es otra que el acto administrativo mismo, su pertenencia al orden jurídico y la presunción de legalidad que lo ampara. No es posible independizar esa causa de sus efectos patrimoniales o personales; de ahí que la conciliación tendrá la virtualidad de crear nuevos efectos, porque ella impone la modificación o la revocación del acto administrativo ya consolidado. Colígese de lo que se ha expuesto que para poder entrar a conciliar sobre puntos puramente patrimoniales, tanto tratándose de acto ejecutoriado como de acto cuya ejecutoria se halle apenas en ciernes, la Administración siempre ha de dilucidar previamente si se encuentra ante algunos de los supuestos que

En efecto, el juzgamiento de la legalidad del acto administrativo contractual por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y de sus efectos económicos o demás aspectos diferentes, de contenido particular y concreto, por los tribunales de arbitramentos plantea, en verdad, la discusión sobre la escindibilidad o inescindibilidad de sus fundamentos fácticos y la posibilidad de pronunciamientos contradictorios de ambas jurisdicciones o la necesidad de suspender el proceso arbitral por prejudicialidad entre tanto se profiere el fallo de legalidad (arts. 170 y 171 C. P. C.), desnaturalizándose la celeridad e independencia de la institución arbitral, en cuanto forzosamente la sentencia de legalidad del acto produciría efectos sobre la decisión arbitral, en razón de la intangibilidad y congruencia.

Con todo, al disciplinar el artículo 70 de la Ley 446 de 1998 la conciliación de los efectos económicos de los actos administrativos y, como consecuencia de ella, su revocación por sustitución, se supera la incoherencia del artículo 62 de la Ley 23 de 1991 y el escollo para escindir los efectos patrimoniales de la legalidad del acto, la cual se sustrae y mantiene, excepto si se estructura alguna de las causas de revocatoria prevenidas en el artículo 69 del C. C. A, caso en la cual, por virtud de la conciliación y sin necesidad de expedir acto posterior, queda revocado por sustitución.

No obstante, en virtud de las distintas posiciones, de la ausencia de claridad y precisión de la normatividad, es aconsejable revisar estos aspectos y extender la competencia arbitral al juzgamiento mismo de la legalidad de los actos administrativos contractuales, para cuyo efecto no encontramos ninguna justificación para no extender la jurisdicción arbitral a tales aspectos, más aún cuando sus resultados no solo celeros sino eficientes comparativamente con la jurisdicción permanente, las materias de orden público y la indisponibilidad de intereses, podrá variarse.

Con todo, aún en caso de estimarse que la arbitral no integraría la jurisdicción de lo contencioso administrativo y de considerarse un obstáculo la preceptiva constitucional vigente que le asigna la función de anular los actos administrativos, puede implementarse una fórmula similar a la contenida en la Ley 446 de 1998 en lo concerniente a la revocación del acto por virtud de la conciliación, dándose alguna de las causales de revocatoria directa establecidas en el ordenamiento o, mejor dicho, la extensión de esta previsión como consecuencia del laudo arbitral y en cuanto por su virtud se encuentre demostrada la ocurrencia de cualquiera de las causales.

Tal solución se compaginaría con la posibilidad de revocación de los actos administrativos contractuales en cualquier tiempo, siempre que sobre ellos no haya recaído sentencia ejecutoriada (art. 68 parágrafo Ley 80/993), la atribución de la administración de revocarlos, y a ésta y a los particulares por virtud de la conciliación cuando se estructuran las causas de revocatoria directa.

3. Asuntos relativos a terceros o con efectos "erga omnes"

Se discute si el arbitramento puede versar sobre situaciones y relaciones jurídicas que aun siendo patrimoniales y susceptibles de transacción por su naturaleza

la legitiman para revocar directamente el acto, bien por inconstitucionalidad o ilegalidad manifiestas o por inconveniencia, y solo en caso afirmativo podrá proceder a la conciliación».

implican para su definición la comparecencia forzosa de quienes no estipularon el pacto arbitral, o culminan con un fallo general con efectos no sólo entre las partes sino respecto de terceros o con un alcance constitutivo del derecho oponible *erga omnes* (p. ej., pertenencia, propiedad industrial, competencia desleal).

Cuando por la naturaleza de la relación debatida en proceso el laudo genere efectos de “cosa juzgada” para quienes no acordaron el pacto arbitral, se impone su citación personal para que adhieran a éste (art. 30 Dcto. 2279/989, modificado art. 126 Ley 446/998), y, si no se logra “notificar a los citados” o notificados no manifestaren expresamente su adhesión dentro de la oportunidad legal, «se declararán extinguidos los efectos del compromiso o los de la cláusula compromisoria para dicho caso»; si adhieren, se fijarán las costas de honorarios y gastos y, si no los consignaren oportunamente, «el proceso continuará y se decidirá sin su intervención».

La notificación personal de la providencia que ordene la citación se efectuará dentro de los cinco días siguientes a su expedición y la adhesión al pacto arbitral debe realizarse dentro de los diez días siguientes. No es factible el emplazamiento ni la notificación por curador *ad litem*, por cuanto la adhesión al pacto arbitral es personal.

En esta eventualidad, son terceros al pacto arbitral quienes no lo hayan celebrado, esto es, quienes no sean partes, causahabientes o sucesores de éstas y todos a los cuales no se extiendan por referencia o reenvío sus efectos jurídicos, y en este sentido es distinta la calidad de parte de la relación jurídica sustancial objeto del proceso arbitral de la de parte del pacto arbitral, por cuanto un sujeto puede serlo de aquélla y de ésta, o solo de una.

Si lo es de la relación jurídica sustancial mas no del pacto arbitral, su comparecencia es necesaria para producir un fallo de fondo, y en consecuencia, si no adhiere al pacto arbitral, cesan sus efectos. Por el contrario, si el tercero no es parte de la relación sustancial controvertida ni su definición supone su comparecencia podrá comparecer y adherir potestativamente al pacto arbitral y, en caso de no hacerlo, el proceso continuará sin su intervención entre las partes.

Se distingue, por tanto, la hipótesis en la cual la comparecencia del tercero es menester e imprescindible para definir la relación jurídica sustancial objeto de controversia y, por consiguiente, el litisconsorte necesario o legítimo contradictor de los litisconsortes facultativos, coadyuvantes, llamados en garantía y denunciados del pleito.

Sólo tratándose del litisconsorte necesario la comparecencia a proceso y adhesión al pacto arbitral es forzosa e insoslayable para un laudo arbitral de fondo y, en consecuencia, su falta de citación o de adhesión implica la cesación de los efectos del compromiso o de la cláusula compromisoria. Por el contrario, en lo concerniente a los demás terceros, quienes deben ser citados a proceso, su no adhesión al pacto arbitral no impide un pronunciamiento de fondo ni entraña la extinción de sus efectos para quienes lo han acordado.

La citación y comparecencia del litisconsorte necesario es necesaria porque la relación jurídica sustancial respecto de la cual versa la controversia la presupone para proferir un fallo de fondo. Su carácter de “tercero” se entiende en sentido relativo y en cuanto al pacto arbitral, mas no en lo atañadero a la relación jurídica sustancial, en la que ocupa la posición o situación jurídica de parte.

Cuando el fallo, por la naturaleza del asunto, tenga un efecto general, constitutivo o *erga omnes*, según alguna corriente se presenta un escollo insalvable

para su pronunciamiento sin la citación, comparecencia y adhesión de los terceros indeterminados, en tanto que para otra parece ser una solución extrema, debiéndose, por *analogía legis* o remisión al estatuto procesal civil, proceder a su emplazamiento para que si lo estiman conveniente ocurran al proceso y hagan valer sus derechos o estén representados por curador *ad litem*.

La intervención de terceros en el proceso arbitral se somete a las exigencias de forma, fondo y oportunidad previstas en el Código de Procedimiento Civil (art. 127 Ley 446/998).

A propósito de la denuncia del pleito y del llamamiento en garantía, no es necesaria la existencia del pacto arbitral entre denunciante y denunciado, llamante y llamado, y los citados podrán comparecer y adherir potestativamente al mismo y, en caso de no hacerlo, en cuanto no constituyen litisconsorte necesario, su presencia no es necesaria para un laudo de fondo y el proceso continuará con las partes.

Sin embargo, cuando entre el tercero y una de las partes se haya celebrado pacto arbitral para definir sus relaciones, el ordenamiento jurídico, por economía, concentración y celeridad, debió disciplinar la comparecencia forzosa de éste, para que en el mismo proceso y laudo se defina y no dejarla a su potestad.

Así mismo, el tercero podrá adherir expresamente al pacto arbitral y no consignar la cantidad a su cargo por concepto de honorarios y gastos del tribunal, caso en el cual el proceso continúa y se decide sin su intervención (art. 127 Ley 446/998), cuando debió permitirse al citante consignar por su cuenta para vincularlo a proceso, tal cual acontece cuando una de las partes deja consignar lo suyo.

Causado un daño por varias personas, la víctima podrá iniciar proceso en contra de todas, una o algunas y, promovido frente a uno o a varios de los autores, el demandado podrá formular el llamamiento en garantía o denunciar al pleito, según el caso, a los restantes, para que en el mismo proceso se definan sus relaciones jurídicas u obtenga el reembolso de lo que no le compete.

