

CONTRATO – Ley para las partes – Ejecución de buena fe – Artículo 1603 Código Civil – Artículo 871 Código de Comercio

Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y su fuerza obligatoria solo desaparece por mutuo disenso o por causas legales (artículo 1602 del CC). Además, debe ejecutarse de buena fe y por consiguiente obliga no solo a lo que en él se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que, por ley, pertenecen a ella (artículos 1603 del CC y 871 del C.Co).

PACTO ARBITRAL – Cláusula compromisoria – Interpretación contractual

Según el artículo 117 del Decreto 1818 de 1998 (hoy artículo 3 de la Ley 1563 de 2012), el pacto arbitral es un negocio jurídico con fundamento en el cual las partes se someten o se obligan a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas. Esta norma reconoce expresamente que el pacto arbitral, expresado mediante la fórmula de cláusula compromisoria o de compromiso, implica la renuncia de las partes a acudir a los jueces estatales. En su lugar, habilita a la justicia arbitral con el propósito de que sea esta la que conozca el conflicto suscitado con ocasión de su actividad contractual.

Como resultado de un acuerdo de voluntades, la cláusula compromisoria debe interpretarse según las reglas específicas de los contratos (artículos 1618 a 1624 del Código Civil) y no de acuerdo con las reglas generales de interpretación de la ley (artículos 25 a 32 del Código Civil, artículo 5 de la Ley 57 de 1887 y artículos 1 a 49 de la Ley 153 de 1887).

[...]

De manera que, cuando las partes acordaron una cláusula compromisoria tuvieron la intención de sustraerse de la justicia institucional y someterse a la decisión de los árbitros para definir la controversia (art. 1618 del CC), interpretación que da eficacia a la estipulación pactada (artículo 1620 del CC). Esta interpretación, entonces, implica favorecer los efectos de la cláusula compromisoria y reconoce la intención de las partes de sustraer la controversia de la justicia institucional.

ARBITRABILIDAD – Noción – Mecanismo de solución de conflictos - Asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice

Uno de los «*principios*» fundamentales de este mecanismo alternativo de solución de conflictos es que las cuestiones que las partes someten a los árbitros deben ser susceptibles de arbitraje. Este concepto, conocido como «*arbitrabilidad*», está relacionado con la disponibilidad de los derechos en disputa. La capacidad de disposición de un derecho es lo que lo hace susceptible de transacción y renuncia. Si una persona puede disponer de un derecho, es lógico que también pueda someterlo a la decisión de un tercero, aunque no sea un juez institucional.

[...]

Finalmente, fue proferida la Ley 1563 de 2012, que en su primer artículo definió la «arbitrabilidad» –en el ámbito del arbitraje nacional– de la siguiente manera: *«El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de **libre disposición** o aquellos que la ley autorice»* (negrillas por fuera del texto).

Nótese, entonces, que con la promulgación del actual estatuto arbitral se fijaron dos límites al concepto de arbitrabilidad en el contexto del arbitraje nacional: *i)* los árbitros solo pueden conocer conflictos relativos a asuntos de «libre disposición» y *ii)* el conocimiento de un asunto por parte de los árbitros puede estar autorizado directamente por una ley.

TRANSIGIBILIDAD – Contrato de transacción – Definición – Requisitos

Dado que el artículo 111 de la Ley 446 de 1998 –vigente cuando se perfeccionó la oferta mercantil [...] limitó el conocimiento de los árbitros a aquellas materias «susceptibles de transacción», es conveniente hacer algunas precisiones sobre este concepto. Además, para efectos de la existencia, validez, aplicación e interpretación de la cláusula compromisoria, esta normativa (Ley 446 de 1998 y Decreto 1818 de 1998) es la aplicable, según lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887.

La doctrina especializada ha explicado –en el contexto del arbitraje nacional– que el concepto de «arbitrabilidad» –hasta antes de la expedición de la ley 1285 de 2009– se limitaba a los asuntos transigibles⁹. Así mismo, serían transigibles aquellos derechos sobre los cuales su titular goza de la libre disposición. Por lo mismo, el concepto de «transigibilidad» –para el momento en que se celebró la cláusula arbitral– suponía un límite al conocimiento de los árbitros.

La transacción es definida en el artículo 2469 del CC como *«un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual»*. La función principal de la transacción es la de resolver las controversias reales y potenciales entre las partes. Consiste en un instrumento jurídico que permite resolver una controversia actual o futura sin necesidad de recurrir a la autoridad jurisdiccional. Para que opere la transacción es necesario: *«i) que haya un derecho dudoso o una relación jurídica incierta; ii) que las partes tengan la voluntad de modificar esa relación incierta, por una cierta y firme y iii) que las partes hagan concesiones recíprocas»*.

NULIDAD – Asunto arbitrable

Sobre este último punto, se suele repetir que la eventual nulidad de una estipulación por objeto o causa ilícitos no puede someterse a arbitraje, ya que no es una materia disponible para las partes. Sin embargo, valga precisar que el artículo 2470 del Código Civil se refiere a la disposición de objetos, por lo que

requiere que la parte sea titular de los mismos y esté legalmente habilitada para enajenarlos (arts. 1503 y 1504 del CC). Con lo cual no existe una verdadera prohibición para que las partes puedan disponer de los mismos ni siquiera cuando sobre ellos recaiga una nulidad por objeto o causa ilícitos.

Es importante observar que las normas que establecen los límites a la transacción o que definen las materias que pueden someterse a este tipo de actos jurídicos no prevén en ningún caso que las disputas relativas a la nulidad de los contratos estén excluidas del ámbito de la transacción. Por el contrario, el legislador estableció disposiciones que indican que los árbitros, al igual que los jueces institucionales, pueden conocer de las nulidades de los negocios jurídicos, inclusive aquellas generadas por objeto o causa ilícitos.

[...]

En la misma línea, la jurisprudencia se ha ocupado de las características del arbitraje y, en particular, del concepto de «*arbitrabilidad*». Con fundamento en argumentos como los aquí expuestos, sentencias judiciales, decisiones arbitrales, y numerosa doctrina nacional ratificaron la competencia de los tribunales arbitrales para conocer y decidir sobre nulidades absolutas por objeto o causa ilícitos, al abordar el tema de la «*transigibilidad*».

LÍMITES JUSTICIA ARBITRAL – Nulidad absoluta de los contratos

Respecto de la facultad de los árbitros para pronunciarse sobre las nulidades absolutas de los contratos, resulta relevante el tránsito jurisprudencial al interior de esta Corporación. Inicialmente, el Consejo de Estado adoptó una posición contraria, es decir, señaló que los árbitros no podían resolver sobre la nulidad o legalidad del contrato, porque ello correspondía al juez del contrato. Posteriormente, con ocasión del artículo 118 del Decreto 1818 de 1998 – introducido por el artículo 111 la Ley 446 de 1998–, esta Sección cambió de postura y reconoció que los árbitros podían pronunciarse sobre la nulidad de los contratos, criterio que desde entonces ha sido mayoritario.

En efecto, en cuanto a los límites de la justicia arbitral, esta Sección precisó que *«es posible concluir que el legislador estableció, por una parte, como regla general, que pueden ser objeto de arbitramento los asuntos transigibles y, por otra, como regla especial, que los tribunales de arbitramento pueden pronunciarse sobre la validez y existencia de los contratos»*. Concluyó, entonces, que sería un contrasentido establecer la autonomía de la cláusula compromisoria respecto de la validez del contrato, si no se autoriza, al mismo tiempo, la posibilidad que tienen los tribunales de arbitramento para decidir sobre ella.

[...]

Así las cosas, es viable aseverar que la facultad de los árbitros de pronunciarse sobre las pretensiones relacionadas con la eventual existencia de nulidades, incluso por objeto o causa ilícitos, existe de tiempo atrás y no ha sido derogada.

AUTONOMÍA CLÁUSULA COMPROMISORIA – Habilita árbitros para pronunciarse sobre existencia y validez del contrato

Es importante destacar que la autonomía de la cláusula compromisoria se refleja en situaciones en las cuales, aun si el contrato principal termina por mutuo acuerdo, el pacto arbitral seguirá vigente, ya que el derecho de acción no se extingue mientras subsistan derechos y obligaciones. En el mismo sentido, si el contrato principal termina por novación, incluso el pacto arbitral podría subsistir, según los términos específicos del acuerdo de novación, toda vez que, según lo dicho, el pacto arbitral es independiente del contrato principal. De manera similar, si la terminación del contrato ocurre por una transacción, subsistirá el pacto arbitral, a menos que se renuncie expresamente al convenio arbitral.

Por ello, la autonomía de la cláusula compromisoria no solo habilita a los árbitros para pronunciarse sobre la existencia y validez del contrato, sino que también permite que, aun cuando se declare la nulidad del contrato, la cláusula compromisoria conserve su validez. Se trata de dos negocios jurídicos distintos. Dicha autonomía, reconocida expresamente en la normativa vigente al momento de celebrarse el contrato, habilita a los árbitros para conocer y decidir cualquier causal de nulidad que se invoque relativa al negocio jurídico o a la cláusula misma.

PRINCIPIO KOMPETENZ – KOMPETENZ

En términos generales, el principio de Kompetenz-Kompetenz implica que la justicia arbitral tiene una prioridad temporal respecto de la justicia estatal para dirimir toda controversia relativa a la existencia, la validez y el alcance del contrato de arbitraje.

[...]

Según lo expuesto, el principio de Kompetenz-Kompetenz tiene su origen en la ley, con lo cual se trata de un asunto de legalidad. No obstante, es importante precisar que, aun cuando tiene fundamento legal, el principio de Kompetenz-Kompetenz se deriva de la existencia de una cláusula compromisoria, porque de lo contrario, es decir, en caso de no haberse pactado, tal principio no resultaría aplicable.

