

EL PACTO ARBITRAL FICTO O PRESUNTO EN EL ARBITRAJE NACIONAL  
COLOMBIANO

Investigadora: Mayra Alejandra Gama Pinzón

C.C: 1.012.420.712 de Bogotá

Cel.: 319 334 0316

E-mail: [mairagama10@gmail.com](mailto:mairagama10@gmail.com)

Línea de investigación: Derecho económico y empresarial

Universidad La Gran Colombia  
Facultad de derecho y ciencias políticas y sociales  
Bogotá D.C.  
2019

## Contenido

RESUMEN.....	4
<i>PALABRAS CLAVE</i> .....	4
ABSTRACT .....	4
<b>KEYWORDS:</b> Arbitration, controversies, arbitration agreement, Arbitration agreement ficto or presumed, compromise clause, particular. ....	5
INTRODUCCIÓN .....	6
CAPITULO 1.EL ARBITRAJE.....	9
1.1 Noción de Arbitraje .....	9
1.2. Historia del arbitraje.....	11
1.3 Antecedentes en el Arbitraje Colombiano .....	14
1.4 Modalidades de Arbitraje .....	16
1.4.1 Nacional .....	16
1.4.2 Internacional.....	19
1.5 Clases de Arbitraje .....	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>
1.5.1 Arbitraje Ad Hoc .....	21
1.5.2 Arbitraje institucional.....	22
1.5.3 Arbitraje legal.....	24
1.6 El Laudo Arbitral .....	25
1.6.1 Laudo arbitral en derecho.....	27
1.6.2 Laudo arbitral en equidad.....	28

	3
1.6.3 Laudo arbitral técnico.....	30
CAPITULO 2. PACTO ARBITRAL .....	32
2.1 Clausula compromisoria.....	36
2.2 Compromiso .....	38
CAPITULO 3. PACTO ARBITRAL FICTO O PRESUNTO EN EL DERECHO POSITIVO COLOMBIANO.....	41
CAPITULO 4. PACTO ARBITRAL FICTO O PRESUNTO EN EL DERECHO COMPARADO .....	47
4.1 España .....	47
4.2 Argentina.....	49
4.3 México.....	52
CONCLUSIONES .....	56
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS .....	60

## **RESUMEN**

Los mecanismos alternativos de solución de conflictos, conocido como los (M.A.S.C), fueron introducidos en ordenamiento jurídico interno por medio de la ley 446 de 1998. En efecto dentro de la mencionada norma se introdujo el arbitraje como mecanismo heterocompositivo, con la finalidad de que mediante un laudo arbitral fuese posible resolver las controversias surgidas entre las partes relacionadas contractualmente, quienes de forma voluntaria deciden acudir a esta figura, tras la firma de una clausula compromisoria o pacto.

Con posterioridad a la expedición de la norma antes referida y en materia de arbitraje, se creó la ley 1563 de 2012, mediante la cual se regulo entre otras cosas, en el parágrafo del artículo tercero, la figura del pacto arbitral ficto o presunto, con la finalidad de que sea posible probar la existencia del pacto, sin la necesidad de que este escrito, en el caso de que presentándose una controversia entre las partes, una de estas decida demandar y la otra en el término de traslado de la demanda, su contestación o excepciones, guarde silencio sobre ello.

***PALABRAS CLAVE:*** Arbitraje, controversias, pacto arbitral, pacto arbitral ficto o presunto, clausula compromisoria, particulares.

## **ABSTRACT**

The alternative dispute resolution mechanisms, known as the (MASC), were introduced in the Colombian legal system, by means of Law 446 of 1998. In effect, within the aforementioned rule, arbitration was introduced as a heterocompositive mechanism, with the purpose of that through an arbitral award it was possible to resolve disputes arising between contractually related parties, who voluntarily decide to resort to this figure, after signing an arbitration clause or pact.

Subsequent to the issuance of the aforementioned norm and in matters of arbitration, Law 1563 of 2012 was created, by means of which, among other things, the paragraph of the third article regulates, the figure of the fictional or presumed arbitration agreement, with the purpose of which it is possible to prove the existence of the pact, without the need for this writing, in the event that a dispute arises between the parties, one of them decides to sue and the other during the transfer of the claim, its answer or exceptions, keep quiet about it.

**KEYWORDS:** Arbitration, controversies, arbitration agreement, Arbitration agreement ficto or presumed, compromise clause, particular.

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación se trazó como objetivo identificar como se regula en el Derecho Positivo colombiano el pacto arbitral ficto o presunto en el arbitraje nacional.

El arbitraje, de acuerdo a Correa Palacios (2013), es una institución jurídica que se origina en el derecho romano y que cuenta con más de un siglo de recepción legal en Colombia, permite a las personas, previo mutuo acuerdo, acudir a un tercero imparcial y calificado, distinto del juez ordinario, para que a través de un proceso breve y sencillo solucionen controversias cuyo objeto sea de libre disposición, y se le atribuyen las ventajas de celeridad, rapidez, economía, inmediación, informalidad y especialidad en la solución del conflicto (p.xxvii).

El arbitraje contribuye a la descongestión de los despachos judiciales y cumple la finalidad de contribuir a la convivencia pacífica y armonía social, debido a que ofrece una forma de resolución pacífica de las controversias jurídicas, e incluso en numerosas ocasiones permite prevenir los distintos conflictos.

Claramente es importante el consentimiento como base fundamental en el arbitraje, en consecuencia, su existencia deriva del pacto arbitral y, por ello, la competencia de los árbitros para resolver las disputas que se sometan a su conocimiento. Es decir, la claridad con que se exprese el consentimiento para llevar el pleito o disputa a un tribunal de arbitramento dependerá la exactitud del pacto arbitral para activar el mecanismo del arbitraje (Ramírez Gómez, 2017, p.15)

Sin embargo, suelen suscitarse problemas en relación con el consentimiento en torno al pacto arbitral, en primer lugar, los que devienen de la aceptación o existencia de formalidades en el pacto arbitral y, en segundo término, los concernientes a la exactitud que versa sobre el pacto arbitral.

En este orden de ideas, la mayoría de problemas jurídicos que surgen para los tribunales de arbitraje es la competencia, es decir abordan temas como existencia del pacto arbitral, las formalidades del pacto, la suficiencia del pacto, la validez del pacto y el alcance del consentimiento de las partes del pacto arbitral. En este orden de ideas la pregunta problema de este trabajo es saber ¿Cómo es regulado en el derecho positivo colombiano el pacto arbitral ficto o presunto en el arbitraje nacional?

Es incuestionable la importancia que actualmente tiene el arbitraje para resolver litigios en la vida jurídica colombiana, es una tendencia generalizada en nuestro país, promover y facilitar el acceso al arbitraje para resolver los conflictos y litigios, puesto que con este mecanismo alternativo de resolución de conflictos se obtiene una solución adecuada de los litigios por personas especialmente calificadas y, por cierto, más rápida expedita y eficaz que la que pudiera resultar de las lentas y engorrosas tramitaciones a que está sujeta la justicia formal.

Así las cosas, la realización de una investigación sobre la regulación en el derecho positivo colombiano del pacto arbitral ficto o presunto en el arbitraje nacional se justifica y muestra su trascendencia, toda vez que el estudio y análisis doctrinal y jurisprudencial que ha recibido esta figura jurídica en nuestro país es prácticamente inexistente, en gran parte, debido a la escasa cultura de resolver los conflictos jurídicos por medio de mecanismos alternativos de solución de

conflictos, no solo en nuestro país, sino en general en Latinoamérica. En consecuencia, se hace necesaria la realización de un estudio profundo y detallado de la regulación en el derecho positivo colombiano del pacto arbitral ficto o presunto en el arbitraje nacional, referente a su concepto, elementos, naturaleza jurídica, características, modo de demostrar su existencia y, por supuesto, claro está, de su reglamentación en Colombia.

En este orden de ideas, constituye en la actualidad un tema que debe ser abordado, con toda puntualidad, por abogados, operadores jurídicos, la academia y estudiantes de Derecho. Esta necesidad obedece a que la sociedad se ha vuelto más receptiva y atenta a los problemas que la aquejan. Es una sociedad más exigente con el cumplimiento de los deberes que cada quien tiene en el proceso de desarrollo social.

El estudio que se realizó en este trabajo corresponde al tipo descriptivo debido a que se buscó especificar las propiedades importantes o componentes del fenómeno a investigar. Esto es, para decir como es y se manifiesta el fenómeno de interés.

Para el desarrollo del tema objeto de investigación, en el primer capítulo se efectúa un recorrido histórico y generalizado sobre el arbitraje y su aplicación en Colombia; teniendo en cuenta su clasificación, tipos, doctrina disponible; por su parte, el capítulo segundo aborda lo pertinente al pacto arbitral y sus dos modalidades; a su vez, el capítulo tercero realiza el estudio del pacto arbitral ficto o presunto en el Derecho Positivo colombiano; por su parte, el capítulo cuarto realiza un estudio de Derecho Comparado del pacto ficto o presunto en las legislaciones de España, México y Argentina y, finalmente, se efectúan una serie de conclusiones.



## **CAPITULO 1.EL ARBITRAJE**

### **1.1 Noción de Arbitraje**

El arbitraje, de acuerdo con el artículo 1º de la ley 1563 de 2012, es definido como “un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de conflictos d una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice”.

La Corte Constitucional, por su parte, en sentencia T-511/11 definió el arbitraje como “un mecanismo heterocompositivo de solución de conflictos en virtud del cual las partes involucradas en una controversia de carácter transigible acuerdan delegar su solución a particulares, quienes quedan transitoriamente investidos de la facultad de administrar justicia y cuya decisión es obligatoria, definitiva y tiene efectos de cosa juzgada”.

Asimismo, la providencia en comento del Tribunal Constitucional colombiano ha considerado que el arbitraje “es un mecanismo propicio para garantizar la efectividad de principios y valores constitucionales como la eficacia, celeridad y efectividad de la justicia, ya que favorece la participación activa de los particulares en la solución de sus propios conflictos”.

Entre tanto, Monroy Cabra (1998) ha definido el arbitraje como “un método de resolver extrajudicialmente las controversias que puedan ocurrir, o que hayan surgido entre dos o más partes, mediante la actuación de una o varias personas (arbitro o árbitros), los cuales derivan sus poderes del acuerdo de las partes, así como del reconocimiento que la ley hace de su función”. El

arbitraje contiene una derogación de jurisdicción hecha por particulares para que sus litigios se tramiten ante tribunales arbitrales establecidos en la forma determinada por la ley de cada estado. (p.23)

A su turno, Escobar (2013) ha expuesto, que “la naturaleza propia del arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos, el cual debe analizarse en consonancia con el principio de alternatividad previsto en la ley estatutaria de la administración de la justicia.” (p.3). Adicionalmente, este tratadista ha señalado que:

Si bien encontramos que en nuestro país, a la luz de lo previsto en la Constitución y la jurisprudencia, el ejercicio de la actividad de los árbitros corresponde a una función pública transitoria de administrar justicia, es importante tener en cuenta que el arbitraje es una institución que responde a una naturaleza y a unos objetivos propios al momento de abordar las normas que lo regulan, por ello las interpretaciones de las normas deben darle una efectividad y eficacia al arbitraje y al pacto del mismo, todo esto en consonancia con la política de estado de promoción del arbitraje como método alternativo de solución de conflictos (p.2).