Sin embargo, la jurisdicción contenciosa administrativa estima improcedente el llamamiento en garantía formulado por el autor demandado a los demás coautores del daño, porque en su sentir la solidaridad surge de la condena y la calidad de deudor solidario sólo se obtiene una vez pronunciado el fallo condenatorio⁶⁸, lo cual en nuestro concepto no es correcto, de una parte, porque la solidaridad en esta hipótesis concreta dimana *ex lege* (art. 2344 C. C.) por la

⁶⁸ En sentido contrario, Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 25 de septiembre de 1997, M. P.: Daniel Suárez Hernández, exp. 11514, en donde anota: «Ante todo, la Sala sostiene que la solidaridad nace con la condena; antes no se ha declarado la existencia de la responsabilidad y por ende no está debidamente determinada la estructura de la obligación indemnizatoria, ni en cuanto a su objeto y contenido, mucho menos en cuanto a los sujetos del vínculo obligatorio [...] Es condición indispensable para poder exigir a un codeudor solidario por parte de otro su parte o cuota en la deuda, el que previamente exista solidaridad.

Esta sola razón pone de presente que en tanto la demanda de responsabilidad no se dirija contra los varios coautores del daño no se podría imponer la condena de manera solidaria. Si no fueren demandados los varios coautores del daño ello no habilita a uno de los demandados a vincular al proceso, por la vía del llamamiento en garantía, a los demás coautores. Y se sostiene que no es procedente por cuanto el tercero no demandado no tiene la calidad de deudor solidario. Esta calidad sólo se obtendrá cuando la sentencia declare la responsabilidad e imponga como condena la solidaridad en la obligación indemnizatoria».

causación de un daño y, de otra, porque la sentencia la declara y no tendría explicación la posibilidad del damnificado de demandar a todos, algunos o uno de los coautores del daño.

Por consiguiente, promovido proceso arbitral contra uno de los autores del daño, en nuestro sentir el demandado podrá llamar en garantía a los restantes coautores, para que en este se definan sus relaciones jurídicas internas y, en su caso, obtenga el reembolso de lo que debiere resarcir al damnificado y no le corresponda asumir.

Distinta es la situación inherente a la eficacia del pacto arbitral respecto de los demás coautores del daño, quienes si no lo acordaron son terceros y podrán potestativamente comparecer al proceso y adherir a aquél.

Tratándose de la contratación estatal, los artículos 50 y siguientes de la Ley 80 de 1993 desarrollan la responsabilidad de las entidades estatales, servidores, contratistas, consultores, interventores y asesores por sus actuaciones, hechos y omisiones que les sean imputables, y por los daños que causen.

Los servidores públicos son responsables disciplinaria, civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la Constitución y de la ley (art. 51 Ley 80/993), la cual la determinará la manera de hacerla efectiva (art. 124 C. P.).

Cuando se condene a una entidad estatal por hechos u omisiones imputables a dolo o culpa grave de un servidor público, se promoverá en su contra acción de repetición (art. 90 C. P.), «siempre y cuando aquél no hubiere sido llamado en garantía de conformidad con las normas vigentes sobre la materia» (art. 54 Ley 80/993).

Por consiguiente, demandada una entidad estatal, podrá formular el llamamiento en garantía de los servidores públicos, para que en el mismo proceso se defina su responsabilidad o iniciar con posterioridad a su terminación por sentencia definitiva la acción de repetición que habrán de promover cuando fueren condenadas o hubieren conciliado en virtud de un acto u omisión originada en culpa grave o dolo «de un servidor o ex-servidor público que no estuvo vinculado al proceso respectivo, o cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra Entidad Pública» (art. 86 C. C. A, modificado art. 31 Ley 446/998), caso en el cual caducará al «vencimiento del plazo de dos (2) años contados a partir del día siguiente de la fecha del pago total efectuado por la entidad» (art. 136.9 C. C. A., modificado art. 44, Ley 446/998).

De la misma manera, los consultores, interventores y asesores externos son responsables civil y penalmente por el cumplimiento de sus obligaciones legales y contractuales, y por sus hechos u omisiones imputables causantes de daño o perjuicio a las entidades, «derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de consultoría, interventoría o asesoría», para cuyo efecto las entidades estatales podrán formular llamamiento en garantía o iniciar en su contra las acciones pertinentes (arts. 53 y 55 Ley 80/993).

En estos casos, el pacto arbitral acordado entre la entidad estatal y el contratista, para los servidores y demás contratistas no es vinculatorio, salvo cuando en sus respectivos contratos por referencia, remisión o reenvío se establezca la proyección de sus efectos.

También se plantea si la entidad estatal, indefectiblemente, debe formular el llamamiento en garantía de los servidores, contratistas y terceros o si habrá de

esperar el resultado del proceso arbitral para promover las acciones pertinentes y si la comparecencia de éstos al proceso arbitral debe ser forzosa o facultativa y cuáles son sus efectos respecto de las acciones que podría instaurar con posterioridad al laudo arbitral.

Cuanto lo primero, la entidad estatal no está obligada a formular el llamamiento en garantía, ni éste es obligatorio, mas sí a promover la acción de repetición en caso de deducirse su responsabilidad por hechos u omisiones imputables al servidor a título de dolo o culpa grave, concluido el proceso por sentencia condenatoria.

Tampoco la formulación del llamamiento de los contratistas es obligatoria para la entidad estatal, pero sí el ejercicio de las acciones pertinentes en su contra por incumplimiento de sus obligaciones legales o contractuales, los daños que le ocasionaren a ella o que debieren reparar por sus actos u omisiones.

A propósito de lo segundo, excepto en los casos de una conducta manifiestamente lesiva, entre tanto se define el proceso arbitral la entidad estatal no está en condiciones de instaurar en forma inmediata acción de repetición, entre otras cosas porque no se ha deducido su responsabilidad ni tendría qué repetir, siendo difícil cuando no improbable calificar de entrada en términos de dolo o culpa grave la conducta de sus servidores, salvo, desde luego, en tratándose de un comportamiento ostensible.

En este aspecto, debe destacarse reciente tesis del contencioso administrativo⁶⁹ que para efectos del llamamiento en garantía en cualquier proceso exige calificar

⁶⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto del 9 de julio de 1998, exp. 14480, en que anota: «Ahora bien, la Sala considera que el Estado debe hacer uso serio y razonable del derecho a llamar en garantía, sin abusar; menos “burocratizar” el mecanismo, hasta el punto de formular un llamamiento, cada vez que contesta cualquier demanda donde se ventilen hechos o actos dañosos a cargo de servidores públicos. Si el Estado formulara sin razón ni medida tantos llamamientos como procesos se le entablaran, desestimularía el ejercicio eficiente de la actuación administrativa o judicial, a la vez que colocaría en situación de eventuales “demandados” a todos y cada uno de sus servidores. El uso serio y responsable del derecho a llamar en garantía implica la realización efectiva de una valoración de los hechos de la demanda, de donde surjan conductas con visos de haber sido dolosas o gravemente culposas. Sólo así la Administración o el Estado podrá adquirir legitimación para formular el llamamiento en garantía. Además, a efecto de garantizar el derecho de defensa, el Estado tiene la carga procesal de proponer en el escrito respectivo los hechos, en concreto, constitutivos de una supuesta conducta dolosa o gravemente culposa del funcionario que llama en garantía». Tal comportamiento procesal no constituye ninguna “temeridad”, como lo

estima el apoderado de la Nación-Rama Judicial cuando dice que llama a la fiscal N..., pero que no se “atreve” a calificar su conducta como dolosa o gravemente culposa en el proceso penal que se siguió al actor, por cuanto para esto, dice, está el procedimiento ante esa jurisdicción». Tal apreciación no se comparte, porque si el Estado no tiene ninguna prueba, ninguna “sospecha” de que su agente actuó con dolo o culpa grave, no debe llamarlo en garantía, pues carece de interés para el efecto. Ese comportamiento no es serio ni razonable, ni justo sería que se someta al funcionario a toda la carga económica y psicológica que tiene un proceso judicial, si de entrada el Estado mismo dice que no tiene motivo para formular el llamamiento y que durante el trámite se descubrirá si hubo dolo o culpa grave en la conducta del servidor. «Por eso, la jurisprudencia citada por la actora, conforme la cual esta Sala ha dicho que el sólo hecho de la demanda puede ser “prueba sumaria” suficiente para aceptar el llamamiento en garantía, es válida siempre que la “demanda” contenga hechos, situaciones o informaciones que indiquen un eventual comportamiento doloso o gravemente culposo a cargo del funcionario respectivo. (Ver sentencia del 28 de enero de 1994, exp. 8901, C. P.: Daniel Suárez Hernández). Esto no sucede en el *sub lite*».

la conducta del servidor público en términos de dolo o de culpa grave, en garantía de su derecho de defensa y de la seriedad en su formulación.

