

La forma del pacto arbitral en el Nuevo Estatuto Arbitral Nacional Colombiano: ¿consensual o solemne?¹

The form of the arbitration agreement in the New Colombian National Arbitration Law: ¿consensual or formal?

DAVID NAMÉN BAQUERO²

RESUMEN

Este artículo presenta las tendencias normativas, doctrinales y jurisprudenciales relativas a la naturaleza solemne o consensual del pacto arbitral en el ordenamiento jurídico colombiano. En particular, procura precisar la exigencia legal de formalidad "*ad substantiam actus*" o "*ad probationem*", para su existencia o prueba. Expondrá brevemente la evolución legislativa y el estado actual de la problemática.

Palabras clave: Pacto Arbitral. Forma. Consensualidad. Formalidad "Ad Substantiam Actus". Formalidad "Ad Probationem. Principio de Libertad de Formas.

1 Fecha de recepción: 25 de febrero de 2021. Fecha de aceptación: 25 de junio 2021 Para citar el artículo: Namén D. "La forma del pacto arbitral en el nuevo estatuto arbitral nacional colombiano: ¿consensual o solemne?". *Revist@ E-Mercatoria*, vol. 20, N° 1 enero–junio 2021.

DOI: <https://doi.org/10.18601/16923960.v20n1.01>

2 Abogado de la Universidad Externado de Colombia. LLM en Derecho Internacional Económico y de los Negocios de Georgetown University. Maestría en Abogacía Digital y Nuevas Tecnologías. Universidad Salamanca. Docente Investigador del Departamento de Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia y profesor de Derecho Civil.

ABSTRACT

This article describes the legal, doctrinal and jurisprudential tendencies related to the solemn or consensual nature of the arbitration agreement in the Colombian legal system. In particular, it seeks to specify the legal requirement of formality "ad substantiam actus" or "ad probationem, for its existence or proof. Additionally, it will briefly explain the legislative evolution and the current state of the problem.

Key Words: Arbitration Agreement. Form. Consensuality. *Formalities Ad probationem*. *Formalities Ad substantiam*. Principle of Freedom of the Form.

INTRODUCCIÓN

En cuanto atañe a la formación, celebración, existencia o eficacia del pacto arbitral, su naturaleza solemne o libre de forma- consensual- ha sido controvertida en los distintos ordenamientos. La normatividad más reciente, en lugar de brindar claridad al respecto, parece generar confusiones y debates innecesarios que entorpecen el acceso al arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos.

El objetivo de las siguientes líneas, no es tratar exhaustivamente la forma del pacto arbitral; todo lo contrario, menciona las tendencias centrales de la doctrina y la jurisprudencia colombiana al respecto.

Para lograr ese propósito, el escrito estará dividido en dos partes; la primera, tratará sucintamente el principio de la libertad de forma (I); para luego hacer un recorrido por los antecedentes históricos de la figura y precisar si en la actualidad el legislador patrio consagró una forma específica para expresar el consentimiento en la formación del pacto arbitral en el marco de un arbitraje nacional (II).

I. EL PRINCIPIO DE LA LIBERTAD DE FORMA. LAS SOLEMNIDADES. LOS CONTRATOS REALES, CONSENSUALES Y SOLEMNES

II. EL PRINCIPIO DE LIBERTAD DE FORMA: NOCIÓN

El consentimiento es el pilar fundamental sobre el cual se edifica la formación de todo negocio jurídico. En algunas ocasiones la forma de expresión no encuentra limitación, y en otras, por razones de seguridad, certeza o autotutela de determinados sujetos o intereses, el ordenamiento jurídico la restringe.

Se recordará que en el derecho romano arcaico, el nacimiento de los actos jurídicos estaba condicionado a un rígido formalismo, en el que debían

pronunciarse fórmulas sacramentales para que el acto pudiera surgir, prevaleciendo así el principio "*nuda pactio obligationes non parit*". Sin embargo, en épocas posteriores del derecho romano, aparecieron nuevas figuras contractuales que lograron atenuar el principio, pero nunca lo suprimieron.

Hacia la época del renacimiento, se consolida el principio "*solus consensus obligat*", contraponiéndose de esa manera al excesivo formalismo que rigió en épocas precedentes. En virtud de este principio, las partes pueden obligarse sin necesidad de observar un rito específico y la disposición puede expresarse en forma libre. Por esto, su contribución al surgimiento de nuevas categorías contractuales y la celeridad del tráfico jurídico es notable.

La libertad de expresión o de forma es el principio extendido en la actualidad. En efecto, la regla imperante en la época contemporánea, reconocida y admitida en la generalidad de las legislaciones, contrario a lo que sucedía en el derecho romano, es la libertad de formas, y las partes pueden expresar el acto dispositivo de intereses por todo medio, modo o vehículo, cuando la ley no lo haya restringido por razones de orden público, seguridad o protección de ciertas personas o intereses.

La "forma", dice Emilio Betti, "*es el modo como es el negocio, es decir, como se presenta frente a los demás en la vida de relación: su figura externa*"³.

Según Lina Bigliazzi y Umberto Breccia "*El término forma se usa, todo lo más, en una acepción restringida, con referencia a algunos modos específicos de manifestación del querer exigidos para determinados negocios, so pena de nulidad. Entendida en este sentido, el único vinculante para el intérprete, la forma no es un elemento esencial de todos los negocios jurídicos, sino solamente de aquellos negocios cuya validez la ley exige e impone una determinada forma*"⁴, y para Massimo Bianca la forma "*es el medio social por medio del cual las partes manifiestan su consentimiento. Las principales formas de contrato son el acto público, la escritura privada, la forma oral y el comportamiento material. Tratándose de contratos y negocios en general, rige el principio de la libertad de forma, en el sentido de que el consenso de las partes se puede manifestar con cualquier medio idóneo. Lo que importa es que el consentimiento se haya exteriorizado con un hecho socialmente valorable como acuerdo*"⁵.

En la doctrina nacional, el profesor Fernando Hinestrosa, precisa: *La forma quiere decir el medio de expresión empleado por el sujeto al efecto; tómesela como vehículo de transmisión del pensamiento y volición, o simplemente como comunicación. Así las cosas, no puede menos afirmarse que la forma es el medio de expresión, manifestación, comunicación*

3 BETTI, EMILIO. *Teoría General Del Negocio Jurídico*. Traducido por: A. Martín Pérez. II ed. Madrid-España: Revista de Derecho Privado. p. 97.

4 BIGLIAZZI, LINA, FRANCESCO BUSNELLI, UGO NATOLI, y UMBERTO BRECCIA. *Tratado de derecho civil*. Traducido por: Fernando Hinestrosa. Vol. I. Bogotá-Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1992, p.793.

5 BIANCA, MASSIMO. *Derecho Civil III El Contrato, Volumen 3*. Traducido por: Fernando Hinestrosa y Cortes Edgar. Segunda ed. Bogotá-Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 293.

empleado por quienquiera que sea para hacer saber su pensamiento, estado de ánimo, memoria de algo o, acá su disposición"⁶.

El profesor Guillermo Ospina Fernández, al tratar del principio lo concibe como "la libertad en la escogencia de las formas para la expresión de la voluntad jurídica"⁷.

De acuerdo con la doctrina expuesta, la libertad de forma es una de las máximas proyecciones de la autonomía de la "voluntad", autonomía privada, libertad contractual o de contratación, los negocios jurídicos son libres en su expresión, las partes pueden disciplinar libremente sus intereses y dar a conocer socialmente su disposición por cualquier modo directo o indirecto de expresión.

En análogo sentido, así como la celebración del negocio jurídico es libre, su prueba es, en línea de principio, igualmente libre. Puede celebrarse y probarse por cualquier forma y medio probatorio.

El principio, se opone al "formalismo" que, a contrariedad, por excepción impone una forma singular para manifestar el acto dispositivo o restringe la prueba del acto, a punto que su inobservancia comporta su inexistencia o dificultad para acreditarlo en juicio.

B. EXPRESIONES DE LA FORMALIDAD

La dicotomía entre el formalismo y la libertad de forma, permite identificar que en la mayoría de los sistemas jurídicos actuales coexisten ambos principios y se mantienen presentes ciertas formas específicas que trazan las pautas de como debe expresarse el acto de disposición de intereses de las partes, esto es, la formación de determinados negocios jurídicos, sin que puedan extenderse por vía analógica a otros tipos contractuales⁸.

6 HINESTROSA, FERNANDO. *Tratado de las Obligaciones II: De las Fuentes de las Obligaciones. El Negocio Jurídico*. Primera ed. Bogotá-Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 415.

7 OSPINA FERNANDEZ, GUILLERMO & OSPINA ACOSTA, EDUARDO. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Ed. 7. Bogota-Colombia: Editorial Temis S.A, 2005, p. 223. En el mismo sentido, JARAMILLO JARAMILLO, CARLOS IGNACIO. *Derecho Privado: Estudios Y Escritos De Derecho Patrimonial* [Derecho de contratos]. 1st ed. Vol. III. Bogotá-Colombia: Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibañez, CEDEP, 2014. p.28.: "La forma – de la declaración de la voluntad- no es más que el modo, medio o manera a través del cual el elemento interno del negocio jurídico se exterioriza, haciéndose cognoscible ante los demás asociados. La forma es el molde en que se vierte el contenido de la declaración de voluntad, es como el ropaje que abriga la manifestación negocial

8 BIANCA, MASSIMO. "Derecho Civil- El Contrato". ob. cit., p. 295. "La consagración normativa de las cargas formales constituye una derogación al principio de libertad de forma; su aplicación en los casos no previstos, no es posible en virtud de la prohibición de la aplicación analógica de las normas especiales, esta prohibición, cierra, por lo demás, la posibilidad de una interpretación extensiva de las normas, cuando se trata, sustancialmente, de la misma operación económica o de la misma cuestión jurídica. Así mismo,

El principio es la libertad de forma, por excepción, el acto es solemne. La solemnidad es concreta, específica o singular, se exige en particular para determinado acto, supone un texto legal (o convencional) expreso, claro y preciso, y no puede aplicarse ni interpretarse en sentido amplio, sino estricto.

La pervivencia del formalismo en nuestros días, se puede predicar respecto a la existencia del negocio jurídico o de su prueba. En el primer caso, si no se cumple con la forma preestablecida en la ley, el negocio jurídico es inexistente o nulo⁹ (i). En el segundo, el negocio nace a la vida jurídica pero si no se ciñe a la forma probatoria señalada, su acreditación podría verse afectada (ii).

lo ha resaltado la Corte Suprema de Justicia. [C.S.J], Sala Civ. Marzo 6, 2012. M.P. William Namén Vargas. Exp. 11001-3103-010-2001-00026-01 [Colom.]: *"El derecho imperativo de la Nación se remite al orden público, comprende principios fundamentales del ordenamiento jurídico inferidos de las normas imperativas. Las reglas legales, según una antigua clasificación, son supletorias, dispositivas o imperativas. En la primera categoría están las que rigen en defecto de específica previsión de las partes, en ausencia de estipulación alguna y, por ello, suplen el silencio de los sujetos, integrando el contenido del acto dispositivo sin pacto expreso ninguno. El segundo tipo obedece a la posibilidad reconocida por el ordenamiento jurídico para disponer, variar, alterar o descartar la aplicación de una norma. Trátase de preceptos susceptibles de exclusión o modificación en desarrollo de la autonomía privada, libertad contractual o de contratación. Son imperativas aquellas cuya aplicación es obligatoria y se impone a las partes sin admitir pacto contrario. Por lo común estas normas regulan materias de vital importancia. De suyo esta categoría atañe a materias del ius cogens, orden público social, económico o político, moralidad, ética colectiva o buenas costumbres, restringen o cercenan la libertad en atención a la importancia de la materia e intereses regulados, son taxativas, de aplicación e interpretación restrictiva y excluyen analogía legis o iuris".* En consonancia con la definición de normas de orden público, el Oficio 220-040684 del 23 de agosto de 2007 de la Superintendencia de Sociedades: *"Normas Imperativas: son aquellas que en su misma esencia son obligatorias, no solo se inspiran en los principios generales derivados de la noción de orden público, la seguridad del estado, las buenas costumbres, sino que tienden a moralizar y a proteger la profesión del comercio. Las que determinan las condiciones de validez de los contratos, imponen obligaciones a los profesionales del comercio, exigen solemnidades para la celebración de ciertos actos o las que imponen sanciones por el incumplimiento de exigencias o requisitos legales".* Y PINZON MARTINEZ, JOSÉ GABINO. *Introducción al Derecho Comercial*. Tercera Edición. Bogotá-Colombia: Editorial Temis S.A 1985., p. 88: *"Las normas imperativas no solo han de constar en textos expresos e inequívocos de la ley, sino que son y han de ser de estricta interpretación y de aplicación restringida, pues implican de suyo limitaciones a la libertad contractual y producen, también de suyo, situaciones que son restrictivas a la regla general".*

9 La sanción de inexistencia o nulidad se ha discutido de antaño. De conformidad con el artículo 898 del Código de Comercio de 1971, "será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales". En materia civil, "es nulo el acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato" y la "omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos" se sanciona con nulidad absoluta, (Código Civil, art. 1740). La jurisprudencia civil sanciona con nulidad absoluta la omisión del documento *ad substantiam actus* (cas. civ. sentencia de 28 de agosto de 1940, LVIII, p. 447).

i. Ad Substantiam Actus

La solemnidad constitutiva *-forma dat esse rei-* o *ad substantiam actus* se erige como una restricción a la libertad de forma e implica que las partes deben cumplir *stricto sensu* con la fórmula impuesta por la ley para que el negocio jurídico sea existente, sin perjuicio de que las mismas partes en ejercicio de su autonomía privada, le otorguen ese requisito formal al negocio jurídico *-se habla de formalidades convencionales-*¹⁰.

En Colombia, por regla general rige el principio de la consensualidad¹¹, y las partes pueden escoger libremente cualquier vehículo para exteriorizar su querer. El artículo 824 del Código de Comercio, es una manifestación de este principio:

"Los comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito o por cualquier modo inequívoco. Cuando una norma legal exija determinada solemnidad como requisito esencial del negocio jurídico, este no se formará mientras no se llene tal solemnidad".

- 10 Corte Suprema de Justicia. [C.S.J], Sala Civ. Octubre 16 de 1980, M.P Ricardo Uribe Holguín. CKXVI, 169; [Colom.] Cuando se pacta forma solemne convencional, y las partes observan una conducta recíproca, conjunta, armónica, coherente, convergente e inequívoca durante la ejecución práctica indicativa de la "desistencia" del escrito, por mutuo acuerdo o mutuus consensus, extinguen la exigencia del escrito. Por fuera de esta situación, cuando una parte ejecuta una conducta contraria a lo pactado, esto es, tratándose de un comportamiento "unilateral", circunstancia diferente a la conducta recíproca, aún acordada forma escrita, en protección del principio de coherencia y confianza legítima, queda vinculada por su acto propio. En la contratación contemporánea, las cláusulas de integridad, ineficacia de modificaciones no orales y la forma convencional escrita ("no oral modification", "course of performance doctrine", "cláusula de integridad"), están limitadas por la buena fe, el acto propio y la confianza legítima, pues sería contrario a la buena fe y la corrección, permitir a una parte prevalecer de una exigencia escrita cuando actúa a través de una forma diferente. Por consiguiente, la forma convencional escrita es susceptible de terminación, cesación o extinción por la conducta recíproca de ambas partes, aún concluyente, cuando conjuntamente ejecutan las prestaciones o modifican el contenido del pacto a través de un forma no escrita, y en todo caso, la parte que actúa unilateralmente a contrariedad de la misma, queda atada por su acto propio (venire contra factum proprium, deber decoherencia, reliance, vertrauensprinzip).
- 11 Código de Comercio. Decreto 410 de 1971. Por medio del cual se expide el Código de Comercio. Junio 16 de 1971. D.O No. 33.339. Preceptúa el art. 824: *"Los comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito o por cualquier modo inequívoco. Cuando una norma legal exija determinada solemnidad como requisito esencial del negocio jurídico, este no se formará mientras no se llene tal solemnidad".*

Por su parte, el Código Civil no contiene una disposición análoga, pero si refiere a las solemnidades *ad substantiam actus*, en los artículos 1500¹² y 1740¹³, al consagrar la noción de los contratos solemnes y la sanción por la inobservancia de la forma prevista.