Por último, Bennetti (2001) señala que “el arbitraje es, uno de los medios previstos en la ley para que los particulares puedan obtener la solución de sus conflictos o diferencias de carácter transigible, para lo cual se requiere la manifestación expresa de los contendientes de someterse a este mecanismo, solución que se materializa en un laudo proferido por terceros que actúan en calidad de árbitros y para ello la ley los inviste transitoriamente de la facultad de administrar justicia” (p.14).

## 1.2. Historia del arbitraje

Como se sabe, en las sociedades primitivas las controversias se decidían mediante la fuerza, prevaleciendo el régimen de la auto-tutela, es así como Zappalá (2010) sostiene que con la introducción del arbitraje, se renuncia al derecho de justicia de propia mano, de replicar a la injusticia con más injusticia, irrumpiendo en la remota civilización humana el esquema según el cual las controversias deben someterse a una tercera persona, seleccionada entre los sujetos más importantes de la comunidad, distinguidos por su virtud, honestidad, dignidad y prudencia (p.197).

El tratadista Bennetti (2001), señala que el arbitraje y la conciliación constituyen una de las primeras formas de resolver los conflictos jurídicos que surgieron entre las personas, ya que su origen se atribuye aquella época primitiva de la sociedad en que el desarrollo cultural atribuía a terceros la solución de las disputas, abandonando a la vez otros sistemas elementales de la justicia privada, como el hacerla por mano propia (p. 1).

El arbitraje como mecanismo de solución de conflicto, es una de las formas más utilizadas para resolver disputas, sus orígenes datan en Roma, cuando era el propio jefe del grupo familiar “*pater familias*”, como lo afirman Villalba, Cuellar y Moscoso (2008), el *pater familias* era el que trataba de conciliar a las partes; en una fase posterior, esta función se asignó a un árbitro, ante el que se planteaban de forma voluntaria las discrepancias o enfrentamientos, finalmente se reconoció a las partes la libertad de elección del tercero que debía resolver sus controversias. Este

tercero imparcial, se encargaría de resolver la controversia existente entre ellos en virtud de una decisión que tenía que ser obedecida por los litigantes (p. 142).

En el Derecho Romano se establecía dos formas de procesos, uno publico referido a las conductas delictivas y otro privado para las demás diferencias. En el proceso privado como afirma Bennetti (2001), se iniciaba una solicitud de las partes mediante un procedimiento que se llamaba *in iure*, el cual era un acuerdo entre las partes para precisar el objeto del litigio y la sumisión al fallo que se produjera, con ello se producía la *litis contestatio*, en el cual los sujetos procesales observaban un convenio arbitral refrendado por la autoridad del estado y con el cual culmina el procedimiento *in iure* (p. 6).

Por otra parte, en la época feudal como sostiene Zappalá (2010), con la crisis del poder estatal fue natural el fenómeno de la desconfianza en la estructura pública y correlativamente fue tendencia espontánea la propagación de los métodos alternativos de resolución de conflictos, dando como resultado más frecuencia las definiciones arbitrales que las sentencias judiciales, aun cuando las partes deseaban que la controversia fuese conforme a las normas del Derecho positivo estatal (p. 205).

Así mismo, en la edad media, cuando los estados no estaban debidamente constituidos y las organizaciones políticas no tenían suficiente autoridad, se generalizó la práctica del arbitraje mediante las asociaciones gremiales, a los cuales recurrían los artesanos y comerciantes para resolver sus conflictos, esto conllevó a que los feudales resolvieran sus litigios entre ellos mismos o acudieran al rey en calidad de árbitro (Bennetti, 2001, p. 5).

Cabe señalar que la ejecutoriedad del laudo arbitral en las agremiaciones de mercantes y artesanos fue una conquista fundamental que acompañada por la ausencia de la autoridad estatal, se inaugura un periodo de oro para la autonomía e independencia de la clase de comerciantes y artesanos, favoreciendo al interior de las corporaciones profesionales el nacimiento del *ius mercatorum* como un derecho creado directamente por la clase emergente, sin mediación de la sociedad política (Zappalá, 2010, p.207)

El arbitraje, en el periodo de la revolución francesa, se consideró como un mecanismo o antídoto adecuado contra los abusos, los costos y la parsimonia de la justicia del Estado. La Revolución consideraba que el arbitraje era compatible con los principios republicanos y liberales, cuyo núcleo es el contrato social, promoviendo la libre y autónoma investidura de los ciudadanos en las funciones estatales (Bennetti, 2001, p. 5).

Por otra parte, la doctrina en los estados latinoamericanos han tenido históricamente dos posiciones frente al arbitraje internacional: un periodo de rechazo antes del año 1980 y un periodo de adopción, a partir de la década de 1980. El periodo de rechazo corresponde al siglo XIX en el cual el Estado monopolizó el ejercicio jurisdiccional y los estados latinoamericanos no tenían unas relaciones comerciales internacionales desarrolladas (Villalba, Cuellar & Moscoso, 2008, p. 149).

Lo anterior, conlleva a que los estados latinoamericanos comenzaran a legislar lo concerniente al arbitraje nacional e internacional y a reconocerle plena validez, así como a adherir a instrumentos internacionales sobre el arbitraje como la Convención de Nueva York y las Convención Interamericana de Arbitraje comercial.

### **1.3 Antecedentes en el Arbitraje Colombiano**

El arbitraje, como mecanismo alternativo de solución de conflictos, encuentra fundamento constitucional en el artículo 116 superior, cuando la Carta Fundamental señala que "Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley".

La Ley 446 de 1998, desarrolla en Colombia los mecanismos alternativos de solución de conflictos, y define el arbitraje y los asuntos posibles del mismo, señalando los efectos y en su momento las clases de laudos. En efecto, el capítulo 1, articulado 111 de dicho cuerpo normativo, se define y regula las modalidades del arbitraje como un es mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral. Así, la ley 446/98 clasifica el arbitraje: en derecho, en equidad o técnico.

El arbitraje en derecho es aquel en el cual los árbitros fundamentan su decisión en el derecho positivo vigente. En este evento el árbitro deberá ser Abogado inscrito. El arbitraje en equidad es aquel en que los árbitros deciden según el sentido común y la equidad. Cuando los árbitros pronuncian su fallo en razón de sus específicos conocimientos en una determinada ciencia, arte u oficio, el arbitraje es técnico.

A su vez, el Decreto 1818 de 1998, expedido en septiembre de 1998 por la Presidencia de la República de Colombia “por medio del cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos”, contempla en su articulado la regulación del arbitraje nacional y también internacional, exponiendo además, los fundamentos constitucionales y legales de la institución.

En consecuencia, el Decreto 1818 de 1998 evidenciaba un proceso arbitral que se acercaba más al proceso judicial ordinario que a la esencia misma del arbitraje. El proceso arbitral plasmado en el decreto estaba basado en formalismos y carente de libertad, todo lo contrario, a la institución arbitral. En el año 2007 bajo la presidencia de Álvaro Uribe se presentó, el Proyecto de Ley 177 de 2007, “por medio de la cual se dictan normas sobre el arbitraje nacional e internacional, y se derogan algunas disposiciones” pero no fue posible sacar el proyecto al ordenamiento jurídico.

En el año 2010, bajo la Presidencia de Juan Manuel Santos, se constituyó la Comisión de Expertos Redactora del Proyecto de Ley sobre Arbitraje Nacional e Internacional, mediante los decretos 3992 de 2010 y 4146 de 2010. Así las cosas, luego de dieciocho meses de gestación, el Estatuto de Arbitraje colombiano fue sancionado por el presidente Santos el 12 de julio de 2012, mediante la promulgación de la Ley 1563 del 12 de julio de 2012, “por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones”, derogando expresamente en su artículo 118, los artículos 111 a 132 de la Ley 446 de 1998, así como los artículos 111 a 231 del Decreto 1818 de 1998, y las demás regulaciones especiales que sobre arbitraje en el momento existían en el ordenamiento jurídico colombiano.

## **1.4 Modalidades de Arbitraje**

En Colombia, el arbitraje reviste de diversas modalidades. Desde el ámbito territorial, la ley 1563 de 2012, lo clasifica en: Nacional, Extranjero e Internacional; esta subdivisión será desarrollada integralmente a través del empleo de las fuentes jurídicas que resulten aplicables.

A su turno, desde el aspecto procedimental, el arbitraje en Colombia ha sido clasificado en tres grandes categorías: Ad hoc o independiente, el institucional y el legal; esto en razón al desarrollo y aplicabilidad en el ordenamiento jurídico interno, en materia de arbitraje.

### **1.4.1 Nacional**

La Honorable Corte Constitucional a través de su jurisprudencia, ha desarrollado temáticas de gran impacto dentro del ordenamiento jurídico interno, siendo una de ellas, el arbitraje. En efecto mediante la sentencia T-511 del 30 de junio de 2011, con ponencia del doctor Jorge Iván Palacio Palacio, se definió al arbitraje como “un mecanismo heterocompositivo de solución de conflictos en virtud del cual las partes involucradas en una controversia de carácter transigible acuerdan delegar su solución a particulares, quienes quedan transitoriamente investidos de la facultad de administrar justicia y cuya decisión es obligatoria, definitiva y tiene efectos de cosa juzgada”.

Por otra parte y teniendo en cuenta la referida sentencia del Tribunal Constitucional, se establecido que el arbitraje “es un mecanismo propicio para garantizar la efectividad de



principios y valores constitucionales como la eficacia, celeridad y efectividad de la justicia, ya que favorece la participación activa de los particulares en la solución de sus propios conflictos”.

Después de haber abordado el aspecto conceptual del arbitraje, se procede a enunciar sus características indispensables, las cuales son destacadas por el máximo órgano de protección constitucional, quien mediante la Sentencia C-947/14 identifico como características las siguientes:

~ Voluntariedad: Existencia de un acuerdo previo libre y voluntario de las partes en conflicto para someter sus disputas a un tribunal de arbitramento. En ese sentido, al ser un instrumento jurídico que desplaza a la jurisdicción ordinaria en el conocimiento de ciertos asuntos, tiene que partir de la base de que es la voluntad de las partes en conflicto, potencial o actual, la que habilita a los árbitros para actuar. En ese orden de ideas, es deber de las partes, con el propósito de dotar de eficacia a sus determinaciones, establecer con precisión los efectos que se siguen de acudir a la justicia arbitral y conocer las consecuencias jurídicas y económicas subsiguientes a su decisión; sólo así se puede hablar de un verdadero acuerdo.

~ Temporalidad: El ejercicio de la función judicial atribuida a los particulares en calidad de árbitros es transitorio y se limita a la cuestión propuesta por las partes en conflicto. Para la Corte Constitucional no es concebible que el ejercicio de la jurisdicción, como función estatal, se desplace de manera permanente y general a los árbitros y conciliadores (C.P. art 113)".

~ Excepcionalidad: El ejercicio de jurisdicción por los particulares tiene límites materiales, como quiera que no todo asunto puede ser resuelto en un laudo arbitral, pues existen bienes jurídicos cuya disposición no está sujeta a una resolución arbitral particular, así se haya estipulado voluntariamente por las partes en conflicto. En ese orden, con fundamento en el principio de la seguridad jurídica, ciertas materias, como aquellas relacionadas con la garantía de los derechos fundamentales, no podrán ser objeto de arbitraje, toda vez que están reservadas a los jueces.