[...]

El hecho de que las normas de orden público sean imperativas y no disponibles no implica que los derechos que de allí se derivan sean «*intransigibles*» ni que exista una imposibilidad absoluta de someterlo a arbitraje. Al invocar la nulidad absoluta de un contrato, no se está buscando ir en contra de las normas de orden público, sino más bien garantizar su correcta aplicación dentro del marco de un arbitraje en derecho. El árbitro no pierde su competencia simplemente porque el debate involucre normas de orden público. En estos casos, surge la obligación para él de observar y aplicar dichas normas, ya que las reglas de

orden público se imponen tanto al árbitro como al juez, lo que significa que aquel puede y debe hacerlas valer en el proceso.

[...]

[...] la Sala concluye que se dan los presupuestos para declarar probada la excepción de cláusula compromisoria. Por lo tanto, habrá de revocarse la sentencia de primera instancia y, en su lugar, declararse probada la excepción. Valga precisar que de las pruebas que obran en el expediente no es posible determinar que se haya constituido un Tribunal Arbitral para dirimir las controversias en torno a la cláusula compromisoria. En tal sentido, corresponderá al Tribunal que se integre, de ser ello así, analizar la legalidad de la cláusula compromisoria pactada por las partes.



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C

Consejero Ponente: WILLIAM BARRERA MUÑOZ

Bogotá D.C., catorce (14) de julio de dos mil veinticinco (2025)

Radicación: 76001-23-31-000-2010-00466-01 (51.679)
Actor: Mayagüez S.A.
Demandado: Electrificadora de Santander S.A. E.S.P.-ESSA
Proceso: Acción contractual

COMPETENCIA DEL SUPERIOR-Apelación de ambas partes. PACTO ARBITRAL-Negocio jurídico. INTERPRETACIÓN DE LA LEY-Criterios. INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS-Criterios. INTERPRETACIÓN DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA-El pacto arbitral es un negocio jurídico que debe interpretarse según las reglas de interpretación de los contratos. INTENCIÓN DE LAS PARTES DE UN CONTRATO-Prevalece sobre la voluntad declarada, artículo 1618 del CC. INTERPRETACIÓN DEL EFECTO ÚTIL DE LAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES-Se debe interpretar en el sentido que produzca efectos, artículo 1620 del CC. NULIDAD DEL CONTRATO-No afecta la validez de la cláusula compromisoria. KOMPETENZ-KOMPETENZ-Permite que los árbitros decidan sobre la existencia y validez de la cláusula compromisoria. INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL-Plazo razonable. COSTAS EN CCA-Improcedencia cuando no se actúa con temeridad o mala fe.

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes, contra la sentencia del 15 de agosto de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Valle del Cauca, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda. La decisión fue la siguiente:

PRIMERO. ANÚLANSE la expresión “...El Tribunal estará constituido por tres (3) árbitros designado uno por cada una de las PARTES y el tercero por estos dos. Si dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la designación de los Árbitros por cada una de las PARTES, éstos no han designado el tercer Árbitro, lo hará la Cámara de Comercio de Bogotá...”, contenida en la Cláusula Décimo Cuarta Numeral 14.2 de la Oferta Mercantil No. ESSAG-02-2008, por objeto ilícito, de conformidad con lo anteriormente explicado.

SEGUNDO: NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda (f. 438 c. p.pal).

I. SÍNTESIS DEL CASO

La Electrificadora de Santander S.A. E.S.P.-ESSA y Mayagüez S.A. celebraron un contrato para la compra de energía eléctrica de los excedentes de la generación propia de Mayagüez S.A. Las partes acordaron que cualquier diferencia jurídica

relacionada con la ejecución del contrato y con la existencia, validez, aplicación e interpretación de la cláusula compromisoria sería resuelta por un tribunal arbitral, constituido por tres árbitros, designado uno por cada una de las partes y el tercero por estos dos. Mayagüez S.A. solicitó que se declarara la nulidad de dicha cláusula, porque el nombramiento de árbitros solo es posible de común acuerdo.

II. ANTECEDENTES

Pretensiones

El 16 de abril de 2010¹, Mayagüez S.A., a través de apoderado judicial, formuló acción contractual contra la Electrificadora de Santander S.A. E.S.P.-ESSA. La demandante formuló las siguientes pretensiones declarativas:

Primera: *Que se declare la nulidad absoluta por objeto ilícito de la cláusula compromisoria contenida en la Cláusula 14.2 de la oferta mercantil aceptada ESSAG-02-2008.*

Subsidiaria a la primera: *Que se declare la nulidad absoluta por objeto ilícito del aparte “El Tribunal estará constituido por tres (3) Árbitros designado uno por cada una de las PARTES y el tercero por estos dos. Si dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la designación de los Árbitros por cada una de las PARTES, éstos no han designado al tercer Árbitro, lo hará la Cámara de Comercio de Bogotá” de la cláusula compromisoria contenida en la Cláusula 14.2 de la oferta mercantil aceptada ESSAG-02-2008.*

Segunda: *Que se condene en costas del proceso a la ELECTRIFICADORA DE SANTANDER S.A. E.S.P.-ESSA. E.S.P. (f. 56 c. 1).*

Hechos

En apoyo de las pretensiones, la parte actora indicó que la Electrificadora de Santander S.A. E.S.P.-ESSA (en adelante ESSA-E.S.P.) dirigió a la sociedad Mayagüez S.A. la oferta mercantil n°. ESSAG-02-2008. La oferta tenía por objeto la compra de energía eléctrica de los excedentes de la generación propia de Mayagüez S.A. Su vigencia se estableció por un término de seis años, es decir, desde el 1 de julio de 2009 hasta el 30 de junio de 2015. Señaló que el 5 de diciembre de 2008, Mayagüez S.A., mediante comunicación escrita, aceptó íntegramente la oferta mercantil n°. ESSAG-02-2008.

Indicó que las partes pactaron cláusula compromisoria para que todas las diferencias jurídicas relacionadas con la celebración, interpretación, validez,

¹ Según da cuenta el sello de radicación (f. 62 c.1).

ejecución, terminación y liquidación del contrato, salvo los cobros ejecutivos, fueran resueltas por un tribunal arbitral con sede en Bogotá. Por ese mismo medio se decidirían las diferencias respecto a la existencia, validez, aplicación e interpretación de dicha cláusula compromisoria.

Explicó que, de conformidad con la referida cláusula, el tribunal estaría compuesto por tres árbitros *«designados uno por cada una de las partes y el tercero por estos dos»*. Si dentro de los quince días hábiles siguientes a la designación de los árbitros por cada una de las partes, estos no hubieran designado el tercer árbitro, lo haría la Cámara de Comercio de Bogotá.

Sostuvo que las partes de común acuerdo deben nombrar y determinar el número de árbitros, o deben delegar tal labor en un tercero, total o parcialmente. Pidió la nulidad del pacto arbitral contenido en la cláusula 14.2 de la oferta mercantil n°. ESSAG-02-2008 al considerar que la habilitación contractual para que cada una de las partes nombre un árbitro es contraria al artículo 118 de la Ley 446 de 1998, que prohíbe el *«árbitro parte»*.

Agregó que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es la competente para conocer de este asunto y no la justicia arbitral, por cuanto la nulidad absoluta proveniente de objeto o causa ilícitos es un asunto de orden público, de manera que no puede someterse al conocimiento de los árbitros.

Contestación de la demanda

El 23 de agosto de 2011 (fls. 235-270 c. 1), ESSA-E.S.P., al contestar la demanda, se opuso a las pretensiones y formuló las siguientes excepciones: i) *«nadie puede alegar su propia culpa en su beneficio»*; ii) *«falta de competencia por cláusula compromisoria»* y iii) *«falta de agotamiento del requisito de procedibilidad»*.

Esgrimió que Mayagüez S.A. no puede alegar su propia culpa en su beneficio, toda vez que la redacción de la cláusula compromisoria no fue una actividad exclusiva de la entidad, por el contrario, el contratista, al aceptar en todas sus partes la oferta mercantil n°. ESSAG 02-2008, resolvió reproducir y hacer suya la cláusula que ahora reclama como nula.

Sostuvo que el juez institucional no es el competente para resolver las pretensiones de la demanda, porque, de conformidad con el artículo 116 de la Ley 446 de 1998, corresponde al tribunal arbitral resolver sobre su propia competencia. Lo anterior conduce necesariamente a concluir que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no es la llamada a declarar la nulidad absoluta de la cláusula arbitral, más aún si se tiene en cuenta el principio de Kompetenz-Kompetenz, según el cual, los árbitros son los jueces a prevención para conocer sobre la validez de la cláusula compromisoria.

Señaló que la fórmula de selección de los árbitros es un asunto transigible, razón por la cual se debió agotar el trámite de conciliación prejudicial. Asimismo, afirmó que el vicio en la fórmula de designación de los árbitros conlleva a la nulidad parcial de la cláusula compromisoria, pero no la afecta en su integridad, toda vez que no es un elemento de la esencia de este tipo de cláusulas.

Agregó que en el curso de un trámite arbitral convocado por ESSA-E.S.P. contra Mayagüez S.A., para resolver las diferencias relacionados con la oferta mercantil n°. ESSAG 02-2008, se intentó en tres oportunidades distintas el nombramiento de los árbitros, pero las partes no se pusieron de acuerdo para modificar la cláusula compromisoria en lo pertinente a la forma de designación del tribunal arbitral y, por ello, no fue posible continuar con el trámite.

Finalmente, sostuvo que si Mayagüez S.A. consideraba que la cláusula compromisoria era nula debió ponerlo de presente desde el momento de la celebración del contrato.