Esta posición dificulta el ejercicio de los derechos de la entidad estatal demandada, particularmente cuando asume una conducta negatoria de las pretensiones y formula excepciones perentorias, pues en tal caso no podrá rechazar su responsabilidad y atribuirla simultáneamente a hechos u omisiones imputables a título de dolo o culpa grave de sus servidores públicos, evidenciando así una actitud carente de seriedad y justificación, tanto más si el llamamiento en garantía se orienta a determinar estos extremos, esto es, la responsabilidad de la entidad estatal por el hecho u omisión doloso o gravemente culposo de su servidor, del cual, según la condena, debe resarcirla y que por lo común se establece en el proceso con base en las pruebas decretadas y practicadas, salvo, claro está, una conducta ostensible.

Desde esta perspectiva, las entidades estatales sólo podrían formular el llamamiento en garantía cuando la acción u omisión imputable a título de dolo o de culpa grave a un servidor sea ostensible y, en consecuencia, admitan su responsabilidad.

Es verdad, el abuso del Estado y de sus entidades estatales en la formulación de llamamientos en garantías sin fundamentación alguna, pero esta actitud compromete su responsabilidad por temeridad o mala fe frente al llamado, quien podrá obtener por las vías legales la reparación pertinente, y en este sentido existe una conducta ambivalente y censurable, porque la mayoría de estas actitudes se fundamenta en presiones indebidas de los entes de control y el consecuente temor del funcionario de exponerse a las sanciones disciplinarias y comprometer su responsabilidad por omisión.

Situación diferente acontece respecto de la responsabilidad contractual de los contratistas de las entidades estatales demandas, en la que, por fortuna, la jurisprudencia del contencioso no exige calificar el incumplimiento o la responsabilidad.

En consecuencia, las entidades estatales podrán formular el llamamiento en garantía cuando los daños por los cuales se les demanda hayan sido causados por sujetos con quienes hubiere celebrado un contrato y por virtud de éste, esto es, la causa generatriz de su ocurrencia sea imputable al contratista y a la relación jurídica contractual existente con éste. En estos casos, la relación jurídica contractual legitima el llamamiento en garantía y el derecho a su formulación. También pueden formular llamamiento en garantía de sus servidores u otras entidades públicas en razón de una relación jurídico laboral o de carácter reglamentario. En este evento, es esta relación la legitimante del llamamiento y del derecho legal a su proposición. En la primera de estas hipótesis es menester la presencia de una relación contractual entre la entidad estatal demandada y el tercero llamado en garantía y, en la última, se parte de su ausencia, siendo necesaria, sin embargo, una relación o situación jurídica constitutiva de un derecho legal a obtener la reparación del daño que se hubiere obligado a reparar o el reembolso del pago que debiere hacer en virtud de la sentencia. Sin embargo, la prosperidad de la pretensión estatal frente al llamado está sujeta a la causación del daño reclamado en la demanda instaurada en su contra, por hechos u omisiones imputables a dolo o culpa grave del servidor público, los cuales deben expresarse en el escrito respectivo y, según la jurisprudencia, calificarse en términos dolosos o gravemente culposos.

En todo caso, la relación jurídica contractual o legal o reglamentaria existente entre la entidad demandada y el tercero llamado en garantía debe ser diferente de la controvertida en proceso, pero conexa con ésta, en la medida de ser imputable a éste el daño por el cual ha de responder aquélla⁷⁰.

De otra parte, tanto los servidores cuanto los contratistas son, para los efectos del pacto arbitral, terceros y su comparecencia a proceso no es menester para un fallo de fondo, esto es, igualmente, son terceros en la relación jurídica procesal y, por ello, no están obligados a comparecer, siendo potestativa su adhesión al pacto arbitral.

Con todo, es factible que respecto de los contratistas, por referencia o reenvío expreso en sus respectivos contratos, el pacto arbitral acordado entre la entidad estatal y el contratista partes del arbitramento proyecte sus efectos y, en tal caso, resulte igualmente vinculante.

En consecuencia, formulado el llamamiento en garantía, si los terceros no adhieren expresamente al pacto arbitral el proceso arbitral continuará entre las partes iniciales y la entidad estatal podrá instaurar en su contra las acciones de repetición o las contractuales pertinentes, debiéndose entender que tales acciones no son procedentes cuando estuvieron vinculados efectivamente al proceso.

4. Procesos ejecutivos

Tampoco la ejecución del laudo ni de las condenas impuestas en éste, y, en general, los procesos de ejecución pueden someterse a arbitramento y deben tramitarse ante la jurisdicción ordinaria (art. 114 Ley 446/998), pero la definición de las controversias suscitadas en virtud de la interposición de excepciones perentorias en cualquier proceso ejecutivo podrá ser conocida por la jurisdicción arbitral.

La exclusión del conocimiento integral de los procesos de ejecución se ha sustentado en la naturaleza declarativa o cognitiva del proceso arbitral⁷¹, ausencia

⁷⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 25 de septiembre de 1997, exp. 11514, M. P.: Daniel Suárez Hernández. En efecto, habrá de precisarse que con arreglo al artículo 57 del C. de P. C. la figura procesal del llamamiento en garantía, como su nombre lo indica, supone la titularidad en el llamante de un derecho legal o contractual por virtud del cual pueda, quien resulte condenado al pago de suma de dinero, exigir de un tercero la efectividad de la garantía o el reembolso del pago que tuviere que hacer el demandado, como consecuencia de la sentencia de condena. En otras palabras, la característica esencial del llamamiento es la existencia de una garantía de derecho sustancial por virtud de la cual se le permite a la parte demandada que vincule al proceso a un tercero, para que, en caso de sobrevenir sentencia de condena, se haga efectiva la garantía y por lo mismo el tercero asuma sus obligaciones frente al llamante o reembolse el pago a que aquél resultare obligado. Así las cosas el llamamiento supone la

existencia de una relación jurídico-sustancial diferente a la que es objeto de las pretensiones contenidas en la demanda, aunque entre ambas exista una dependencia necesaria, pues claro resulta que solamente cuando se produzca una sentencia de condena habrá lugar a estudiar si el llamado debe asumir, por virtud de la existencia de la garantía, dichas obligaciones objeto de la condena».

⁷¹ *Cfr.* Consejo de Estado, Sección Tercera, 9 de octubre de 1997, exp. 13703, en donde anota: «... de la anterior prescripción contractual no se deduce de ninguna manera que las partes contratantes hubieren atribuido a un tribunal de arbitramento facultades para que eventualmente pudiera conocer sobre un proceso ejecutivo atinente al mismo contrato; allí se hace referencia a un mecanismo de solución de las controversias relativas a la ejecución de las obligaciones pactadas. A juicio de esta Corporación ello tampoco sería jurídicamente posible, toda vez que los tribunales de arbitramento son jueces excepcionales y temporales (cuya

de *potestas e imperium* de los árbitros, cesación de sus funciones con la ejecutoria del laudo o de la providencia que lo adicione, corrija o complemente y la imposibilidad de ejecutar directamente el laudo.

Sin embargo, una corriente admite la eficacia del pacto arbitral para tales menesteres, por el conferimiento de una función jurisdiccional transitoria, precisa y concreta para administrar justicia, la concesión de la potestad para decretar y practicar medidas cautelares y la asimilación de los árbitros a los jueces, con idénticos deberes, responsabilidades y poderes⁷², y la naturaleza jurisdiccional del arbitramento así se origine en un negocio jurídico, sea efímera y circunscrita a un asunto específico.

La Corte Constitucional, desde la sentencia C-294 del 6 de julio de 1995, reconoce la eficacia del pacto arbitral respecto de los procesos de ejecución⁷³ con exclusión de los de jurisdicción coactiva⁷⁴, en tanto de conformidad con la

vigencia no podrá superar un año), dispuestos por voluntad de las partes con el fin de resolver controversias que se originen con ocasión del convenio [...] Los árbitros como jueces excepcionales están investidos de autoridad temporal para decidir quién tendría la razón. Se trata del trámite y culminación de un clásico proceso de conocimiento».

⁷² Corte Constitucional. Sentencia C-431, del 28 de septiembre de 1995: «Los árbitros pueden decretar y practicar medidas cautelares. Una vez integrado o constituido el tribunal, los árbitros quedan investidos de la facultad o poder de administrar justicia en el caso concreto o litigio correspondiente, en el cual profiere actos jurisdiccionales. En este sentido, los árbitros obran en forma similar a cualquier juez, ya que mediante un procedimiento preestablecido deben comprobar los hechos planteados por las partes, valorar las pruebas aportadas y extraer de ese acervo una consecuencia definitoria, contenida en un proveído, denominado laudo arbitral, que formal y materialmente es revestido de las características de verdadera sentencia, pues se trata de un acto de declaración de certeza del derecho, que produce efectos de cosa juzgada [...] Así entonces, si el juez en su tarea de administrar justicia goza de la facultad de decretar medidas cautelares, lo puede hacer también el árbitro al ser investido del poder de administrar justicia [...] En virtud de lo anterior, estima la Corte Constitucional que al ser investidos –transitoriamente– los árbitros de la función de administrar justicia es lógico, consecuente y ajustado al ordenamiento superior y legal vigente que los árbitros, dentro del trámite y curso del proceso arbitral –a petición de cualquiera de las partes–, puedan decretar las medidas cautelares, particularmente cuando su finalidad no solo es la garantía del equilibrio entre las partes en el transcurso y desarrollo del proceso, sino también evitar

que se hagan nugatorias las determinaciones que se adopten, por lo que las normas que se examinan se encuentran conformes con la Carta Política».