~ La naturaleza procesal: La solución de las controversias jurídicas sometidas a los particulares investidos de jurisdicción debe realizarse en concordancia con la Constitución y la ley. En ese sentido, el arbitraje tiene la naturaleza de un proceso, en el que se respeten las garantías fundamentales de defensa y contradicción de las partes enfrentadas, a través de etapas y oportunidades para el debate argumental, la valoración de las pruebas aportadas y la revisión de los pronunciamientos hechos por las partes.

Teniendo en cuenta lo anterior, cabe resaltar que el arbitraje a nivel nacional, surge cuando se presenta una Litis entre las partes de un contrato o negocio jurídico, con la particularidad de que el conflicto es sometido para su resolución a una ley de carácter nacional, aunque las partes sean o no nacionales de este país y siempre que tengan domicilio permanente en este.

### **1.4.2 Internacional**

El fortalecimiento de las relaciones comerciales en el mundo, ha permitido la expansión y modernización de los mercados, trayendo especial beneficio para los comerciantes, quienes encuentran protección internacional en la celebración de sus negocios contractuales, a través de figuras como el arbitraje. En efecto el arbitraje en materia internacional se define como aquella herramienta con la que cuentan los conflictuantes de más de dos nacionalidades para solucionar las controversias que surjan como consecuencia del desarrollo de un contrato de carácter internacional, ya sea de compraventa de mercaderías, joint ventur, de construcción, distribución, entre otros.

La ley Modelo de la CNUDMI, (La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional), como antecedente del arbitraje en materia internacional, para definirlo combina dos corrientes teóricas presentes en el derecho de los contratos y en el derecho internacional privado, el subjetivismo, esto quiere decir que le atribuye una especial importancia a la autonomía de la voluntad privada, y el objetivismo que le atribuye mayor importancia al imperio de la ley.

Al ser el arbitraje una herramienta eficaz de resolución conflictual, por cuanto da fiel cumplimiento a los términos, costumbres y prácticas de los comerciantes, ha contribuido además de lo enunciado en el párrafo precedente, a la descongestión de tribunales ordinarios para dar mayor cobertura a tribunales arbitrales, los cuales también tienen aplicabilidad en Colombia.

Como consecuencia de lo anterior, a través de la ley 1563 de 2012, se expidió el estatuto de arbitraje nacional e internacional y se dictan otras disposiciones. Para el tratadista Silva Romero (2013), con la entrada en vigencia de la mencionada ley, el legislador colombiano optó por un dualismo jurídico en materia de arbitraje, por cuanto dependiendo del origen del conflicto suscitado se aplica un proceso arbitral con base en la ley nacional o la internacional (p.345).

Asimismo el tratadista, Carrizosa Calle (2013), expone que la ley 1563 del 2012, sitúa a Colombia, al menos en el plano teórico, como uno de los países que cuenta con una legislación moderna y desarrolla en materia internacional (p.363). Como se expone en el artículo 62 de la ley 1563 de 2012, respecto a los elementos que definen al arbitraje como internacional, es claro que, en primer lugar se requiere que, las partes en un acuerdo de arbitraje tengan, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus domicilios en estados diferentes, o el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, está situado fuera del Estado en el cual las partes tiene sus domicilios; o que la controversia sometida a decisión arbitral afecte los intereses del comercio internacional.

Por otra parte y retomando la regulación existente sobre el arbitraje internacional los tribunales arbitrales internacionales cuya sede se encuentre en el país deberán seguir los lineamientos contenidos en la ley 1563 de 2012 los cuales establece tres posibilidades: primero, la escogencia directa por las partes, segunda la escogencia hecha por las partes por referencia a un reglamento de arbitraje, y la tercera la dirección del arbitraje por el tribunal arbitral, esta última a falta de acuerdo de las partes, la cual deberá hacerse como lo establece estatuto arbitral colombiano y sin referencia a la ley procesal colombiana.

Como lo señala el tratadista Zuleta Londoño (2013), es importante señalar como ninguna de estas tres posibilidades exige que se haga referencia o se siga la ley estatal alguna en esta materia, salvo para el caso en que el tribunal sea quien determine el procedimiento a seguir, caso en el cual, deberá aplicarse en lo pertinente la ley 1563 de 2012 (p. 434).

En síntesis, se destaca que el arbitraje en materia internacional es aplicable cuando surge una diferencia contractual, entre las partes, las cuales son diferentes nacionalidades y deciden acudir al tribunal arbitral haciendo uso del principio de libertad contractual o autonomía de la voluntad, el cual proviene de UNCITRAL y aplica en Colombia a través de la ley 1563 de 2012.

### **1.4.3 Arbitraje Ad Hoc**

Desde el ámbito doctrinario, el arbitraje ad hoc es aquel cuyo nombramiento de los árbitros y del tribunal, es escogido directamente por las partes en conflicto, a fin de que este sea disuelto; al respecto el tratadista Monroy Cabra (2017), manifiesta que en esta clase de arbitraje, son las partes que determinan, en virtud de su autonomía privada, los árbitros, el procedimiento arbitral, el lugar del arbitraje, el idioma, la ley aplicable y lo relativo a honorarios y gastos del arbitraje (p.35).

La determinación de esta clase de arbitraje se encuentra regulada, por el artículo 2 de la ley 1563 de 2012, en el cual se estipula que “a falta de acuerdo respecto de su naturaleza y cuando en el pacto arbitral las partes guarden silencio, el arbitraje será institucional”.

Sobre lo anterior Bejarano Guzmán (2013), afirma que al arbitraje institucional, se llega bien por el pacto expreso de las partes, o por que guardaron silencio en el pacto arbitral, mientras que en el arbitraje ad hoc solamente pueden realizarlo si lo han convenido expresamente (p. 24). Así las cosas, la única diferencia es que el arbitraje ad hoc requiere manifestación expresa de las partes.

Continuando con el tema principal de este capítulo, tal como lo afirma Caivano (2015), en el arbitraje ad hoc no existe ninguna institución que administre el sistema, por lo que son las partes quienes deben ponerse de acuerdo sobre las reglas que se desarrollarán en el arbitraje, definiendo de esta manera los árbitros, el lugar donde se llevará a cabo y en su caso el idioma, los procedimientos aplicables, métodos de coerción para el caso de reticencia de alguna de ellas a cooperar o de falta de cumplimiento de las resoluciones de los árbitros, fijar a los árbitros el plazo para laudo, eventualmente establecer los recursos que cabrán contra el laudo (p.3).

En conclusión, y de acuerdo con Cesar Rivera, (2007), el arbitraje es ad hoc, cuando las partes en conflicto eligen libremente el tribunal, fijan las reglas de procedimiento al cual se han de sujetar (p.34).

#### **1.4.4 Arbitraje institucional**

Este tipo de arbitraje, encuentra gran desarrollo en la doctrina jurídica, la cual lo define como aquel que es institucionalizado, organizado o administrado. En efecto, el Centro de Comercio internacional arbitraje, establece que este arbitraje (2007) “se desarrolla normalmente a través de

entidades especializadas, con prestigio y experiencia en la administración de este tipo de procesos, como lo son las Cámaras de Comercio, Corporaciones arbitrajes, Cortes Arbitrales entre otras” (p. 56).

A parte de lo anterior, es importante destacar tal como lo afirma Monroy Cabra (2017), que en el arbitraje institucional, son las partes quienes someten la controversia a un centro de arbitraje que aplica su propio reglamento, que puede designar o proponer árbitros, determinar los honorarios de estos y los costos del arbitraje, en general administrar el arbitraje (p.34).

Una vez definido este tipo arbitral, cabe destacar los beneficios que genera su elección para los conflictuantes, en razón a que cuenta con un respaldo institucional que lo soporta, garantiza la existencia y puesta en práctica de las reglas fijadas, firmeza en las listas de árbitros, cuya experiencia y dominio del proceso arbitral ha sido puesta a prueba, una supervisión de proceso arbitral en todas su fases, además respalda los laudos dictados no solo con la autoridad y prestigio de los árbitros sino de ella misma.

Así las cosas, el arbitraje institucional prevé la participación de una entidad que administra y organiza el trámite, y presta una serie de servicios para que la contienda sea resuelta con mayor eficacia, la cuestión litigiosa específica es resuelta por árbitros escogidos por las partes.

Sobre el particular, Caivano (2015) señala, que la entidad arbitral presta tareas de apoyo a las partes y a los árbitros, pero no participa en la decisión del caso. Habitualmente tienen listas de árbitros para que las partes elijan, un reglamento de procedimientos y modelos de acuerdo arbitral, lo que facilita a las partes el sometimiento a arbitraje (p.3).

Asimismo, proveen el local y toda la infraestructura necesaria para poder llevar a cabo el juicio arbitral, y prestan servicios de secretaría: recibir y notificar la demanda, fijar honorarios, elegir a los árbitros y resolver las recusaciones que puedan plantearse, reemplazar árbitros cuando sea necesario por renuncia o vacancia, fijar la sede del arbitraje, el idioma en que tramitará, etc.

Para finalizar, el tratadista Cesar Rivera (2007) manifiesta que, el arbitraje institucional tiene lugar cuando una institución arbitral, que es elegida por las partes, se somete a las reglas establecidas por aquella institución, la cual además participa en algunos aspectos de arbitraje, que también se le denomina como arbitraje administrado (p.35).

En consecuencia, en el arbitraje institucional se designa o confirma a los árbitros, se fija plazos, se ejerce control sobre algunos actos esenciales, se fijan costos administrativos y se regule honorarios de los árbitros para el correcto desarrollo del arbitraje.

### **1.5.3 Arbitraje legal**

Esta clasificación arbitral no cuenta con un desarrollo normativo explícito, así lo reconoce Bejaró Guzmán (2013), quien afirma que “si bien es cierto que se podría pensar que la ley guarda silencio acerca de esta clase de arbitraje, no es del todo cierto porque subsiste, pues se podría decir que el arbitraje legal sería el que se rige por las normas de la ley 1563 de 2012, artículo 58 el cual expone lo siguiente: “En el evento en que las partes no establecieron reglas o el centro seleccionado para adelantar el trámite no tuviere reglamento de procedimientos debidamente aprobado, se aplicarán las reglas establecidas para cada caso en la presente ley” (p.23).



Por otra parte, el mencionado doctrinante afirma que a través de la ley 1563 de 2012 se adoptó una clasificación de los arbitrajes en razón al aspecto administrativo del proceso arbitral, por lo cual se allí surgen dos clasificaciones: en primer lugar, el institucional, si es administrado por un centro de arbitraje, y el ad hoc, si es conducido por los propios árbitros, es decir, esta clasificación obedece si el arbitraje funciona en una institución o en el despacho que indiquen los árbitros.

En definitiva, este tipo de arbitraje se desarrolla conforme a las normas vigentes, de esta manera, por no haberse remitido a un procedimiento especial o a las reglas de un centro de arbitraje; este tipo de arbitraje, es residual, opera solo cuando las partes no han remitido a las reglas de una institución arbitral o no han diseñado su propio procedimiento, constituyendo de esa forma en pacto arbitral.

### **1.6 El Laudo Arbitral**

De conformidad con el artículo 1º de la ley 1563 de 2012, el laudo arbitral se define como la sentencia que profiere el tribunal de arbitraje. El laudo puede ser en derecho, en equidad o técnico.