Es preciso advertir que a diferencia de lo que ocurre en otros códigos civiles, como el español¹⁴ o el italiano¹⁵, que señalan de manera enunciativa los actos que deben estar consignados por escrito, en Colombia, las solemnidades constitutivas se encuentran dispersas y pueden manifestarse de distintas maneras. Así por ejemplo, consistir en: a) *la obligación de elevar el acuerdo a*

- 12 Código Civil Colombiano [CCC]. Ley 57 de 1887. Abril 15 de 1887 (Colombia): Art.1500 *"El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere, es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil, y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento"*.
- 13 Código Civil Colombiano [CCC]. Ley 57 de 1887. Abril 15 de 1887 (Colombia): Art.1740 *"Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes. La nulidad puede ser absoluta o relativa"*.
- 14 Código Civil Español [CCE]. Real Decreto de 24 de Julio de 1889., Artículo 1280. Abril 24 de 1889 (España): *"Deberán constar en documento público: 1.º Los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles. 2.º Los arrendamientos de estos mismos bienes por seis o más años, siempre que deban perjudicar a tercero. 3.º Las capitulaciones matrimoniales y sus modificaciones. 4.º La cesión, repudiación y renuncia de los derechos hereditarios o de los de la sociedad conyugal. 5.º El poder para contraer matrimonio, el general para pleitos y los especiales que deban presentarse en juicio, el poder para administrar bienes, y de cualquier otro que tenga por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública, o haya de perjudicar a tercero. 6.º La cesión de acciones o derechos procedentes de un acto consignado en escritura pública. También deberán hacerse constar por escrito, aunque sea privado, los demás contratos en que la cuantía de las prestaciones de uno o de los dos contratantes exceda de 1.500 pesetas"*.
- 15 Codice Civile. [CC]. Regio Decreto 262 de 1942. "Approvazione del testo del Codice Civile" 16 marzo 1942. (Italia): Art.1350: *"Devono farsi per atto pubblico o per scrittura privata, sotto pena di nullità: 1) i contratti che trasferiscono la proprietà di beni immobili; 2) i contratti che costituiscono, modificano o trasferiscono il diritto di usufrutto su beni immobili, il diritto di superficie, il diritto del concedente e dell'enfiteuta; 3) i contratti che costituiscono la comunione di diritti indicati dai numeri precedenti; 4) i contratti che costituiscono o modificano le servitù prediali, il diritto di uso su beni immobili e il diritto di abitazione; 5) gli atti di rinuncia ai diritti indicati dai numeri precedenti; 6) i contratti di affrancazione del fondo enfiteutico; 7) i contratti di anticresi; 8) i contratti di locazione di beni immobili per una durata superiore a nove anni; 9) i contratti di società o di associazione con i quali si conferisce il godimento di beni immobili o di altri diritti reali immobiliari per un tempo eccedente i nove anni o per un tempo indeterminato; 10) gli atti che costituiscono rendite perpetue o vitalizie, salve le disposizioni relative alle rendite dello Stato; 11) gli atti di divisione di beni immobili e di altri diritti reali immobiliari; 12) le transazioni che hanno per oggetto controversie relative ai rapporti giuridici menzionati nei numeri precedenti; 13) gli altri atti specialmente indicati dalla legge"*.

escritura pública¹⁶, b) documento privado o auténtico¹⁷, c) la presencia de un funcionario y/o la comparecencia de un determinado número de testigos¹⁸, d) el escrito¹⁹, entre otros.

Las palabras que la ley emplea para el caso de las solemnidades constitutivas no son sugestivas, por el contrario, son imperativas. Las más de las veces, se implementan términos como: “deberá”, “necesario” y “se otorgará”; todas acompañadas por la sanción de inexistencia o nulidad en caso de que no se atiendan²⁰.

Las solemnidades constitutivas, también resultan útiles para distinguir entre los contratos que se perfeccionan por el simple consentimiento – *contratos verbales*–, aquellos que se cumplen con la tradición de la cosa –*contratos reales*– y los que requieren un requisito específico para su nacimiento – *contratos solemnes*–²¹.

Para el caso de los solemnes, la inobservancia de la forma prevista por el legislador, conlleva a que no produzca efecto civil alguno- sin perjuicio de las situaciones gestadas al margen de los negocios inexistentes o nulos,

16 Como es el caso de la compraventa, donaciones y permutas de bienes inmuebles- art. 12 decreto 1260/1970 y arts. 1457 y 1956 del C.C-; las donaciones con causa onerosa – art. 1461 C.C-;–las capitulaciones matrimoniales que superen un monto específico – art.1772 C.C-; la constitución de sociedades -art.110 C.Co; la hipoteca -art. 2434 C.C- etc.

17 Vg.: Sociedades encomadita – art. 121 C.Co-; Prenda de interés social en sociedades encomaditas – art. 300 C.Co-enajenación de establecimiento de comercio- art. 526 C.Co-, entre otros.

18 Así, el matrimonio- art. 115 C.C-; testamento abierto y solemne – art. 1070 C.C-; el testamento cerrado y solemne – art. 1078 C.C-; testamento verbal -art.1090 C.C-; las capitulaciones inferiores a mil pesos – art.1772 C.C-, etc.

19 Por ejemplo, la promesa de contrato – art. 89 ley 153 de 1887; los contratos estatales- art. 39 ley 80 de 1993-; las Sociedades por Acciones Simplificadas- art. 5 ley 1258 de 2008, entre otros.

20 El código civil colombiano contempla la sanción de nulidad. Código Civil Colombiano [CCC]. Ley 57 de 1887. Abril 15 de 1887 (Colombia): Art.1741. “La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas”. Por su parte el código de comercio, habla es de inexistencia, pero refiere al mismo fenómeno del Código Civil. Código de Comercio. Decreto 410 de 1971. Por medio del cual se expide el Código de Comercio. Junio 16 de 1971. D.O No. 33.339: Art.824: “Los comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito o por cualquier modo inequívoco. Cuando una norma legal exija determinada solemnidad como requisito esencial del negocio jurídico, este no se formará mientras no se llene tal solemnidad, y el Art. 898 “La ratificación expresa de las partes dando cumplimiento a las solemnidades pertinentes perfeccionará el acto inexistente en la fecha de tal ratificación, sin perjuicio de terceros de buena fe exenta de culpa. Será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales. (subrayas nuestras)”.

21 Código Civil Colombiano [CCC]. Ley 57 de 1887. Abril 15 de 1887 (Colombia): ob.cit. art. 1500.

según la tesis que se acoja- mientras que para los consensuales, el principio de libertad de forma no encuentra más restricción que los límites y las cargas a la autonomía privada.

Esta distinción resulta útil para determinar si el “*pacto arbitral*” se sitúa más en un contrato que supedita su existencia al cumplimiento de una forma específica o puede surgir por cualquier modo expresivo, *verbi gratia*, el simple intercambio de oferta y aceptación.

ii. Ad Probationem

En lo tocante a las solemnidades “*ad probationem*”, su origen consulta la necesidad de documentar ciertos negocios que se consideraban de gran importancia y que no podían dejarse a otros medios probatorios como el testimonio o la confesión pues estos generaban desconfianza.

La solemnidad “*ad probationem*” indica que el negocio surge a la vida jurídica, pero se condiciona su prueba a determinado medio probatorio, generalmente a un escrito. Dicho de otra manera, el negocio jurídico existente debe probarse a través de la forma específicamente señalada.

En Colombia, pese a que desde el ya derogado Código de Procedimiento Civil, se consagró la libertad probatoria y fue replicada en el actual Código General del Proceso -arts. 165 y 176 C.G.²²- aún quedan rezagos de las solemnidades “*ad probationem*”. Por citar algunos ejemplos, la prueba del contrato de seguro – art. 1046 del C.Co²³-; la prueba del contrato de transporte marítimo – art. 1578 C.Co²⁴-; el contrato de fletamento – art. 1667 C.Co²⁵; el

22 Código General del Proceso. Ley 1564 de 2012. “Por medio del cual se expide el Código General del Proceso y se dicta otras disposiciones”. Julio 12 de 2012” D.O No. 48.489: Art.165: “Son medios de prueba la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez.

El juez practicará las pruebas no previstas en este código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio, preservando los principios y garantías constitucionales, y Art. 176: “Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba”.

23 Código de Comercio. Decreto 410 de 1971. Por medio del cual se expide el Código de Comercio. Junio 16 de 1971. D.O No. 33.339: Art.1046. *Prueba del Contrato de Seguro. “El contrato de seguro se probará por escrito o por confesión”.*

24 Código de Comercio. Decreto 410 de 1971. Por medio del cual se expide el Código de Comercio. Junio 16 de 1971. D.O No. 33.339: Art 1578. *Prueba escrita del contrato de transporte marítimo. El contrato de transporte marítimo se probará por escrito, salvo que se trate de transporte de embarcaciones menores, caso en el cual se estará a lo dispuesto en el reglamento.*

25 Código de Comercio. Decreto 410 de 1971. Por medio del cual se expide el Código de Comercio. Junio 16 de 1971. D.O No. 33.339: Art. 1667. *Prueba escrita del contrato de fletamento–contenido. Este contrato se probará por escrito y en él deberán constar.*

contrato de arrendamiento de naves sobre embarcaciones mayores -art.1678 C.Co²⁶-, entre otros.

Ahora bien, no está de sobra aclarar que hay quienes aseveran que en ciertas circunstancias la inobservancia de la carga formal "no impide que el contrato se estipule válidamente y que se pueda dar prueba de él por medio de un documento de reconocimiento, o por medio de confesión"²⁷, por lo que no se excluye que su prueba pueda darse por otro medio a pesar de la solemnidad probatoria que trae consigo la ley para ese acto.

Teniendo presente los anteriores comentarios en cuanto a la libertad de forma, se estudiará si el pacto arbitral en la normatividad actual es solemne o consensual (II).

II. LA FORMA DEL PACTO ARBITRAL EN EL ARBITRAJE NACIONAL COLOMBIANO

A. ANTECEDENTES

i. Colombia

En los distintos periodos históricos del arbitraje en Colombia, el legislador pareciere haberse inclinado por establecer requisitos específicos para el nacimiento del pacto arbitral. En muchos de estos, se observa la necesidad de que el pacto arbitral esté contenido en un escrito, so pena de "nulidad", mientras que en otros, parece que esa exigencia no es necesaria.

26 Código de Comercio. Decreto 410 de 1971. Por medio del cual se expide el Código de Comercio. Junio 16 de 1971. D.O No. 33.339: Art.1678. *Prueba del contrato de arrendamiento de naves-objeto*. Habrá arrendamiento cuando una de las partes se obliga a entregar a la otra a cambio de un precio, el uso y goce de una nave, por tiempo determinado. Este contrato se probará por escrito, salvo que se trate de embarcaciones menores.

27 Cfr. BIANCA, MASSIMO. "Derecho Civil- El Contrato". Ob. Cit., p. 300. En el mismo sentido, DIEZ-PICASSO, LUIS. *Fundamentos Del Derecho Civil Patrimonial*. Volumen I. Primera Edición. Editorial Tecnos S.A, 1979. Madrid-España. p. 179: "La confesión o el testimonio, en función probatoria de unas declaraciones que tienen por si mismas una existencia anterior o independiente de los documentos, pueden concurrir con éste a probarlo y pueden en su caso modificar lo que el documento resulte". Y, BIGLIAZZI, LINA. *Tratado de Derecho Civil*. Ob. Cit, p. 807: "La omisión de la formalidad produce como consecuencia única (en los casos de forma ad probationem) una limitación a los medios de prueba a los que se puede acudir para demostrar la existencia y validez del negocio (por ejemplo, en la hipótesis de que la contraparte no procede a ejecutar el acto o se oponga en juicio negando haberla estipulado). En especial, quien esgrima un derecho con base en el negocio estipulado informalmente podrá deferir al otro contratante el juramento decisivo y podrá obtener una declaración escrita de reconocimiento o de provocar la confesión, por medio del interrogatorio formal del demandado en juicio, en cambio no podrá recurrir a la prueba testimonial y a la prueba de presunciones (sobre la eficacia probatoria de la confesión y del juramento, como también sobre los límites de la prueba testimonial y presunciones: *infra*, cao xii, nn. 8.11"

Para comprender la redacción que en la actualidad se consagra del pacto arbitral, es menester tener presente que el arbitraje nacional colombiano ha sido producto de una evolución, que entendería suponer cada vez mejores normas que atiendan a las necesidades de las partes y al contexto en el que estas se desenvuelven, sin embargo, no en todos los casos es así.

El arbitraje en Colombia ha estado marcado por los siguientes antecedentes normativos:

1. Ley 105 de 1890

La Ley 105 de 1890 consagraba en su Título XIX el juicio de arbitramento y en su articulado tan solo autorizó el compromiso como modalidad para acudir al arbitraje. Los artículos 307 y 308 establecían:

"Art. 307 Pueden someterse a la decisión de arbitradores las controversias que ocurran entre personas capaces de transigir en los casos en que la ley permita la transacción.

El arbitramiento puede adoptarse antes o después que los interesados inicien pleito sobre la controversia y adoptando se procederá como se expresa en este título".

Art. 308. Los interesados otorgaran una escritura pública, o un documento privado firmado por dos testigos y extendido en papel sellado de tercera clase en que conste el pleito, asunto o diferencia que someten a la decisión de los arbitradores: 2º las personas que nombren con este objeto, que deben ser tres; 3º la clase de sentencia que deben dictar los arbitradores es decir se expresara si la decisión debe ser condenado o absolviendo a una de las partes, o si puede transigir las pretensiones opuestas.

Si faltare alguna de estas tres circunstancias serán nulos los documentos o escritura.²⁸"

Este primer antecedente, propio de la época, consagró como requisito solemne y habilitante del compromiso, su otorgamiento mediante escritura pública o documento privado con la firma de dos testigos, so pena de que al no cumplirse con las condiciones, el acuerdo fuera "nulo".

2. Ley 105 de 1931

Años más tarde, se profiere el Código Judicial de 1931- Ley 105 de 1931- y a partir de su artículo 1214 viene a reglamentar el arbitramento. Al igual que la Ley 105 de 1890, sigue manteniendo al compromiso como la única vía para acudir al arbitraje.

28 Ley 105 de 1890. 24 de noviembre, sobre reformas a los procedimientos judiciales. D.O 8.296. 7 de enero de 1891.

El artículo 1216 del prenotado Código Judicial, varió en algunas palabras la redacción del derogado artículo 308 de la Ley 105 de 1890, pero mantuvo en esencia la formalidad constitutiva del compromiso con la sanción de nulidad, así:

*"Art. 1216. Los interesados deben otorgar una escritura pública o un documento privado, firmado ante dos testigos, extendido en papel sellado, y en que conste: 10. El pleito, asunto o diferencia que someten a la decisión de los arbitradores. 20. Las personas que nombren con este objeto, que deben ser tres y capaces de comparecer en juicio por sí mismas. 30. La clase de sentencia que deben dictar los arbitradores, si en derecho, o en conciencia, y si la decisión debe ser simplemente absolutoria o condenatoria, o sí puede transigir las pretensiones opuestas. Si falta alguna de estas tres circunstancias, es nulo el compromiso"*²⁹.

3. Ley 2 de 1938

En 1938, la ley 2ª, reconoce en el ordenamiento jurídico colombiano la cláusula compromisoria como especie del pacto arbitral y se definió en los siguientes términos: *"se entiende por cláusula compromisoria aquella por virtud de la cual las partes que celebran un contrato se obligan a someter a la decisión arbitral todas las diferencias que de él puedan surgir, o algunas de ellas"*³⁰.

De la definición contenida en la ley, no se observa que la cláusula compromisoria hubiera sido un contrato solemne, ya que no se exigía que estuviera contenida en una escritura pública o en un documento, como si se hacía para el compromiso.

4. Decreto 1400 de 1970 y decreto 410 de 1971

Tanto el Código de Procedimiento Civil -Decreto 1400 de 1970- como el Código de Comercio -Decreto 410 de 1971, reproducían textos idénticos en cuanto a las disposiciones relativas al arbitraje. El primero, a partir de los artículos 663 a 667; y el segundo, de los artículos 2011 a 2025.

Ambos códigos regularon las dos modalidades del pacto arbitral de manera idéntica y limitaban la forma en que estos debía constituirse, castigando con "nulidad" su no ocurrencia.

29 Código Judicial. Ley 105 de 1931. "Sobre organización judicial y procedimiento civil". Octubre 17 de 1931. D.O No. 21.823.

30 Ley 2 de 1938. "Por la cual se da validez a la cláusula compromisoria". Marzo 12, 1938. D.O No. 23.727.

El texto del artículo 663³¹ del Código de Procedimiento Civil—artículo 2011 en el Código de Comercio³²- disponía:

“Art. 663. Compromiso y cláusula compromisoria. Pueden someterse a la decisión de árbitros las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir.

El compromiso puede celebrarse antes de iniciado el proceso judicial, o después, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia.

Con las limitaciones previstas en el inciso primero, también puede estipularse cláusula compromisoria con el fin de someter a la decisión de árbitros todas o algunas de las diferencias que se susciten en relación con un contrato para lo cual bastará que los contratantes la consignent en aquel, o en escrito separado antes de que surja la controversia.