⁷³ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-294/995, del 20 de febrero de 1995, en donde anota: «Si, pues, según el artículo 15 del Código Civil, una obligación que presta mérito ejecutivo puede renunciarse cuando sólo mira al interés del renunciante y no está prohibida su renuncia, ¿por qué no podrían el acreedor y el deudor, antes o después de la demanda ejecutiva, someter la controversia originada en tal obligación a la decisión de los árbitros? Y si sobre obligaciones que prestan mérito ejecutivo es posible transigir, para terminar extrajudicialmente un litigio eventual, como lo prevé el artículo 2469 del Código Civil, ¿cómo sostener que los conflictos a que pueden dar lugar tales obligaciones no pueden someterse a la decisión de los árbitros, como lo prevé el último inciso del artículo 116 de la Constitución? En conclusión: los árbitros, habilitados por las partes, en los términos que determine la ley, pueden administrar justicia para decidir conflictos surgidos en torno a obligaciones exigibles ejecutivamente, así esté en trámite el proceso ejecutivo, o no haya comenzado aún. Así lo establece inequívocamente el inciso cuarto del artículo 116 de la Constitución».

⁷⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-294, del 6 de julio de 1995: «Procesos ejecutivos susceptibles de ser conocidos por los tribunales de arbitramento. Hay que recordar que corresponde al legislador, en virtud del mandato del artículo 29 de la Constitución, y especialmente de su inciso segundo, fijar las formas propias de cada juicio, es decir, las normas procesales, y señalar el juez o tribunal competente para cada clase de asunto. Por consiguiente, si el legislador dispone que ante los árbitros habilitados por

preceptiva constitucional los árbitros pueden administrar justicia en los términos determinados por la ley y ésta puede deferirles el conocimiento de estos asuntos.

5. Controversias de ineficacia del pacto arbitral y de los negocios jurídicos

Tema de discusión es el atañadero a si la competencia de los árbitros supone un contrato válido⁷⁵ o si puede ser materia de arbitramento el juzgamiento de las controversias de ineficacia del negocio jurídico y, en particular, la invalidez por ilicitud de causa u objeto considerando su indisponibilidad⁷⁶ (art. 2º Ley 50/936), a diferencia de la relativa que admite el saneamiento por ratificación o convalidación *inter partes*, y aun por el paso del tiempo.

Prescindiendo de las distintas posturas a propósito, en la legislación colombiana, puede «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 Ley 446/998).

En especial, se ha debatido si los árbitros pueden conocer de la ineficacia del pacto arbitral y de la invalidez del negocio jurídico contenido de la compromisoria, siendo, en efecto, imprescindible distinguir estos aspectos⁷⁷, tanto más que la *quaestio nullitatis* del contrato primario, de suyo, no se transmite al pacto arbitral y, específicamente, a la compromisoria, cuya autonomía⁷⁸ excluye la

las partes en conflicto se diriman asuntos propios del proceso de ejecución y establece las reglas de este proceso arbitral, en nada quebranta la Constitución. A todo lo dicho cabría añadir únicamente esto: los únicos juicios ejecutivos que escaparían al ámbito propio de los árbitros serían los que se adelantan por la jurisdicción coactiva, para cobrar deudas en favor del fisco, a una especie de los cuales se refiere el numeral 5 del artículo 268 de la Constitución». En Sentencia T-299, del 8 de julio de 1996, exp. T-87302 anota: «En la sentencia referida (C-294 del 6 de julio de 1995) la Corte, para declarar exequible el parágrafo acusado y todo el artículo en el que se halla insertado, motivó su decisión aduciendo que el artículo 116 de nuestra Carta Política, que contempla expresamente la posibilidad de administrar justicia por parte de árbitros y conciliadores, no establece sino tres límites en relación con tal institución, a saber: [...] Por fuera de las tres limitaciones indicadas no existen más. Luego la Constitución no establece ninguna excepción que impida a los árbitros conocer de procesos ejecutivos. Aduce también la Corte, en apoyo de su decisión, que en virtud del mandato contenido en el artículo 29 de la Constitución corresponde al legislador fijar las normas propias de cada juicio, y señalar el juez competente para cada clase de asuntos, por lo cual si la ley dispone que los procesos de ejecución pueden ser dirimidos por árbitros habilitados por los

particulares para ello en nada quebranta la Constitución».

⁷⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 13 de mayo de 1996, exp. 9865, bajo la legislación precedente sostuvo: «la competencia de los árbitros nace precisamente de la existencia de una cláusula arbitral pactada en un contrato válido, sin que ellos puedan pronunciarse entonces acerca de la validez o invalidez del pacto del cual surge su competencia».

⁷⁶ No obstante, la ilicitud de causa u objeto, en sentido común, se sana por el advenimiento de cambios normativos supresores de la ilicitud y, en todo caso, por prescripción extintiva de la acción de nulidad.

⁷⁷ Cfr. F. CARNELUTTI. *Clausola compromissoria e competenza degli arbitri, nota critica a Trib. Venezia, 4 agosto 1920 ai più recenti*; SCHIZZEROTTO. *Dell'arbitrato, cit.*; PUNZI. "Arbitrato", en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1995; FAZZALARI. *L'arbitrato*, Torino, 1997; MARENGO, en BRIGUGLIO, FAZZALARI y MARENGO. *La nuova disciplina dell'arbitrato, cit.*; MIRABELLI y GIACOBBE. *Diritto dell'arbitrato, cit.*; ORICCHIO. *L'arbitrato*, E. S. I., 1994.

⁷⁸ Cfr. arts. 18 Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional de Ginebra (1961) y 19 (2) del Procedimiento Arbitral CNUDMI, que relevan la autonomía de la compromisoria del contrato y facultan

conexidad inmediata de la ineficacia, debiéndose examinar en forma independiente⁷⁹.

Sin embargo, la invalidez absoluta del pacto arbitral “proveniente de objeto o causa ilícita” es causal de anulación del laudo arbitral, y 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» (art. 38.1 Dcto. 2279/989), excluyéndose de esta manera la posibilidad de someter a arbitramento la nulidad del negocio arbitral, pero cuando no sea absoluta por las causas expresadas se sana en ausencia de invocación y convalidación expresa, planteándose una situación anfibiológica.

De esta manera, la ley permite el juzgamiento arbitral de la “existencia y la validez del contrato”, mas no la del pacto arbitral, sin que por esta inteligencia exista coherencia ni razón lógica y normativa suficiente, pues si puede juzgarse la ineficacia del negocio jurídico, siendo el pacto arbitral un acto dispositivo, no existe fundamento racional para esta exclusión.

Pero en el ordenamiento jurídico actual la ineficacia del pacto arbitral no puede ser conocida por los árbitros y, si asumieren competencia (*potestas judicandi*), el interesado podrá invocar su incompetencia que resolverán preliminarmente y, si es declarada, cesarán sus efectos. En caso contrario, el laudo será nulo, y la parte que invocó la incompetencia podrá proponer su nulidad, que se declarará, excepto si, tratándose de nulidad relativa o absoluta distinta de ilicitud de causa u objeto, las partes la convalidan en el curso del proceso.

En todo caso, la nulidad absoluta del pacto arbitral, por causa u objeto ilícito, así no se haya invocado en el trámite, generará la nulidad del laudo (art. 38.1 Dcto. 2279/989), lo que es igualmente inconsistente con la disciplina de las restantes causas de invalidez absoluta y el tratamiento de las relativas, tanto más que, si bien el ordenamiento postula la insaneabilidad de aquéllas y el juzgador debe declararlas si las advierte de manifiesto, el régimen normativo puede cambiar, y lo ilícito dejar de serlo.

A ello se aúna la posibilidad de desistimiento de la pretensión de nulidad y, en su caso, de la excepción y, por supuesto, la utilidad y función de los tipos negociales y la autoridad de las partes para terminar de consuno, ya de manera expresa, ora por conducta concluyente y, en todo caso, inequívocamente, el pacto arbitral.

Excluida del conocimiento de los árbitros la ineficacia del pacto arbitral, si las partes acuden a arbitramento para su definición, la consecuencia final será la nulidad del laudo en los casos y bajo los respectos antedichos.

Correspondiendo a la jurisdicción ordinaria el juzgamiento de la ineficacia del pacto arbitral, cualquiera de las partes podrá solicitarla por demanda.

De análoga manera, no obstante el pacto arbitral, una o cualquiera de las partes podrá demandar ante la jurisdicción común los temas comprendidos en aquél, sea de manera autónoma, ora consecencial a la invalidez del pacto arbitral.

En este contexto, si ambas partes acuden ante los jueces comunes el pacto arbitral cesará en sus efectos; si una sólo lo hace la otra podrá interponer la

a los arbitraros para determinar la existencia o validez del contrato, pero la nulidad de éste no entraña la del pacto arbitral.

⁷⁹ Así, el artículo 3.1 de la Ley 25 de 1994 precisa: «La validez de la cláusula compromisoria debe ser valorada independientemente

del contrato a que se refiere» (*La validità della clausola compromissoria deve essere valutata in modo autonomo rispetto al contratto al quale si riferisce*).