Como expone Vidal Ramos (2017), el laudo arbitral es “aquel acto procesal, mediante el cual el tribunal arbitral resuelve en un solo fallo todas las controversias sometidas a su conocimiento; también puede ser considerado como laudo final aquel que culmina la tarea de los árbitros, luego de haber dictado uno o más laudos parciales” (p.86).

Asimismo, el tratadista en mención señala que siempre existirá un último laudo con el que los árbitros darán por concluida sus funciones, pero, durante la tramitación del procedimiento arbitral tendrán la facultad, de emitir uno o más laudos. Adicionalmente, indica que el laudo final, se da cuando el tribunal arbitral resuelve en un solo fallo todas las controversias sometidas a su conocimiento; sin embargo, también puede ser considerado como laudo final aquel por el cual culmina la tarea o las obligaciones, procesales y/o contractuales, de los árbitros, luego que se hayan dictado uno o más laudos parciales (p.87).

En Sentencia T-244 de 2007, la Corte Constitucional se pronunció en relación con la equiparación entre los laudos arbitrales y las sentencias judiciales, y señaló que: “el laudo arbitral es el equivalente a una sentencia judicial en la medida que pone fin al proceso y desata de manera definitiva la cuestión examinada, adicionalmente los árbitros son investidos de manera transitoria de la función pública de administrar justicia, la cual además legalmente ha sido calificada como un servicio público, por tal razón no cabe duda que en sus actuaciones y en las decisiones que adopten los tribunales arbitrales están vinculados por los derechos fundamentales”.

Por otra parte, Caivano (2015) expone que el contenido del laudo está delimitado por los puntos litigiosos que las partes sometieron a los árbitros, quienes deben pronunciarse sobre todas las cuestiones comprometidas, sin poder extenderse a otras que las partes no han consentido en someterles. El fundamento de esta limitación reside en el origen voluntario de la jurisdicción de los árbitros (p.3). Si las partes convinieron el arbitraje para resolver determinadas controversias, los árbitros deben ejercer su jurisdicción dentro de los límites marcados por ellas.

Los efectos de la ejecución del laudo arbitral, tiene el carácter de una verdadera sentencia, e impone a las partes una solución para las diferencias que los separaban, considerándose una auténtica resolución que los árbitros expiden como consecuencia de la autoridad o poder de juzgar que las partes les dieron. El laudo arbitral tiene idéntica eficacia jurídica que las sentencias judiciales, ejecutándose por los mismos medios y procedimientos.

La caracterización como laudo no deriva de la naturaleza de la cuestión resuelta, no del hecho que esta decisión pone fin al proceso arbitral. En este sentido el laudo final es el que resuelve sobre las cuestiones de fondo después de haberse surtido la etapa procesal.

### **1.6.1 Laudo arbitral en derecho**

Este laudo proferido por los tribunales de arbitramento, será aquel que se ajuste a una normatividad vigente o sistema legal, siendo este laudo aplicado por legislación actual. Es decir, en derecho el laudo arbitral se fundamenta en la leyes y reglamentos que aplican al contrato, o sea, un pleito relacionado con contrato de arrendamiento de un bien inmueble destinado a vivienda urbana, el laudo fallara conforme a los estipulado en la ley 820 de 2003. En este orden de ideas, se puede decir que el laudo arbitral en derecho es aquel en el cual los árbitros fundamentan su decisión en el derecho positivo vigente.

Así las cosas, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en sentencia del 17 de agosto de 2017, expone que el laudo en derecho debe ser proferido con fundamento en el derecho positivo vigente, lo cual significa, por una parte, que no basta la simple

referencia de una norma Constitucional o legal, para que se repute como tal, pues es necesario que la norma positiva esté hilada en la cadena argumentativa que sustenta la decisión y, por otra parte, supone que la norma debe estar vigente en el ordenamiento jurídico para que pueda tener la virtualidad de fundar la decisión.

Por otra parte, el Consejo de Estado afirma que la decisión en derecho debe estar fundada en las pruebas aportadas al proceso, de manera que la decisión que se adopte con prescindencia de la prueba necesaria para fundar la decisión o con carencia absoluta y ostensible de juicio jurídico valorativo de la prueba es una decisión que solo responde a la íntima convicción del juzgador, luego es una decisión en conciencia.

### **1.6.2 Laudo arbitral en equidad**

Con respecto al arbitramento, la Constitución distingue entre el arbitramento en derecho y en equidad. En Sentencia T-046/02, la Corte Constitucional le confiere un sólido fundamento constitucional al arbitraje y señala que “los intereses contrapuestos con base en criterios de equidad y no en mandatos legales. Es de advertir que, si bien, en general, los jueces han de tener en cuenta, entre otros criterios, la equidad como criterio auxiliar de la actividad judicial, y ello es predicable de la actividad de los árbitros cuando deciden en derecho, tratándose del arbitramento en materia económica, la equidad no es tan sólo un criterio auxiliar sino el criterio fundante de la decisión de los árbitros”.

En este orden de ideas, el tratadista Becerra (2010), expone que la decisión del laudo arbitral en equidad debe ser expresa ya que las partes sustantivas en controversia deben prever expresamente en la cláusula compromisoria o en el contrato de compromiso que el arbitraje es en equidad para que el árbitro pueda fallar de ese modo. También señala que el laudo debe proferirse al amparo del principio de la legalidad. El árbitro está llamado a reconocer el derecho a través de la justicia y de la equidad, y de esa manera debe solucionar el conflicto de forma real y objetiva (p.99).

Asimismo, este mismo autor expone que el laudo en equidad no supone la capacidad hermenéutica de los árbitros sobre disposiciones jurídicas, pues el árbitro en equidad no sentencia con fundamento en las normas del ordenamiento positivo, sino que funda su fallo en el análisis de las circunstancias de modo, tiempo y lugar de los hechos que son materia del conflicto y debate procesal y también funda su fallo en las conclusiones objetivas, justas y equilibradas que extrae de ellos y, obviamente, de su demostración procesal y praxis (p.100).

De este modo, el fallo debe dictarse con base en las pruebas oportuna y válidamente allegadas al proceso. La finalidad del fallo es buscar el equilibrio entre las partes, el fallo consiste en buscar el equilibrio posicional y prestacional entre las partes, estableciendo cargas y efectos que no resulten gravosos o inequitativos para ambos extremos del debate procesal.

Por otra parte, Becerra (2010), señala que el árbitro debe fundar su proveído en razones de justicia, es decir el fallo en equidad no implica fundar la decisión en argumentaciones jurídicas, pero el árbitro sí debe en cambio sustentar su providencia en razones de justicia, que está obligado a exponer con prudente y ecuánime juicio, soportándose en los hechos probados, lo que

establece, a su vez, la diferencia de un fallo en equidad con otro meramente en conciencia, sustentado en razones subjetivas que ni siquiera requieren ser expuestas (p.102).

Aun siendo el fallo en equidad, el árbitro no puede apartarse en forma absoluta de la aplicación de las disposiciones del ordenamiento positivo, y también que el ejercicio de dicha facultad es apenas relativo, ya que nada puede disponer en contra de preceptos imperativos.

Para finalizar, este autor señala que al proferir el árbitro un fallo en equidad, no debe ni requiere apartarse totalmente del ordenamiento jurídico, sino que, partiendo de la existencia del mismo y de los principios y valoraciones que lo fundamentan y que reflejan la voluntad del legislador, debe llegar a una solución justa y aportar una solución adecuada al caso sub judice.

En este orden de ideas, la Corte Constitucional en sentencia C-330/12 expone que el laudo en equidad, tiene como propósito evitar una injusticia como resultado de la aplicación de la ley a un caso concreto ya sea equilibrando las cargas impuestas por ésta o tomando en consideración circunstancias o realidades sociales que el legislador no ha previsto o no ha podido prever.

### **1.6.3 Laudo arbitral técnico**

Este laudo proferido por el árbitro, o por un tribunal de arbitramento, se basa en los conocimientos, sin aplicar tanto la norma jurídica, suele ejercerse en controversias entre ingenieros, arquitectos. Se puede decir, que es una figura sui generis que encuentra su fundamento en conocimientos específicos de una determinada ciencia, arte, u oficio.

La Corte Constitucional en sentencia C-330/12 se ha pronunciado que un laudo de arbitraje técnico debe ocuparse de las cuestiones técnicas que según la estipulación contractual respectiva deba dirimir, como sucede con las pruebas periciales. Simplemente que en el caso del arbitraje, su valor y fuerza jurídica son distintos. No se trata entonces de un dictamen controvertible y apreciable por el juez de derecho, como en la pericia, sino de una decisión judicial, proferida por un órgano jurisdiccional pactado convencionalmente, pero a la cual da la ley fuerza de sentencia, o sea obligatoria para los contratantes. Pero uno y otro acto tienen idéntico contenido o materia, y se podría afirmar, finalmente, que el arbitraje técnico parte del supuesto de la validez del contrato, de su debida estipulación, de que no existen dudas jurídicas sobre obligaciones y derechos de las partes, y que solo hay disparidades de criterio en cuanto a su aplicación en el campo técnico, en aspectos cuantitativos y cualitativos de ese orden.

La corte Constitucional también ha expuesto que este tipo de arbitramento difiere sustancialmente del arbitraje en derecho, por cuanto el arbitraje en derecho busca dirimir divergencias de índole jurídica derivadas de la estipulación y ejecución de un contrato, su incumplimiento, o la definición de responsabilidad derivada, en cambio el arbitraje técnico tiende a dirimir cuestiones objetivas y de hecho referentes al cumplimiento y ejecución física de la obra, esto es, lo atinente a las operaciones necesarias para la realización de las obligaciones resultantes de lo estipulado contractualmente.

En este orden de ideas, se puede concluir el laudo técnico es una figura sui generis que encuentra su fundamento en conocimientos específicos de una determinada ciencia, arte u oficio y no en el derecho o la equidad.

## CAPITULO 2. PACTO ARBITRAL

Para Martínez Neira (2013), el pacto arbitral es “un acto jurídico bilateral o plurilateral, como quiera que constituye la expresión de voluntad de los contratantes destinada a producir un efecto jurídico: otorgar una jurisdicción especial a los árbitros para que diriman en derecho o en conciencia las controversias presentes o futuras que puedan vincularlos”. Pero también expone que “el arbitraje tiene su fuente primordial en un contrato que, como tal, está regido por las normas fundamentales del derecho privado, que gobiernan la formación de los actos jurídicos, sus efectos, interpretación y modo de anularse, extinguirse o rescindirse (p.37).

Para que exista un pacto arbitral, llamase cláusula compromisoria o compromiso, deberán concurrir los elementos esenciales del contrato: consentimiento y objeto, Esto quiere decir que, al propio tiempo, dicho contrato debe llenar los requisitos de fondo que se relacionan con su validez: capacidad de los contratantes, consentimiento libre de vicios, objeto y causa lícita.

El Consejo de Estado en sentencia 18013 de 2012, define el pacto arbitral como:

“El acuerdo de las partes por medio del cual deciden someter a la decisión de particulares el conocimiento de una determinada controversia susceptible de transacción. Esa misma disposición señala que el pacto arbitral comprende dos modalidades: la cláusula compromisoria y el compromiso. la cláusula compromisoria corresponde a la disposición contenida en un contrato celebrado por las partes o en otro documento, pero referida al mismo contrato, por medio de la cual los contratantes acuerdan, antes de que



surja cualquier conflicto entre ellos, que de llegar a suscitarse alguno, su solución se someterá total o parcialmente al conocimiento de los árbitros.”