Fundamentos de la providencia recurrida

El 15 de agosto de 2013, el Tribunal Administrativo de Valle del Cauca accedió parcialmente a las pretensiones (fls. 428-438 c. p.pal.), al estimar que la designación de los árbitros solamente puede hacerse de común acuerdo entre las partes o a través de la delegación de dicha labor a un tercero, razón por la cual no era procedente que cada una de las partes nombrara su propio árbitro.

Consideró que el artículo 118.7 de la Ley 446 de 1998 –vigente al momento de celebración del contrato– estableció que son las partes quienes en forma conjunta

deben nombrar a los árbitros, de modo que una parte de la cláusula 14.2 de la oferta mercantil n°. ESSAG 02-2008 «*viola*» una norma imperativa.

Señaló que el artículo 116 de la Constitución Política prevé que los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en los términos que determine la ley y no en los términos que cada una de las partes hayan pactado. Asimismo, indicó que la postura de esta Corporación en casos similares ha sido la de sostener que la nulidad de la cláusula compromisoria es parcial, porque la ilegalidad solo se predica de la posibilidad que se adjudicó a cada parte de nombrar su árbitro.

Frente a las excepciones de «*falta de competencia*» y «*falta de agotamiento del requisito de procedibilidad*», el Tribunal se remitió a las consideraciones del auto del 30 de mayo de 2011 (fls. 192-201 c. 1), que resolvió el recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda, en el que consideró que la ley estableció un límite material al arbitraje consistente en que los puntos sometidos a este mecanismo de solución de controversias deben ser susceptibles de transacción. De ahí, entonces, que el juez institucional sea el competente para conocer de la nulidad absoluta derivada de objeto o causa ilícitos, toda vez que se trata de un asunto de orden público, que impide que las partes puedan disponer de él y, por tanto, someterlo al conocimiento de los árbitros.

Recurso de apelación

Las partes interpusieron recursos de apelación, que fueron concedidos el 7 de mayo de 2014 (fls. 473-475 c. p.pal.).

Mayagüez S.A. esgrimió que el Tribunal, en la sentencia de primera instancia, debió declarar «*la nulidad total*» de la cláusula compromisoria y no únicamente de la parte relativa a la designación de los árbitros. Sostuvo que el pacto arbitral es indivisible y, por ello, no es posible declarar la nulidad parcial de la cláusula. Agregó que tampoco es correcto aplicar las normas supletivas para el nombramiento de los árbitros, en tanto esto solo procede en aquellos casos en los que las partes guardan silencio.

Por su parte, ESSA-E.S.P. insistió en la excepción de cláusula compromisoria y reiteró que esta jurisdicción no es la competente para resolver las pretensiones de

la demanda, porque es al tribunal arbitral a quien corresponde preliminarmente resolver si el pacto es nulo, al definir su competencia. Adujo que la excepción de cláusula compromisoria se formuló como una excepción de fondo, por lo cual debió ser resuelta en la sentencia, en los términos del artículo 164 del CCA.

Agregó que la jurisprudencia reconoció que los árbitros pueden conocer y decidir cualquier causal de nulidad que se invoque. Asimismo, ratificó que se debió agotar el trámite de conciliación prejudicial, en tanto resulta evidente que la forma de designación de los árbitros es un asunto transigible.

Trámite de segunda instancia

El 6 de agosto de 2014, el Despacho admitió los recursos de apelación (f. 492 c. p.pal.) y, el 4 de septiembre siguiente (f. 494 c. p.pal.), se corrió traslado para alegar de conclusión en segunda instancia. Las partes reiteraron lo expuesto. El Ministerio Público estimó que se configuró una nulidad procesal por falta de jurisdicción y competencia, toda vez que las partes acordaron someter sus diferencias a un tribunal arbitral y, por ello, no es la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo la llamada a conocer los problemas derivados del pacto arbitral. Preciso que la parte demandada insistió en la excepción de cláusula compromisoria desde la contestación de la demanda y a lo largo de todo el proceso. Agregó que la competencia del juez institucional surge con ocasión del recurso extraordinario de anulación y no de manera previa (fls. 518-529 c. p.pal.).

III. CONSIDERACIONES

I. Presupuestos procesales

1. Como la demanda se presentó el 16 de abril de 2010, el régimen aplicable es el Código Contencioso Administrativo –en adelante CCA–. Conforme al artículo 266 del CCA, en los procesos iniciados antes de la vigencia de ese código, los recursos interpuestos, los términos que comenzaron a correr y las notificaciones en curso, se regirán por la ley vigente al momento de esas actuaciones. Por su parte, el artículo 308 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –que empezó a regir desde el 2 de julio de 2012– prevé que las actuaciones administrativas, las demandas y procesos en curso a la vigencia de dicho código seguirán rigiéndose y culminarán conforme al régimen

jurídico anterior, esto es, el CCA. Adicionalmente, conforme al artículo 267 del CCA, en los aspectos no regulados se seguirá el Código de Procedimiento Civil – en adelante CPC– en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Jurisdicción y competencia

2. La Sala se ve obligada a plantear el problema jurídico en el estudio de este presupuesto procesal por las razones que se pasarán a explicar.

Las partes pactaron cláusula compromisoria en la cláusula decimocuarta (numeral segundo) de la oferta mercantil n°. ESSAG-02-2008 (f. 14 c. 1). Mayagüez S.A. presentó la demanda, ESSA-E.S.P. compareció al proceso y propuso la excepción de falta de competencia, por existir cláusula compromisoria entre las partes (fls. 235-270 c. 1). También presentó recurso de reposición y en subsidio apelación contra el auto admisorio de la demanda (fls. 93-115 c. 1) y alegó una nulidad procesal, por ese mismo motivo (f. 269 c. 1).

El 30 de mayo de 2011, el Tribunal Administrativo de Valle del Cauca confirmó el auto admisorio de la demanda y rechazó por improcedente el recurso de apelación (fls. 192-201 c. 1), al considerar que la nulidad absoluta proveniente de objeto o causa ilícitos, que es lo que se pretende con la demanda frente a la legalidad de la cláusula compromisoria, es un asunto de orden público, que impide que las partes puedan disponer de él, por cuanto no es transigible, de manera que no es una materia que pueda someterse al examen y decisión de los árbitros.

En la sentencia de primera instancia, el Tribunal se remitió a las consideraciones de la providencia del 30 de mayo de 2011 –que resolvió el recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda– para desestimar la excepción de cláusula compromisoria (fls. 428-438 c. p.pal.). ESSA-E.S.P., en el recurso de apelación, reiteró que esta jurisdicción no es competente para conocer de este asunto e insistió en la excepción de cláusula compromisoria. Asimismo, esgrimió que el Tribunal, en la sentencia de primera instancia, omitió resolver la excepción formulada (fls. 448-463 c. p.pal.).

En tal sentido, conforme al artículo 164 del CCA que prescribe que la sentencia debe decidir sobre las excepciones propuestas en el proceso, corresponde a la Sala determinar si está probada la excepción de cláusula compromisoria, toda vez que, además de ser un asunto intrínsecamente relacionado con un presupuesto procesal de la acción, fue uno de los aspectos discutidos en el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia (art. 305 del CPC –hoy art. 281 del CGP–, aplicable por remisión expresa del artículo 267 del CCA)².

3. En la cláusula decimocuarta (numeral segundo) de la oferta mercantil n°. ESSAG-02-2008 para la compra de energía eléctrica de los excedentes de la generación propia de Mayagüez S.A., al pactar la cláusula compromisoria, las partes acordaron que:

14.2. Diferencias jurídicas: *Todas las discrepancias de carácter jurídico que surjan entre EL OFERENTE Y Mayagüez S.A. con respecto a la celebración, interpretación, validez, ejecución, terminación y liquidación del negocio jurídico originado en la presente oferta y su respectiva orden de venta o que se origine en el mismo excepto los cobros ejecutivos, serán resueltas por un Tribunal de Arbitramento que se reunirá en Bogotá y que decidirá en derecho. Por este mismo medio también se decidirán las diferencias respecto a la existencia, validez, aplicación e interpretación de esta cláusula compromisoria. **El Tribunal estará constituido por tres (3) Árbitros designado uno por cada una de las PARTES y el tercero por estos dos.** Si dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la designación de los Árbitros por cada una de las PARTES, éstos no han designado el tercer Árbitro, lo hará la Cámara de Comercio de Bogotá. El Tribunal operará de acuerdo a la legislación arbitral colombiana y funcionará en el Centro de Conciliación y Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá. Las tarifas de gastos y honorarios se regirán por el reglamento de este Centro y su cancelación se hará por las partes de acuerdo a lo dispuesto por la ley colombiana y a lo determinado en el laudo correspondiente. (f. 14 c. 1).*

4. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y su fuerza obligatoria solo desaparece por mutuo disenso o por causas legales (artículo 1602 del CC). Además, debe ejecutarse de buena fe y por consiguiente obliga no solo a lo que en él se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que, por ley, pertenecen a ella (artículos 1603 del CC y 871 del C.Co).

Según el artículo 117 del Decreto 1818 de 1998 (hoy artículo 3 de la Ley 1563 de 2012), el pacto arbitral es un negocio jurídico con fundamento en el cual las partes

² Esta Corporación ha declarado probada la excepción de cláusula compromisoria en la sentencia en aquellos casos en los que se trata de un asunto discutido en el recurso de apelación. Ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 26 de noviembre de 2015, rad. n°. 28507 [fundamento jurídico 1]. El juez de segunda instancia está habilitado para declarar probada la excepción de cláusula compromisoria en la sentencia con fundamento en el artículo 164 del CCA.

se someten o se obligan a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas. Esta norma reconoce expresamente que el pacto arbitral, expresado mediante la fórmula de cláusula compromisoria o de compromiso, implica la renuncia de las partes a acudir a los jueces estatales. En su lugar, habilita a la justicia arbitral con el propósito de que sea esta la que conozca el conflicto suscitado con ocasión de su actividad contractual.