El compromiso y la cláusula compromisoria deberán constar en escritura pública o documento privado auténtico, y serán inexistentes cuando no cumplan este requisito y nulos cuando falten a lo exigido en el inciso primero. (Negrillas nuestras)

El compromiso y la cláusula compromisoria implican la renuncia a hacer valer las respectivas pretensiones ante los jueces, pero no impiden adelantar ante estos procesos de ejecución”.

Para el legislador del año 1970, era claro que tanto la cláusula compromisoria, como el compromiso, debían constituirse mediante escritura pública o documento privado auténtico, consagrándose así una solemnidad “*ad substantiam actus*” para la existencia del pacto arbitral. Nótese que, bajo estas normas, la omisión del escrito, genera la inexistencia.

5. Decreto 2279 de 1989

En 1989 viene una reforma al Código de Procedimiento Civil y mediante el artículo 55 del Decreto 2279 de ese año se derogan las disposiciones relativas al compromiso y la cláusula compromisoria contenidas en los Códigos de Comercio y Procedimiento Civil.

El Decreto 2279 de 1989, modificó sustancialmente la definición de la cláusula compromisoria y del compromiso, pues suprimió la necesidad de que constará mediante escritura pública o documento privado como requisito constitutivo.

31 Cfr. Código de Procedimiento Civil. Decreto 1400 de 1970. Por medio del cual se expide el Código de Procedimiento Civil. Septiembre 21, 1970. D.O No. 33.150

32 Cfr. Código de Comercio. Decreto 410 de 1971. Por medio del cual se expide el Código de Comercio. Junio 16 de 1971. D.O No. 33.339

La anterior innovación, respondió a los avances que en materia de arbitraje se venían dando a nivel internacional, que pretendía ampliar los modos en que podía ser exteriorizado el consentimiento para el caso del pacto arbitral.

Los artículos 3, 4 y 5 se ocuparon de estas figuras.

El primero, reglamentó el pacto arbitral, así: "*Las partes deberán acordar el pacto arbitral en cualquier documento, con inclusión de telegramas, télex, fax u otro medio semejante en el que manifiesten expresamente su propósito de someterse a decisión arbitral*"³³.

El segundo, mencionó que para que la cláusula compromisoria en documento separado tuviera efectos, "*deberá expresar el nombre de las partes e indicar en forma precisa el contrato a que se refiere*"³⁴; y el último, señaló los requisitos que debe tener el compromiso para que pudiera producir efectos³⁵.

Estos tres artículos, debían ser interpretados en consonancia con el artículo 27 *ibíd*³⁶, el cual establecía como obligación de los árbitros la lectura del documento que contuviera la cláusula compromisoria o el compromiso en la primera audiencia.

Pese a estos intentos por superar el culto al formalismo en el pacto arbitral, se sostuvo que el artículo 27 del Decreto 2279 de 1989, al imponer la lectura del documento que contuviera el pacto arbitral tornaba el acto en un contrato solemne.

6. Ley 446 de 1998 y decreto 1818 de 1998

Antes de la expedición de la Ley 446 de 1998, hubo otros antecedentes normativos como la Ley 23 de 1991, pero en nada se modifica el pacto arbitral.

Con la Ley 446 de 1998, nuevamente se varía la enunciación normativa del pacto arbitral y se faculta al gobierno para compilar todas las disposiciones

33 Decreto 2279 de 1989. "Por el cual se implementan sistemas de solución de conflictos entre particulares y se dictan otras disposiciones". Octubre 7, 1989. D.O No. 39.012: Art. 3.

34 Decreto 2279 de 1989. "Por el cual se implementan sistemas de solución de conflictos entre particulares y se dictan otras disposiciones". Octubre 7, 1989. D.O No. 39.012. Art. 4.

35 Decreto 2279 de 1989. "Por el cual se implementan sistemas de solución de conflictos entre particulares y se dictan otras disposiciones". Octubre 7, 1989. D.O No. 39.012. Art.5. El compromiso no producirá efecto alguno si no reúne los siguientes requisitos: 1. Nombre, domicilio de las partes y lugar para notificaciones. 2. Diferencias o conflictos, objeto de arbitraje. 3. Indicación del proceso en curso, cuando a ello hubiere lugar. En este caso las partes podrán ampliar o restringir las pretensiones aducidas en aquél

36 Decreto 2279 de 1989. "Por el cual se implementan sistemas de solución de conflictos entre particulares y se dictan otras disposiciones". Octubre 7, 1989. D.O No. 39.012. Art.27.En la primera audiencia se leerán el documento que contengan el compromiso o la cláusula compromisoria y las cuestiones sometidas a decisión arbitral, y se expresarán las prestaciones de las partes, estimando razonablemente su cuantía.

relativas a los mecanismos alternativos de solución de conflictos, dando como fruto el Decreto 1818 de 1998.

El artículo 118 de ese decreto, compiló la definición de cláusula compromisoria que en su momento adicionó la Ley 446 de 1998 al Decreto 2279 de 1989; y en el artículo 199 reguló el compromiso. Los textos eran los siguientes:

"Art. 118. Se entenderá por cláusula compromisoria, el pacto contenido en un contrato o en documento anexo a él, en virtud del cual los contratantes acuerdan someter las eventuales diferencias que puedan seguir con ocasión del mismo, a la decisión de un Tribunal Arbitral Si las partes no determinaren las reglas de procedimiento aplicables en la solución de su conflicto, se entenderá que el arbitraje es legal".

Art. 119. El compromiso es un negocio jurídico, por medio del cual las partes involucradas en un conflicto presente y determinado, convienen resolverlo a través de un tribunal arbitral. El compromiso podrá estar contenido en cualquier documento como telegramas, télex, fax u otro medio semejante. El documento en donde conste el compromiso deberá contener: a) El nombre y domicilio de las partes; b) La indicación de las diferencias y conflictos que se someterán al arbitraje; c) La indicación del proceso en curso cuando a ello hubiere lugar. En este caso las partes podrán ampliar o restringir las pretensiones aducidas en aquél"³⁷.

A partir de esa consagración, el debate doctrinario en torno al carácter solemne del pacto arbitral no se hizo esperar. Diversos autores se inclinaron por reafirmar que el pacto arbitral en sus dos modalidades era de naturaleza solemne por cuanto debía constar en un documento.

En esta tendencia, se sitúan Fernando Hinestrosa³⁸ y Julio Benetti Salgar. Para el segundo de estos autores, la reforma del Decreto 2279 de 1989 resultaba "peligrosa", porque podía prestarse para malinterpretaciones e incluso para la comisión de delitos. A su vez, enfatizaba que: "en cuanto los requisitos de forma, el único previsto en la ley, consiste en que el convenio arbitral debe constar en un escrito, el cual puede consistir en una escritura pública o un documento privado auténtico, al tenor de los artículos 118 y 119 del decreto 1818 de 1998".³⁹

Otros, por el contrario, mantenían abierta la posibilidad de que a el pacto arbitral se pudiera llegar por el simple encuentro de voluntades. De estas posturas se ocupará la siguiente sección.

37 Cfr. Decreto 1818 de 1998. Por medio del cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos. Septiembre 7, 1998. D.O No. 43.380.

38 HINESTROSA, FERNANDO. *El Arbitraje interno e internacional, Memorias del XX Encuentro Nacional de la Asociación Colombiana de Derecho de Seguro (ACOLDESE)*, Medellín, 3-4 octubre 1996, Santafé de Bogotá, Editora Guadalupe Ltda. 1997.

39 SALGAR BENETTI, JULIO. *El Arbitraje En El Derecho Colombiano*. Segunda ed. Bogotá-Colombia: Temis, 2001.p.114.

7. Ley 1563 de 2012

El recorrido legislativo concluye con la Ley 1563 de 2012, que es el nuevo estatuto arbitral y se constituye como uno de los mayores avances en esta materia. La nueva reglamentación no solo trajo consigo un régimen dualista -esto es, unas normas para el arbitraje nacional y otras para el internacional- sino que introdujo una serie de innovaciones como la figura del "pacto arbitral ficto".

Sin embargo, la nueva regulación no resolvió los problemas que se venían presentando en anteriores legislaciones, -como si lo hizo el legislador de 1970- respecto a la "forma" del pacto arbitral- por lo que aún se mantiene vigente la discusión de si el pacto arbitral es o no solemne.

Las normas que regulan la materia comprenden los artículos 3,4 y 6 de la Ley 1563 de 2012.

El artículo 3 define el pacto arbitral como: "*un negocio jurídico por virtud del cual las partes someten o se obligan a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas*"; y continúa: "*(...) el pacto arbitral puede consistir en un compromiso o en una cláusula compromisoria*"⁴⁰.

Adicionalmente, el artículo trae consigo lo que en la doctrina se denomina el pacto arbitral ficto: "*Si en el término de traslado de la demanda, o de su contestación, o de las excepciones previas, una parte invoca la existencia de pacto arbitral y la otra no la niega expresamente, ante los jueces o el tribunal de arbitraje, se entiende válidamente probada la existencia de pacto arbitral*"⁴¹.

El artículo citado, merece unos comentarios adicionales. En primer lugar, no puede dejarse de lado, que el artículo 3 ibídem tuvo múltiples modificaciones para lograr su redacción actual. El proyecto que inicialmente fue presentado por la comisión redactora no contemplaba esa hipótesis. Su introducción se produjo por parte del Senado de la República en el informe de ponencia para el segundo debate⁴².

40 Ley 1563 de 2012, por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional. Diario Oficial No. 48.489, 12 de julio de 2012, p.1-15. Art.3.

41 Ley 1563 de 2012, por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional. Diario Oficial No. 48.489, 12 de julio de 2012, p.1-15. Art.3.par.

42 Ponencia para segundo debate del Proyecto de Ley 18 de 2011. Senado. Gaceta del Congreso No. 946, 7 de marzo de 2011. "Se agrega un párrafo de acuerdo con el cual se entiende válidamente probado el pacto arbitral en la hipótesis en que, una parte afirme la existencia de dicho pacto y la otra parte no la niegue expresamente durante el término de traslado de la demanda, su contestación o las excepciones, bien ante los jueces o ante un tribunal arbitral. Así las cosas, el párrafo cubre dos hipótesis: la primera cuando la demanda se presente ante un tribunal arbitral o juez y en la contestación no se arguya la inexistencia del pacto. La segunda, cuando en la contestación de la demanda se argumente la existencia del pacto arbitral y durante el traslado de esta o de las excepciones previas no se niegue expresamente.

A este párrafo se le fueron sumando otros, pero poco a poco fueron suprimiéndose, dejando únicamente en el texto final de la ley, el relativo al *pacto arbitral ficto*. De esos párrafos que fueron eliminados, hay uno que pareciera indicar que la intención del legislador del año 2012 era la de establecer la consensualidad del pacto arbitral⁴³. Sin embargo, ese párrafo fue tachado de inconveniente y rápidamente eliminado del texto normativo por considerarse que ese supuesto resultaba estar contenido en la definición de cláusula compromisoria del artículo 4 y su repetición podría generar confusiones⁴⁴.

Por su parte, el artículo 4 señala que: *"la cláusula compromisoria, podrá formar parte de un contrato o constar en documento separado inequívocamente referido a él"* y que en caso de que *"se pacte en documento separado al contrato, para producir efectos jurídicos, deberá expresar el nombre de las partes e indicar en forma precisa el contrato a que se refiere"*⁴⁵.

El artículo 6 refiere al compromiso, de cuyo texto se observa que: *"podrá constar en cualquier documento"* y deberá contener: *"los nombres de las partes", "las controversias que se someten a arbitraje" y "la indicación del proceso en curso, cuando ello hubiere a lugar"*⁴⁶.

De una simple lectura de las anteriores disposiciones, todo pareciera indicar que el asunto de la *"forma"* del pacto arbitral no es claro. Todo lo contrario, aún se siguen presentando inquietudes como: ¿Es menester que el pacto arbitral esté contenido en un documento? ¿Es un requisito que atañe a la existencia del acto o más bien a su prueba? De estos interrogantes, se ocuparán las siguientes líneas.

B. EL CARÁCTER CONSENSUAL O SOLEMNE DEL PACTO ARBITRAL EN LA LEY 1563 DE 2012

Como se anotó anteriormente, la redacción actual no es diáfana en cuanto a si el pacto arbitral debe contener un requisito *"ad substantiam actus"* o *"ad*

43 Ponencia para primer debate del Proyecto de Ley 176 de 2011. Cámara de Representantes. Gaceta del Congreso No. 108, 27 de marzo de 2012. INFORME PROPUESTO PARA PRIMER DEBATE (TERCER DEBATE) AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 176 DE 2011 CÁMARA, 18 DE 2011 SENADO. Artículo 3°. Pacto Arbitral. Parágrafo 1°. No se requiere aceptación escrita para adherirse al pacto arbitral ya formado.

44 Ponencia para segundo debate del Proyecto de Ley 176 de 2011. Cámara de Representantes. Gaceta del Congreso No. 321, 6 de junio de 2012. INFORME DE PONENCIA SEGUNDO DEBATE (CUARTO DEBATE) PROYECTO DE LEY 176 DE 2011 CÁMARA, 18 DE 2011 SENADO. Se eliminan los párrafos primero y segundo, por cuanto dichas situaciones están dadas en el artículo 4° y repetirlo en este artículo 3° sería una redundancia, que podría generar malas interpretaciones y discusiones que podrían evitarse.

45 Ley 1563 de 2012, por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional. Diario Oficial No. 48.489, 12 de julio de 2012, p.1-15. Art.4

46 Ley 1563 de 2012, 12 de julio, por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional. Diario Oficial No. 48.489, 12 de julio de 2012, p.1-15. Art.6

probationem" o si está desprovisto de cualquier forma. En Colombia, el desarrollo doctrinario y jurisprudencial abordan posturas diversas. A continuación se explican:

i. Doctrina

1. *Carácter Solemne*

a. *Requisito de Existencia*

Quiénes se ubican en esta tendencia, estiman que el legislador quiso mediante la *Ley 1563 de 2012*, consagrar un requisito "*ad substantiam actus*" para la existencia del pacto arbitral, por lo que el pacto arbitral sería un contrato solemne.

La tendencia se remonta a los antecedentes históricos, de donde se sigue que el pacto arbitral es solemne y esa característica aún se mantiene, pues al exigirse que este conste en un documento se está consagrado una solemnidad que atañe a la existencia del negocio.

En línea con estas opiniones, no puede perderse de vista que el mayor exponente de esta tendencia bajo el régimen normativo actual, lo es el profesor Hernán Fabio López Blanco⁴⁷.

En su obra "*El Proceso Arbitral Nacional*," al traer a colación la definición de pacto arbitral consagrada en el estatuto arbitral, identifica las dos especies en las que se puede presentar, esto es: *la cláusula compromisoria y el compromiso*.

La primera la define como: "*el pacto contenido en un contrato, o en una adición posterior al mismo, en virtud del cual sus intervinientes acuerdan someter a la decisión de árbitros, todas o algunas de las diferencias que en un futuro se puedan suscitar provenientes de aquel*"⁴⁸. A su vez, al identificar las características de la cláusula compromisoria, concluye "*que es un negocio jurídico bilateral de carácter solemne -negrilla fuera de texto- pues debe constar en un algún medio documental, no necesariamente escrito, o sea que la consensualidad no opera respecto de ella y no es posible demostrarla por medio diferente*"⁴⁹.

En cuanto al compromiso, este lo define como un: "*negocio jurídico bilateral, que puede estar o no precedido de la cláusula compromisoria, en virtud del cual se conviene definir por la vía arbitral concretas controversias ya presentadas*"⁵⁰.

La característica común a ambas modalidades del pacto arbitral, según el autor, recae en el hecho de que deben constar en una prueba documental de ahí que se entienda su carácter solemne.

47 LOPEZ BLANCO, HERNÁN FABIO. "*Proceso Arbitral Nacional*". Bogotá-Colombia: Dupre Editores, 2013.

48 *Ibíd.* p. 87

49 *Ibíd.* p. 89

50 *Ibíd.* p. 92

Aspecto que pareciere rebatir el carácter solemne que señala el autor, es el relativo al párrafo del artículo 3, el cual reza: *“si en el término de traslado de la demanda o de su contestación, o de las excepciones previas, una parte invoca la existencia del pacto arbitral y la otra no lo niega expresamente, ante los jueces o el tribunal de arbitraje, se entiende válidamente probada la existencia del pacto arbitral”*.

No obstante, al analizar los supuestos que trae el párrafo, concluye que no podrían tener aplicación, ni por los jueces o por el mismo tribunal de arbitraje, por cuanto estos son imposibles de desarrollar en la práctica, lo cual deja de lado cualquier duda acerca del carácter solemne del pacto arbitral⁵¹.