El compromiso, a su turno como ya se mencionó constituye otra de las modalidades del pacto arbitral es decir consiste en un acuerdo o negocio jurídico celebrado por las partes respecto de las cuales ya existe un conflicto -que puede estarse tramitando o no judicialmente-, y se persigue que no sea dirimido por la justicia ordinaria sino por un Tribunal de Arbitramento.

Es importante tener en cuenta las siguientes consideraciones de esta Corporación:

“la solemnidad del pacto arbitral tanto en la modalidad de cláusula compromisoria, como en la de compromiso, consiste en que las partes hagan constar de manera documental el correspondiente acuerdo de voluntades mediante el cual se definan los términos básicos o mínimos de dicho pacto, a lo cual cabe agregar, de una parte, que esas mismas normas no exigen que dicho acuerdo deba constar en un solo y único documento, cuestión que determina la admisibilidad de que el correspondiente acuerdo de voluntades o su formación pueda constar a través de varios documentos y, de otra parte, que dichas normas tampoco especifican el tipo de documento en que pueda o deba constar el pacto, por manera que el mismo podría constar en cualesquiera de las clases de documentos que la ley contempla”.

El tratadista Monroy Cabra (2017), afirma que “el arbitraje reposa sobre un acuerdo de naturaleza contractual. Según si el pacto arbitral origen del proceso arbitral versa sobre

diferencias actuales o futuras de las partes se puede hablar de un compromiso o de una cláusula compromisoria”, Esta distinción es aceptada tanto a nivel interno como a nivel de derecho comparado, la expresión pacto arbitral comprende tanto la cláusula compromisoria como el compromiso (p.23).

Por otra parte, Medina Fandiño (s,f), el pacto arbitral ha sido considerado como un acuerdo mutuo que deviene de la voluntad de las partes con el propósito de resolver sus disputas sometiéndolas a una justicia arbitral alternativa privada y voluntaria compuesta por uno o más árbitros, renunciando a la jurisdicción ordinaria proporcionada por los estados. Esta definición comporta dos efectos principales conforme a la voluntad de las partes una es renunciar al derecho de que los asuntos sean resueltos por un tribunal estatal y dos otorgar poderes jurisdiccionales a los árbitros (p.6).

A su vez, la Ley Modelo de la CNUDMI de 1985 con enmiendas aprobadas del 2006, ha definido al pacto arbitral como: “El acuerdo de arbitraje” es decir 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” (Naciones Unidas sobre Derecho Comercial Internacional, 2006).

Asimismo el objeto del pacto arbitral para Salcedo Castro (2006), es hacer que la controversia sea resuelta mediante el arbitraje para esto es necesario que el litigio envuelva conflictos determinados o determinables y sea transigible, el pacto arbitral se realiza con el fin de someter

un litigio a jueces, que a pesar de no formar parte de la estructura de la administración de justicia, tienen la competencia legal para fallar y en consecuencia su decisión posee fuerza ejecutoria, el pacto arbitral es un contrato solemne que debe constar por escrito (p. 132).

Ahora bien, en nuestro ordenamiento jurídico en la ley 1563 de 2012 no guardo reparos acerca de la naturaleza contractual del pacto arbitral y lo definió como un “negocio jurídico por virtud del cual las partes someten o se obligan a solucionar controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas”. El tratadista Martínez Neira (2013), expone que el arbitraje tiene una fuente primordial en un contrato, es así para que exista el pacto arbitral sea cláusula compromisoria o compromiso deberá tener los elementos esenciales del contrato consentimiento y objeto, pero también debe tener los requisitos de fondo los cuales son: capacidad, consentimiento, libre de vicios, objeto y causa lícita (p.38).

Hay que mencionar, además que el pacto arbitral se rige por los principios generales del acto jurídico para su formación, validez y eficacia, es así que también se rige para su interpretación esto quiere decir que en su calidad de acuerdo de voluntades no puede ser modificado o terminado unilateralmente siempre se deberá constar por escrito y las partes deben estar en consenso, y por último el pacto arbitral solo extiende sus efectos a las partes que celebran o adhieren al compromiso o a la cláusula compromisoria.

Se debe agregar que en el derecho internacional privado, también se le acepta el carácter de contrato al pacto arbitral, como fuente generadora de obligaciones entre las partes la Convención de las Naciones Unidas, suscrita en Nueva York en 1958 ratificada por Colombia a través de la

ley 37 de 1979, reconoce que el pacto arbitral es una virtud suficiente de obligar a las partes para someter sus diferencias al arbitraje.

## **2.1 Clausula compromisoria**

Para la Corte Constitucional en sentencia T-511/11, la cláusula compromisoria es “el pacto contenido en un contrato o en un documento anexo a él, en virtud del cual los contratantes acuerdan someter las eventuales diferencias que puedan surgir con ocasión del mismo, a la decisión de un Tribunal Arbitral”.

Ahora bien, en el artículo 4° de la ley 1563 de 2012 define la cláusula compromisoria como aquella que 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. Por otra parte, en el artículo 5° de la misma ley define la autonomía de la cláusula compromisoria como 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.

Para Quiñones Guzmán (2009), la cláusula compromisoria es un contrato que puede habilitar a particulares para que transitoriamente administren justicia mediante el pacto arbitral y que para el caso de la cláusula compromisoria, dicha autorización está comprendida en un acuerdo

mediante el cual las partes convienen somete las diferencias que surjan con ocasión del contrato a un tribunal arbitral y renuncien a hacer valer sus pretensiones ante los jueces estatales, la cláusula compromisoria es en sí misma un contrato(p.193).

Otro rasgo de la cláusula compromisoria es el acuerdo de voluntades en virtud del cual las partes se obligan a solucionar los eventuales conflictos nacidos de un contrato por medio del proceso arbitral, asumiendo para el efecto todas las obligaciones personales para hacer efectivo aquel pacto. En este orden de ideas, la cláusula compromisoria comporta un acuerdo de voluntades para derogar la jurisdicción ordinaria respecto de las controversias de un contrato que se identifica en el propio pacto arbitral, es decir se trata de un negocio jurídico en otras palabras, una relación contractual preexistente.

A sí mismo el tratadista Martínez Neira (2013), expone que la cláusula compromisoria participa de la naturaleza jurídica del pacto arbitral; “es un verdadero contrato que se erige como ley para las partes y para los propios árbitros, cuya sola celebración implica la renuncia de las partes a hacer valer sus pretensiones ante los jueces” (p.44).

La cláusula compromisoria simplemente debe recoger el consentimiento de las partes acerca de su propósito de someter a la decisión de árbitros todas o algunas de las diferencias que pueden tener origen en una relación jurídica contractual.

En la Sentencia del Consejo de Estado proferida el 12 de agosto de 2013, con radicado No.28730 se pronunció que se tiene por cierto que la cláusula compromisoria requiere una manifestación expresa de las partes, en cuyo contenido reflejaran su voluntad de someter los conflictos que entre ellas puedan surgir con ocasión del contrato que celebran a la justicia

arbitral, “voluntad ésta que es distinta de la voluntad contractual y por lo tanto se expresa dentro del mismo instrumento o acto jurídico, o por separado”, razón por la cual el pacto arbitral no puede presumirse y su existencia no puede deducirse por vía interpretativa. Igualmente hay lugar a concluir que el único requisito de forma previsto en la ley respecto del pacto arbitral y específicamente de la cláusula compromisoria, el cual la reviste de solemnidad es decir consiste en la exigencia de que conste por escrito.

## **2.2 Compromiso**

Para la Corte Constitucional en sentencia T-511/11, 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 de Arbitramento. 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.

Por otro lado, el compromiso se ha definido como aquel contrato por medio del cual dos o más personas capaces, acuerdan someter las controversias presentes ante la justicia arbitral, por lo que constituye un acuerdo tendiente a solucionar una controversia, es decir, es un contrato suscrito por los sujetos del conflicto.

La oportunidad para suscribir el compromiso se puede realizar desde el instante mismo en que se suscita la diferencia hasta el proceso judicial, siempre que no haya sido dictada en sentencia de primera instancia.

Para el tratadista Cesar Rivera (2007), la aceptación por los árbitros de su designación no los hace parte del compromiso, solo se puede decir que el contrato que une a los árbitros con las partes asume como uno de sus contenidos los que resultan del compromiso es decir el plazo para laudar y los puntos sobre los que el laudo debe versar (p.199).

En la ley 1563 del 2012 artículo 6, establece que 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.

En este orden de ideas, es importante la indicación precisa del litigio, pues este determina la competencia de los árbitros para la decisión de fondo y desde luego los asuntos que pueda dar solución el laudo arbitral, también la naturaleza del laudo es decir si los árbitros han de fallar en derecho, en equidad, o técnico, se entiende que si las partes guardan silencio en este sentido el laudo será en derecho. Otra parte importante es el término del proceso está regulado supletivamente en seis meses contados a partir de la primera audiencia de trámite, así mismo como la designación del centro de arbitraje, las reglas del proceso arbitral y los honorarios de los árbitros.

La solemnidad del compromiso para Martínez Neira (2012), expone que está sujeto al documento que recoja la expresión de voluntad de las partes para someter un diferendo actual a la

justicia arbitral, y lo que se ha manifestado con relación a aquella es integralmente predicable del  
comprimo arbitral (p.39).



### **CAPITULO 3. PACTO ARBITRAL FICTO O PRESUNTO EN EL DERECHO POSITIVO COLOMBIANO**

Dentro del ordenamiento jurídico colombiano, el pacto arbitral ficto o presunto paso por un trámite legislativo para conseguir reconocimiento y aplicación, en efecto antes de que se introdujera el parágrafo del artículo tercero de la ley 1563 de 2012, tal y como lo expresa Ruiz (2018), “inicialmente se presentó el proyecto de ley No. 542 de 2011, cuyo propósito era lograr la eficacia de los servicios de la administración de justicia como elemento indispensable para conseguir la apertura del mercado nacional hacia el extranjero y de esta manera facilitar los negocios por otra parte, se buscaba mostrar el arbitraje como herramienta de seguridad jurídica para inversionistas y mejorar la etapa pre-arbitral”(p.16).

Aunque en principio dentro del proyecto de ley mencionado no se hizo inclusión del arbitraje ficto o presunto, como expone Ruiz,

“este fue introducido a través de la Gaceta judicial número 817 de 2011 producto de un debate en la Comisión Primera Constitucional Permanente del Senado de la Republica, por medio de la cual se estableció que el propósito de este parágrafo era probar la existencia del pacto arbitral cuando una de las partes certifica su existencia y la otra lo niega, en el término de traslado de la demanda, su contestación o las excepciones, ya sea ante los jueces o un tribunal arbitral”.

Antes de que el párrafo introducido en la norma en cuestión quedara como es conocido actualmente, el senado estipuló la figura del pacto arbitral ficto o presunto en dos situaciones: (i) la no necesaria aceptación por escrito de adhesión al pacto arbitral ya formado, y (ii) la consideración de incorporación del pacto arbitral al acuerdo celebrado entre las partes, cuando dicho pacto conste en documento separado; a este planteamiento se efectuaron dos modificaciones que eliminaron estas circunstancias (Ruiz, 2018, p.19).