Como resultado de un acuerdo de voluntades, la cláusula compromisoria debe interpretarse según las reglas específicas de los contratos (artículos 1618 a 1624 del Código Civil) y no de acuerdo con las reglas generales de interpretación de la ley (artículos 25 a 32 del Código Civil, artículo 5 de la Ley 57 de 1887 y artículos 1 a 49 de la Ley 153 de 1887).

5. Se aprecia en la cláusula compromisoria de la oferta mercantil n°. ESSAG-02-2008 la intención inequívoca de las partes de sustraerse de la jurisdicción institucional para resolver los conflictos derivados de la ejecución del contrato y los relativos a «*la existencia, validez, aplicación e interpretación*» de la misma cláusula compromisoria.

Cuando las partes dispusieron que someterían a arbitraje aquellas diferencias o discrepancias de carácter jurídico que no hubieran podido solucionar «*de manera directa*» (cláusula 14.1³), reconocieron que, en primer lugar, como es natural, intentarían llegar a un arreglo mutuo y que en caso de no lograrlo acudirían a la decisión de un tercero –árbitro– para su solución. La intención de las partes, que aparece exteriorizada en esa cláusula, fue acordar que, ante una controversia, acudirían al arbitraje y renunciarían a la justicia institucional como mecanismo para resolverla.

En efecto, las partes no pactaron la libertad o la facultad de elegir el juez al que acudirían, ante la posibilidad de un conflicto, sino que previeron y se obligaron a acudir al arbitraje para resolver sus controversias contractuales. Al punto que

³ 14.1. Solución directa de controversias: La parte que considere que existe un desacuerdo notificará de este a la otra parte (...) con el fin de que dentro de los diez (10) días comunes siguientes al recibo de la notificación, las partes se reúnan para resolver por vía directa, y dentro de un plazo de diez (10) días hábiles, el desacuerdo en cuestión (...) surtido el trámite anterior, cualquiera de las PARTES podrá acudir dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a los mecanismos de solución de controversias previstos en los numerales siguientes de esta cláusula, si vencido este plazo la parte en desacuerdo no acude al Tribunal, o al mecanismo previsto para las controversias contables y técnicas, se entenderá que desiste del mismo (...) (fls. 13 y 14 c. 1).

acordaron en la cláusula compromisoria que las controversias sometidas a arbitraje serían aquellas surgidas dentro de la ejecución, terminación y liquidación del negocio jurídico, así como las que surgieran en relación con la existencia, validez, aplicación e interpretación de la cláusula compromisoria.

De manera que, cuando las partes acordaron una cláusula compromisoria tuvieron la intención de sustraerse de la justicia institucional y someterse a la decisión de los árbitros para definir la controversia (art. 1618 del CC), interpretación que da eficacia a la estipulación pactada (artículo 1620 del CC). Esta interpretación, entonces, implica favorecer los efectos de la cláusula compromisoria y reconoce la intención de las partes de sustraer la controversia de la justicia institucional.

Con esta perspectiva y para resolver los argumentos de la apelación, la Sala se referirá a los siguientes aspectos: *i)* la noción, evolución y naturaleza del concepto de «arbitrabilidad» en el arbitraje nacional y, a partir de ello, *ii)* la facultad de los árbitros para conocer y decidir sobre la nulidad de la cláusula compromisoria y a los conceptos de *iii)* autonomía de la cláusula compromisoria y *iv)* Kompetenz-Kompetenz, así como su relevancia en el caso concreto.

Evolución normativa del concepto de «arbitrabilidad» en el arbitraje nacional

6. Uno de los «*principios*» fundamentales de este mecanismo alternativo de solución de conflictos es que las cuestiones que las partes someten a los árbitros deben ser susceptibles de arbitraje. Este concepto, conocido como «arbitrabilidad»⁴, está relacionado con la disponibilidad de los derechos en disputa. La capacidad de disposición de un derecho es lo que lo hace susceptible de transacción y renuncia. Si una persona puede disponer de un derecho, es lógico que también pueda someterlo a la decisión de un tercero, aunque no sea un juez institucional.

⁴ En el contexto del arbitraje internacional, la doctrina especializada sostiene que «(...) para que un acuerdo arbitral sea efectivo, debe ser el resultado del consentimiento válido de las partes. Sin embargo, también debe ser lícito. Esto quiere decir, en primer lugar, que el acuerdo debe referirse a un asunto de fondo que sea susceptible de ser resuelto mediante arbitraje y, segundo, que el acuerdo debe haber sido celebrado por partes con capacidad de someter sus disputas a arbitramento. Estas consideraciones se agrupan bajo la categoría de arbitrabilidad, y se fundan en la protección del interés general. Lo anterior en oposición al requisito de validez del consentimiento, que busca proteger los intereses privados de las partes al acuerdo arbitral (...)» (traducción libre). Emmanuel Gaillard y John Savage (eds.): *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999.

Aunque el arbitraje tiene antecedentes más remotos en la historia de Colombia⁵, la Ley 105 de 1890, en los artículos 307 a 322, reguló el juicio por arbitramento como un mecanismo al que podían acudir las «*personas capaces de transigir*» antes o después de la iniciación del pleito. Posteriormente, la Ley 103 de 1923 y la Ley 105 de 1931 (antiguo Código de Procedimiento Civil) regularon el arbitraje en términos similares a los de la Ley 105 de 1890 (título XLVII, artículos 1214 y ss.). A su turno, el artículo 12 de la Ley 28 de 1931 autorizó a las Cámaras de Comercio para «*servir de tribunales del comercio para resolver como árbitro o amigable componedor las diferencias que ocurran entre comerciantes*».

En 1970 se expidió el Decreto 1400, Código de Procedimiento Civil vigente para la época del contrato, el cual contenía una regulación sobre arbitraje que fue reproducida por el Decreto 410 de 1971, actual Código de Comercio. A través de estos códigos, se reguló en extenso el arbitraje y se estableció el recurso de anulación contra laudos arbitrales, como un mecanismo de control judicial.

La Constitución de 1991 se ocupó de la institución arbitral, al señalar en el artículo 116 que «*los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley*».

En desarrollo de esta norma constitucional, el numeral 3º del artículo 13 de la Ley 270 de 1996 (Ley Estatutaria de Administración de Justicia-LEAJ) dispuso –antes de la modificación introducida por la Ley 1285 de 2009– que:

*Ejercen función jurisdiccional de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política: 3. Los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, **en asuntos susceptibles de transacción**, de conformidad con los procedimientos señalados en la ley. Tratándose de arbitraje, las leyes especiales de cada materia establecerán las reglas del proceso, sin perjuicio de que los particulares puedan acordarlas. Los árbitros, según lo determine la ley, podrán proferir sus fallos en derecho o en equidad.* (Negrillas por fuera del texto).

⁵ En nuestra legislación las referencias al arbitraje son remotas, llegando incluso a mencionarse en los inicios de la República como método de solución de conflictos. En efecto, el artículo 111 de la Ley 1ª del 14 de octubre de 1821, sobre organización de los tribunales y juzgados, disponía que «*no se podrá entablar pleito alguno escrito en los negocios civiles, o por injurias, sin que se haga constar que se ha instaurado el medio de la conciliación o arbitramento*». Así mismo, en la redacción original de los artículos 2652 y 2661 del Código Civil de 1873 se hizo referencia expresa a que las decisiones de los árbitros estarían sujetas a registro.

El contenido de este artículo fue incorporado en el artículo 111 de la Ley 446 de 1998, que abordó el tema del arbitraje, de la siguiente manera:

*El arbitraje es un mecanismo por medio del cual las partes involucradas **en un conflicto de carácter transigible**, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral.* (Negrillas por fuera del texto).

El artículo 115 del Decreto 1818 de 1998 compiló esta norma (art. 111 de la Ley 446 de 1998) para señalar –nuevamente– que el arbitraje únicamente podría aplicarse para solucionar conflictos de carácter «*transigible*». Por ello, para ese momento, los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, que surgieran de la voluntad de las partes y cuyas decisiones tienen efectos de cosa juzgada, como el arbitraje, estaban limitados al conocimiento de asuntos susceptibles de transacción.

Sin embargo, con la reforma introducida en el año 2009, se eliminó la referencia que traía la norma original (numeral 3º del artículo 13 de la Ley 270 de 1996), según la cual, la competencia de los árbitros se limitaba a los asuntos «*susceptibles de transacción*». En efecto, el artículo 6 de la Ley 1285 de 2009, que modificó el artículo 13 de la Ley 270 de 1996, estableció que «*Ejercen función jurisdiccional de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política: (...) Los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en los términos que señale la ley (...)*»⁶.

Finalmente, fue proferida la Ley 1563 de 2012, que en su primer artículo definió la «*arbitrabilidad*» –en el ámbito del arbitraje nacional– de la siguiente manera: «*El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de **libre disposición** o aquellos que la ley autorice*» (negrillas por fuera del texto).

Nótese, entonces, que con la promulgación del actual estatuto arbitral se fijaron dos límites al concepto de arbitrabilidad en el contexto del arbitraje nacional: *i)* los árbitros solo pueden conocer conflictos relativos a asuntos de «*libre disposición*» y

⁶ La Corte Constitucional, en sentencia C-014 de 2010, señaló: «*El que los asuntos susceptibles de transacción sean los únicos que pueden someterse a la justicia arbitral es tema que le compete al legislador determinar. Este puede decidir que ello sea así, o decidir que tal criterio desaparezca del ordenamiento jurídico como delimitador de la competencia de la justicia arbitral, tal y como lo hizo en la Ley 1285 de 2009, avalada en este punto por la Corte Constitucional. Y lo puede hacer de dos maneras: de forma general y abstracta, como lo hizo en el artículo 6º de dicha Ley, o en casos puntuales, definiendo que un determinado asunto es o no transigible*» [fundamento jurídico 3.4.1].

ii) el conocimiento de un asunto por parte de los árbitros puede estar autorizado directamente por una ley.