⁸⁰ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 17 de junio de 1997, exp. 4781,

excepción previa de «compromiso o cláusula compromisoria» (art. 87.3 C. P. C.) y el juzgador deberá declararla.

Si el juzgador no declara la excepción interpuesta podrá proponerse la nulidad del proceso por ausencia de competencia (arts. 140 y 143 C. P. C.), y si ésta no es declarada, con posterioridad, puede invocarse como causal del recurso extraordinario de casación (art. 368.5 C. P. C.).

Empero, si la parte demandada no interpone la excepción previa de «compromiso o cláusula compromisoria», en nuestro sentir declina el efecto del pacto arbitral por conducta concluyente o ejecución práctica inversa, y el juez ordinario asume plena competencia para la definición de las controversias planteadas en la demanda, su respuesta, la reconvencción y las excepciones propuestas.

Sin embargo, es oportuno destacar la incoherencia de las posiciones asumidas por la jurisprudencia a propósito de la cesación del pacto arbitral por conducta concluyente derivada de la no interposición de la excepción previa, que desde un principio se preconizó por la civil⁸⁰ y no es unánime en el contencioso administrativo⁸¹.

Este planteamiento es coherente con el origen negocial del pacto arbitral, pues, constituyendo un contrato, esto es, un acuerdo de dos o más partes para someter a decisión arbitral las controversias actuales o futuras dimanadas de una o varias relaciones jurídicas, podrán, en ejercicio de la autonomía negocial reconocida por el Estado, terminar o concluir el acto de sujeción y sometimiento

que anota: «... las partes interesadas, por virtud de un nuevo convenio que así lo disponga de manera explícita o como consecuencia de actitudes concluyentes por ellas desplegadas a su debido momento, pueden abandonar el acuerdo de arbitraje y someter sus diferencias a la decisión de los jueces ordinarios [...] En síntesis, la ineficacia sobreviniente de una cláusula compromisoria como mecanismo apto para la solución de determinada controversia puede ser resultado de la sumisión tácita de los contratantes, partes en el respectivo litigio, a la jurisdicción de los tribunales del Estado». Como tuvo oportunidad de expresarlo esta Corporación, en Cas. Civ. del 22 de abril de 1992: «Así como la voluntad unánime de las partes puede apartarse del cauce procesal de solución de los conflictos jurídicos, la misma, aún tácitamente expresada pero ciertamente concorde, puede separarse de lo que antes conviene...», y agrega, para abundar en razones, que «... inclusive, estando constituido el tribunal de arbitramento, las partes pueden de común acuerdo terminarlo, como expresa el artículo 43 del citado Decreto 2279 de 1989». En el mismo sentido, Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 16 de junio de 1997, exp. 10882, acogiendo el planteamiento de la Corte.

⁸¹ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Cas.

Civ. Providencias del 17 de abril y 30 de junio de 1979; Consejo de Estado. Sentencia del 18 de junio de 1992, exp. 6761, en donde se destaca: «Para la Sala, la circunstancia de no haberse propuesto la excepción de pacto arbitral no puede comportar el efecto que el demandado pretende, cual es la declinatoria del fuero arbitral, dado que se trata de una situación de carencia de jurisdicción, cuyo saneamiento no puede lograrse tan ligeramente como se sugiere por la parte demandada, pues por sabido se tiene que solamente el legislador puede regular tan importante aspecto». En providencia del 10 de mayo de 1994, exp. 8004, concretó: «La Sala reitera entonces la posición sostenida en la sentencia transcrita, en la cual se considera que el hecho de que el demandante, desconociendo la cláusula compromisoria, acuda a la jurisdicción y el demandado no formule la excepción de compromiso, no debe entenderse como la derogación del pacto arbitral. Aquí parte la sala, compartiendo en ese punto la posición de la Corte, de que se trata de una situación de carencia de jurisdicción». Posiciones que desconocen el origen negocial del arbitramento, la posibilidad de terminación del acto dispositivo por negocio jurídico infirmatorio o desistimiento, la actuación de la autonomía privada y, desde luego, su evidente naturaleza jurisdiccional.

a arbitramento, con excepción, por supuesto, de las situaciones fácticas en las cuales el ordenamiento jurídico impone el arbitraje, es decir, de las hipótesis forzosas u obligatorias.

En otros términos, los negocios jurídicos y, dentro de éstos, los contratos podrán terminar por decisión de las partes o sujetos negociales, la cual puede expresarse por cuanta forma admite el ordenamiento jurídico, incluida su conducta concluyente, salvo tratándose de negocios jurídicos solemnes por disposición legal, pues la forma negocial también podrá ser desistida por ejecución práctica.

Desde este punto vista, cuando celebrado el pacto arbitral una de las partes acude a la jurisdicción ordinaria, civil o contenciosa administrativa, y la otra parte no interpone la excepción de compromiso o de cláusula compromisoria, está admitiendo la competencia y dejando sin efecto alguno aquél. Esta actitud no puede derivarse de la falta de interposición de recursos contra el auto admisorio de demanda, porque dentro de la oportunidad legal podrán proponerse las excepciones derivadas del pacto arbitral.

Si se demanda la nulidad del pacto arbitral y en consecuencia la definición de las controversias comprendidas en éste, siendo competente el juez para conocer de aquella pretensión, asume competencia para el juzgamiento de éstas, pero la eficacia del pronunciamiento se supedita a la declaratoria de invalidez del pacto arbitral y, en caso contrario, es decir, rechazada esta pretensión, se reafirma la competencia de los árbitros para decidir las relaciones jurídicas a que concierne.

Es posible, empero, que cualquiera de las partes convoque el arbitramento y la otra parte invoque la invalidez del acuerdo arbitral que los árbitros preliminarmente deben resolver, y si se declaran incompetentes cesarán los efectos del pacto arbitral (art. 124 Ley 446/998); si asumen competencia, la parte interesada que propuso la invalidez del pacto podrá invocar la nulidad del laudo (art. 38.1 Dcto. 2279/989).

D. SANIDAD DEL CONSENSO

CUANDO EL NEGOCIO JURÍDICO sea un acto de voluntad espontáneo, maduro y deliberado de los contratantes se exige sanidad en el consentimiento, sancionándose con nulidad relativa o anulabilidad sus vicios por error, fuerza, dolo.

Las más de las veces el negocio jurídico es fruto de un comportamiento reflexivo, consciente y voluntario, circunstancia por la cual, tradicionalmente, se mira la voluntad por elemento existencial o conceptual, cuando en rigor apenas constituye uno de sus presupuestos validez, cuya anormalidad se sanciona con la nulidad relativa.

Vicios del consentimiento, de la declaración o de la voluntad son expresiones utilizadas no solo en la doctrina sino en los códigos y ordenamientos, para significar en todos los casos anormalidades, defectos e irregularidades en la actitud o querer del individuo (esfera volitiva), reducidas aquellas al contrato (*in idem placitum consensus*) y las últimas a la expresión del acto dispositivo.

Error, dolo y fuerza son vicios del consentimiento, o más precisamente, error espontáneo⁸², error provocado y violancia, a cuyo margen se tratan hipótesis de estado de necesidad y estado de peligro.

⁸² Cfr. V. PIETROBON. *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, Cedam, 1963. ID. *Errore, volontà e affidamento: nel negozio*

giuridico, Padova, Cedam, 1990; P. BARCELONA. *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1962.

Tales vicios no siempre son de importancia (arts. 140.1, 5 y 6, 1025.4, 1117, 1502, 1291, 1294, 1405 y 2476), y comportan, cuando así lo regula específicamente el legislador, la invalidez del negocio jurídico, *rectius*, nulidad relativa o “anulabilidad” (arts. 1743 C. C. y 900 C. Co.).

Frente a estas hipótesis, el ordenamiento proscribe el negocio o contrato existente con su nulidad relativa, cuyas consecuencias consisten en la destrucción del acto, la improducción de sus efectos y la restitución de las cosas al estado anterior, como si nunca se hubiera celebrado, con la sola permanencia de aquellos efectos o situaciones jurídicas que por su naturaleza, según las reglas de experiencia, no pudieren deshacerse.

El error, esto es, la disparidad o discrepancia entre el concepto y la realidad, entre el hecho y la idea, del cual dimana un falso conocimiento o apreciación, a diferencia de la ignorancia o carencia absoluta de éste, constituye un vicio del querer cuando, a más de ser determinante, esencial, verosímil, cognoscible y versar sobre el tipo negocial específico, el objeto concreto, su sustancia o la persona, se sitúa en las hipótesis fácticas disciplinadas por el ordenamiento jurídico y tiene relevancia normativa.

El yerro a propósito del negocio jurídico puede presentarse si las partes yerran sobre el tipo negocial concreto que pretenden celebrar, p. ej., cuando se actúa con la creencia de la renuncia de un derecho no disputado o bajo la convicción de la celebración de una transacción, e inclusive del sometimiento a conciliación o amigable composición.

En cuanto al error respecto del objeto, podrá generarse cuando las partes equivocan la identidad específica de las controversia o de las relaciones jurídicas de las cuales se predicen o de la *res litigiosa* o en discusión sobre la cual no cursa proceso, y el relativo a la sustancia del conflicto o de los intereses por virtud de precedentes no conocidos o expuestos de manera dispar a la realidad.