Dentro de la ley 1563 de 2012, se fortaleció la figura del pacto arbitral ficto o presunto a través de dos de sus artículos, por un lado el artículo 20 en su inciso 5, en el que se hace mención del rechazo de plano de la demanda a falta de una prueba que acredite la existencia de dicho pacto, y el artículo 37 en su inciso 4 respecto a la prueba de existencia del pacto arbitral en los casos de llamamiento de garantía y denuncia del pleito; en este sentido se constituye como medio probatorio debatido solo en caso de que una de las partes decida ponerlo en cuestionamiento afirmándolo y otra negándolo, acudiendo ante un tribunal de arbitramento desistiendo de la justicia ordinaria, al respecto y a manera de síntesis, Ruiz (2018) expone que:

“Al pacto arbitral ficto o presunto le aplica la regla de renuncia de acudir a la justicia estatal conforme el mismo artículo 3 que dispone perentoriamente: (i) implica la renuncia de las partes a hacer valer sus pretensiones ante los jueces, pero, (ii) le niega el hecho que el pacto arbitral puede consistir en un compromiso o en una cláusula compromisoria” (p.21).

Es claro que, en el evento en que surja una controversia como consecuencia de la ejecución o no de una relación contractual entre las partes y estas no hayan pactado expresamente el

sometimiento de dicha controversia a competencia de un tribunal de arbitramento para que sea solucionada, y siempre que exista la voluntad de solución del conflicto ante el tribunal referido por lo menos de una de las partes, la cual además reconozca que el pacto en cuestión efectivamente existe, aun cuando la otra parte lo niegue.

Es decir, quien afirma su existencia y desea que la controversia surgida sea solucionada arbitralmente, puede optar por iniciar según Ruiz (2018), “un proceso ante la jurisdicción civil en el que se declare que es cierto el pacto arbitral, y ello constituiría por lo tanto una prueba existencial de este, o puede directamente acudir ante el tribunal de arbitramento por ser este, ante quien finalmente se desea llevar el conflicto” (p.22)

Siendo así, una vez presentada la demanda, teniendo en cuenta la viabilidad de su pretensión, y una vez admitida, la actuación procesal según Ruiz (2018), queda a cargo de la contraparte, es decir del demandado, a quien le corresponde en el término de traslado de la demanda, de la contestación o sus excepciones, confirmar o desvirtuar la existencia del pacto; pero si guarda silencio en ese término procesal, se entiende por vía de presunción, que dicho pacto si es real, constituyendo una prueba en firme, que imposibilita al demandado a posteriormente desvirtuarla. (p.22)

Teniendo en cuenta que el pacto arbitral ficto o presunto se prueba, cuando en desarrollo del proceso arbitral o civil, el demandado en el término procesal que se le otorga para ejercer su derecho de defensa y contradicción, no se pronuncia respecto a la afirmación que efectúa el demandante sobre la existencia de dicho pacto. Es importante aclarar dentro de qué categoría probatoria puede ser incluido al pacto arbitral ficto o presunto, en efecto Ruiz (2018), supone

dos situaciones, la primera de ellas relacionada con la exigibilidad de que el pacto bajo estudio deba necesariamente constar por escrito, caso en el cual sirve como medio de prueba documental, de tal manera que comprobándose su autenticidad y legitimidad, hace inoperante la posibilidad de que el demandado pueda controvertirla; y en segundo lugar, el hecho de que el pacto arbitral no tenga un soporte escrito pero el demandado acepte su existencia, se convierte en una confesión, que también tiene validez jurídica y faculta al tribunal arbitral para que dirima la controversia surgida, al ser este ante quien la parte afirmante presente la demanda y, por tanto, faculta para resolver el litigio. (p 22).

Ahora bien, teniendo en cuenta que la confesión sirve como prueba, en el caso que el demandado acepte en el término de traslado de la demanda, la contestación o sus excepciones, que la pretensión de afirmación de existencia del pacto arbitral invocada por el demandante es cierta, no habría mayor dificultad en que el tribunal arbitral ante quien se presente la solicitud, proceda a dirimir la controversia y, en concordancia, proferir el correspondiente laudo arbitral.

Es evidente que, el pacto arbitral ficto o presunto más allá de poder ser demostrado mediante una prueba documental o de confesión, se constituye como una herramienta que dinamiza la figura del arbitraje, en la medida en que traspasa los límites probatorios tradicionales para brindarle una opción jurídica confiable a quien afirma su existencia e, incluso, para quien decide no pronunciarse al respecto, ya que permite que el silencio del demandado se tenga como confesión, agilizando de esta manera la resolución de la controversia presente, mediante la expedición de un laudo arbitral, el cual produce los mismos efectos de una sentencia, evitando de esta manera la prolongación del conflicto, en caso que

sea factible su recurrencia, por ejemplo, ante la jurisdicción civil, mediante un proceso declarativo.

Con respecto al proceso judicial tradicional, Ruiz (2018), establece que:

“En lo que se refiere al pacto arbitral ficto o presunto, existe una ventaja significativa al aplicarse la única instancia, en razón al control que se le ejerce al laudo arbitral, mediante el recurso extraordinario de anulación por error in procedendo, mientras que si la controversia se tramitara en lo judicial, se aplicaría la doble instancia por error tanto in iudicando como in procedendo;(..) de tal manera que la escogencia del arbitraje para solucionar las controversias, genera celeridad en cada etapa procesal a diferencia del trámite judicial común, en el que no existe un término en cada fase sino que este se encuentra establecido de manera general, alargando más la solución del conflicto presentado” (p.89)

En conclusión, puede afirmarse que dentro del ordenamiento jurídico interno colombiano, el pacto arbitral ficto o presunto está regulado positivamente a través del párrafo del artículo tercero de la ley 1563 de 2012, el cual es aplicable para la resolución de controversias surgidas con ocasión de la existencia o no de una relación contractual entre partes, quienes no habiendo pactado tácitamente la resolución de controversias que surjan por razón de su relación jurídica, deciden dejar bajo competencia de un tribunal de arbitramento la gestión de su conflicto, en el evento en el que una de las partes que afirma la existencia del pacto arbitral decide demandar para que se reconozca la veracidad del pacto arbitral, y el demandado en el término de traslado de la demanda, la contestación o sus excepciones, guarde

silencio sobre esta pretensión; dándose por aceptada en esta circunstancia la solicitud del demandante y por ende la existencia del pacto arbitral por presunción.

Por otra parte, el pacto arbitral ficto o presunto ciertamente se consolida como una herramienta jurídica útil, para quien no teniendo como probar la existencia de un acuerdo arbitral, por el silencio de su contraparte, adquiere prueba irrefutable de la veracidad del acuerdo arbitral y, por lo tanto, una solución más ágil a la controversia que le afecta contractual o extracontractualmente.

## **CAPITULO 4. PACTO ARBITRAL FICTO O PRESUNTO EN EL DERECHO COMPARADO**

Los constantes cambios sociales, han introducido en el mundo del derecho transformaciones significativas; esto en gran parte ha sido motivado, entre otras cosas, por las relaciones comerciales entre los Estados. En efecto, el Derecho colombiano ha hecho parte del cambio y, por tal razón, es importante conocer la manera en que el pacto arbitral ficto o presunto es regulado en el Derecho comparado.

### **4.1 España**

Dentro de la legislación española, el pacto arbitral de acuerdo con Cuatrecasas (2009), se entiende como: “el contrato mediante el cual dos o más personas expresan su voluntad de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto a una determinada relación jurídica contractual o no contractual” (p.382).

El acuerdo referido, puede adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de un convenio independientemente, cumpliendo con unos requisitos:

- Debe constar por escrito.
- Puede ser resultado del intercambio cartas, telegramas, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo.
- debe expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.

Cuatrecasas (2009) expone que el requisito indispensable del pacto arbitral, referente a que conste por escrito, se entiende cumplido cuando además de haber satisfecho este formalismo, es posible a través de cualquier medio, encontrar un soporte para consultarlo con posterioridad a su realización (p.384).

En relación a la regulación expresa que este país europeo hace sobre el arbitraje, se encuentra la ley 11 del 20 de mayo de 2011 mediante la cual se reformó la ley 60 de 2003. En efecto, y en relación al pacto arbitral ficto o presunto, el artículo 9 numeral 5 de la mencionada ley expone que: “se considerará que hay convenio arbitral cuando en un intercambio de escritos de demanda y contestación su existencia sea afirmada por una parte y no negada por la otra”.

Dado lo anterior, referente a la manera como en España se contempla la figura del pacto arbitral ficto o presunto, se procede a realizar unas comparaciones del tema con respecto al ordenamiento jurídico colombiano:

- Tanto en España como en Colombia, la legislación vigente contempla el pacto arbitral como una especie de negocio jurídico, mediante el cual las partes de manera voluntaria deciden someter las controversias que surjan en ejecución en un contrato celebrado a un tribunal arbitral, para que sea este el encargado de solucionarlo.

- El pacto arbitral ficto o presunto es considerado por ambos países como, aquella aceptación que hace una de las partes y la negación que sobre el mismo efectúa la otra en



el término de traslado de la demanda, con la diferencia que dentro de la legislación española no se da la posibilidad que la otra parte lo niegue al constar este por escrito.

## **4.2 Argentina**

Al ser Argentina un Estado Federal, cada provincia guarda autonomía sobre la expedición de leyes. De esta manera, en materia de arbitraje, tal como lo expresa Rivera (s.f): “las leyes provinciales contemplan desde el ámbito sustancial en el párrafo segundo del artículo 14 de la constitución nacional, como herramienta de resolución controversial junto con la conciliación” (p.2).

Por otra parte, en el Código Civil en su artículo 1627, contempla la figura de arbitraje para resolver las controversias que se presenten en un contrato de locución y en artículos posteriores y precedentes, en lo que respecta los contratos de venta y seguros e incluso en materia societaria, de acuerdo con los parámetros del artículo 38 del decreto 677 de 2001.

En el aspecto procesal, de acuerdo con Rivera: “En Argentina también se regula el arbitraje a través del código procesal civil y comercial, el cual en su artículo primero contempla la posibilidad de someter asuntos patrimoniales de carácter internacional ante jueces o árbitros extranjeros y también asuntos internos que sean transigibles” (p.4).

Respecto a la cláusula compromisoria Rivera (s.f), expresa que cuenta con muchos vacíos, puesto que “esta no es suficiente, ya que se requiere de protocolización del compromiso arbitral una vez surge el conflicto, a través de escritura pública, instrumento privado o anta ante el juez

competente” (p.6). Respecto a los tipos de arbitraje en Argentina, al igual que en Colombia, existen dos tipos: en equidad y en derecho, sin embargo, se permite que a falta expresa de arbitraje y el tribunal que dirima el conflicto, dicha controversia anqué sigue como arbitraje es competencia de un amigable componedor.

En materia internacional, Rivera resalta que, Argentina ha ratificado tratados referentes al arbitraje, tales como:

-la Convención de Nueva York sobre el reconocimiento de sentencias extranjeras internacionales, adoptada en el orden interno, mediante la ley 23619 de 1998.

-La Convención de Panamá de 1975 sobre arbitraje comercial internacional, adoptada mediante la ley 24322.