No puede pasarse por alto la diferencia en la redacción del artículo 111 de la Ley 446 de 1998 arriba mencionada, que limitaba la competencia de los árbitros a la resolución de conflictos de carácter *«transigible»*, de aquella utilizada en la Ley 1563 de 2012 (arts. 1 y 40) que trae la expresión, como restricción a la competencia arbitral, asuntos de *«libre disposición»*.

Al consultar la historia fidedigna de la Ley 1563 de 2012, se encuentra que la intención del legislador fue ampliar los asuntos que podrían llevarse al arbitraje, *«al someter a la decisión de los árbitros no solo aquellos asuntos que por su naturaleza sean transigibles, sino también los que por ley se defina que puedan ser dirimidos por el arbitraje, sean o no de carácter transigible»*⁷. Pareciera, entonces, ser más amplia y flexible esta última disposición (*«asuntos de libre disposición»*) y se distancia un tanto de las estrictas disposiciones aplicables a la transacción.

7. Dado que el artículo 111 de la Ley 446 de 1998 –vigente cuando se perfeccionó la oferta mercantil n°. ESSAG-02-2008– limitó el conocimiento de los árbitros a aquellas materias *«susceptibles de transacción»*, es conveniente hacer algunas precisiones sobre este concepto. Además, para efectos de la existencia, validez, aplicación e interpretación de la cláusula compromisoria, esta normativa (Ley 446 de 1998 y Decreto 1818 de 1998) es la aplicable, según lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887.

Los asuntos *«transigibles»* y la nulidad absoluta de los contratos por objeto o causa ilícitos

8. En el derecho comparado la mayoría de las legislaciones sobre arbitraje definieron el ámbito de lo *«arbitrable»* refiriéndose a conceptos del derecho común⁸ y, como acaba de verse, esto también sucedió en el derecho colombiano.

⁷ Informe de ponencia segundo (cuarto) debate proyecto de Ley 176 de 2011, Cámara de Representantes, 18 de 2011 y Senado de la República, Gaceta 321 de 2012.

⁸ A manera de ejemplo, pueden consultarse (algunas ya derogadas o modificadas): i) ley alemana de arbitraje (Ley de 1998 que modificó el Código Procesal Civil; art. 1030.1); ii) ley boliviana de arbitraje de 1997 (art. 3); iii) ley brasileña de arbitraje de 1996 (art. 1); iv) ley de arbitraje de la República Popular China de 1995 (art. 2); v) ley de arbitraje de Costa Rica de 1998 (art. 18); vi) ley española de arbitraje de 1988 (art. 1); vii) Código Civil francés (art. 2059) y viii) Ley inglesa de arbitraje de 1996 (art. 1.b), entre otras.

La doctrina especializada ha explicado –en el contexto del arbitraje nacional– que el concepto de «arbitrabilidad» –hasta antes de la expedición de la ley 1285 de 2009– se limitaba a los asuntos transigibles⁹. Así mismo, serían transigibles aquellos derechos sobre los cuales su titular goza de la libre disposición¹⁰. Por lo mismo, el concepto de «transigibilidad» –para el momento en que se celebró la cláusula arbitral– suponía un límite al conocimiento de los árbitros.

La transacción es definida en el artículo 2469 del CC como «*un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual*». La función principal de la transacción es la de resolver las controversias reales y potenciales entre las partes. Consiste en un instrumento jurídico que permite resolver una controversia actual o futura sin necesidad de recurrir a la autoridad jurisdiccional¹¹. Para que opere la transacción es necesario: «*i) que haya un derecho dudoso o una relación jurídica incierta; ii) que las partes tengan la voluntad de modificar esa relación incierta, por una cierta y firme y iii) que las partes hagan concesiones recíprocas*»¹².

Es por ello que desde la doctrina se ha indicado, frente al primer elemento de la transacción, que «*[u]n derecho dudoso y la certeza que las partes tienen de poder balancear y arreglar sus intereses, son los caracteres que distinguen y que constituyen la naturaleza de este contrato. Mejor es decir que son la esencia de la transacción, pues si el derecho estuviera seguro, no habría motivo jurídico para transigir, la transacción no tendría objeto; de donde se sigue que estaría fuera de lugar, y en consecuencia resultaría inexistente*».¹³ También señala la doctrina que la certeza de un posible conflicto debe analizarse desde el punto de vista subjetivo, esto es, a partir de la mera duda de alguna de las partes de que el objeto de la transacción puede llegar a convertirse en una disputa¹⁴.

9. Las disposiciones que regulan el contrato de transacción establecen las materias que no pueden ser objeto de este tipo de acuerdos jurídicos. Así, el

⁹ Bejarano Guzmán, *Procesos declarativos, ejecutivos y arbitrales*, Temis, quinta edición, 2011, p. 460.

¹⁰ Silva Romero, Eduardo, El arbitraje examinado a la luz del derecho de las obligaciones, en Silva Romero Eduardo (editor) y Mantilla Espinosa, Fabricio (coordinador), *El contrato de arbitraje*, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y Legis, 2005, p. 23.

¹¹ Rozo Sordini, Paolo E. (2011). La novación objetiva y la transacción en el código Civil Italiano. En *Revista de Derecho Privado* No. 20. Bogotá: Revistas Universidad Externado de Colombia. pp. 131-144

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 12 de abril de 2023, rad. n°. 67563 [fundamento Jurídico 3].

¹³ Laurent, François. (1920). *Principios de Derecho Civil*, Segunda Edición. Habana: Editorial Juan Buxó. p. 348.

¹⁴ Rojina Villegas, Rafael. (2001). *Compendio de Derecho Civil IV*. Contratos. Vigésima Séptima edición. México: Editoriales Porrúa. pp. 36-42.

artículo 2472 del Código Civil establece que no se puede transigir sobre una acción penal, pero sí sobre la acción civil derivada de un delito. El artículo 2473 prohíbe transigir sobre el estado civil de las personas. El artículo 2474 establece limitaciones y requisitos para las transacciones sobre alimentos futuros que se deban por ley. Además, el artículo 2475 invalida las transacciones sobre derechos ajenos o inexistentes, lo que concuerda con el artículo 2470, que dispone que solo puede transigir quien tenga capacidad de disponer de los objetos comprendidos en la transacción.

Sobre este último punto, se suele repetir que la eventual nulidad de una estipulación por objeto o causa ilícitos no puede someterse a arbitraje, ya que no es una materia disponible para las partes. Sin embargo, valga precisar que el artículo 2470 del Código Civil se refiere a la disposición de objetos, por lo que requiere que la parte sea titular de los mismos y esté legalmente habilitada para enajenarlos (arts. 1503 y 1504 del CC). Con lo cual no existe una verdadera prohibición para que las partes puedan disponer de los mismos ni siquiera cuando sobre ellos recaiga una nulidad por objeto o causa ilícitos.

Es importante observar que las normas que establecen los límites a la transacción o que definen las materias que pueden someterse a este tipo de actos jurídicos no prevén en ningún caso que las disputas relativas a la nulidad de los contratos estén excluidas del ámbito de la transacción. Por el contrario, el legislador estableció disposiciones que indican que los árbitros, al igual que los jueces institucionales, pueden conocer de las nulidades de los negocios jurídicos, inclusive aquellas generadas por objeto o causa ilícitos.

El artículo 20 del Decreto 2651 de 1991 –que inicialmente fue una norma transitoria de descongestión judicial y que se convirtió en legislación permanente con el artículo 162 de la Ley 446 de 1998¹⁵–, ordenaba aplicar el inciso 3º del artículo 306 del CPC en el laudo arbitral. A su vez, el referido numeral (3º del artículo 306 del CPC) establecía que *«cuando se proponga la excepción de nulidad o la de simulación del acto o contrato del cual se pretende derivar la relación debatida en el proceso, el juez se pronunciará expresamente en la sentencia sobre tales figuras (...)»*. Como se puede ver, las normas transcritas

¹⁵ El artículo 162 de la Ley 446 de 1998 fue derogado por el artículo 118 de la Ley 1563 de 2012.

otorgaron a los árbitros la facultad específica de decidir y examinar toda clase de nulidades, sin ninguna excepción.

10. En la misma línea, la jurisprudencia se ha ocupado de las características del arbitraje y, en particular, del concepto de «*arbitrabilidad*». Con fundamento en argumentos como los aquí expuestos, sentencias judiciales, decisiones arbitrales, y numerosa doctrina nacional ratificaron la competencia de los tribunales arbitrales para conocer y decidir sobre nulidades absolutas por objeto o causa ilícitos, al abordar el tema de la «*transigibilidad*».

La jurisprudencia constitucional ha definido claramente que el arbitramento tiene límites materiales, en el sentido de que no todos los asuntos se pueden someter a la decisión de los árbitros. En términos generales, únicamente se pueden sujetar a este tipo de procedimiento los asuntos de naturaleza «*transigible*», que pueden ser objeto de libre disposición, negociación o renuncia por las partes en conflicto y, en consecuencia, se incluyen dentro de la órbita de su voluntad¹⁶. Así, en sentencia C-294 de 1995¹⁷, al analizar el contenido del artículo 116 de la Constitución, la Corte Constitucional reiteró la tendencia de la legislación nacional sobre la materia y ratificó que la «*arbitrabilidad*» estaba condicionada a los asuntos «*susceptibles de transacción*».

En esa misma dirección, esta Corporación ha indicado que el arbitraje constituye un mecanismo que se deriva de la autorización constitucional y legal, que faculta a las partes a diferir la solución de un conflicto a uno o varios particulares, investidos transitoriamente de la función jurisdiccional (artículo 116 CN y artículo 115 del Decreto 1818 de 1998 –hoy artículo 1 de Ley 1563 de 2012–)¹⁸.