Un argumento adicional que destaca el autor, se halla en los artículos 12 y 20 del nuevo estatuto arbitral. En efecto, el artículo 12, al regular la manera en como se da inicio al proceso arbitral, preceptúa de manera contundente que la demanda con la que se inicia el trámite, deberá estar *“acompañada del pacto arbitral”*. Por su parte, el artículo 20 consagra que *“el tribunal rechazará de plano la demanda cuando no se acompañe prueba de la existencia del pacto arbitral, salvo que el demandante invoque su existencia para los efectos probatorios previstos en el párrafo del artículo 3º”*.

Según el autor los prenotados artículos tampoco son consonantes con el párrafo del artículo 3 del estatuto arbitral, porque los directores de los centros de arbitraje, deben verificar que el pacto arbitral se adjunte con la demanda para poder recibirla, con lo que la ficción de la que trata el párrafo no tendría posibilidad de aplicarse. De igual manera, resultaría inocho adelantar el proceso, porque de todas maneras, el tribunal al no encontrar prueba escrita del pacto arbitral, deberá rechazar la demanda.

Como el profesor López-Blanco, existen otros autores que comparten su posición. Sin embargo, debe tenerse presente que la tendencia a considerar que el *“documento”* necesariamente debe ser un escrito, no es consonante con lo que contempla nuestra más reciente normatividad procesal⁵².

51 Ibid. pp. 97 y ss.

52 Código General del Proceso. Ley 1564 de 2012. *“Por medio del cual se expide el Código General del Proceso y se dicta otras disposiciones”*. Julio 12 de 2012” D.O No. 48.489: Art. 243. *“Son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, mensajes de datos, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magneto-fónicas, videgrabaciones, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares. Los documentos son públicos o privados. Documento público es el otorgado por el funcionario público en ejercicio de sus funciones o con su intervención. Así mismo, es público el documento otorgado por un particular en ejercicio de funciones públicas o con su intervención. Cuando consiste en un escrito autorizado o suscrito por el respectivo funcionario, es instrumento público; cuando es autorizado por un notario o quien haga sus veces y ha sido incorporado en el respectivo protocolo, se denomina escritura pública.*

Así mismo, todo parece indicar que el documento no sería constitutivo en el nacimiento, formación o existencia del pacto arbitral.

Adicionalmente, el hecho de considerar que el pacto arbitral sea solemne resultaría en un obstáculo insalvable para que pudiera presentarse la coligación negocial. En efecto, si se exige que la cláusula compromisoria sea escrita, muy difícilmente podría extenderse su alcance a contratos que hayan sido celebrados por las mismas partes, pero que uno de ellos no contenga cláusula compromisoria.

También se entorpecería la posibilidad de que el pacto arbitral se celebre por medios electrónicos, al entender el documento *stricto sensu* en su forma "escrita".

b. Requisito de Prueba

Una segunda corriente respecto al carácter solemne del pacto arbitral, está representada por quienes se inclinan en considerar que este negocio jurídico contempla una solemnidad "*ad probationem*" consistente en que su prueba debe ser un documento.

En este corriente, destaca la postura de Jorge Hernán Gil Echeverry.

Bajo la legislación anterior a la Ley 1563 de 2012, el autor sostuvo que el pacto arbitral en su modalidad de cláusula compromisoria, era un contrato solemne pues requería plasmarse en un escrito. En palabras del autor:

"(...) el único requisito esencial es que conste por escrito, sin que se exija en ningún momento la simultaneidad del acuerdo, lo cual no sería viable tratándose de télex y fax que son documentos unilaterales que una parte remite o envía a la otra.

Ahora bien, conforme a los artículos 116 y 117 de la ley de eficiencia y acceso a la justicia (hoy artículos 118 y 119 del Decreto 1818) se conserva el principio de formalidad del escrito, pero otorgando la posibilidad de estar contenido en cualquier documento, únicamente respecto del compromiso, dado que la cláusula compromisoria deberá pertenecer o estar incluida en un contrato o en un documento anexo a el, lo que presupone la simultaneidad del acuerdo, recogido en un mismo escrito"⁵³.

Luego, a raíz de la expedición de la Ley 1563 de 2012, afirma que "*la formalidad del escrito ya no es sustancial sino meramente probatoria*"⁵⁴.

53 GIL ECHEVERRY, JORGE HERNÁN. *Nuevo Régimen de Arbitramento. Manual Práctico*. Cámara de Comercio de Bogotá. Bogotá-Colombia. 1999. p.32

54 GIL ECHEVERRY, JORGE HERNÁN. *Régimen Arbitral Colombiano*. Segunda ed. Vol. I,II. Bogotá-Colombia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 2017. p.192

La variación en su pensamiento se condensa principalmente en la consagración por el parágrafo del artículo 3 de la Ley 1563 de 2012, de la figura del "pacto arbitral ficto".

Dice el autor:

"De manera que, en la aplicación del denominado pacto arbitral implícito, no se parte del presupuesto de que el convenio arbitral no existe, por el contrario, se presupone su existencia, solo que se flexibiliza la prueba del consentimiento, que es requisito infaltable para su nacimiento, como es usual en el derecho comprado, extrayéndolo de la conducta de las partes".⁵⁵

Así mismo, Monroy Cabra refiriéndose al tema, cita a Gil Echeverry así: "[...] se ha dicho que en la nueva ley 1563, el pacto arbitral es requisito *ad probationem* y no *ad substantiam actus*. El escrito no es requisito esencial o *ad substantiam actus*, por lo cual puede probarse por cualquier medio probatorio su existencia". Lo importante es probar el consentimiento dado a la cláusula compromisoria, sin que resulte sustancial la falta de firma: incluso del comportamiento de las partes y del intercambio de documentos se puede inferir tal consentimiento común".

Agrega el profesor Monroy Cabra:

"Expresa Gil Echeverry, que no es necesario un escrito ni tampoco la firma: "LA NUEVA LEY no dispone que el convenio arbitral deba constar por escrito sino en forma documentaria"⁵⁶. Ahora bien, la POSIBILIDAD DE CONSTAR EN DOCUMENTO SIGNIFICA que la firma ya no es elemento esencial y VINCULADO AL PACTO ARBITRAL: LO SUSTANCIAL ES ACREDITAR EL CONSENTIMIENTO o manifestación positiva con respecto al pacto arbitral" (se subraya).⁵⁷

Continúa esta tendencia, Bernardo Salazar Parra en su artículo la "*redacción del pacto arbitral y la cláusula compromisoria en el derecho interno*".

En efecto, el autor, reconoce los avances que se han dado respecto a la consensualidad del pacto arbitral, pero tacha de ilógica la interpretación de que el documento pueda abarcar otras formas diferentes al escrito⁵⁸. Luego,

55 *Ibid.* p.200.

56 MONROY CABRA, MARCO GERARDO. *Arbitraje Comercial Nacional E Internacional*. Bogotá-Colombia: Librería Edición es el Profesional Ltda, 201. p.111.

57 *Ibid.* p.112.

58 SALAZAR PARRA, BERNARDO. "*Redacción del pacto arbitral y la cláusula compromisoria en el derecho interno*" en HERRERA MERCADO, HERNANDO y FABRICIO MANTILLA ESPINOSA, eds. *Colección De Arbitraje 360º*. Tomo II. Vol. I. Bogotá-Colombia: Grupo Editorial Ibañez, 2017. (pp. 91-134); p.93 "El estatuto arbitral no precisa que el documento deba ser necesariamente un escrito, lo cual permitiría acreditar la existencia del pacto arbitral mediante otro tipo de documentos. Sin embargo, me parece que dicha interpretación, aunque posible, no es muy lógica. Considero que el sentido de los artículos 4,5 y 6 de la ley 1563, es que al referirse al documento lo están haciendo implícitamente a un escrito. Por ello las referencias a la cláusula arbitral "podrá formar parte de un contrato o constar en un documento inequívocamente referido a él", hacen referencia a documentos

amparándose en el parágrafo del artículo 3 de la ley 1563 de 2012, reconoce que la formalidad documentaria es de naturaleza probatoria y no requisito de su existencia, y esa regla, lo que hace es invertir la carga probatoria, porque quién debe desvirtuarla, sería aquel contra quien se alega. Al analizarlo, concluye que se trata de un requisito que atañe a la prueba, lo cual dejaría abierta la posibilidad de que se pueda probar por otros medios diversos al documento, esto es, la regla contenida en esa disposición. La anterior cadena argumentativa, pareciera indicar que la postura de Salazar Parra, se condensa en que el pacto arbitral no exige requisito alguno para su existencia, pero en lo que tiene que ver con la prueba, el legislador si dispone una formalidad y es que esté contenido en documento, con la excepción del parágrafo del artículo 3 de la ley 1563 de 2012.

Como se observa, según esta corriente el requisito del "documento" no atañe a la existencia del pacto arbitral, sino más bien a su prueba. Lo anterior implica, que la falta de escrito no ocasiona su inexistencia pero si dificulta su prueba, a menos que se invoque oportunamente lo contenido en el parágrafo del artículo 3 de la ley 1563 de 2012.

Por último, debe mencionarse que hay quienes estiman que el parágrafo del artículo 3 de la ley 1563 de 2012, es inaplicable cuando se trata de un contrato estatal, pues se recordará que la naturaleza de estos contratos es solemne y deben constar por escrito. Quiere decir, que para que la cláusula compromisoria sea existente, es menester que sea escrita. No obstante, esta postura si bien es ampliamente sostenida por algunos⁵⁹, lo cierto es que parece desconocer que de la cláusula compromisoria, se predica su autonomía⁶⁰ y por tanto son indiferentes las vicisitudes del contrato que la contiene.

escritos. Así mismo, el artículo 6 cuando se refiere a que el compromiso pueda constar en "cualquier documento que contenga. 1. Los nombres de las partes, 2. la indicación de las controversias...", se está refiriendo a un escrito".

59 En esta corriente, entre otros, Jaime Arrubla Paucar: "en el campo de la contratación con las entidades estatales, no es necesario que la cláusula compromisoria este incluida en el respectivo contrato, basta que conste por escrito en cualquier documento; ARRUBLA PAUCAR, JAIME. "El Pacto Arbitral" en HERRERA MERCADO, HERNANDO y FABRICIO MANTILLA ESPINOSA, eds. *Colección De Arbitraje 360°*. Tomo II. Vol. I. Bogotá-Colombia: Grupo Editorial Ibañez, 2017 (pp. 37-89): p. 50; y el Consejo de Estado, en múltiples providencias afirma esta tendencia, como se observará en la siguiente sección.

60 Ley 1563 de 2012, por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional. Diario Oficial No. 48.489, 12 de julio de 2012, p. 1-15. Art.5: "La inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato no afecta la cláusula compromisoria. En consecuencia, podrán someterse a arbitraje las controversias en las que se debata la existencia, eficacia o validez del contrato y la decisión del tribunal será conducente aunque el contrato sea inexistente, ineficaz o inválido. La cesión de un contrato que contenga pacto arbitral, comporta la cesión de la cláusula compromisoria".

Adicionalmente, se resalta que el estatuto arbitral no estableció diferencias y mucho menos prohibió su aplicación para arbitrajes que fueran estatales⁶¹.

2. *Carácter Consensual*

La rigidez con la que se concebía el carácter solemne del pacto arbitral se ha venido atenuando a nivel internacional y también ha tenido eco en algún sector de la doctrina colombiana, donde se ha observado como una oportunidad para que el pacto arbitral se pueda expresar por otros medios distintos al "escrito", sin que éste sea ya un requisito "*ad substantiam actus*".

A nivel internacional, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil- en adelante CNUDMI-, elaboró un documento en el que se replantea el requisito del "escrito" del pacto arbitral que traen consigo instrumentos como la Convención de Nueva York y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional.

El documento⁶² responde a las necesidades del tráfico mercantil y a actualizar los marcos normativos para abarcar supuestos donde las partes a pesar de no haber plasmado su voluntad por "escrito" si han querido acudir al arbitraje como mecanismo alternativo para solucionar sus conflictos. A manera de ejemplo, se encuentran hipótesis, como el acuerdo que se expresa por medios electrónicos o los casos de coligación negocial, en los que las partes han celebrados varios contratos, todos ligados a una misma operación económica, pero se dificulta su conocimiento por la justicia arbitral, en razón a que algunos de ellos contienen cláusulas compromisorias y otros no⁶³.

61 La ley 1563 de 2012, no establece dicha prohibición. En efecto, ni los artículos 3,4, y 5, restringen la aplicación del parágrafo, ni tampoco discriminan entre arbitrajes estatales o de otra naturaleza. Véase. GIL ECHEVERRY, JORGE HERNÁN. *Régimen Arbitral Colombiano*. Ob. Cit. p. 215: "Al haberse previsto la eficacia y validez del denominado pacto arbitral implícito y por lo tanto relegar la necesidad del escrito a una formalidad simplemente probatoria, por virtud del principio de autonomía o separabilidad del pacto arbitral, no se puede sostener que siendo el contrato estatal, como principio general, de naturaleza solemne, la cláusula compromisoria que lo rige o afecta, también lo es (...)"

62 Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil, Ley modelo CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985, con las enmiendas aprobadas en 2006 (Viena: Naciones Unidas, 2008) disponible en: http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf

63 Entre estas, hay otras hipótesis más. Véase GONZÁLEZ DE COSSIO, FRANCISCO. "La nueva forma del acuerdo arbitral. aún otra victoria del Consensualismo". Boletín Mexicano De Derecho Comparado Boletín Mexicano de Derecho Comparado (México) Num. 120 Vol. XL, no. 120 (2007): 779-799, disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/oaiart?codigo=2382667>. pp. 784-785. "Dicha ratio legis, si bien no ha perdido validez, ha perdido actualidad. Actualmente existen prácticas que, dada la forma con la que se realizan, no dejan una constancia que reúne los requisitos en cuestión, no obstante que la intención de las partes sí es contar con el arbitraje como el mecanismo de solución de controversias aplicable. Dicho de otra manera, la realidad ha rebasado el derecho. Por consiguiente, era hora de actualizarlo. Como ejemplos de las circunstancias

La definición de "acuerdo de arbitraje" de la ley modelo sobre arbitraje comercial internacional de la CNUDMI, luego de las recomendaciones del grupo de trabajo, contempla dos opciones, cuyos textos son los siguientes:

"Capítulo II. Acuerdo de Arbitraje. Opción I. Artículo 7. Definición y forma del acuerdo de arbitraje

1) El "acuerdo de arbitraje" es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

2) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito.

3) Se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.

4) El requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito se cumplirá con una comunicación electrónica si la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por "comunicación electrónica" se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por "mensaje de datos" se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.

5) Además, se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra.

6) La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria constituye un acuerdo de arbitraje por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato".

a las que se alude, pueden citarse los siguientes: 1. Los acuerdos celebrados por medios electrónicos; 2. Los intercambios de cartas y telegramas. 3. Las prácticas en las que, habiendo un acuerdo, no consta por escrito y firmado. Dichos ejemplos genéricos pueden detallarse mediante hipótesis específicas. Por ejemplo, cuando la oferta para contratar es realizada mediante un contrato que contiene una cláusula arbitral y, si bien no es firmada por el destinatario, el contrato es cumplido. Otro ejemplo frecuente es el caso en el que una operación es documentada en una serie de contratos que, conteniendo acuerdos arbitrales, son firmados por las partes, pero uno de ellos no se firma (sea por causas contemporáneas o porque surge de eventos posteriores) y es el que contempla la obligación cuyo incumplimiento motiva la reclamación que se de- sea someter al arbitraje. Aún otro ejemplo es el del certificado de embarque emitido por un porteador, que no es firmado por el cargador, y que el mismo contiene un acuerdo arbitral. Como puede observarse, dichas situaciones no cumplirían ad littera la prueba de ácido de validez del acuerdo arbitral. Pero no son las únicas. La UNCITRAL ha detectado aún más".

"Capítulo II. Acuerdo de Arbitraje. Opción II. Artículo 7. Definición del acuerdo de arbitraje

El "acuerdo de arbitraje" es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no".

Las dos opciones de definición del "acuerdo de arbitraje" permiten de una u otra forma la posibilidad de que el acuerdo se exprese por otros medios distintos al escrito.

La segunda opción es el resultado de una interesante propuesta que en su momento presentó la delegación mexicana al grupo de trabajo de la CNDU-MI. Indiscutiblemente, esta definición permitiría sin restricción alguna que el acuerdo de voluntades para el caso del pacto arbitral se pudiera expresar de cualquier manera.

Las razones que conllevaron a consolidar esta propuesta, son variadas, pero se destacan entre otras: "el reconocimiento de diversas prácticas contemporáneas que no se ajustan a la definición de "escrito"; y "la aplicación estricta del formalismo que podría frustrar los intereses legítimos de las partes, en aquellos casos en los que el contrato se haya concretado oralmente, pero el acuerdo de arbitraje deba ser escrito"⁶⁴.