-Los tratados de Montevideo de 1889 y 1940 sobre el cumplimiento de sentencias y fallos arbitrales extranjero, también se adoptó la Convención Interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros de 1979 (p.8).

El congreso Argentino el 4 de julio de 2018, reguló de manera expresa el arbitraje. En efecto, la ley 27449, se refiere al pacto arbitral el cual para esta legislación es entendido según el artículo 14, como: “un acuerdo de arbitraje, 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”

El artículo 15 del referido cuerpo normativo expresa, que el acuerdo de arbitraje debe siempre constar por escrito, quedando constancia de lo allí estipulado; dicho requisito se cumple de conformidad con el artículo 16 con una comunicación electrónica en la que se pueda ver su contenido con posterioridad.

Respecto al pacto arbitral ficto o presunto, el artículo 17 de la ley 27449 de 2018 estipula que: “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”.

Luego de haber establecido la manera como en Argentina se regula la figura del arbitraje y, más específicamente, sobre el pacto arbitral ficto o presunto, es necesario hacer una comparación con el ordenamiento colombiano. De esta manera, es válido realizar las siguientes afirmaciones:

- La legislación argentina contempla al arbitraje como un herramienta de resolución de controversias surgidas entre las partes por razón de un contrato, ya sea de carácter nacional o extranjero, aspecto que de cierta manera, es compartido por el ordenamiento jurídico colombiano en la medida en que la partes objeto de una controversia contractual hayan decidido someterla a conocimiento de un tribunal de arbitramento; este aspecto proviene del artículo 14 de la Constitución argentina y el 116 de la Constitución colombiana de 1991, expresando esta última que los particulares pueden ser transitoriamente investidos de la función de administrar justicia.

- En Argentina el arbitraje reviste de características más procesales que sustanciales, y cuenta con una ley que solo fue implementada hasta el año 2018, sobre la cual aún existen muchos

vacíos como en el caso de la cláusula compromisoria, que aun siendo pactada requiere de protocolización mediante escritura pública; por otra parte, en Colombia el arbitraje se reguló integralmente desde el año 2012, no requiriéndose de protocolización de la cláusula compromisoria, bastando con que esta se encuentre en el contrato que cumpla con los requisitos de ley.

-Respecto al pacto arbitral colombiano, la legislación lo contempla como un compromiso arbitral y en lo que respecta al carácter de ficto o presunto regulado en el parágrafo del artículo tercero de la ley 1563 de 2012, en lo que se refiere a la afirmación de una de las partes y la negación de su existencia por parte de la otra; a su turno, en Argentina mediante artículo 17 de la ley 27449, se presume la existencia de ese acuerdo arbitral, por el hecho de que este conste por escrito y de que una de las partes lo reconozca, invalidando al demandado para que en el término de la demanda lo refute.

### **4.3 México**

Dentro del ordenamiento jurídico mexicano, de acuerdo con Creel, García & Ariza (2009), el acuerdo arbitral se entiende como: “aquel elemento esencial de validez, sin el cual no podría existir el arbitraje, en el que consta la voluntad de las partes para resolver sus diferencias a través de un procedimiento arbitral” (p.481).

El acuerdo arbitral de acuerdo con los autores ya referidos, está dividido en dos categorías, por un lado, aquel acuerdo que consiste en el sometimiento de controversias futuras al arbitraje, manifestado a través de la cláusula compromisoria como parte del contrato, y en segundo lugar,

consiste en el sometimiento de controversias ya existentes mediante un acuerdo independiente que se denomina compromiso arbitral.

El acuerdo antes mencionado debe contar con unos requisitos, los cuales son establecidos por Creel & S.C (2009):

- Que conste por escrito en donde este consignado a través de un documento la firma de las partes, intercambio de cartas, fax y telegramas o cualquier medio que permita comprobar la existencia del mismo.
- Que el objeto de la controversia sea susceptible de arbitraje.
- Que el laudo que se profiera no sea contrario al orden público mexicano.
- Que exista voluntad formal de las partes.
- Que haya capacidad de las partes (p.482).

El arbitraje mexicano aplica principalmente para aspectos de carácter público. En efecto, cuando existen controversias entre entidades gubernamentales y empresas de participación estatal deben ser resueltas por la ley de adquisiciones que fue modificada en el año 2009 para introducir el arbitraje como forma de solución de conflictos. Cabe aclarar que en México no existe una regla expresa sobre el arbitraje, por tal razón hay que remitirse a las disposiciones del Código Civil, la Constitución Política y el Código Laboral, para establecer los asuntos susceptibles de arbitramiento.

Luego de haber establecido aspectos sobre el acuerdo arbitral y el arbitraje en general se procede a enunciar los efectos de dicho acuerdo como objeto principal de este capítulo, de esta manera el efecto positivo es aquel que atribuye a los árbitros competencia para resolver de forma

definitiva y vinculante la controversia que se genere entre las partes, y el efecto negativo se refiere a la incapacidad de los jueces para conocer asuntos sometidos a arbitraje.

La cláusula compromisoria, de acuerdo con el artículo 16.1 de la ley modelo de arbitraje mexicano, y el artículo 1402 del Código Civil al ser parte del contrato, se considera como un acuerdo independiente de ese contrato por cuanto al dictarse nulidad sobre este no repercute sobre dicha cláusula.

Respecto al pacto arbitral ficto o presunto el artículo 1423 del Código de Comercio mexicano establece:

“El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito, y consignarse en documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas, facsímil u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria, constituirá acuerdo de arbitraje siempre que dicho contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato”.

Habiendo cumplido con la parte general de este capítulo se procede a efectuar una comparación entre la regulación mexicana y la colombiana sobre el pacto arbitral ficto presunto:

- En el ordenamiento jurídico mexicano es indispensable que el acuerdo arbitral conste por escrito, sin embargo, en Colombia simplemente se enuncia que se entiende por pacto arbitral sin mencionar la manera en cómo debe perfeccionarse.

- En Colombia la cláusula compromisoria puede constar dentro del contrato o en documento separado, mientras que en México necesariamente debe constar dentro del contrato.

El pacto arbitral ficto o presunto en México se contempla como aquella posibilidad en que las partes lleven sus controversias ante un tribunal de arbitraje y en el 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, constituirá un acuerdo de arbitraje siempre que dicho contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato, mientras en Colombia cuando una de las partes lo afirma y la otra parte procesal en el término de contestación de la demanda, en el traslado o sus excepciones guarda silencio se entiende que dicho pacto existe así no conste por escrito.

## CONCLUSIONES

Una vez cumplido con los objetivos del presente trabajo, se procede a efectuar las conclusiones, con la finalidad de establecer si lo estipulado en la hipótesis, fue confirmado.

El arbitraje es un mecanismo de resolución de conflictos que reviste de unas características específicas, las cuales son: 1) Voluntariedad: La libre y espontánea voluntad de las partes de llevar su conflicto a un tribunal de arbitramento, 2) Temporalidad: Los particulares que son investidos para administrar justicia y ser un tercero neutral, que tienen como función impartir justicia y sus fallos sean acorde a la ley, 3) Excepcionalidad: Los particulares que ejercen justicia y son mediadores en las distintas controversias contractuales, tiene limitantes especialmente en derechos fundamentales no pueden hacérselos reconocer por medio del arbitraje ya que no es de su competencia, 4) La naturaleza procesal: los particulares que realizan funciones jurisdiccionales, deben respetar todas las etapas procesales, reconocer y hacer valer el derecho a la defensa y contradicción ,y desarrollar un debido proceso como lo señala la ley.

El pacto arbitral es aquel acuerdo mediante el cual las partes de manera voluntaria, deciden someter sus controversias a competencia de un tribunal de arbitraje; esto mediante dos modalidades: la cláusula compromisoria, como acuerdo arbitral escrito, contenido en un contrato u otro documento que pone de manifiesto la intención de las partes para dejar las controversias surtida como desarrollo de dicho contrato a disposición de un árbitro, y el compromiso, como negocio jurídico que pretende la resolución de controversias ya existentes entre las partes, para



que estas sean resueltas por un tribunal de arbitramento, siempre que dichas controversias sean susceptibles de transacción.

De este modo, el pacto arbitral se constituye como una institución jurídica, regulada positivamente en el orden jurídico interno colombiano, a través de la ley 1563 de 2012, permitiendo el acceso al arbitraje nacional, como mecanismo alternativo de solución de conflictos, mediante la figura de la cláusula compromisoria o del compromiso, para poner fin a una controversia de carácter contractual o no contractual que pueda o no surgir como desarrollo de un contrato, o que ya existiendo y siendo tramitada se deja a competencia de un tribunal de arbitramento.

Dentro del párrafo del artículo 3 de la ley 1563 de 2012, se regula positivamente en el orden jurídico interno colombiano, la figura del pacto arbitral ficto o presunto como una herramienta que pretende la solución de aquellas controversias que surjan entre las partes como consecuencia de la ejecución de un contrato; con la particularidad de que no existiendo una cláusula compromisoria o compromiso, las partes pueden someter la solución de estas controversias a competencia de un tribunal de arbitramento, en el evento en que, instaurada la demanda por una de las partes, el demandado en el término de traslado, la contestación o sus excepciones, guarde silencio sobre la existencia del acuerdo arbitral, por lo que se presume que realmente este se pactó, facultando a un particular llamado árbitro para que con fundamento en el artículo 216 de la constitución política y habiéndose comprobado la existencia del pacto arbitral por presunción, la controversia sea dirimida con la expedición del laudo arbitral.

El pacto arbitral ficto o presunto, no solo se encuentra regulado en el orden jurídico colombiano, sino que también otras legislaciones extranjeras lo regulan, como es el caso de España, Argentina y México. En efecto, a través del numeral 5 del artículo 9 de la ley 11 del 20 de mayo de 2011, en España se reguló el pacto arbitral ficto o presunto, considerando la existencia del convenio arbitral, cuando en el intercambio de demandas o su contestación, dicha existencia sea afirmada por una parte y no negada por la otra; de esta manera y haciendo énfasis en el derecho comparado con relación a Colombia, ambos países coinciden normativamente, en el hecho de establecer este pacto, como una aceptación efectuada por una de las partes y la negación que realiza la otra parte, en el término de traslado de la demanda.

Luego de haber realizado una comparación entre las legislaciones de: México, y Argentina con la colombiana, en lo que respecta al pacto arbitral ficto o presunto, se resalta que en la normatividad de estos dos países a diferencia de la colombiana, es indispensable que el acuerdo arbitral conste por escrito, por cuanto al momento de demandar una controversia que se dé entre las partes como consecuencia de la ejecución de una relación contractual o no contractual, en el término de traslado de las demandas, el demandado queda imposibilitado, aun cuando se manifieste sobre este, a controvertir su existencia, además de que al guardar silencio se presume que dicho pacto es real y, por tanto, la controversia es competencia de un tribunal de arbitramento; mientras tanto en Colombia la presunción del pacto arbitral se da, cuando no constando por escrito este pacto, se demanda una controversia y en el término de traslado de la demanda, su contestación o excepciones, el demandado guarde silencio al respecto, se presume su existencia por el silencio mas no por el simple hecho de que conste por escrito.