El pacto arbitral podrá celebrarse con la legítima convicción, recíproca o unilateral, de la presencia de una disputa que no existe o que se definió con antelación, y en esta hipótesis será inexistente porque sin controversia actual o inminente no nace a la vida jurídica.

También podrán las partes actuar con la común opinión de la naturaleza transigible de la controversia, sea por desconocimiento del orden jurídico, sea por errónea o indebida interpretación de éste, evento en el cual el pacto arbitral adolece de nulidad relativa.

Es igualmente posible la celebración del pacto arbitral con la ignorancia de títulos legítimos supresores de toda disputa o con la convicción de que tales de títulos son falsos o espúreos.

El yerro de derecho (arts. 9º y 1509) carece de connotación específica; con todo, si las partes estiman jurídicamente transigible la controversia por desconocimiento de normas jurídicas o por errar sobre sus alcances se presenta la ineficacia del acto dispositivo.

El pacto arbitral puede estar precedido de una conducta dolosa, positiva o negativa de una de las partes, p.ej. en caso de destrucción, ocultamiento o tergiversación indebidos de títulos o documentos consagratorios de la certeza de la relación jurídica o definitorios de la controversia.

La violencia, fuerza, amenaza, intimidación, costreñimiento o coacción, acto material (*vis absoluta* o *corpori illata*) o moral (*vis impulsiva* o *vis animo illata*) sobre un sujeto de derecho para vencer su decisión, libertad, querer o espon-

taneidad y determinarla a la celebración de un acto que en condiciones normales no celebraría, o lo haría en términos diversos, por virtud de un peligro actual o inminente o de un mal grave e irreparable, para sí o para los suyos, vicia la voluntad, siempre que sea grave, determinante e injusta, y exista una relación de conexidad entre el acto y el negocio arbitral celebrado, conduce a su nulidad relativa.

En fin, el pacto arbitral acordado en circunstancias de error, dolo y fuerza, dándose las exigencias normativas, adolece de nulidad relativa que puede proponerse en forma autónoma o mediante recurso de anulación del laudo arbitral (art. 38.1 Dcto. 2279/989), siempre que se haya invocado expresamente en su oportunidad y no se haya convalidado durante el trámite arbitral.

E. EL PACTO ARBITRAL "PER RELATIONEM", Y POR REFERENCIA O REENVÍO

EL PACTO ARBITRAL PUEDE ser acordado específica y singularmente por las partes en sus relaciones jurídicas negociales u obedecer a la predisposición de una de éstas y contenerse en negocios jurídicos en masa, estándar, patrón, global, tipo o en condiciones generales de contratación, e incluso en reglamentaciones profesionales, gremiales, locales, internacionales, propias o foráneas, o en negocios jurídicos celebrados por una o ambas partes, o en los usos y prácticas del tráfico jurídico.

Este aspecto concierne a la eficacia del pacto arbitral y, circunscritamente, de la compromisoria predispuesta por una de las partes, y en particular a su consideración como cláusula vejatoria o abusiva⁸³.

También atañe a la inserción de la compromisoria en el contenido de negocios jurídicos celebrados entre determinados sujetos, cuyas relaciones jurídicas

⁸³ Cfr. G. ALPA y C. RAPISARDA, en *I contratti standard nel diritto interno e comunitario*, ALPA y BESSONE, Torino, 1991; M. COSTANZA. "Condizioni generali di contratto e contratti stipulati dai consumatori", en *Giustizia Civile*, 1994; V. FRANCESCHELLI. "Contratti per adesione e «interpretatio contra stipulatorem», en *I contratti*, 1994; G. DE NOVA. "Criteri generali di detriminazione dell'abusività di clause ed elenco di clause abusive", en *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1994; A. ORESTANO. "I contratti con i consumatori e le clause abusive nella direttiva comunitaria: prime note", en *Riv. critica dir. priv.*, 1992; S. PATTI. "Il controllo delle condizioni generali di contratto: alcune recenti tesi dottrinali e la direttiva comunitaria", en *Scritti in onore di R. Sacco*, II, Milano, 1994; V. R. PARDOLESI. "Clause abusive (nei contratti dei consumatori): una direttiva abusata?", en *Foro it.*, 1994, V, 137; L. KLESTA DOSI. "Il controllo delle clause abusive: la direttiva 93713 alla luce della giurisprudenza tedesca, francese ed inglese", en *Nuova giur. civ.*, 1994, II; H. K. G. WEIL y F. PUIS. "Le droit allemand des conditions générales d'affaires

revu et corrigé par la directive communautaire relative aux clauses abusives", en *RIDC*, 1994; R. DAMM. "Europäisches Verbrauchervertragsrecht und AGB-Recht", en *JZ*, 1994; K. FREY. "Wie ändert sich das AGB-Gesetz?", en *ZIP*, 1993; M. HABERSACK, D. KLEINDICK y K.-U. WIENDEMANN. "Die EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen und das künftige AGB-Gesetz", en *ZIP*, 1993; H.-W. MICKLITZ. "AGB-Gesetz und die EG-Richtlinie über mißbräuchliche Vertragsklauseln in Verbraucherverträgen. Eine Skizze", en *ZEuP*, 1993; O. REMIEN. "AGB-Gesetz und Richtlinie über mißbräuchliche Verbrauchervertragsklauseln in ihrem europäischen Umfeld", en *ZEuP*, 1994; J. SPERLING. "Standard Conditions under Dutch Law", en *Int'l Bus. Lawyer*, 1993; Ch. JOERGES. "The Europeanization of Private Law as a Rationalization Process an as a Contest of Disciplines. An Analysis of the Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts", en *EUI Working Papers in Law*, N° 94/5, 2; W. D. SLAWSON. "Standard Form Contracts and Democratic Control of Lawmaking Power",

concretas se remiten a reglamentaciones sectoriales, gremiales, locales, nacionales o internacionales, con arreglo a las cuales es usual e implícita y se entiende incluida sin necesidad de estipulación específica (cláusulas de uso común, art. 1622 C. C.).

Refiere, igualmente, a la integración de la forma solemne por reenvío a reglamentaciones en las cuales no sólo se consagra el pacto arbitral sino la ley aplicable a la controversia y al procedimiento, y a la remisión o conexión con otros contratos en situaciones de conexidad o coligación negocial en donde uno de los negocios jurídicos contiene la compromisoria.

Todas las hipótesis «en que el contenido contractual haya de especificarse y completarse en vista de un factor extrínseco a él» tipifican el esquema del negocio *per relationem*⁸⁴, por expresión indirecta al contenido o reenvío a factores externos compatibles con el tipo negocial y la normatividad regulatoria.

Los principios dogmáticos del voluntarismo e individualismo en las relaciones jurídicas, y la presuntuosidad de una libertad libérrima o absoluta, ora de la voluntad humana, ora de la autonomía privada, en el mundo contemporáneo se han atenuado, cercenado y sustituido, no sólo por razones de política legislativa de dirección, encauzamiento, tutela o protección de intereses sociales o económicos o actuación del *ius cogens*, cuando más por la dinámica y celeridad del tráfico jurídico con el surgimiento de figuras de indudable naturaleza dispositiva por fuera de los esquemas tradicionalmente admitidos.

En efecto, la libertad contractual y la autonomía privada, reconocidas por el ordenamiento jurídico, no implican un poder absoluto y abierto para mandar y disponer de los propios intereses, cuyo reconocimiento y tutela legal parten de su función práctica o económica social y el desarrollo de intereses por ello dignos de protección normativa. Los esquemas del voluntarismo dogmático han sido superados por evidentes razones de dirigismo y orientación, supresión de desigualdades y evitación de posiciones dominantes en el mercado y en el campo de las relaciones jurídicas contractuales.

La contratación en masa o en serie⁸⁵, el contenido mínimo legalmente

84 *Harv. L. Rev.* 529 (1971); R. Craswell. "Property Rules and Liability Rules in Unconscionability and related Doctrines", 60 *U. Chi. L. Rev.* 1, 1993, pp. 34 y ss.; M. J. TREBILCOCK y D. N. DEWEES. "Judicial Control of Standard Form Contracts", en *The Economic Approach to Law*, BURROWS y VELJANOVSKI (eds.), London, 1981.

84 Cfr. R. SCOGNAMIGLIO. *Teoría General del Contrato*, trad. F. HINESTROSA, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1971, pp. 180 y ss.