La tendencia a reconocer que el pacto arbitral puede expresarse por otros medios ha flexibilizado en algunas legislaciones el requisito del "escrito" como elemento de forma del pacto arbitral, en el entendido de que se amplía su noción. Los ejemplos más notorios, se sitúan en Suecia, Emiratos Árabes Unidos y Croacia⁶⁵.

En Colombia, pese al cambio normativo del año 2012, el requisito de forma del pacto arbitral en arbitrajes nacionales crea incertidumbre y abre la puerta para que se sigan presentando debates, en torno a si se trata o no de un contrato solemne, pues la misma norma se refiere a un documento, pero

64 Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil, Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación) 43º periodo de sesiones. Propuesta del Gobierno de México sobre la forma escrita del acuerdo de arbitraje, para ser presentada al grupo de trabajo de la CNUDMI sobre arbitraje y conciliación. (Viena: Naciones Unidas, 2005) disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V05/882/35/PDF/V0588235.pdf?OpenElement> p.3

65 Para ampliar información sobre estos países, consultar: Suecia, NORDENSON, HARALD & ÖHRSTRÖM SETTERWALLS, MARIE. *Arbitration in Sweden. CMS Guide to Arbitration, Vol I*. Disponible en: <https://fdocuments.in/document/arbitration-in-sweden-e-guides-gtavol-845-arbitration-in-sweden-table-of.html>. Emiratos Árabes, Arbitration Law Dific Law No. 1 of 2008. (United Arab Emirates) [Ley de Arbitraje] (UAE) Disponible en: https://www.dific.ae/files/9614/5449/6833/Arbitration_Law_Amendment_Law_DIFC_Law_No_6_of_2013.pdf. Croatia. Law on Arbitration. (Official Gazette no. 88/2001). Disponible en: <https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/2013/07/Croatia-Arbitration-Law.pdf>

no contempla una sanción específica para el caso en el que no se exprese por ese medio.

En efecto, el hecho de que la norma no contemple la "inexistencia" o siquiera la expresión "so pena de nulidad", permite afirmar su carácter consensual al no exigirse requisito alguno para su formación. A lo anterior, se suma el parágrafo que contiene el artículo 3, que en la comunidad jurídica ha generado todo tipo de dudas.

La nueva normatividad define el pacto arbitral en su artículo 3⁶⁶ y en los artículos 4⁶⁷ y 6⁶⁸, contempla las dos modalidades en las que se puede expresar.

En virtud de la redacción de la nueva norma, en la doctrina colombiana, muchos autores se inclinan por mencionar que en la Ley 1563 de 2012, el pacto arbitral podría ser de carácter consensual.

En esta corriente, se hallan Arturo Sanabria Gómez, Gabriel Arango Correa, Jaime Arrubla Paucar, entre otros.

Interesante resulta la postura de Arturo Sanabria Gómez, quién desde el ya derogado Decreto 1818 de 1998, sostuvo el carácter consensual del pacto arbitral y su análisis resulta viable para la nueva normatividad.

En su momento, el autor destacó que el pacto arbitral en su modalidad de cláusula compromisoria, podía "ser verbal o constar en cualquier documento y su prueba podía darse por cualquier medio probatorio"⁶⁹.

66 Ley 1563 de 2012, por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional. Diario Oficial No. 48.489, 12 de julio de 2012, p.1-15. Art.3: "El pacto arbitral es un negocio jurídico por virtud del cual las partes someten o se obligan a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas. El pacto arbitral implica la renuncia de las partes a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El pacto arbitral puede consistir en un compromiso o en una cláusula compromisoria. En el pacto arbitral las partes indicarán la naturaleza del laudo. Si nada se estipula al respecto, este se preferirá en derecho. Parágrafo. Si en el término de traslado de la demanda, o de su contestación, o de las excepciones previas, una parte invoca la existencia de pacto arbitral y la otra no la niega expresamente, ante los jueces o el tribunal de arbitraje, se entiende válidamente probada la existencia de pacto arbitral".

67 Ley 1563 de 2012, por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional. Diario Oficial No. 48.489, 12 de julio de 2012, p.1-15. Art.4: "La cláusula compromisoria, podrá formar parte de un contrato o constar en documento separado inequívocamente referido a él".

La cláusula compromisoria que se pacte en documento separado del contrato, para producir efectos jurídicos deberá expresar el nombre de las partes e indicar en forma precisa el contrato a que se refiere.

68 Ley 1563 de 2012, por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional. Diario Oficial No. 48.489, 12 de julio de 2012, p.1-15. Art.6: "El compromiso podrá constar en cualquier documento, que contenga:1. Los nombres de las partes.2. La indicación de las controversias que se someten al arbitraje.3. La indicación del proceso en curso, cuando a ello hubiere lugar. En este caso las partes podrán ampliar o restringir las pretensiones aducidas en aquel".

69 SANABRIA GOMEZ, ARTURO. "La formación del consentimiento con relación al contrato de arbitraje. Oferta y Aceptación" en MANTILLA ESPINOSA, FABRICIO y EDUARDO SILVA ROMERO. *El*

A la anterior conclusión llegó a partir de una lectura del artículo 118 del Decreto 1818 de 1998, del cual, identifica las dos hipótesis en las que la cláusula compromisoria podía presentarse, esto es: como parte de un contrato o en un documento anexo a él⁷⁰.

Frente a la primera hipótesis, concluye que la disposición, no diferenciaba entre contratos verbales o escritos, tan solo menciona la palabra "contrato", con lo que sería perfectamente posible, que la cláusula compromisoria hiciera parte del clausulado de un contrato *verbis*⁷¹.

Respecto al segundo supuesto, es decir cuando la cláusula compromisoria ha de constar en un documento anexo, no solo menciona la definición que el anterior Código de Procedimiento Civil traía, -en el que se podría abarcar otros medios distintos al escrito, como, por ejemplo, las cintas mecanográficas, videos, entre otros- sino que también resalta que la "anexidad" de la que habla la norma, debía ser "intelectual" más no "material"⁷².

A este argumento, se anida otro de igual importancia, y es que el documento tan solo tendría un carácter probatorio y no constitutivo del pacto arbitral, pues si el legislador lo hubiera querido así, se hubiera consagrado expresamente, situando la carencia de documento, en un problema de existencia y no de eficacia del contrato⁷³.

En igual sentido, se sitúa Gabriel Correa Arango, pero ya analizado el nuevo marco normativo, considera que la "omisión" u "olvido" del escrito en la actualidad es diferente a lo que ocurría en normas pasadas, por dos razones: la primera, porque la nueva normatividad no sanciona con nulidad la omisión del documento; y la segunda, porque la manera en cómo se encuentra redactada la norma, al decirse que la cláusula compromisoria "podrá" formar parte de un contrato o el compromiso estar contenido en un documento, indica que no tiene un carácter imperativo⁷⁴.

De esa manera, se evidencia que ambas modalidades del pacto arbitral, podrían celebrarse verbalmente, máxime teniendo en cuenta el postulado del artículo 825 Código de Comercio, en el que las partes podrían obligarse verbalmente, por escrito, o por cualquier otro modo inequívoco⁷⁵.

Para cerrar este recorrido doctrinario, es preciso anotar la distinción del pacto arbitral en el contrato del cual forma parte y en documento separado. Por ejemplo, Jaime Arrubla Paucar, expresa:

Contrato De Arbitraje. Bogotá-Colombia: Universidad del Rosario, Legis, 2005. p. 155.

70 Ibid.p.156.

71 Ibid.p.157

72 Ibid.p.157

73 Ibid.p.158

74 CORREA ARANGO, GABRIEL. *Comentarios Al Estatuto De Arbitraje y Amigable Composición / Ley 1563 De 2012*. Primera ed. Bogotá-Colombia: Temis, 2013. p. 45.

75 *Ibid.*p.46

*"[l]a cláusula compromisoria solo es solemne cuando no está anexa al contrato respectivo y se estipula por aparte y la solemnidad consiste en un escrito. El compromiso si es solemne y consiste la solemnidad en cualquier clase de documento, incluso no autógrafo, como un fax, un telegrama un documento informático"*⁷⁶.

A su vez, a partir de la lectura del parágrafo del artículo 3 de la ley 1563, concluye:

*"[c]omo puede observarse se le está dando completo alcance a una eventual estipulación verbal del pacto arbitral, sin distingo alguno, pudiendo referirse a cualquiera de sus dos especies"*⁷⁷.

Teniendo presente este recorrido en la doctrina, demos paso a la posición que ha tomado la jurisprudencia en torno al tema.

ii. Jurisprudencia

1. Jurisdicción Contencioso Administrativa

La jurisprudencia del Consejo de Estado es constante al considerar la naturaleza solemne del pacto arbitral. La tesis de esta corporación, se centra en que el contrato estatal debe ser escrito, y por consiguiente, la cláusula compromisoria también. A este propósito, encontramos varias providencias que reafirman esta tendencia.

Una de ellas data del año 2010,⁷⁸ donde el Consejo de Estado analizó bajo el régimen anterior los elementos esenciales, formales y sustanciales del pacto arbitral. La controversia se originó a partir de un contrato de obra que buscaba la ampliación de las instalaciones Educativas Distritales Juan Evangelista Gómez y CADS de la localidad de San Cristóbal, en la ciudad de Bogotá D.C. En esa oportunidad el Consejo de Estado sostuvo:

"De conformidad con lo previsto en la ley, el pacto arbitral-bien en su modalidad de cláusula compromisoria o bien en la alternativa del compromiso- constituye un negocio jurídico bilateral y solemne, independientemente del mismo contrato que le hubiere dado origen o al cual han de estar orientados sus efectos.

La formalidad documental del pacto arbitral se encuentra consignada en los artículos 118 y 119 del Decreto 118 de 1998, en la primera de las cuales para definir la "cláusula compromisoria" se precisó que por tal ha de entenderse "... el pacto contenido en un contrato o documento anexo

76 ARRUBLA PAUCAR, JAIME. "El Pacto Arbitral" en HERRERA MERCADO, HERNANDO y FABRICIO MANTILLA ESPINOSA, eds. *Colección De Arbitraje 360º*. Tomo II. Vol. I. Bogotá-Colombia: Grupo Editorial Ibañez, 2017 (pp. 37-89): p. 50.

77 Ídem.

78 Consejo de Estado. [C.E] Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Marzo 17, 2010. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 36537. [Colom.]

a él..”, y, en la segunda, al regular aspectos propios del “compromiso”, se dispuso que “podrá estar contenido en cualquier documento como telegramas, télex, fax u otro medio semejante”.

Advierte por tanto la Sala que la ley prevé un requisito formal,—negrilla fuera de texto— que corresponde a la esencia misma del pacto arbitral—cláusula compromisoria o compromiso—que consiste en su forma documental, sin que sea dable entender que el correspondiente acuerdo de voluntades deba constar necesariamente en un solo documento, pues la ley admite la posibilidad de que esté contenido en varios documentos.

Se precisa además que el pacto arbitral que tenga por objeto someter a la decisión de un Tribunal Arbitral las eventuales diferencias que puedan surgir con ocasión del contrato estatal, exige para su existencia de la forma escrita puesto que esta es la solemnidad que la ley prescribe para el perfeccionamiento de los contratos estatales. —cursiva nuestras—.

En efecto, el artículo 39 de la Ley 80, proferida en 1993, dispone, de manera general, que “[l]os contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito”, al tiempo que el artículo 41 del mismo Estatuto de Contratación Estatal exige para el perfeccionamiento de los contratos estatales, i) que entre las partes se logre un acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y ii) que ese acuerdo se eleve a escrito, es decir que la existencia del contrato se encuentra sujeta a la forma escrita (forma dat esse rei), la cual, por tanto, reviste un valor ad substantiam actus, cuestión que, a su turno, determina que la misma constituye, respecto de esa clase de contratos, un valor ad solemnitatem”.

Esta posición, es igualmente recogida en posteriores decisiones del Consejo de Estado de forma sistemática. A manera de ejemplo, se destaca que todas esas providencias⁷⁹ comparten la siguiente consideración:

“Así pues, si el perfeccionamiento del negocio jurídico consistente en la adopción de un pacto arbitral respecto de las controversias que se relacionen con un contrato estatal exige, de manera indispensable, la solemnidad del escrito a través del cual las partes manifiesten su voluntad expresa de someterse a la denominada justicia arbitral y, por ende, de renunciar a la jurisdicción institucional o permanente en cuanto a las cuestiones comprendidas y definidas dentro del aludido pacto, resulta claro entonces que cualquier modificación, variación o derogatoria de ese acuerdo igual debe someterse a las mismas formalidades exigidas para su formación.

No sobra destacar que la solemnidad a cuya observancia las normas legales supeditan la existencia del pacto arbitral —cuestión que por igual debe predicarse en cuanto se trate del acuerdo

79 Cfr: Consejo de Estado. [C.E] Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Agosto 12, 2013. C.P: Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 328.730. [Colom.] En sentido idéntico, providencia del Consejo de Estado. [C.E] Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Mayo 2, 2013. C.P: Hernán Andrade Rincón. Exp. 21147 [Colom.], Consejo de Estado. [C.E] Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Febrero 11, 2014. C.P: Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 328.730. [Colom.]

por cuya virtud se disponga la modificación o derogatoria de dicho pacto—, lejos de responder a un simple capricho del legislador o peor aún a un atavismo o anhelo del juez, reviste la mayor importancia y encuentra fundamento en el interés público que dicho pacto involucra en atención a los importantísimos y muy significativos efectos de estirpe procesal que dicho acuerdo está llamado a generar, asunto en el cual, como es obvio, se encuentran directamente involucradas tanto la seguridad jurídica como, más importante todavía, la efectividad del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia del cual son titulares las partes que intervienen en la celebración de tales acuerdos —una de las cuales deberá ser, al menos, una entidad estatal— puesto que a partir de su perfeccionamiento dichas partes quedarán atadas a lo que hubieren decidido o convenido cuando alguna de ellas requiera poner en movimiento la función judicial del Estado”.

En sentencias más recientes⁸⁰, el requisito del escrito como elemento “*ad substantiam actus*” del pacto arbitral se mantiene:

“Se precisa, además que tanto en virtud de las disposiciones aplicables al presente caso, como con base en la ley 1563 de 2012, el pacto arbitral que tenga por objeto someter a decisión de un Tribunal Arbitral las eventuales diferencias que puedan surgir con ocasión de un contrato estatal, exige para su existencia la forma escrita puesto que esta es la solemnidad que la ley prescribe para el perfeccionamiento de los contratos estatales”.

En síntesis, para el Consejo de Estado, el pacto arbitral es solemne y la solemnidad se traduce en un escrito, cuya omisión genera la ineficacia del pacto arbitral.

El análisis de la formalidad que reviste al acuerdo arbitral, sería incompleto sin considerar la posición del Consejo de Estado en torno a la renuncia tácita del pacto arbitral, esto es, la aceptación del demandado a la justicia estatal, al no excepcionar en la oportunidad correspondiente la existencia del pacto arbitral. La jurisprudencia de esa corporación es inconsistente y ha generado fuertes críticas acerca del carácter formal del acuerdo arbitral.

En sus inicios, es decir a partir de 1997, el alto tribunal en reiteradas decisiones, sostuvo que si bien un contrato estatal contenía una cláusula compromisoria si una de las partes decidía demandar ante la jurisdicción contencioso administrativa y el demandado no interponía la excepción correspondiente, el proceso continuaba ante el juez natural. Lo anterior se traduce, en que para la formación del pacto arbitral se exigía el “*escrito*”, mientras que para su *renuncia* bastaba con que el demandante iniciara las acciones correspondientes ante la justicia estatal y el demandado simplemente con su silencio lo consintiera⁸¹.

80 Consejo de Estado. [C.E] Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Mayo 27, 2015. C.P: Hernán Andrade Rincón. Exp. 52.930. [Colom.]

81 Consejo de Estado. [C.E] Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Junio, 19.1998. C.P: Juan de Dios Montes. Exp. 10.439 [Colom.]; Consejo de Estado. [C.E] Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Febrero 26, 2004. C.P: Germán Rodríguez Villamizar. Exp. 25094 [Colom.]; Consejo de Estado. [C.E] Sala de

Sin embargo, en el 2013, se produce un cambio en la jurisprudencia del Consejo de Estado, desconociendo lo que se podía entender como doctrina probable, porque en procesos anteriores a la vigencia de Ley 1563 de 2012, esto es al 12 de octubre de 2012, se les aplicaría esa nueva posición⁸².

En la providencia que modificó el planteamiento, se analizó un recurso de apelación interpuesto por *Julio Cesar García Jiménez* contra el *Departamento del Casanare*⁸³.

Los hechos que originaron la controversia, se centraron en la terminación y liquidación unilateral de un contrato de obra pública en el municipio de Villanueva, que según el departamento fue adjudicado de manera irregular.