Con relación a la reglamentación en Argentina frente a lo contemplado en Colombia; mediante artículo 17 de la ley 27449, en este país se presume la existencia del acuerdo arbitral, cuando este constando por escrito y siendo demandada una controversia contractual o no contractual, una de las partes lo de por cierto, invalidando a la otra para negar su existencia; mientras tanto que en Colombia la presunción del pacto arbitral se da cuando en las circunstancias referidas en el cuerpo de su escrito, el demandado guarde silencio.

En lo que respecta a México, en este país no existe una ley expresa sobre el pacto arbitral ficto o presunto, sin embargo a través de artículo 1423 del código de Comercio, se establece que el pacto arbitral debe constar por escrito y la existencia del mismo se da cuando en un intercambio de demandas, una de las partes afirme su existencia y la otra no lo niegue; por lo tanto, la diferencia con Colombia radica en la escrituralidad del pacto y en no ser negado por el demandado.

Es así, que la hipótesis planteada, pudo ser confirmada en el trascurso de este trabajo, en la medida en que, si bien el pacto arbitral ficto o presunto, tiene un desarrollo normativo en la actualidad dentro del ordenamiento jurídico colombiano como expresión del positivismo; se constituye como un medio que permite acceder al arbitraje nacional, al servir como prueba de presunción y veracidad del acuerdo arbitral, por lo cual goza de garantías propias del debido proceso, brindando mayor seguridad jurídica a: consumidores, inversionistas y en general partes contractuales.

## REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- ~ Becerra Toro, R. (2010). El arbitraje en equidad, recuperado de:  
[http://vitela.javerianacali.edu.co/bitstream/handle/11522/2399/Arbitraje equidad Becerra.pdf;jsessionid=D39BDC77A19502B819CF2314291F4B51?sequence=1](http://vitela.javerianacali.edu.co/bitstream/handle/11522/2399/Arbitraje_equidad_Becerra.pdf;jsessionid=D39BDC77A19502B819CF2314291F4B51?sequence=1)
- ~ Bejarano Guzmán, R. (2013). Estatuto arbitral colombiano, análisis y la aplicación de la ley 1563 de 2012. Bogotá D, C.: Legis, Comité Colombiano de Arbitraje.
- ~ Benetti Salgar, J. (2001). El Arbitraje en el Derecho Colombiano (4ª Ed.). Bogotá D.C.: Editorial Temis.
- ~ Carrizosa Calle, M. (2013). Estatuto arbitral colombiano, análisis y la aplicación de la ley 1563 de 2012. Bogotá D, C.: Legis, Comité Colombiano de Arbitraje.
- ~ Catillo. F, Sabroso. M, Castro. Z & Chipana. C. (2017). El laudo arbitral. Concepto y forma. [pdf]. Recuperado de:  
[https://www.derechocambiosocial.com/revista048/EL\\_LAUDO\\_ARBITRAL.pdf](https://www.derechocambiosocial.com/revista048/EL_LAUDO_ARBITRAL.pdf)
- ~ Cesar Rivera, J. (2007). “Arbitraje comercial, internacional y doméstico”. Buenos Aires.; Editorial Lexisnexis Argentina S.A

~ Centro de comercio internacional. (2005). Arbitraje y solución alternativa de controversias, recuperado de:  
<https://books.google.com.co/books?id=UfAqAAAAYAAJ&pg=PA56&dq=arbitraje+institucional&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwjpkbyT-bvgAhVFXq0KHRg0CWEQ6AEIKTAA#v=onepage&q=arbitraje%20institucional&f=false>

~ Creel, García & Ariza (2009) Arbitraje comercial internacional en México: marco legal y jurisprudencial. *El arbitraje comercial en Iberoamérica, marco legal y jurisprudencial*. Bogotá D.C.: Editorial Legis

~ Correa Palacio, R, S. (2013). Estatuto arbitral colombiano, análisis y la aplicación de la ley 1563 de 2012. Bogotá D, C.: Legis, Comité Colombiano de Arbitraje.

~ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (07 de Julio de 2006). Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, Enmendada en 2006.

~ Conejero. R, Hernández. M, Macchia.V & Soto.C. (2009). Arbitraje comercial internacional en España: marco legal y jurisprudencial. *El arbitraje comercial en Iberoamérica, marco legal y jurisprudencial*. Bogotá D.C.: Editorial Legis

- ~ Conejero. R, Hernández. M, Macchia.V & Soto.C. (2009).Arbitraje comercial internacional en México: marco legal y jurisprudencial. *El arbitraje comercial en Iberoamérica, marco legal y jurisprudencial*. Bogotá D.C.: Editorial Legis
- ~ Congreso de la República de Colombia (12 de Julio de 2012). Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional de Colombia [Ley 1563 de 2012]. DO. 48.489
- ~ Corte Constitucional. (30 de junio de 2011), Sentencia T-511/1. [MP Jorge Iván Palacio]
- ~ Corte Constitucional. (30 de marzo de 2007), Sentencia T-244 de 2007. [MP Humberto Antonio Sierra Porto].
- ~ Corte Constitucional. (30 de enero de 2002), Sentencia T-046 de 2002. [MP. Manuel José Cepeda Espinosa].
- ~ Corte Constitucional. (9 de mayo de 2012), Sentencia, C-330 de 2012. [MP Humberto Antonio Sierra Porto].
- ~ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Fecha: 17 de agosto de 2017. Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, recuperado de:  
<http://www.lavozdelderecho.com/files/DICCIONARIO%20JUR%C3%8DDICO.->

[%20Diferencias%20entre%20laudo%20arbitral%20en%20conciencia,%20en%20equidad%20o%20en%20derecho%20-%202022%20SEPTIEMBRE%202017.pdf](#)

~ Cuatrecasas, R. (2009). Arbitraje comercial internacional en España: marco legal y jurisprudencial. *El arbitraje comercial en Iberoamérica, marco legal y jurisprudencial*. Bogotá D.C.: Editorial Legis.

~ El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica, Montayo, B. & Cardona, G. (2017). “Arbitraje Nacional”. Bogotá D, C.: Librería Ediciones del Profesional Ltda.

~ Eyzaguirre, E. (1981). El arbitraje comercial en la legislación chilena y su regulación internacional, recuperado de: <https://books.google.com.co/books?id=McelZ98QVTQC&pg=PA16&dq=importancia+del+arbitraje&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwi0oNn6sZvgAhXQq1kKHdjTBiEQ6AEIKDAA#v=onepage&q=importancia%20del%20arbitraje&f=false>

~ Jeager, L. (2010). Las medidas cautelares en el arbitraje internacional. En Bernal Gutiérrez, R.; Derains, Y; Mantillano-Serrano, F. (Coord.). *Hacia una mayor eficacia en el arbitraje: control de tiempos y costos*. Bogotá D.C.: Universidad del Rosario.

~ Ley No. 27449. Ministerio de Justicia y derechos humanos, presidencia de la nación, argentina, 4 de julio de 2018.

- ~ Lopez, G. & Silva, B. (2017). El proceso arbitral en el derecho contemporáneo. Bogotá D.C.: Ediciones Doctrina y Ley.
- ~ Mallandrich, M. (2010). Medidas cautelares y arbitraje, recuperado de [https://books.google.com.co/books?id=tefKXbpXeJkC&pg=PA65&dq=teorias+acerca+del+pacto+arbitral&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwi4iNDA\\_6LgAhVHqIkKHR20A1AQ6AEIMjAC#v=onepage&q=teorias%20acerca%20del%20pacto%20arbitral&f=false](https://books.google.com.co/books?id=tefKXbpXeJkC&pg=PA65&dq=teorias+acerca+del+pacto+arbitral&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwi4iNDA_6LgAhVHqIkKHR20A1AQ6AEIMjAC#v=onepage&q=teorias%20acerca%20del%20pacto%20arbitral&f=false)
- ~ Medina Fandiño, A. (s,f). Introducción al concepto de cláusulas arbitrales abusivas, recuperado de: <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/4363/4/INTRODUCCI%C3%93N%20AL%20CONCEPTO%20DE%20CL%C3%81USULAS%20ARBITRALES%20ABUSIVAS.pdf>
- ~ Monroy Cabra. (2017). “Arbitraje comercial nacional e internacional” (4ª ed.). Bogotá D, C.: Librería Ediciones del Profesional Ltda.
- ~ Montayo, B. & Cardona, G. (2017). “Arbitraje Nacional”. Bogotá D, C.: Librería Ediciones del Profesional Ltda.
- ~ Quiñones Guzmán, J. (2009). La cláusula compromisoria y la cláusula penal en el contrato privado determinación del juez competente y del procedimiento aplicable para la



solución de controversias, recuperado de:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5978976>

~ Ramírez. G. (2016). La vinculación de sujetos no asignatarios a los efectos del pacto arbitral, recuperado de:

<https://books.google.com.co/books?id=ISs9DgAAQBAJ&printsec=frontcover&dq=pacto+arbitral&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwj9me-MsZbgAhVCqlkKHcXJCYkQ6AEIKDAA#v=onepage&q=pacto%20arbitral&f=false>

~ Rey Vallejo, Pablo, El arbitraje y los ordenamientos jurídicos en Latinoamérica: un estudio sobre formalización y mundialización, 126 Universitas, 199-237 (2013),

recuperado de: [file:///C:/Users/Docentes.Derecho/Downloads/6125-Texto%20del%20art%C3%ADculo-23714-2-10-20130924%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Docentes.Derecho/Downloads/6125-Texto%20del%20art%C3%ADculo-23714-2-10-20130924%20(1).pdf)

~ Rivera.J, (s.f).El arbitraje en Argentina. [pdf], recuperado de:

[https://www.rivera.com.ar/sites/default/files/rivera\\_el\\_arbitraje\\_en\\_argentina2.pdf](https://www.rivera.com.ar/sites/default/files/rivera_el_arbitraje_en_argentina2.pdf)

~ Rozas. J. (2007). El arbitraje internacional y sus dualidades, recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R21635.pdf>

~ Roque Caivano, J. (2015). El arbitraje: nociones introductorias, recuperado de: <http://www.derecho-comercial.com/Doctrina/Arb-001.pdf>

~ Ruiz, M. (2018). El pacto arbitral ficto o presunto en el derecho del consumidor: interpretación pro consumidor, recuperado de:

<http://bdigital.unal.edu.co/64538/1/19381254%20-2018.pdf>

~ Salcedo Castro, M. (2006). El arbitraje en los contratos concluidos por la administración, estudio de derecho comparado francés y colombiano. Bogotá D.C.: Editorial Universidad del Rosario

~ Silva Romero, E. (2013). Estatuto arbitral colombiano, análisis y la aplicación de la ley 1563 de 2012. Bogotá D, C.: Legis, Comité Colombiano de Arbitraje.

~ Pineda .L (2017). El arbitraje comercial en Colombia - pacto arbitral en el estatuto de arbitraje nacional e internacional frente a la jurisdicción ordinaria a partir del código general del proceso.[pdf].recuperado de:

<https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/16386/PinedaLemusNelsonEnrique2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

~ Villalba. C. & Moscoso, V. (2008). Orígenes y panorama actual del arbitraje, recuperado de: <https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/dere/article/view/2518/2201>

~ Vidal Ramos. R. (2017). Alcances de la ejecución del laudo arbitral, recuperado de <file:///D:/Dialnet-AlcancesDeLaEjecucionDelLaudoArbitral-6318065.pdf>

~ Zappalá, F. (2010). Universalismo histórico del arbitraje, recuperado de:  
<http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n121/n121a08.pdf>