¹⁶ Ver Corte Constitucional, sentencia C-431 de 1995 [fundamento jurídico 4.6]; sentencia C-242 de 1997 [fundamento jurídico 5]; sentencia C-098 de 2001 [fundamento jurídico 4] y sentencia SU-174 de 2007 [fundamento jurídico 3].

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-294 de 1995 [fundamento jurídico 4]: «*Lo dispuesto por los artículos 15 y 16 del Código Civil explica por qué el artículo 1º del decreto 2279 de 1989, establece: "Podrán someterse a arbitramento las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir o vinculadas con uno o varios fideicomisos mercantiles. El arbitramento puede ser en derecho, en conciencia o técnico". Esto excluye del pacto arbitral, que según el artículo 2º del mismo decreto comprende la cláusula compromisoria y el compromiso, todas aquellas controversias que versen sobre cuestiones no susceptibles de transacción, o entre incapaces. Conviene tener presente que, según el artículo 2470 del Código Civil "No puede transigir sino la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción". Y que, de conformidad con el 2473 del mismo Código, "No se puede transigir sobre el estado civil de las personas"*».

¹⁸ Sobre las características del arbitraje y el concepto de «*arbitrabilidad*», ver Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 8 de junio de 2006, rad. n°. 32398 [fundamento jurídico 2.1]. En similar sentido, sentencia de 23 de febrero de 2000, rad. n°. 16394 [fundamento jurídico 3.2] y sentencia de 23 de agosto de 2001, rad. n°. 19090 [fundamento jurídico 3].

Respecto de la facultad de los árbitros para pronunciarse sobre las nulidades absolutas de los contratos, resulta relevante el tránsito jurisprudencial al interior de esta Corporación. Inicialmente, el Consejo de Estado adoptó una posición contraria, es decir, señaló que los árbitros no podían resolver sobre la nulidad o legalidad del contrato, porque ello correspondía al juez del contrato¹⁹. Posteriormente, con ocasión del artículo 118 del Decreto 1818 de 1998 – introducido por el artículo 111 la Ley 446 de 1998–, esta Sección cambió de postura y reconoció que los árbitros podían pronunciarse sobre la nulidad de los contratos²⁰, criterio que desde entonces ha sido mayoritario.

En efecto, en cuanto a los límites de la justicia arbitral, esta Sección precisó que *«es posible concluir que el legislador estableció, por una parte, como regla general, que pueden ser objeto de arbitramento los asuntos transigibles y, por otra, como regla especial, que los tribunales de arbitramento pueden pronunciarse sobre la validez y existencia de los contratos»*²¹. Concluyó, entonces, que sería un contrasentido establecer la autonomía de la cláusula compromisoria respecto de la validez del contrato, si no se autoriza, al mismo tiempo, la posibilidad que tienen los tribunales de arbitramento para decidir sobre ella. Al efecto, esta Sección se pronunció de la siguiente manera:

*Podría pensarse, en principio, que uno de los asuntos sobre los cuales carecen de competencia los tribunales de arbitramento para pronunciarse, por tratarse de un asunto no transigible, es la validez y existencia de los contratos; sin embargo, no debe perderse de vista que, como se dijo, el Constituyente de 1991 prescribió que "[l]os particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en 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**".(Destaca la Sala).*

Así las cosas, es necesario analizar la regulación que, sobre la materia específica, existe.

(...) En desarrollo de la facultad mencionada, esto es, la de limitar la competencia de los tribunales de arbitramento, el legislador estableció, en el art. 116 de la Ley 446 de 1998, lo siguiente (...)

La norma transcrita, de manera expresa, determinó algunas de las materias sobre las cuales el legislador consideró que se podían pronunciar los Tribunales de Arbitramento; en efecto, estableció que los tribunales de arbitramento pueden conocer procesos en los cuales se debata la existencia y validez del contrato. Así,

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 15 de mayo de 1997, rad. n°. 12676 [fundamento jurídico 1] con SV. El fundamento del auto es el siguiente: *Si bien el contrato tiene cláusula compromisoria, su alcance está bien definido, o sea para resolver las controversias que se susciten como consecuencia de las obligaciones contenidas en el mismo; pero nunca para resolver sobre su legalidad o nulidad, porque este aspecto es del conocimiento exclusivo del juez del contrato. No puede olvidarse que cuando los árbitros actúan parten del supuesto de la validez del convenio que contiene la cláusula compromisoria (...).* En tomo copiator, mayo de 1997, pp. 399-406.

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de abril de 2002, rad. n°. 20356 [fundamento jurídico c.3].

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 14 de agosto de 2003, rad. n°. 24344 [fundamento jurídico 1].

la ley expresamente faculta a los árbitros para pronunciarse sobre las materias mencionadas.

La disposición no admite inteligencia distinta; no solo porque sus términos son absolutamente claros en el sentido de que "podrán someterse al procedimiento arbitral los procesos en los cuales se debatan la existencia y la validez del contrato", sino porque sería un contrasentido consagrar la autonomía de la cláusula compromisoria respecto de la validez del contrato, si no se autorizara, al mismo tiempo, la posibilidad que tienen los tribunales de arbitramento para decidir sobre ella.

(...) Luego, si es el legislador quien tiene la potestad para determinar cuáles son las materias que pueden ser objeto de decisión arbitral, y es él quien, en el caso de la validez de los contratos, decide impartir autorización a los tribunales de arbitramento para que se pronuncien sobre su existencia y validez, no hay duda de la competencia que ostentan sobre este aspecto concreto²².

11. Las decisiones arbitrales tampoco han sido ajenas a este asunto²³ y, en particular, como antecedente de la competencia de los árbitros resulta relevante la decisión adoptada el 8 de noviembre de 2004 por un tribunal de arbitramento que declaró la nulidad parcial de la cláusula compromisoria, por establecer una forma «ilegal» de designar los árbitros. Al desatar el recurso interpuesto contra la decisión de declarar la nulidad parcial de la cláusula compromisoria, los árbitros confirmaron su decisión, para lo cual señalaron que:

*El tribunal al asumir competencia provisional para los fines de su instalación, queda investido de las facultades de juez con competencia para sanear cualquier vicio que ab initio advierte la actuación. Sostener lo contrario conduciría al equivocado camino de obligar al tribunal a que adoptara decisiones ilegales a sabiendas de ello (...) **sabido es que de acuerdo con el parágrafo del artículo 116 de la Ley 446 de 1998, los árbitros tienen facultad legal para pronunciarse sobre la invalidez total o parcial de la cláusula compromisoria**, de manera independiente a la suerte que pueda correr el contrato que la contiene, sin que la decisión adoptada merezca reproche alguno²⁴.*

En similar sentido, en laudo de 24 de septiembre de 2001, un tribunal arbitral precisó que «la posibilidad de pronunciamiento del tribunal sobre esta materia (nulidad absoluta) no se halla vedada con apoyo en el argumento de que la parte final del antedicho artículo 1742 impide el saneamiento de la nulidad absoluta por objeto o causa ilícitos, pues si bien ello es así, no significa que la controversia deje de ser transigible y, por ende, no pueda someterse a arbitramento. Así, pues, el concepto de posibilidad de transacción ha de analizarse en función de lo

²² Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 14 de agosto de 2003, rad. n°. 24344 [fundamento jurídico 1].

²³ Cámara de Comercio de Bogotá, Tribunal de Arbitramento de Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. vs. Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P., laudo arbitral del 21 de octubre de 2004; Tribunal de Arbitramento de Compañía de Servicios Funerarios vs. UCN Sociedad Fiduciaria S.A. y Daewoo Corporation, laudo arbitral del 10 de abril de 2001 y Tribunal de Arbitramento de Arinco vs. Fondo Aeronáutico Nacional, laudo arbitral del 17 de febrero de 1994.

²⁴ Cámara de Comercio de Bogotá, Tribunal de Arbitramento de Cursor Construcciones Ltda. en liquidación vs. Gas Natural S.A., decisión del 8 de noviembre de 2004.

comprendido por el objeto del pacto arbitral (arbitrabilidad) y no de las alegaciones o defensas que se introduzcan con motivo de la controversia»²⁵.

12. Por su parte, la doctrina²⁶ ha explicado que *«una reglamentación de orden público no excluye, necesariamente, la arbitrabilidad de la materia, salvo norma expresa en contrario (...) se pueden perfectamente someter al arbitraje asuntos regulados por normas de orden público»*, dado que el juez, como el árbitro, es *«por disposición legal, el verdadero guardián del orden público»²⁷.*

13. A partir de este recuento normativo, y de la aceptación de su procedencia en aquellos asuntos susceptibles de transacción o aquellos que la ley autorice, en vigencia de la Ley 446 de 1998, se precisó el alcance del concepto de *«arbitrabilidad»* teniendo en cuenta los parámetros señalados por la jurisprudencia. Así las cosas, es viable aseverar que la facultad de los árbitros de pronunciarse sobre las pretensiones relacionadas con la eventual existencia de nulidades, incluso por objeto o causa ilícitos, existe de tiempo atrás y no ha sido derogada.

El artículo 20 del Decreto 2651 de 1991²⁸ ordenaba a los árbitros pronunciarse sobre las nulidades planteadas ante ellos en los mismos términos que lo hacen los jueces institucionales, de acuerdo con lo previsto en el inciso 3º del artículo 306 del CPC²⁹. Dicha facultad fue confirmada y precisada por el párrafo del artículo 116 de la Ley 446 de 1998³⁰ y 146³¹ y 147.2³² del Decreto 1818 de 1998 –vigentes

²⁵ Cámara de Comercio de Bogotá, Tribunal de Arbitramento de Fidubanco vs. Compañía Urbanizadora López y Suárez Ltda., laudo arbitral del 24 de septiembre de 2001.