El Consejo de Estado al analizar el asunto advirtió:

*"El asunto sub-judice resulta de especial importancia y por tanto, su estudio debe realizarse en Sala Plena de la Sección Tercera de esta corporación, en la medida en que la providencia pretender modificar la tesis jurisprudencial hasta ahora imperante, en relación con la renuncia tácita de la cláusula compromisoria solemnemente pactada entre las partes de un contrato estatal"*⁸⁴.

Las razones en las que se apoya esa conclusión se condensan básicamente en tres argumentos fundamentales, a saber:

En primer lugar, el Consejo de Estado reafirma el carácter solemne que reviste al contrato estatal y reconoce que es de orden público, por lo que, igual solemnidad se debe predicar para la constitución del pacto arbitral. En efecto, señala:

"Así las cosas, tal solemnidad cumple no solo una función probatoria, sino, más aún, una función constitutiva, esto es, de perfeccionamiento o surgimiento del pacto arbitral a la vida jurídica.

Por consiguiente y dado que las normas que exigen solemnidades constitutivas son de orden público y, por lo mismo, inderogables e inmodificables por el querer de sus destinatarios, quienes pretendan convenir en la celebración de un pacto arbitral, tienen el deber de acatar la exigencia legal del documento, a fin de perfeccionar su existencia.

lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Marzo 19, 1998. C.P: Ricardo Hoyos Duque. Exp. 17097 [Colom.], Consejo de Estado. [C.E] Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Abril, 9 2003. C.P: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 10883 [Colom.], entre otras.

82 Consejo de Estado. [C.E] Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sala plena. Abril 18, 2013. C.P: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Exp. 17.859 [Colom.]. La misma providencia resalta que la tesis aplicaría para aquellos casos anteriores a la Ley 1563 de 2012, porque respecto a esta última, el parágrafo del artículo 21, autoriza la renuncia táctica así: "La no interposición de la excepción de compromiso o cláusula compromisoria ante el juez implica la renuncia al pacto arbitral para el caso concreto".

83 Consejo de Estado. [C.E] Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sala plena. Abril 18, 2013. C.P: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Exp. 17.859 [Colom.].

84 Ídem.

(...)

Bajo esta óptica se aprecia y dado que el contrato estatal se perfecciona mediante escrito, es evidente que cualquier modificación que se le haga debe constar, igualmente por escrito, exigencia que, como es obvio, la deben observar, también, quienes pretendan modificar o dejar sin efecto un pacto arbitral, teniendo en cuenta que "en derecho las cosas se deshacen como se hacen"⁸⁵.

En segundo lugar, considera que si las partes han querido acudir al arbitraje para solucionar sus conflictos, donde el acuerdo arbitral debió ser *expreso y solemne*, de la misma manera deben hacerlo para deshacerse sus efectos. En otras palabras, si el pacto arbitral es *escrito*, la renuncia, debe ser igualmente *escrita*.

"Pues bien como las partes deciden, de común acuerdo someter sus diferencias al conocimiento de la justicia arbitral empleando para ello la celebración de un pacto cuyas principales características son que sea expreso y solemne, de la misma manera aquellas deben observar de consumo tales condiciones (forma expresa y solemne) si su voluntad es deshacerlo o dejarlo sin efectos, de suerte que, si optan libremente por la justicia arbitral y no proceden como acaba de indicarse para cambiar lo previamente convenido, no tienen la posibilidad de escoger entre acudir a ésta o a los jueces institucionales del Estado, teniendo en cuenta que su voluntad inequívoca fue someterse a decisión de los árbitros.

Esta tesis, que ahora acoge la Sala, no significa que el pacto arbitral celebrado entre las partes de un contrato estatal sea inmodificable o inderogable. Lo que comporta es que, para modificarlo o dejarlo sin efecto, aquéllas deben observar y respetar las mismas exigencias que las normas legales establecen con miras a la formación del correspondiente pacto arbitral, de tal suerte que, para ello, haya también un acuerdo expreso y escrito, lo cual excluye, por ende, la posibilidad de que el pacto arbitral pueda ser válidamente modificado o dejado sin efecto de manera tácita o por inferencia que haga el juez institucional, a partir del mero comportamiento procesal de las partes. Al respecto, es de recordar que "en derecho las cosas se deshacen como se hacen".

No sobra destacar que la solemnidad a cuya observancia las normas legales supeditan la existencia del pacto arbitral, lejos de responder a un simple capricho del legislador o, peor aún, a un atavismo o anhelo del juez, reviste la mayor importancia y encuentra fundamento en el interés público que dicho pacto involucra, en atención a los importantísimos y muy significativos efectos de estirpe procesal que dicho acuerdo está llamado a generar, asunto en el cual, como es obvio, se encuentran directamente involucradas tanto la seguridad jurídica como, más importante todavía, la efectividad del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, del cual son titulares las partes que intervienen en la celebración de tales acuerdos —una de las cuales deberá ser, al menos, una entidad estatal— puesto, que a partir de su perfeccionamiento, dichas partes quedarán atadas a lo que hubieren decidido o convenido cuando alguna de ellas requiera poner en movimiento la función judicial del Estado"⁸⁶.

85 Ídem.

86 Ídem.

Finalmente, estima que reafirmar la tendencia de que el demandando podría no formular la excepción de pacto arbitral, dejaría a su arbitrio la escogencia del foro, circunstancia que resultaría inadmisibles y podría ser causal de nulidad donde el juez administrativo, aun cuando no se formule la respectiva excepción, deberá declarar la nulidad de oficio.

“En suma, cuando las partes deciden sustraer del conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo la decisión de los conflictos que lleguen a surgir de un contrato estatal, para someterlos a la justicia arbitral, ninguna de ellas tiene la posibilidad de optar, de manera unilateral e inconsulta, entre acudir a la justicia institucional contenciosa o a la arbitral; por el contrario, sólo tiene una opción, cual es la de someterse a la decisión arbitral, de modo que, si una de las partes que concurrió a la celebración de un pacto arbitral acude al juez de lo contencioso administrativo, en lugar de convocar un tribunal de arbitramento, dicho acto no desaparece, ni siquiera si el demandado no excepciona falta de jurisdicción, y ello supone, necesaria e indefectiblemente, que el juez contencioso al que se asigne el caso le dé aplicación rechazando la demanda o declarando la nulidad de lo actuado, esto último con apoyo en las causales 1 y 2 del artículo 140 del C. de P.C.”⁸⁷.

La nueva tesis del Consejo de Estado, no solo causó desconcierto en la comunidad jurídica, sino que también conllevó a que se impetraran varias tutelas solicitando la aplicación de la tesis anterior, incluso al interior de la misma corporación⁸⁸.

Un caso que particularmente llama la atención es el de Servicios Integrales de Salud- SISALUD- vs. Caja Nacional de Previsión Social- CAJANAL⁸⁹-. En este caso, el Consejo de Estado, mediante auto del 25 de noviembre de 2015 confirma una decisión en la que reafirma la aplicación de la nueva tesis al ordenar la nulidad del proceso y el envío del expediente al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá para que se conformara un nuevo tribunal de arbitramento con el objeto de dirimir una disputa acerca de un contrato de prestación de servicios.

Lo que resulta interesante de esta providencia, son los argumentos expuestos por la conjuez Carmenza Mejía Martínez para salvar su voto, que pueden sintetizarse así:

87 Ídem.

88 Se resaltan estas dos providencias, donde las secciones cuarta y quinta, aplican la anterior teoría, para salvaguardar el debido proceso. Consejo de Estado. [C.E]. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección. Sala plena. Marzo 5, 2015. C.P: Susana Buitrago Valencia. Exp. 110001-03-15-000-2015-00031-00. [Colom.]; y Consejo de Estado. [C.E] Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sala plena. Noviembre 12, 2015. C.P: Martha Teresa Briceño de Valencia. Exp. 110001-03-15-000-2015-01962-00. [Colom.].

89 Cfr. Consejo de Estado. [C.E]. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto. Noviembre 25, 2015. C.P: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Exp. 41001-23-31-000-1999-01482-01 (35.133) [Colom.];

1. Violación a los Derechos Fundamentales

En primera medida, resalta que al aplicarse el nuevo pronunciamiento del Consejo de Estado, se incurre en una vulneración de los derechos fundamentales y va en contravía de la evolución normativa que se expresa en el parágrafo del artículo 21 de la Ley 1563 de 2012. Por consiguiente, su aplicación resulta en un irrespeto a las garantías fundamentales y a la seguridad jurídica⁹⁰.

2. Naturaleza Solemne del Pacto Arbitral

El argumento de mayor importancia que se encuentra en el salvamento y al cual debe hacerse énfasis, es de la naturaleza “solemne” del pacto arbitral. Sobre el particular, la conjuez exalta que el fundamento para variar la tesis de la corporación, se basó en que desde antes, se había considerado que la solemnidad del escrito del contrato estatal debía ser igualmente exigida para el pacto arbitral, y que si ello era así, igual requisito debía atenderse para su terminación.

Al respecto, el salvamento aclara qué si bien las normas anteriores a la Ley 1563 de 2012 referenciaban a que el pacto arbitral debía estar en un documento, no puede predicarse ese mismo carácter para su terminación, por cuanto una cosa es el contrato por el que se generan obligaciones, que en algunos casos, puede estar revestido de solemnidades legales o convencionales para su constitución, y otra cosa muy distinta es el querer dejarlo sin efectos, para lo que el ordenamiento jurídico no consagra ninguna ritualidad o formalidad específica.

En palabras de la conjuez:

“Bien es cierto que bajo la normatividad anterior a la Ley 1563 de 2012 se establecía que el pacto arbitral, en cualquier de sus modalidades- cláusula compromisoria o compromiso- debía constar en un documento. No se exigía en cambio, forma solemne ni requisito alguno para el acto de su terminación, revocación o extinción. Y no se pueden entenderse asignadas o transmitidas a dicho acto las solemnidades o requisitos del acto de su constitución, si así no lo ha previsto la ley ni lo han convenido las partes (negrillas nuestras).

La función judicial no puede extenderse a crear, imponer o exigir para la existencia de los actos jurídicos, solemnidades que no consten en la ley o en la convención de las partes, como tampoco

90 Consejo de Estado. [C.E]. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Salvamento de Voto. Conjuez Carmenza Mejía Martínez. Enero 13, 2016. C.P: Exp. 41001-23-31-000-1999-01482-01 (35.133) [Colom.]; “La doctrina judicial no puede ser forzosa si con ella se transgreden otros valores y principios protegidos constitucionalmente. En efecto el acceso a la administración de justicia “constituye un pilar fundamental del Estado Social de Derecho y un derecho fundamental de aplicación inmediata que forma parte del núcleo esencial del debido proceso”.

exigir que los mismos atributos legalmente establecidos para la conformación de un acto se exijan para la formación o eficacia de otro.

La regla general es que los actos jurídicos se perfeccionan por el solo consentimiento de las partes. La solemnidad es la excepción y, en tal virtud, debe ser expresada e interpretarse en forma restrictiva, solo aplicable al acto o contrato previsto en la ley. Por lo tanto, no es posible exigir por extensión, como en el presente caso, que la renuncia a los efectos del pacto arbitral, el acto de su terminación o extinción, revocación o la simple inejecución de las obligaciones recíprocas, deba cumplir los mismos requisitos que la ley tiene previsto para la constitución, perfeccionamiento o prueba de aquel”⁹¹.

3. El principio “en el derecho las cosas se deshacen como se hacen”

Por regla general, la forma en cómo se origina un negocio jurídico es la manera en cómo termina. Esta frase responde al principio de que en “*derecho las cosas se deshacen como se hacen*”. Lo anterior en sede del pacto arbitral, indicaría qué si las partes requieren expresar su consentimiento por escrito para darle nacimiento al negocio jurídico, igual requisito se exigiría para su terminación.

No obstante, la conjuez estima que la anterior afirmación debe reinterpretarse en el sentido de que las partes pueden deshacer el contrato por *su mutua voluntad*, la cual puede manifestarse bien sea ya a través de una declaración directa o mediante una conducta de ambas partes que apunte al desistimiento del negocio⁹².

Esta reinterpretación, conllevaría a entender que ese postulado para el caso del pacto arbitral, estaría referido al *consentimiento* de las partes sin importar la forma que este adopte, por tanto, bien podrían las partes renunciar al pacto arbitral sin necesidad de que medie el escrito. En efecto:

“Así las cosas, cuando una parte no obstante que ha suscrito la cláusula compromisoria demanda a la otra ante la jurisdicción estatal y ésta se allana a la jurisdicción, bien porque no propone la excepción o porque inequívocamente, se produce la terminación, cesación o extinción del pacto arbitral por mutuo disenso de las partes, por cuya virtud deja de producir efectos hacia el futuro sin necesidad de declaración judicial.

91 Consejo de Estado. [C.E]. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Salvamento de Voto. Conjuez Carmenza Mejía Martínez. Enero 13, 2016. C.P: Exp. 41001-23-31-000-1999-01482-01 (35.133) [Colom.];

92 Consejo de Estado. [C.E]. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Salvamento de Voto. Conjuez Carmenza Mejía Martínez. Enero 13, 2016. C.P: Exp. 41001-23-31-000-1999-01482-01 (35.133) [Colom.]; “*La reinterpretación resulta del análisis de los artículos 1602 y 1625 del código civil, donde el primero, toca el principio de autonomía de la voluntad en la formación del contrato, y el segundo, los modos de extinción de las obligaciones, de los cuales, se resalta como elemento común, el consentimiento de las partes*”.

La expresión de esa voluntad bien puede darse de manera conjunta o separada, con tal que resulte inequívoca del mutuo "distracto contractual" y que se produzca en forma oportuna para aniquilar el acto, como resulta cuando una de ellas demanda ante la jurisdicción estatal y la otra se abstiene de proponer la excepción de compromiso, con lo cual se produce, en estricto rigor, la dispensa recíproca del cumplimiento del pacto arbitral y su terminación por el mutuo disenso tácitamente configurado"⁹³.

2. Jurisdicción Ordinaria

En lo que tiene que ver con los arbitrajes distintos a los estatales, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, bajo el marco de la anterior normatividad de los Códigos de Comercio y Procedimiento Civil, reafirmó el carácter solemne que revestía el pacto arbitral.

En la sentencia del 7 de junio de 1994, el problema jurídico que ocupó a la Corte se centró en determinar si la cláusula compromisoria debía ceñirse a las disposiciones del antiguo régimen arbitral, es decir a la de los *Decretos 1400 de 1970 y 470 de 1971* o si debían aplicarse las normas del *Decreto 2279 de 1989*, en lo tocante a la constitución del pacto arbitral.

La Corte determinó que los tiempos en los que se había celebrado el pacto arbitral, coincidían con la normatividad de los *Decretos 1400 de 1970 y 470 de 1971* y por tanto ese era el régimen que le asistía a esa cláusula compromisoria, por lo que, al ser un contrato solemne, requería de un documento auténtico o escritura pública⁹⁴.

Al igual que en la jurisdicción contencioso administrativa, la Corte Suprema de Justicia, también se ha pronunciado acerca de la renuncia tácita del pacto arbitral. En sus inicios, estimaba necesario un documento de la misma naturaleza para que el mecanismo pudiera operar. Empero, para el año 2009⁹⁵, se profiere una sentencia en la que se consolida la teoría del *mutuo disenso tácito* del pacto arbitral y pareciera sugerir su carácter consensual.

En la mentada sentencia, la corporación, luego de hacer un recorrido por el origen del arbitramento y la importancia del consentimiento en la

93 Consejo de Estado. [C.E]. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Salvamento de Voto. Conjuerz Carmenza Mejía Martínez. Enero 13, 2016. C.P: Exp. 41001-23-31-000-1999-01482-01 (35.133) [Colom.].

94 Corte Suprema de Justicia. [C.S.J], Sala Civ. Junio 7. 1994. M.P Rafael Romero Sierra. [Colom.] "El pacto arbitral objeto de litigio tuvo ocurrencia en el año 1981, época por la que en punto imperaban las normas contenidas en los códigos preencionados, siendo así, salta a la vista que tal cláusula compromisoria debió ajustarse por completo, tanto en su formación cuanto en sus efectos, a las regulaciones legales y no más que a esas. En consecuencia, tales eran las normas aplicables a la convención que aquí se analiza: y lo siguen siendo, a despecho de que hubiese sobrevenido una legislación nueva incluso derogó la anterior, cual aconteció con el mentado decreto 2279".

95 Corte Suprema de Justicia. [C.S.J], Sala Civ. Julio 1, 2009. M.P William Namén Vargas. Exp. 11001-3103-039-2000-00310-01 [Colom.].

habilitación de la justicia arbitral, precisa respecto a la renuncia tácita del pacto arbitral lo siguiente:

“Como ha puesto de presente la Sala, la terminación de un contrato puede darse por “mutuo disenso” o “distracto contractual” derivado de los artículos 1602 y 1625 del Código Civil, “el cual se traduce en la prerrogativa de que son titulares las partes en un contrato para convenir en prescindir del mismo y dejarlo sin efectos, resultado éste que puede tener origen en una declaración de voluntad directa y concordante en tal sentido –caso en el cual se dice que el mutuo disenso es expreso–, o en la conducta desplegada por los contratantes en orden a desistir del negocio celebrado y además concluyente en demostrar ese inequívoco designio común de anular su fuerza obligatoria, evento en el que el mutuo disenso es tácito”, siendo “menester que los actos u omisiones en qué consiste la inexecución, sean expresivos, tácita o explícitamente, de voluntad conjunta o separada que apunte a desistir del contrato...” (...).