85 F. GALGANO. "Il negozio giuridico", en *Trattato di dir. civ e comm*, CICU-MESSINEO, V. III, T. I, pp. 43 y ss.; ID. *El negocio jurídico*, trad. F. de P. BLASCO G y L. PRATS A., Tirant lo Blanc, Valencia, 1992, pp. 69 y ss., enunciando dentro de los límites de la autonomía contractual el contrato en serie, «contrapuesto con este nombre al contrato aislado. Se habla de contrato aislado para indicar el contrato que es fruto de nego-

ciaciones adelantadas entre las partes contratantes, en el curso de las cuales ellas discuten cada una de las condiciones que formarán el contenido del contrato futuro: es la hipótesis en la que las partes contratantes se encuentran colocadas en un pie de paridad económica (ambas son grandes empresas o ambas son particulares comunes de condición económica análoga) y, por tanto, pueden "regatear" cada cláusula del contrato. Por el contrario, es contrato en serie (llamado también "standar" o contrato masivo o contrato por adhesión) el contrato cuyo contenido es del todo determinado por una de las partes, sin que la otra pueda negociar; tan sólo puede rehusarse a celebrarlo. El contrato en serie está ligado a las exigencias de la programación empresarial, propias de la producción industrial en gran escala de bienes o de servicios, del comercio a gran escala, de la actividad de los bancos, de las empresas de seguro, de las entidades

impuesto, inclusive a nivel de exclusión o de prohibición, el contrato *dictato*, el contrato *forzado*, el contrato *impuesto*, la predisposición del contenido por disposición legal o negocial, por uno de los sujetos o por grupos de éstos, el uso de formularios, recetarios o esqueletos negociales, y los términos de reenvío, constituyen las manifestaciones de mayor relevancia y sensibilidad.

En el "contrato por adhesión"⁸⁶ el contenido del negocio está dispuesto por una sólo de las partes y por lo común concebido en su interés o protección, sin posibilidad de variación, modificación o alteración unilateral de la otra parte.

Se discute si la predisposición de las cláusulas implica el ejercicio de un poder jurídico, social o económico por el predisponente⁸⁷, admitiéndose, en todo caso, la titularidad legal o virtual de un monopolio respecto de los bienes o servicios⁸⁸.

En el contrato global, estándar, patrón, tipo o normativo⁸⁹, según se prefiera nominar, las partes, de ordinario sujetos jurídicos, usualmente grupos de empresas o de interés, para establecer el régimen de sus competencias, lograr mayores resultados homogéneos, de una parte, acuerdan el campo de actividad —que es común—, y de otra, determinan un patrón, tipo o reglamento general al cual se someterán en los contratos ulteriores que se celebren entre éstas o entre una de ésta y terceros.

Por lo general, las partes del contrato patrón ostentan idéntica o análoga posición o situación⁹⁰ jurídica o económica, a contrariedad del negocio por

que prestan servicios públicos. Así como los bienes son producidos o distribuidos conforme a procedimientos de producción o de distribución uniformes, así también vienen a ser reguladas de modo uniforme las relaciones contractuales con los consumidores de los productos o con los usuarios de los servicios».

⁸⁶ J. CARBONIER. *Derecho civil*, T. II, Vol. II, "El derecho de las obligaciones y la situación contractual", Barcelona, Bosch, 1971, pp. 163 y ss., destaca como caracteres de la figura: «1º La superioridad económica de uno de los contratantes, que *de facto* se sitúa, en posibilidad de imponer condiciones a la otra parte. 2º El carácter unilateral de las cláusulas cuidadosamente preparadas por el *potentior* y concebidas en su exclusivo interés. 3º La invariabilidad de las mismas en cuanto constituyen un todo que se toma o se deja».

⁸⁷ Cfr. F. MESSINEO. *Doctrina general del contrato*, T. I, Buenos Aires, Ejea, p. 440, le caracteriza por: «a) La imposición de cláusulas predeterminadas y propuestas por uno sólo de los contratantes, de modo que el otro no tiene poder de proponer modificación alguna, lo que significa una situación de disparidad económica; b) Supone una situación económica de monopolio legal o de hecho, en la que el monopolista impone un esquema contractual al consumidor. Es fenómeno de la patología económica y producto de la organización de quienes teniendo intereses homogéneos o afines disponen por anticipado el esquema de los con-

tratos en que están llamados a participar».

⁸⁸ F. HINESTROSA. *Derecho Civil, Obligaciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1969, pp. 341 y ss.: «Como rasgos distintivos del negocio por adhesión se destacan: oferta al público en general, escrita, habitualmente impresa en letra diminuta, que debe ser admitida o negada sin vacilaciones ni cambios, emanada de quien legal o virtualmente goza de monopolio en la prestación del servicio a que el contrato se refiere».

⁸⁹ J. CARBONIER. *Op. Cit.*, pp. 612 y ss.: son «Celebrados con personas que fijan de antemano sus condiciones comunes para todos los contratantes, en veces son contratos de adhesión, en que uno de los contratantes ejerce un monopolio de hecho o de derecho; donde las grandes empresas redactan de antemano y unilateralmente (en fórmulas escrupulosamente previstas) sus contratos-tipos con condiciones generales que ulteriormente han de aplicarse de plano a todos los contratos individuales que con la clientela se celebren, de contenido uniforme, invariable y único».

⁹⁰ Cfr. F. MESSINEO. *Op. Cit.*, pp. 436, 443 y ss., es «el resultado de un entendimiento entre dos o más sujetos, en virtud del cual sus futuros comportamientos serán regulados en el modo preestablecido por ellos mismos. Se está ante una actividad creadora de normas con carácter de generalidad y que se refieren a un número indefinido de casos donde las partes solo agregan la firma, suponiendo el uso del formulario contractual».

adhesión⁹¹, en donde una de éstas sin duda ostenta primacía por la situación legal o fáctica de monopolio.

Los sujetos del contrato disciplinan de manera uniforme y constante el contenido de negocios jurídicos futuros de desarrollo, ejecución o aplicación, obligándose, no a la celebración de posteriores negocios, sino al acatamiento de los cánones o directrices predispuestos en la hipótesis de llegar a celebrarlos.

Esta clase de contratos, en suma, se celebra por sujetos de igual, conexas o próxima situación jurídica o económica, precisa el contenido contractual del celebrado entre las partes, y, a su vez, impone el contenido de otros contratos celebrados bajo el patrón dispuesto, que es imperativo.

Su naturaleza, así como la del negocio por adhesión, es estrictamente contractual o negocial, y no normativa o legal.

Frente a las situaciones precedentes de contenido preestablecido (contrato de adhesión, condiciones predispuestas o generales, contrato patrón, tipo, módulo o normativo, referencia, etc.), en general, existe predisposición unilateral de los términos, condiciones y cláusulas del negocio jurídico, cuyo valor es estrictamente negocial o contractual pese a la reglamentación abstracta, uniforme, constante y a su aplicación a múltiples hipótesis singulares, sin que, por el ejercicio de potestad o poder dominante, comporte de suyo y ante sí incorrección, deslealtad e ilicitud, siendo menester, aun en casos de control previo de naturaleza administrativa, analizarlas íntegramente y cotejarlas con la disciplina aplicable a todos los negocios jurídicos.

A este respecto, es trascendente verificar la consistencia, claridad y suficiencia del articulado predispuesto, la experiencia, posición, formación y conocimiento de los sujetos, la necesaria advertencia, explicación e información por el predisponente al adherente o la inobservancia de carga de diligencia por éste, así como la prevalencia de las estipulaciones agregadas a propósito respecto de las genéricas y, en su caso, la previa, expresa o explícita aceptación de algunas⁹².

⁹¹ A. CANDIAN. *Instituciones de derecho privado*, México, Uteha, 1961, pp. 190 y ss. y 203. En el normativo, «el acuerdo tiene por contenido la fijación de normas puestas a priori para la regulación de las relaciones futuras contractuales» (p. ej., contrato colectivo de trabajo, comunidad, agencia comercial, etc.); se celebran «por empresarios ejerciendo una misma actividad económica o actividades económicas conexas, los cuales tratan de disciplinar aquéllas mediante una organización común» y a contrariedad del contrato por adhesión, «resultado de una disparidad, prácticamente frecuente, de fuerzas económicas (y por consiguiente de autonomía jurídica) entre las dos partes contratantes», del cual se diferencia «en cuanto la predisposición a priori del texto del contrato no sigue a la imposición del contratante prepotente, sino responde a la conveniencia de una disciplina uniforme».

⁹² El artículo 1341 del C. C. ital. disciplina: «Las condiciones generales del contrato, establecidas por uno de los contratantes, serán eficaces respecto del otro si en el momento de la conclusión del contrato,

éste las ha conocido o hubiere debido conocer usando la diligencia ordinaria. En todo caso, no tendrán efecto si no fuesen específicamente aprobadas por escrito las condiciones que establezcan a favor del que las ha impuesto limitaciones de responsabilidad, facultades de rescindir el contrato o suspender su ejecución o sancionar a cargo del otro contratante caducidades, limitaciones a la facultad de oponer excepciones con terceros, prórrogas o renovación tácita del contrato, cláusulas compromisorias o derogaciones a la competencia de la autoridad judicial» (el artículo 3.1 de la Ley 25 de 1994 exceptúa la compromisoria); y el artículo 1342 *ibidem*: «En los contratos concluidos mediante la firma de formularios dispuestos para disciplinar de modo uniforme determinadas relaciones contractuales las cláusulas agregadas al formulario prevalecen sobre las del formulario cuando fuesen incompatibles con éstas, aunque las últimas hayan sido canceladas. Se observará además lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 1341».

También constatar, según análisis objetivo, el contenido del negocio jurídico, para verificar situaciones de paridad o disparidad y prevenir desequilibrios en los derechos y obligaciones de las partes a contrariedad de su regulación normativa.