²⁶ Sobre la competencia de los árbitros para decidir nulidades absolutas ver: Palacio Jaramillo, María Teresa, *La competencia arbitral en materia de contratos estatales*, en *La práctica de litigio arbitral*, Tomo II, Vol. I, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá, 2017, pp. 254-257; Bejarano Guzmán, Ramiro, *Procesos declarativos, ejecutivos y arbitrales*, quinta edición, Temis, Bogotá, 2011, p. 479 y Suescún Melo, Jorge, De las facultades de los árbitros para interpretar y aplicar normas de orden público en Silva Romero Eduardo (editor) y Mantilla Espinosa, Fabricio (coordinador), *El contrato de arbitraje*, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y Legis, 2005, p. 241.

²⁷ Mantilla Espinosa, Fabricio, Los límites al consentimiento en el pacto arbitral, en Silva Romero Eduardo (editor) y Mantilla Espinosa, Fabricio (coordinador), *El contrato de arbitraje*, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y Legis, 2005, p. 241.

²⁸ ARTÍCULO 20. *En el laudo se dará aplicación al inciso 3º., del artículo 306 del Código de Procedimiento Civil.*

²⁹ ARTÍCULO 306. RESOLUCION SOBRE EXCEPCIONES. *Cuando se proponga la excepción de nulidad o la de simulación del acto o contrato del cual se pretende derivar la relación debatida en el proceso, el juez se pronunciará expresamente en la sentencia sobre tales figuras, siempre que en el proceso sean parte quienes lo fueron en dicho acto o contrato; en caso contrario, se limitará a declarar si es o no fundada la excepción.*

³⁰ ARTÍCULO 116. CLÁUSULA COMPROMISORIA. PARÁGRAFO. *La cláusula compromisoria es autónoma con respecto de la existencia y la validez del contrato del cual forma parte. En consecuencia, podrán cometerse <sic> al procedimiento arbitral los procesos en los cuales se debatan la existencia y la validez del contrato y la decisión del tribunal será conducente aunque el contrato sea nulo o inexistente.*

³¹ ARTÍCULO 146. *Si del asunto objeto de arbitraje, estuviere conociendo la justicia ordinaria, el Tribunal solicitará al respectivo despacho judicial, copia del expediente. Al aceptar su propia competencia, el Tribunal informará, enviando las copias correspondientes y, en cuanto lo exija el alcance del pacto arbitral de que se*

al momento de la celebración del contrato—. Esas normas prescribieron expresamente la autonomía de la cláusula arbitral y el principio de Kompetenz-Kompetenz, despejando cualquier duda sobre la capacidad de los árbitros para conocer de las pretensiones y de las excepciones relacionadas con la existencia y validez de los contratos y de la misma cláusula compromisoria.

Ahora bien, como lo aquí expuesto encuentra sustento en los principios de la autonomía de la cláusula arbitral y Kompetenz-Kompetenz, la Sala pasa a realizar algunas precisiones sobre estas dos instituciones y su relevancia en el caso concreto.

La autonomía de la cláusula compromisoria

14. En el contexto internacional, el reconocimiento y aceptación general de la autonomía de la cláusula compromisoria se evidencia en el artículo 16 del parágrafo 1° de la Ley Modelo de la CNUDMI:

El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso jure la nulidad de la cláusula compromisoria.

En esta misma línea, en el artículo 6.9 del Reglamento de Arbitraje de la ICC³³; el artículo 21.2 del Reglamento de la ICDR³⁴ y el artículo 23.1 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI³⁵ se reconoce expresamente la autonomía de la cláusula compromisoria.

trate, el juez procederá a disponer la suspensión. El proceso judicial se reanudará si la actuación de la justicia arbitral no concluye con laudo ejecutoriado. Para este efecto, el Presidente del Tribunal comunicará al despacho respectivo el resultado de la actuación.

³² ARTÍCULO 147. La primera audiencia de trámite se desarrollará así: 2. El Tribunal resolverá sobre su propia competencia mediante auto que sólo es susceptible de recurso de reposición.

³³ Salvo estipulación en contrario y siempre y cuando haya admitido la validez del acuerdo de arbitraje, el tribunal arbitral no perderá su competencia por causa de pretendida nulidad o inexistencia del contrato. El tribunal arbitral conservará su competencia, aun en caso de inexistencia o nulidad del contrato, para determinar los respectivos derechos de las partes y decidir sobre sus pretensiones y alegaciones.

³⁴ El Tribunal estará facultado para resolver sobre la existencia o validez del contrato del cual forme parte la cláusula de arbitraje. Esa cláusula de arbitraje será tratada como un acuerdo independiente de los demás términos del contrato. La decisión del tribunal que declara nulo el contrato no invalidará, por esa razón, la cláusula de arbitraje.

³⁵ El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, así como acerca de toda excepción relativa a la existencia o a la validez de un acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso jure la nulidad de la cláusula compromisoria.

15. En el contexto nacional, el párrafo único del artículo 116 de la Ley 446 de 1998 –compilado por el párrafo del artículo 118 del Decreto 1818 de 1998 (hoy artículo 5 de la Ley 1563 de 2012)– era claro en disponer que la inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato no afecta la cláusula compromisoria³⁶. En consecuencia, la autonomía de la cláusula compromisoria impone que el pacto arbitral sea considerado de manera independiente al contrato que le dio origen³⁷.

La Corte Constitucional, al declarar exequible el párrafo del artículo 116 de la Ley 446 de 1998 –recopilado en el párrafo del artículo 118 del Decreto 1818 de 1998– según el cual la cláusula compromisoria es autónoma con respecto a la existencia y la validez del contrato del cual forma parte, subrayó que como el legislador confirió un carácter autónomo a la cláusula compromisoria –al no tener un carácter accesorio– no sigue la suerte de lo principal³⁸.

16. Es importante destacar que la autonomía de la cláusula compromisoria se refleja en situaciones en las cuales, aun si el contrato principal termina por mutuo acuerdo, el pacto arbitral seguirá vigente, ya que el derecho de acción no se extingue mientras subsistan derechos y obligaciones. En el mismo sentido, si el contrato principal termina por novación, incluso el pacto arbitral podría subsistir, según los términos específicos del acuerdo de novación, toda vez que, según lo dicho, el pacto arbitral es independiente del contrato principal. De manera similar, si la terminación del contrato ocurre por una transacción, subsistirá el pacto arbitral, a menos que se renuncie expresamente al convenio arbitral.

Por ello, la autonomía de la cláusula compromisoria no solo habilita a los árbitros para pronunciarse sobre la existencia y validez del contrato, sino que también permite que, aun cuando se declare la nulidad del contrato, la cláusula compromisoria conserve su validez. Se trata de dos negocios jurídicos distintos. Dicha autonomía, reconocida expresamente en la normativa vigente al momento de celebrarse el contrato, habilita a los árbitros para conocer y decidir cualquier causal de nulidad que se invoque relativa al negocio jurídico o a la cláusula misma.

El principio Kompetenz-Kompetenz

³⁶ La Corte Constitucional determinó la constitucionalidad de esa disposición (contenida en el artículo 116 de la Ley 446 de 1998) mediante sentencia C-248 de 1999, reafirmando así la existencia de ese postulado en el ordenamiento jurídico colombiano.

³⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 1 de agosto de 2002, Rad. n°. 21.041 [fundamento jurídico 3].

³⁸ Corte Constitucional, sentencia C-248 de 1999 [fundamento jurídico 2].

17. Ahora bien, el principio de Kompetenz-Kompetenz tiene su origen en la doctrina alemana conocida como Kompetenz-Kompetenz Klausel, según la cual, el árbitro resuelve su propia competencia sin intervención previa del juez institucional.

En el ámbito internacional, el principio de Kompetenz-Kompetenz cuenta con un amplio reconocimiento y aceptación. Es así, por ejemplo, que el artículo 23 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI dispone:

1. El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, así como acerca de toda excepción relativa a la existencia o a la validez de un acuerdo de arbitraje (...)

2. La excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación o, con respecto a una reconvencción o a una demanda a efectos de compensación, en la réplica a esa reconvencción o a la demanda a efectos de compensación.

3. El tribunal arbitral podrá decidir sobre las excepciones a que se hace referencia en el párrafo 2 como cuestión previa o en un laudo sobre el fondo (...)

Así mismo, el principio de Kompetenz-Kompetenz se encuentra en el artículo 6 numeral 3 y 4 del Reglamento de Arbitraje de la ICC³⁹; el artículo 21.1 del Reglamento de la ICDR⁴⁰ y el artículo 16.1 de la Ley Modelo de la CNUDMI en los mismos términos ya transcritos. En la misma línea, el artículo 8.1 de la Ley Modelo de Unictal⁴¹ reconoce el efecto negativo del principio de Kompetenz-Kompetenz.

18. En el contexto nacional, para la época en la que se celebró el contrato – diciembre de 2008–, el postulado de Kompetenz-Kompetenz estaba previsto en

³⁹ (...) 3. Si una parte contra la cual se haya formulado una demanda no presenta una Contestación, o si cualquiera de las partes formula una o varias excepciones relativas a la existencia, validez o alcance del acuerdo de arbitraje o a si todas las demandas formuladas en el arbitraje pueden ser determinadas conjuntamente en un solo arbitraje, el arbitraje proseguirá y toda cuestión de jurisdicción o relativa a si las demandas pueden ser determinadas conjuntamente en tal arbitraje serán decididas directamente por el tribunal arbitral, a menos que el Secretario General refiera el asunto a la Corte para su decisión conforme al Artículo 6.4.