Con estos lineamientos, la Corte ha considerado que la ausencia de interposición oportuna de la excepción previa de compromiso o cláusula compromisoria contra la demanda promovida ante jueces diferentes de los arbitrales, comporta por conducta concluyente, su aceptación y, por tanto, la condonación del incumplimiento al pacto arbitral y su cesación o terminación por “mutuo disenso tácito”, si bien “en una época se concluyó que para derogar el pacto compromisorio las partes debían suscribir otro documento “de la misma naturaleza del en que se consignó dicho pacto”, sin que por ello el silencio pudiese surtir igual efecto (Sent. 17 abril de 1969), posteriormente esta misma corporación, en fallo proferido el 22 de abril de 1992, consideró que la conducta procesal de los contratantes también puede ser, en un momento dado, signo evidente, sino de una derogatoria general que extienda sus efectos a todos los procesos futuros que puedan llegar a presentarse, sí por lo menos de una ineficacia sobreviniente y aceptada de común acuerdo, circunscrita en sus efectos al respectivo proceso en curso (...)⁹⁶.

De la sentencia, también llama la atención una consideración que efectúa la Corte, sobre la terminación del pacto arbitral. Expresa la Corte, que la terminación del pacto arbitral no está sujeta a solemnidad específica, ni tampoco es susceptible de transmisión, con lo que se establece una excepción al principio según el cual “las cosas en derecho se deshacen como se hacen”:

“En lo concerniente a esta específica cuestión, es menester precisar que el ordenamiento jurídico, no establece expressis verbis, forma solemne o ad substantiam actus para la terminación del pacto arbitral, ni la exigida para un negocio en particular se transmite per se a otro, pues en línea de principio, todo acto dispositivo es libre (“nudo pacto”, Gino Gorla, Il contratto, I, Milano, 1955, trad. esp. J. Ferrandis Vilella, Barcelona, 1959; artículo 824 Código de Comercio), desprovisto de solemnidad o ritualidad, susceptible de expresión amplia, expresa y directa, ora concluyente e indirecta mediante la utilización del lenguaje articulado, los signos y gestos, esto es, puede darse por una declaración recepticia o no recepticia, una manifestación, un comportamiento, una conducta concluyente u omisiva, mecanizada, electrónica (...); todo contrato “puede presentarse

en su objetividad de cualquier manera o forma idónea, directa o indirecta, expresa o "tácita" (rectius, conducta concluyente), salvo cuando de manera expresa, clara e inequívoca se establezca una única (forma dat esse rei), ad solemnitatem o ad substantiam actus para determinada categoría contractual concreta" (...); la forma solemne se exige in concreto en atención al acto dispositivo, se disciplina en norma legal expresa, de orden público, imperativa, restrictiva, de interpretación y aplicación estricta, excluyendo la analogía o extensión a otros tipos contractuales y, por consiguiente, la establecida en la ley para el acuerdo arbitral (clara en el compromiso, ex artículo 117 Ley 446 de 1998 y 119 del Decreto 1818 de 1998), no se consagra en ningún texto legal para el negocio por el cual las partes lo terminan, aún más, la forma escrita del pacto arbitral puede observarse por "un intercambio de declaraciones de demanda y defensa en el que una parte alegue el acuerdo y la otra no lo niegue" (artículo 70, inciso 20, de la Ley modelo de arbitraje comercial internacional, UNCITRAL", 21 de junio 1985).

En consecuencia, si bien el negocio jurídico arbitral, por mandato expreso del artículo 116 de la Constitución Política comporta la atribución transitoria, específica y singular de la función jurisdiccional a los árbitros en lugar o sustitución de los jueces permanentes, quienes por tal virtud para el caso concreto carecen de jurisdicción, considerada su naturaleza negocial, nada obsta su terminación o extinción mediante un acuerdo dispositivo posterior de las partes, sea expreso, sea tácito o por conducta concluyente; prodúcese, la última, cuando no se interpone oportunamente la excepción de compromiso o cláusula compromisoria, por cuanto esta conducta, de suyo, por sí y ante sí, de un lado, permite concluir la aceptación de parte del conocimiento del asunto por los jueces permanentes y, de otro, la terminación o cesación del pacto arbitral para el asunto litigioso específico, tanto cuanto más que el acuerdo dispositivo por el cual se termina no está sujeto a formalidad solemne alguna"⁹⁷.

Por último, es de anotar que los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, conservan la competencia para conocer del recurso extraordinario de anulación de tribunales de arbitramento distintos a los estatales y en contadas ocasiones se han pronunciado acerca del tema.

En ese orden, la Sala Civil del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, en providencia del 18 de diciembre de 2012⁹⁸, sostuvo:

"Rememórese como punto de partida que el artículo 2º de la Ley 2 de 1938 definió la cláusula compromisoria como "aquella en virtud de la cual las partes que celebran un contrato se obligan a someter a la decisión arbitral todas las diferencias que de él puedan surgir, o algunas de ellas". El anterior concepto fue reproducido en el decreto 1818 de 1998, clarificándose que la cláusula es "el pacto contenido en un contrato o en documento anexo a él, en virtud del cual los contratantes acuerdan someter las eventuales diferencias que puedan seguir con ocasión del mismo, a la decisión de un Tribunal Arbitral" –artículo 118 -.

97 Íbid.

98 Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá [TSD]. Sala Civ. Diciembre 8, 2012. Auto. M.S. Luz Magdalena Mójica Rodríguez.

De suerte, que son las partes, de común acuerdo, **mediante estipulación escrita**, quienes acuerdan sustraer un conflicto de la justicia ordinaria y entregárselo a la arbitral, para que ésta en pleno ejercicio de la potestad jurisdiccional otorgada por la norma constitucional –artículo 116 Constitución Política de Colombia–, imparta una decisión en derecho o en equidad sobre temas transigibles puestos a su consideración y que se relacionan con el negocio jurídico en el cual se pactó la cláusula compromisoria”. (negrillas nuestras)⁹⁹

3. Jurisdicción Constitucional

La Corte Constitucional, bajo el análisis del principio de voluntariedad propio del pacto arbitral y que dimana del artículo 116 de la Constitución Política, junto con las normas vigentes para el año 2011-esto es el Decreto 1818 de 1998-compartió la tesis de la naturaleza solemne del pacto arbitral.

En efecto, en Sentencia T-511 de 2011¹⁰⁰, conoció de una acción de tutela instaurada por la Unión Temporal MAVIG-DEPROCON contra la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la que éste último, declaró inexistente el pacto arbitral entre la Unión Temporal MAVIG-DEPROCON y la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá.

En esa oportunidad la Corte Constitucional ampara los derechos solicitados y concluyó:

“A pesar de que la voluntad en el pacto arbitral consiste simplemente en la decisión clara e inequívoca de someter una determinada controversia a la decisión de un grupo de árbitros, los artículos 116 y 117 del Decreto 1818 de 1998 exigen su carácter documental como solemnidad sustancial para que se repute legalmente perfecto.

(...)

A idéntica conclusión se llegaría en aquellos eventos en los cuales el pacto arbitral no se encuentre contenido en un documento, tal y como los artículos 118 y 119 del Decreto 1818 de 1998 así lo exigen. En tal caso, la estipulación contractual sería inexistente **por faltar a las solemnidades ab substantiam actus** que la normativa vigente impone como requisito para su perfeccionamiento”. (negrillas fuera de texto)”

Así las cosas, es claro que para ese entonces, la Corte Constitucional, consideró que el pacto arbitral reviste una solemnidad “*ab substantiam actus*” y que en caso de no elevarse el acuerdo a un escrito, éste sería inexistente.

Sin embargo, la Ley 1563 de 2012 lleva tan solo aproximadamente nueve años de vigencia, por lo que deberá esperarse a que se sigan ventilando demandas

99 Íbid.

100 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-511 de 2011. Jorge Iván Palacio Palacio. Junio 30, 2011. [Colom.]

en torno a su contenido, con el objeto de que la Corte estudie, si bajo la nueva normatividad el pacto arbitral aún sigue siendo solemne.

c. Conclusión acerca de la consensualidad o solemnidad del "pacto arbitral" en la nueva normatividad.

De las corrientes jurisprudenciales y doctrinarias expuestas, podría afirmarse que la tendencia mayoritaria y más consonante con la reciente *Ley 1563 de 2012*, es la que sostiene que la libertad de forma estaría limitada en cuanto a la prueba del pacto arbitral –“*ad probationem*”– más no a su existencia.

No obstante, no puede descartarse del todo que en la reglamentación actual sobran argumentos que permiten pensar en consensualidad del pacto arbitral, estos son:

1) *La consagración legal de la cláusula compromisoria y el Compromiso*

El artículo 4 de la *Ley 1563 de 2012*, al consagrar la cláusula compromisoria menciona que “podrá formar parte de un contrato o constar en documento separado inequívocamente referido a él”. En igual sentido, el artículo 6 *ibídem*, refiere a que el compromiso “podrá constar en cualquier documento”.

Nótese que ambos artículos emplean el verbo “podrá” en lugar de “deberá”. Esta lectura, implicaría que la inclusión de la cláusula compromisoria en el contrato o en un documento separado, quedaría supeditada a la discreción de las partes y no tendría carácter imperativo. Igual reflexión se predica del compromiso, en el que las partes bien podrían pactarlo no necesariamente en su forma documental.

El escenario sería diverso si el artículo 4 hubiera incorporado la siguiente redacción: la cláusula compromisoria, “*deberá* formar parte de un contrato o constar en documento separado inequívocamente referido al él” y el artículo 6, hubiera dicho que el compromiso “*deberá* constar en cualquier documento (...)”.

Si esa fuera la redacción, si se estaría consagrado un imperativo para las partes, consistente en la obligación de documentar la cláusula compromisoria y el compromiso, lo que guardaría mayor relación con lo que refiere la norma, pues en caso de faltar, el pacto arbitral podría tornarse inexistente.

2) *La naturaleza del “Contrato”*

El artículo 4 *ibídem*, “contrato”, no discrimina entre contratos verbales, solemnes y reales. Por consiguiente, siguiendo la argumentación ampliamente difundida por la doctrina, en nada se excluye que el contrato sea verbal o, más ampliamente, libre de forma solemne, y que una de esas cláusulas contemple el arbitraje.

3) La Intención del legislador

Como se anotó líneas atrás, todo parece indicar que la intención de legislador con la expedición de la *Ley 1563 de 2012* era la de inclinarse por la tendencia consensual del pacto arbitral en aras de reconocer los avances internacionales en la materia que pregonaban otras formas por las que las partes pueden obligarse.

La máxima expresión de la intención del legislador del año 2012, estaba en el párrafo que rezaba *"no se requiere de la aceptación escrita para adberirse al pacto arbitral ya formado"*.

Sin embargo, pese a que se eliminó del texto y se tergiversó la intención prístina del legislador, aun se conservan otras disposiciones que podrían reafirmar la *"consensualidad"* del pacto arbitral.

La primera de estas, es el reconocimiento expreso e indiscutible del pacto arbitral ficto o implícito que consagra la ley. Mediante este, se le otorga el carácter consensual al pacto arbitral, porque le otorga otra alternativa a las partes para determinar que consintieron el arbitraje, incluso de manera verbal.

En realidad, lo que la disposición contempla es la posibilidad de que las partes no se limiten al soporte documental para recoger su voluntad. Por consiguiente, no son de recibo las apreciaciones de que el párrafo implícitamente podría referirse a un escrito, porque si eso es así, lo tornaría inoperante. Dicho de otra forma, tanto los jueces como el tribunal de arbitraje, a quienes se les solicita la aplicación del pacto arbitral ficto, no podrían dar por probada la existencia del pacto arbitral, ante el silencio de la parte convocada, ya que la *"formalidad"* que reviste al acuerdo, es la de un *"escrito"* y en este caso, lo que se contempla, es otra forma variada al documento.

Otra disposición que confirma esta intención, es la aquiescencia tácita de la cláusula compromisoria por parte del llamado en garantía, sin que sea necesario un escrito. El artículo 37, el cual se encarga de reglamentar la intervención de otras partes y terceros en el trámite arbitral, contiene un párrafo cuyo texto es el siguiente: *"Cuando se llame en garantía a una persona que ha garantizado el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato que contiene pacto arbitral, aquella quedará vinculada a los efectos del mismo"*.

En suma, esta disposición en nada excluye que el contrato garantizado por el llamado en garantía, pueda ser de naturaleza consensual, con lo que reafirma el carácter que en un principio quería brindarle el legislador a la *Ley 1563 de 2012*.

4) La sanción de inexistencia o de nulidad no está expresa en el texto

A diferencia de la claridad con la que se redactaron las normas de los *Decretos 1400 de 1970 y 471 de 1971*, en los que se contemplaba *expresamente* la sanción de nulidad o inexistencia, la nueva normatividad *no consagra* sanción similar,

por lo que la primera conclusión lógica que surge, es que el pacto arbitral no es solemne.

Delante del defecto de plenitud o claridad, la jurisprudencia ha extendido las solemnidades constitutivas al pacto arbitral, sin percatarse que las mismas son de aplicación restrictiva y están dadas por el legislador, para casos en los que el acto o contrato refiera a intereses superiores, sin perjuicio de que las partes decidan incluir las llamadas solemnidades convencionales.

Así las cosas, la Ley 1563 de 2012 no contempla expresamente la *nulidad o inexistencia* del pacto arbitral por la omisión del soporte documental y más aún en su modalidad escrita.

5) *La norma no diferencia entre "Contratos Estatales y Contratos Civiles"*

La jurisprudencia particularmente el Consejo de Estado, ha otorgado un carácter solemne a la cláusula compromisoria cuando se trata de un contrato de esa naturaleza. La razón de esa extensión se condensa en el principio de que lo "*accessorium sequitur principale*". Así, si el contrato estatal es el principal y la ley exige para su existencia el escrito, la cláusula compromisoria que sería el contrato accesorio, también debería ser escrita.

Si bien esta posición es respetable, parece apartarse del espíritu genuino de la norma, pues en ella no se encuentra diferenciación alguna entre los contratos estatales y aquellos de otra naturaleza. Por el contrario se trata de una norma especial y prevalente que regula el arbitraje, y dentro de éste, el pacto arbitral como su fuente generatriz. De este modo, aún cuando las normas reguladoras de la contratación estatal son igualmente especiales, debe destacarse que la especialidad de la ley de arbitraje prevalece sobre la materia concreta a que refiere.

Adicionalmente, la tesis desconoce que la cláusula compromisoria es autónoma del contrato que la contiene, por lo que el contrato principal podría ser solemne, pero no por ello podría hacerse extensible al pacto arbitral, que según la ley es un negocio jurídico autónomo.

Por último, la postura del Consejo de Estado al exigir que la cláusula compromisoria sea escrita, dejaría inoperante el parágrafo del artículo 3 que introdujo el pacto arbitral ficto. En efecto, el parágrafo contempla sin distinción alguna, la posibilidad de que el pacto arbitral se pruebe por medios distintos al documento y si se extiende el requisito del escrito que acompaña al contrato estatal al pacto arbitral, lo tornaría inaplicable.

6) *La Consagración expresa de la Renuncia tácita y el Principio "Peristi quae Fiunt"*

La ley 1563 de 2012 zanjó una de las tantas discusiones que se presentaban en la práctica, a propósito de la situación en la que una de las partes a pesar

de la existencia del pacto arbitral, decidía acudir a la justicia ordinaria. A este mecanismo se le conoce como la renuncia tácita del pacto arbitral.

El artículo 21 en su párrafo lo expresa así: *“la no interposición de la excepción de compromiso cláusula compromisoria ante el juez implica la renuncia al pacto arbitral para el caso concreto”*.

Frente a la renuncia tácita del pacto arbitral, es menester poner de presente que la variación en la jurisprudencia del Consejo de Estado respecto al tema, por suerte se estableció que aplicaría únicamente para casos anteriores a la vigencia de la *Ley 1563 de 2012*, porque si se hubiera extendido a la actual normatividad, hubiera contrariado su espíritu, dejando el párrafo sin efecto práctico alguno.

Huelga decir que si esta interpretación se hubiera dado desde mucho antes del año 2013, hubiera guardado mayor consistencia con el principio *“Peristi quae Fiunt”*.