Nuestro orden jurídico no regula específicamente la problemática del negocio jurídico *de o por adhesión*⁹³ ni la predisposición del contenido por una de las partes, siendo menester remitirla a la normatividad general y analizarla en cada caso particular con arreglo a sus directrices abstractas, concorde a las cuales todo acto dispositivo, en principio, es eficaz y será ineficaz si no se ajusta a la preceptividad, si contraría el derecho imperativo, orden público, buenas costumbres, el consenso es insano por violencia, error espontáneo o provocado (dolo), defecto de la capacidad de parte o del poder dispositivo, inobservancia de las cargas de información, claridad, precisión, corrección, probidad, lealtad y, en su caso, el conocimiento previo y aceptación de las condiciones más favorables al predisponente o cuando se evidencie un abuso o exceso de poder lesivo o vejatorio de los intereses de la contraparte.

Tratándose del seguro, la Superintendencia Bancaria⁹⁴, sin fundamento medianamente aceptable, postula la invalidez de la compromisoria preestablecida en condiciones generales al colocar al tomador en la disyuntiva de prescindir del seguro o renunciar a sus acciones ante la jurisdicción común, admitiéndola, empero, después de la celebración del contrato, porque «la aceptación del asegurado sí sería libre y espontánea».

En materia de arbitramento internacional, es difundida la aceptación de la compromisoria contenida en condiciones generales de contrato, modelos o formularios negociales y por referencia o reenvío.

Es común la opinión de la eficacia de estas cláusulas, siendo suficiente el deber de conocerlas o el conocimiento previo de las mismas⁹⁵.

Hipótesis típica de la compromisoria por referencia se encuentra en las relaciones jurídicas de sujetos pertenecientes a cierto gremio, asociación o a cierta profesión u oficio, cuyos estatutos, usos o prácticas negociales y sociales refieren al arbitramento como mecanismo de solución de las controversias derivadas.

También la compromisoria convenida en un negocio jurídico de fiducia respecto de los beneficiarios y a quienes se expidan certificados de garantía, los cuales implican la proyección de los efectos del negocio marco, acceden a éste y, por lo tanto, su contenido se proyecta sobre los negocios de desarrollo y aplicación en los cuales se haga referencia o reenvíe.

⁹³ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Cas. Civ. Sentencias del 12 de diciembre de 1936, en *G. J. T.* XLIV, pp. 676 y ss.; septiembre de 1947, en *G. J.* N° 2053, p. 274; 15 de diciembre de 1970, 6 de marzo de 1972, 12 de junio de 1973, 8 de mayo de 1974, 21 de marzo de 1977, 9 de septiembre de 1977, 29 de agosto de 1980; A. GENOVESE. "Contratto di adesione", en *EdD*, X, Milano, 1962, pp. 1 y ss.; ID. *Le condizioni generali di contratto*, Padova, 1954; BERLIOZ. *Le contrat d'adhesion*, Paris, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1976; DEREUX. "De la nature juridique des contrats d'adhésions",

en *Revue trimestrielle de droit civil*, 1910, pp. 503 y ss.; *Le condizioni generali di contratto*, C. MASSIMO BIANCA (dir.), Vols. I y II, Milano, Giuffrè, 1979 y 1981.

⁹⁴ Cfr. Concepto del 19 de noviembre de 1979.

⁹⁵ Así, el artículo 24 de la italiana Ley 25 de 1994 preceptúa: «Es válida la compromisoria incluida en las condiciones generales contenidas en acuerdo escrito de las partes, siempre que éstas hayan tenido conocimiento de ella, o debido conocerla con diligencia mediana».

En todo caso, las cláusulas de uso común se entienden incluidas en el contenido del negocio jurídico así no se hayan estipulado (*naturalia negotia* por uso o costumbre, art. 1622.2 C. C.) y, por consiguiente, integran concretamente el acto dispositivo.

En efecto, el contrato es un acuerdo dispositivo de dos o más partes o sujetos contractuales para constituir, modificar o extinguir relaciones jurídicas (arts. 864 C. Co. y 1495 C. C.), es fuente generatriz de éstas, determinadas en su contenido concebido como un todo unitario, complejo e integrado de elementos esenciales, naturales y accidentales (art. 1501 C. C.), prospectiva y retrospectivamente, y obliga a lo que le corresponde por definición (*essentialia negotia*), por ley, uso, costumbre o equidad (*naturalia negotia*), y a lo específicamente pactado (*accidentalialia negotia*), siendo parte del mismo las cláusulas de uso común, así no se estipulen expresamente (arts. 864 y 871 C. Co., 1501, 1601, 1602 y 1622 C. C.).

El negocio jurídico es un acto de autonomía privada, *rectius*, de disposición de intereses, y una conducta valorada en función del ambiente social en que se produce; su contenido (conjunto de disposiciones, cláusulas, proposiciones que lo presentan como un todo orgánico unitario) en veces se integra de lo que por ley o costumbre le pertenece, sin que sea menester llamado expreso de las partes, por cuanto aquello que se suele estipular en el tiempo, lugar, medio y época en que se celebre se entiende pertenecerle, a la manera de *naturalia negotia*, no por ley sino por uso o costumbre.

Por esto, las cláusulas de uso común integran el contenido, son parte de éste y tienen valor impenitativo, salvo que se excluyan expresamente, y si por uso común la compromisoria confluye a la integración del contenido de un negocio jurídico celebrado en particular, sin duda, aplicará para la solución de las controversias derivadas de la relación jurídica negocial en virtud de su referencia normativa.

Más compleja se presenta la referencia por conexidad o coligación negocial⁹⁶,

⁹⁶ Al disciplinarse determinadas categorías negociales, el ordenamiento o las partes pueden establecer un nexo de interdependencia, subordinación o sujeción prestacional o negocial con carácter genético, estructural, funcional, recíproco o unilateral, generador (p. ej., contratos normativos o tipo y contratos específicos, de desarrollo o concreción, negocio preliminar y definitivo) modificativo (v. gr., negocios de accertamento) o extintivo (p. ej., negocio infirmatorio, "mutuo disenso", revocación). La coordinación actúa funcionalmente en punto de la producción de efectos finales si la coligación prestacional o negocial procura un fin o resultado práctico unitario, convergente y común basado en un interés inmediato antecedente del final único. En estas hipótesis, la pluralidad negocial se vincula por la interdependencia funcional y teleológica y, aun cuando cada tipo negocial conserva su individualidad normativa, su eficacia y validez encuentra condicionamiento recíproco. Diferente de la

coligación negocial es la combinación de los elementos de negocios típicos, legal o socialmente, originarios de un esquema contractual unitario no disciplinado por el ordenamiento, dentro de los cuales se sitúan el "contrato mixto" y "complejo", caracterizados por la pluralidad prestacional, y su confluencia única de los restantes carece de disciplina normativa, planteándose su regulación por la normatividad aplicable al contrato prevalente o determinante (absorción) o por la preceptiva de todos (combinación) o por las del negocio típico más próximo (analogía). En efecto, cuando las partes combinan elementos y prestaciones de diferentes tipos contractuales en un contrato único se presenta la "atipicidad" de éste y se le regula por la preceptiva del tipo prevalente. Estos fenómenos, fruto de la autonomía privada, encuentran respaldo legal en cuanto obedezcan a fines dignos de tutela y reconocimiento, y estructuran los contratos "complejos", "mixtos" o uniones y combina-

particularmente en negocios jurídicos con relación indisociable, genética o funcional⁹⁷, y en circunstancias en las cuales las distintas relaciones jurídicas no admiten la posibilidad de escisión, planteándose si la compromisoria disciplinada en uno de estos negocios y ausente en los restantes se proyecta *in integrum* para definir todas las controversias o se restringe a aquéllas en las cuales concretamente se previene, sin ser admisible, *strictu sensu*, solución uniforme y de máxima exégesis en cuanto a la aplicación del pacto arbitral para la definición de los conflictos respecto de los que expresamente se hubiere acordado, tanto que a falta de una singularización se extiende a todos los de la relación jurídica negocial.

ciones contractuales caracterizados por un designio unitario. A esta situación se agrega la coligación contractual resultante de contratos distintos pero coligados desde el punto de vista teleológico o funcional e interdependientes, a diferencia de la combinación de elementos de contratos distintos con nominación legal o social dentro de un contrato único y por supuesto atípico.

⁹⁷ La coligación negocial no debe confundirse con la tipicidad y atipicidad contractual. Concretos tipos negociales se regulan por el ordenamiento con *nomen* y disciplina legal específica (*tipicidad legal*) relevando su significado e importancia social, el reconocimiento de intereses dignos de tutela normativa y jurisdiccional, la presunción de

su trascendencia y la consiguiente garantía preventiva de legitimidad. La recepción de la figura social por el legislador, de suyo, impone la presunción de importancia de los intereses. Algunos tipos negociales encuentran ordenación social (*tipicidad social*) en los usos y prácticas del tráfico jurídico o surgen de éstas. Estas figuras serán protegidas si se demuestra su utilidad, y el control jurisdiccional será más intenso. Otros tipos negociales carecen de disciplina legal o social y configuran la categoría de los negocios atípicos que pueden surgir de su creación originaria, *ex novo*, por primera vez, de la combinación exclusiva de los elementos de esquemas típicos o de éstos y otros elementos primarios y genuinos.