Sin embargo, en la nueva normatividad el legislador reconoció la relatividad del principio, pues al no formularse la excepción correspondiente en tiempo, las partes con su conducta, estarían derogando el convenio arbitral, sin necesidad de hacerlo de la misma manera en como inicialmente se formó que pudo haber sido mediante un documento escrito.

Esta reflexión conduce a pensar que si se puede renunciar al pacto arbitral por haber operado el mutuo disenso tácito, ¿por qué no podría predicarse también para la formación del pacto arbitral? En otros términos, se conservaría la simetría del principio, si las partes a través de comportamientos inequívocos, acuerdan el arbitraje para solucionar sus eventuales conflictos.

Lo anterior se traduce que la renuncia tácita del pacto arbitral de la que habla el párrafo del artículo 21 sería consonante con la contenida en el párrafo del artículo 3 -esto es el pacto arbitral ficto- con lo que podría decirse que el principio según el cual en *“derecho las cosas se deshacen como se hacen”*, estaría en perfecta simetría, porque si las partes tan solo con su conducta podrían elegir no acudir al arbitraje mediante la no interposición de la respectiva excepción y en su lugar acuden a la jurisdicción competente, también podrían invocar la celebración del pacto arbitral y este al no ser objetado por la parte contra la cual se invoca, se entiende que existe válidamente el convenio arbitral.

De lo expuesto, se observa que no puede afirmarse de manera inequívoca que el pacto arbitral sea de naturaleza solemne en cuanto a su prueba. Existen argumentos que podrían conducir a replantear ese carácter y establecer la consensualidad del pacto arbitral, por lo que en futuras demandas sobre el contenido de la *Ley 1563 de 2012*, el juez podría imprimirle ese carácter.

CONCLUSIONES

Las reflexiones que se han hecho a lo largo de este escrito podrían condensarse en las siguientes líneas:

a) El principio de libertad de forma, se constituye como una de las máximas expresiones de la autonomía privada, permitiéndole a las partes escoger el vehículo que mejor les parezca para exteriorizar su querer. El principio se contrapone al formalismo, que por virtud de un interés superior, las mismas partes o el ordenamiento jurídico, restringen la forma en como deben exteriorizar la declaración. Estas restricciones pueden hacer referencia a la formación, existencia o constitución –*ad substantiam actus*– del acto, o en cuanto a su prueba –*ad probationem*–.

b) En los distintos periodos históricos del arbitraje colombiano, el requisito de forma del pacto arbitral no ha sido unánime. En sus inicios, pareciere no limitarse la existencia a un escrito, pero años más tarde, se le otorga un requisito *ad substantiam actus*, consistente en la obligación de elevar el pacto arbitral a escritura pública o documento privado autentico, so pena de nulidad.

c) La Ley 1563 de 2012, pese a considerarse como una de las legislaciones más avanzadas en materia arbitral, no es clara al referirse a la forma que debe revestir el pacto arbitral, más aún, con la introducción del pacto arbitral ficto. La introducción de la figura, ha conllevado a que en la doctrina y la jurisprudencia se encuentren posiciones diversas a si el pacto arbitral es un negocio jurídico solemne o consensual.

d) La tendencia a considerar que el pacto arbitral en la nueva normatividad es de naturaleza solemne está representada por dos corrientes. Una primera, que exige la presencia de un documento referido a un escrito para el nacimiento, constitución y formación del pacto arbitral, so pena de nulidad; y una segunda, que sostiene que la mención al documento que hace la normatividad debe ser entendido únicamente en cuanto a su prueba.

e) La corriente opuesta al formalismo es la consensualidad del pacto arbitral. Esta tendencia responde a los avances internacionales que se han dado en la materia y que buscan “desformalizarlo” cada vez más, con el fin de dotar a las partes de otros vehículos que les permitan exteriorizar su querer para zanjar las diferencias a través de este mecanismo.

f) En la doctrina, la postura de la consensualidad del pacto arbitral bajo la nueva normatividad, se soporta en tres argumentos fundamentales. El primero, es el “*olvido*” del legislador al no otorgarle la sanción de “*nulidad*” cuando el pacto arbitral no se constituye por documento. El segundo, refiere a que la norma, al utilizar vocablos como “*podrá*” no establece un imperativo para las partes; y por último, para el caso de la cláusula compromisoria que se encuentre contenida en un contrato, la norma no discrimina entre las diversas clases de contratos consensuales, verbales y reales, por lo que sería perfectamente posible que se incluya en un contrato verbal.

g) La jurisprudencia de las altas cortes bajo el análisis de anteriores marcos normativos, se inclina por sostener que el pacto arbitral es de naturaleza solemne. Quizá de estas la que llama mayormente la atención, es la posición del Consejo de Estado. En efecto, para esta corporación el pacto arbitral es solemne porque el contrato estatal también lo es. Sin embargo, esta extensión que efectúa el Consejo de Estado no parece estar ajustada a la nueva ley, porque la norma no discrimina entre estatales, comerciales o civiles. A su vez, olvida que del pacto arbitral se predica su autonomía o separabilidad.

h) La reciente interpretación del Consejo de Estado frente a la renuncia tácita del pacto arbitral no parece consonante y no se extiende a la nueva normatividad, porque dejaría sin efecto práctico el parágrafo del artículo 21, que refiere a la renuncia tácita del pacto arbitral.

i) Pese a que la tendencia mayoritaria es la de considerar que el pacto arbitral es solemne en cuanto a su prueba, una lectura sistemática de la *Ley 1563 de 2012*, permite afirmar que el legislador quiso imprimirle un carácter consensual al pacto arbitral, por lo que no puede descartarse la posición del todo, como un sector de la doctrina lo manifiesta.

j) Al decir que el pacto arbitral sea de naturaleza consensual, podría extenderse su aplicación a contratos que en razón de una misma operación económica se encuentre vinculados. Si se ciñe a la tendencia formalista, se excluiría su aplicación para estos esquemas contractuales que hoy en día son mas frecuentes y obedecen a los avances económicos.

REFERENCIAS

Arbitration Law Difc Law No. 1 of 2008. (United Arab Emirates) [Ley de Arbitraje] (UAE) Disponible en: https://www.difc.ae/files/9614/5449/6833/Arbitration_Law_Amendment_Law_DIFC_Law_No_6_of_2013.pdf.

ARRUBLA PAUCAR, JAIME. "El Pacto Arbitral" en HERRERA MERCADO, HERNANDO y FABRICIO MANTILLA ESPINOSA, eds. *Colección De Arbitraje 360º*. Tomo II. Vol. I. Bogotá-Colombia: Grupo Editorial Ibañez, 2017 (pp. 37-89).

BETTI, EMILIO. *Teoría General Del Negocio Jurídico*. Traducido por: A. MARTIN PEREZ. II ed. Madrid-España: Revista De Derecho Privado.

BIANCA, MASSIMO. *Derecho Civil III El Contrato, Volumen 3*. Traducido por: FERNANDO HINESTROSA y CORTES EDGAR. Segunda ed. Bogotá-Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2007.

BIGLIAZZI, LINA, FRANCESCO BUSNELLI, UGO NATOLI, y UMBERTO BRECCIA. *Tratado de Derecho Civil*. Traducido por: Fernando Hinestrosa. Vol. I. Bogotá-Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1992,

Codice Civile. [CC]. Regio Decreto 262 de 1942. "Approvazione del testo del Codice Civile" 16 marzo 1942. (Italia)

Código Civil Colombiano [CCC]. Ley 57 de 1887. Abril 15 de 1887 (Colombia)

Código Civil Español [CCE]. Real Decreto de 24 de Julio de 1889., Artículo 1280. Abril 24 de 1889 (España).

Código de Comercio. Decreto 410 de 1971. Por medio del cual se expide el Código de Comercio. Junio 16 de 1971. D.O No. 33.339.

Código de Procedimiento Civil. Decreto 1400 de 1970. Por medio del cual se expide el Código de Procedimiento Civil. Septiembre 21, 1970. D.O No. 33.150.

Código General del Proceso. Ley 1564 de 2012. "Por medio del cual se expide el Código General del Proceso y se dicta otras disposiciones". Julio 12 de 2012" D.O No. 48.489.

Código Judicial. Ley 105 de 1931. "Sobre organización judicial y procedimiento civil". Octubre 17 de 1931. D.O No. 21.823.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil, Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación) 43° periodo de sesiones. Propuesta del Gobierno de México sobre la forma escrita del acuerdo de arbitraje, para ser presentada al grupo de trabajo de la CNUDMI sobre arbitraje y conciliación. (Viena: Naciones Unidas, 2005) disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V05/882/35/PDF/V0588235.pdf?OpenElement>

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil, Ley Modelo Cnudmi Sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985, con las enmiendas aprobadas en 2006 (Viena: Naciones Unidas, 2008) disponible en: http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf

Consejo de Estado. [C.E] Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Marzo 17, 2010. C.P: Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 36537. [Colom.]

Consejo de Estado. [C.E] Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Agosto 12, 2013. C.P: Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 328.730. [Colom.]

Consejo de Estado. [C.E] Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Mayo 2, 2013. C.P: Hernán Andrade Rincón. Exp. 21147 [Colom.]

Consejo de Estado. [C.E] Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Febrero 11, 2014. C.P: Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 328.730. [Colom.]

Consejo de Estado. [C.E] Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Mayo 27, 2015. C.P: Hernán Andrade Rincón. Exp. 52.930. [Colom.]

Consejo de Estado. [C.E] Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Junio, 19.1998. C.P: Juan de Dios Montes. Exp. 10.439 [Colom.]

Consejo de Estado. [C.E] Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Febrero 26, 2004. C.P: Germán Rodríguez Villamizar. Exp. 25094 [Colom.]

Consejo de Estado. [C.E] Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Marzo 19, 1998. C.P: Ricardo Hoyos Duque. Exp. 17097 [Colom.]

Consejo de Estado. [C.E] Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Abril, 9 2003. C.P: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 10883 [Colom.].

Consejo de Estado. [C.E] Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sala plena. Abril 18, 2013. C.P: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Exp. 17.859 [Colom.].

Consejo de Estado. [C.E] Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sala plena. Abril 18, 2013. C.P: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Exp. 17.859 [Colom.].

Consejo de Estado. [C.E] Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sala plena. Noviembre 12, 2015. C.P: Martha Teresa Briceño de Valencia. Exp. 110001-03-15-000-2015-01962-00.). [Colom.].

Consejo de Estado. [C.E]. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección. Sala plena. Marzo 5, 2015. C.P: Susana Buitrago Valencia. Exp. 110001-03-15-000-2015-00031-00. [Colom.]

Consejo de Estado. [C.E]. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto. Noviembre 25, 2015. C.P: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Exp. 41001-23-31-000-1999-01482-01 (35.133) [Colom.]

Consejo de Estado. [C.E]. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Salvamento de Voto. Conjuer Carmenza Mejía Martínez. Enero 13, 2016. C.P: Exp. 41001-23-31-000-1999-01482-01 (35.133) [Colom.]

CORREA ARANGO, GABRIEL. *Comentarios Al Estatuto De Arbitraje y Amigable Composición / Ley 1563 De 2012*. Primera ed. Bogotá-Colombia: Temis, 2013.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-511 de 2011. Jorge Iván Palacio Palacio. Junio 30, 2011. [Colom.]

- Corte Suprema de Justicia. [C.S.J], Sala Civ. Julio 1, 2009. M.P William Namén Vargas. Exp. 11001-3103-039-2000-00310-01 [Colom].
- Corte Suprema de Justicia. [C.S.J], Sala Civ. Junio 7. 1994. M.P Rafael Romero Sierra. [Colom.]
- Corte Suprema de Justicia. [C.S.J], Sala Civ. Marzo 6, 2012. M.P William Namén Vargas. Exp. 11001-3103-010-2001-00026-01 [Colom.]
- Croacia. Law on Arbitration. (Official Gazette no. 88/2001). Disponible en: <https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/2013/07/Croatia-Arbitration-Law.pdf>
- Decreto 2279 DE 1989. "Por el cual se implementan sistemas de solución de conflictos entre particulares y se dictan otras disposiciones". Octubre 7, 1989. D.O No. 39.012.
- GIL ECHEVERRY, JORGE HERNÁN. *Régimen Arbitral Colombiano*. Segunda ed. Vol. 1,II. Bogotá-Colombia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 2017.
- GIL ECHEVERRY, JORGE HERNÁN. *Nuevo Régimen de Arbitramento. Manual Práctico*. Cámara de Comercio de Bogotá. Bogota-Colombia. 1999.
- GONZÁLEZ DE COSSIO, FRANCISCO. "La nueva forma del acuerdo arbitral. aún otra victoria del Consensualismo". Boletín Mexicano De Derecho Comparado Boletín Mexicano de Derecho Comparado (México) Num.120 Vol. XL, no. 120 (2007): 779-799, disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/oaiart?codigo=2382667>. pp. 784-785.
- HINESTROSA, FERNANDO. *Tratado De Las Obligaciones II: De Las Fuentes De Las Obligaciones. El Negocio Jurídico*. Primera ed. Bogotá-Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2015.
- HINESTROSA, FERNANDO. *El Arbitraje interno e internacional, Memorias del XX Encuentro Nacional de la Asociación Colombiana de Derecho de Seguro (ACOLDESE)*, Medellín, 3-4 octubre 1996, Santafé de Bogotá, Editora Guadalupe Ltda. 1997,
- JARAMILLO JARAMILLO, CARLOS IGNACIO. *Derecho Privado: Estudios Y Escritos De Derecho Patrimonial [Derecho de Contratos]*. 1st ed. Vol. III. Bogotá-Colombia: Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibañez, CEDEP, 2014.
- Ley 105 de 1890. 24 de noviembre, sobre reformas a los procedimientos judiciales. D.O 8.296. 7 de enero de 1891.
- Ley 1563 de 2012, por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional. Diario Oficial No. 48.489, 12 de julio de 2012, p.1-15.

Ley 2 de 1938. "Por la cual se da validez a la cláusula compromisoria". Marzo 12, 1938. D.O No. 23.727.

LOPEZ BLANCO, HERNÁN FABIO. "*Proceso Arbitral Nacional*". Bogotá-Colombia: Dupre Editores, 2013.

MONROY CABRA, MARCO GERARDO. *Arbitraje Comercial Nacional E Internacional*. Bogotá-Colombia: Libreria Edicion es el Profesional Ltda, 2017.

NAMEN VARGAS, WILLIAM. "El Pacto Arbitral". *Revista De Derecho Privado* 5, Universidad Externado de Colombia, nº 5 -enero/junio (2000)

NORDENSON, HARALD & ÖHRSTRÖM SETTERWALLS, MARIE. *Arbitration in Sweden. CMS Guide to Arbitration, Vol 1*. <https://fdocuments.in/document/arbitration-in-sweden-e-guides-gtavol-845-arbitration-in-sweden-table-of.html>

OSPINA FERNANDEZ, GUILLERMO & OSPINA ACOSTA, EDUARDO. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Ed. 7. Bogota-Colombia: Editorial Temis S.A, 2005.

PINZON MARTINEZ, JOSÉ GABINO. *Introducción al Derecho Comercial*. Tercera Edición. Bogota-Colombia: Editorial Temis S.A 1985.

Ponencia para Primer Debate del Proyecto de Ley 176 de 2011. Cámara de Representantes. Gaceta del Congreso No. 108, 27 de marzo de 2012. Informe propuesto para primer debate (tercer debate) al proyecto de Ley número 176 de 2011 Cámara, 18 de 2011.

Ponencia para Segundo Debate del Proyecto de Ley 176 De 2011. Cámara de Representantes. Gaceta del Congreso No. 321, 6 de junio de 2012. Informe de ponencia segundo debate (cuarto debate) proyecto de Ley 176 de 2011 Cámara.

Ponencia para Segundo Debate del Proyecto de Ley 18 de 2011. Senado. Gaceta del Congreso No. 946, 7 de marzo de 2011.

Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-040684 del 23 de agosto de 2007.

SALAZAR PARRA, BERNARDO. "*Redacción del pacto arbitral y la cláusula compromisoria en el derecho interno*" en HERRERA MERCADO, HERNANDO y FABRICIO MANTILLA ESPINOSA, eds. *Colección De Arbitraje 360º*. Tomo II. Vol. I. Bogotá-Colombia: Grupo Editorial Ibañez, 2017. (pp. 91-134)

SALGAR BENETTI, JULIO. *El Arbitraje En El Derecho Colombiano*. Segunda ed. Bogotá-Colombia: Temis, 2001.

SANABRIA GOMEZ, ARTURO. "*La formación del consentimiento con relación al contrato de arbitraje. Oferta y Aceptación*" en MANTILLA ESPINOSA, FABRICIO y EDUARDO SILVA

ROMERO. *El Contrato De Arbitraje*. Bogotá-Colombia: Universidad del Rosario, Legis, 2005.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá [TSD]. Sala Civ. Diciembre 8, 2012.
Auto. M.S. Luz Magdalena Mójica Rodríguez.