(...) 4. En todos los casos referidos a la Corte bajo el Artículo 6(3), la Corte decidirá si y en qué medida el arbitraje proseguirá. El arbitraje proseguirá si y en la medida en que la Corte estuviere convencida, prima facie, de la posible existencia de un acuerdo de arbitraje de conformidad con el Reglamento (...).

⁴⁰ El tribunal arbitral está facultado para decidir sobre su propia jurisdicción, incluyendo cualesquiera objeciones con respecto a la arbitrabilidad, existencia, alcance o validez del (de los) acuerdo(s) de arbitraje, o en relación con si todas las demandas, reconvencciones, y compensaciones pueden ser resueltas en un sólo arbitraje, sin necesidad de que dicho asunto sea referido a un tribunal judicial previamente.

⁴¹ El tribunal al que se somete un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible (...).

los artículos 146 y 147.2 del Decreto 1818 de 1998 (hoy en el artículo 29 de la Ley 1563 de 2012). El artículo 146 disponía que:

Si del asunto objeto de arbitraje, estuviere conociendo la justicia ordinaria, el Tribunal solicitará al respectivo despacho judicial, copia del expediente. Al aceptar su propia competencia, el Tribunal informará, enviando las copias correspondientes y, en cuanto lo exija el alcance del pacto arbitral de que se trate, el juez procederá a disponer la suspensión. El proceso judicial se reanudará si la actuación de la justicia arbitral no concluye con laudo ejecutoriado. Para este efecto, el Presidente del Tribunal comunicará al despacho respectivo el resultado de la actuación.

A su vez, de conformidad con el artículo 147.2 «*El Tribunal resolverá sobre su propia competencia mediante auto que sólo es susceptible de recurso de reposición*».

19. En términos generales, el principio de Kompetenz-Kompetenz implica que la justicia arbitral tiene una prioridad temporal respecto de la justicia estatal para dirimir toda controversia relativa a la existencia, la validez y el alcance del contrato de arbitraje⁴². Según lo expuesto, el principio de Kompetenz-Kompetenz tiene su origen en la ley, con lo cual se trata de un asunto de legalidad⁴³. No obstante, es importante precisar que, aun cuando tiene fundamento legal, el principio de Kompetenz-Kompetenz se deriva de la existencia de una cláusula compromisoria, porque de lo contrario, es decir, en caso de no haberse pactado, tal principio no resultaría aplicable.

La importancia que reviste este principio puede explicarse de distintas maneras, toda vez que permite a los árbitros resolver cualquier diferencia relativa a la cláusula compromisoria, inclusive, sobre la afirmación que realice alguna de las partes acerca de la existencia o nulidad del pacto arbitral. Lo contrario, es decir, no reconocer los efectos de este postulado, acarrearía inevitablemente restarle eficacia al pacto entre las partes y al arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos.

Ahora bien, se ha reconocido que el principio de Kompetenz-Kompetenz se

⁴² Silva Romero, Eduardo, Breves observaciones sobre el principio “Kompetenz-Kompetenz”, *El contrato de arbitraje*, Mantilla Espinosa, Fabricio y Silva Romero, Eduardo (editores), Colegio Mayor de nuestra Señora del Rosario y Legis, 2005, Bogotá.

⁴³ Figueroa Valdés Juan Eduardo, *La autonomía de los árbitros y la intervención judicial*, en Revista Arbitraje, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014, pág. 76. En similar sentido, Park William, W. *An Arbitrator's Jurisdiction to Determine Jurisdiction*, report presented at 18 th, ICCA Congress, Montreal May-June 2006.

compone de dos facetas⁴⁴. Por una parte, el efecto positivo y, por otra, el efecto negativo. El primero, es decir, el efecto positivo, significa que el árbitro tiene el poder inherente para determinar su propia jurisdicción con fundamento en el acuerdo de arbitraje. El efecto negativo, por su parte, supone que los jueces institucionales deben declararse incompetentes para resolver las controversias sobre la existencia, la validez y el alcance del contrato de arbitraje antes de que el árbitro resuelva sobre su competencia o jurisdicción.

Sobre la extensión de la competencia del árbitro para decidir sobre su propia jurisdicción, es decir, sobre el efecto positivo, la doctrina señala que consiste en revisar: «i) Si existe un acuerdo de arbitraje válido, esto es, si cumple con los requisitos de existencia y validez; ii) Si la extensión del acuerdo de arbitraje incluye o cubre la disputa; iii) Si el acuerdo de arbitraje comprende a las personas o sociedades involucradas en el conflicto; iv) Si el árbitro goza de ciertas facultades, por ejemplo, para ordenar la acumulación o consolidación de las causas si se trata de distintos contratos; y v) Si el conflicto es arbitrable, materia cuyas limitaciones están dadas en el acuerdo arbitral y en las normas de orden público aplicables»⁴⁵.

Sin perjuicio de lo anterior, en lo que tiene relación con el efecto negativo, es usual que se establezca la posibilidad del examen *prima facie* del pacto arbitral –por parte del juez institucional– de acuerdo con las particularidades del caso. En efecto, en el contexto nacional, la doctrina ha analizado la pregunta de cuál es el control que debe hacer el juez institucional cuando en el proceso judicial se invoca la excepción de cláusula compromisoria, es decir, si simplemente debe verificar *prima facie* la existencia del pacto o si puede entrar a examinar su validez y oponibilidad. Al respecto, precisó que es necesario desentrañar la verdadera intención de las partes y determinar si existe una intención inequívoca de someter las diferencias a arbitraje⁴⁶. En efecto, la doctrina ha señalado lo siguiente:

Como quiera que el juez está obligado a remitir a las partes a arbitraje si hay pacto arbitral, en principio él debe verificar que el pacto exista. Por consiguiente, si ello no es así, no hay obligación de remitir las partes al arbitraje. En todo caso, el juez debe tener en cuenta si existe una voluntad de someter la controversia a arbitraje, pues si ella existe, aunque haya deficiencias de redacción o patologías, salvo que

⁴⁴ Figueroa Valdés Juan Eduardo, *La autonomía de los árbitros y la intervención judicial*, en Revista Arbitraje, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014, págs. 71 y ss.

⁴⁵ *Ibidem*, pág. 74.

⁴⁶ Este problema jurídico fue abordado por la Corte Suprema de Justicia en fallo de 24 de mayo de 2023, rad. n°. STC4826-2023 [fundamento jurídico 2.1].

*ellas sean insalvables, debería remitir a las partes a arbitraje. **Por otra parte, si lo que se invoca es que el pacto es nulo la nulidad debe ser declarada y el competente para ello sería el tribunal arbitral, en la medida en que es uno de los extremos que debe determinar para definir su competencia, por lo cual en principio el juez debería remitir las partes al arbitraje.** Igualmente, cuando exista una discusión acerca del alcance del pacto arbitral, el juez debe remitir a las partes al arbitraje, salvo que sea manifiesto que el pacto arbitral no incluye dicha controversia. (negrilla por fuera del texto)⁴⁷⁴⁸.*

20. De conformidad con lo expuesto, la autonomía de la cláusula compromisoria y el principio de Kompetenz-Kompetenz son distintos y complementarios. Son distintos porque el principio de la autonomía de la cláusula arbitral permite a los árbitros resolver controversias relativas a la existencia y la validez del contrato principal, mientras que el principio de Kompetenz-Kompetenz permite a los árbitros conocer de las controversias relativas a la existencia y validez de la cláusula compromisoria. Son complementarios porque la combinación de los dos principios logra que cualquier argumento esgrimido por alguna de las partes relativo a la existencia y validez del contrato principal o de la cláusula compromisoria pueda ser dirimido, al menos en un primer momento, por los árbitros.

En otras palabras, el principio de autonomía de la cláusula compromisoria supone que los árbitros pueden decidir sobre las disputas relacionadas con la existencia o validez del contrato principal que contiene el convenio de arbitraje. Por su parte, el principio de Kompetenz-Kompetenz implica que la justicia arbitral tiene prioridad temporal respecto de los jueces institucionales para dirimir controversias sobre la existencia, validez y alcance del contrato de arbitraje.

Si ellos no existieran, tratándose de la autonomía, la nulidad del contrato principal acarrearía la nulidad de la cláusula compromisoria, al considerarse este como un acuerdo accesorio. De igual forma, sin el principio de Kompetenz-Kompetenz, cualquier controversia sobre la jurisdicción solo podría ser resuelta por la justicia

⁴⁷ Cárdenas Mejía, Juan Pablo, *Módulo Arbitraje Nacional e Internacional*, Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio, 2019.

⁴⁸ Valga precisar que la interpretación que sobre el artículo 8.1 de la Ley Modelo de Uncitral se ha dado en el contexto internacional, en palabras del profesor Figueroa Valdés, es que la «revisión del convenio arbitral por parte de las cortes debe ser prima facie, ya que los redactores suprimieron una primera propuesta que establecía el control concurrente de las cortes». En Figueroa Valdés Juan Eduardo, *La autonomía de los árbitros y la intervención judicial*, en Revista Arbitraje, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014, pág. 76, citando a Gaillard, Emanuel, *América Latina: De la negativa a la competencia, del tribunal arbitral al efecto negativo del principio de competencia-competencia*, artículo publicado en la obra *Arbitraje Internacional pasado, presente y futuro*, libro en homenaje a Bernardo Cremades e Ives Derains, tomo II, año 2013, Editorial Grández Gráficos S.A.C., Perú. p. 849.

institucional, lo cual iría en contra de la voluntad de las partes de acudir al arbitraje para dirimir sus controversias.

21. Así las cosas, debe concluirse que la jurisdicción y competencia de los árbitros nacionales se encuentra dentro de los límites establecidos por la Constitución y la ley, de manera general, y por la voluntad de las partes, de manera específica. La autonomía de la voluntad es el fundamento sobre el cual se construye el arbitraje. Dado que la institución arbitral surge de un acuerdo entre las partes, dicho acuerdo no puede ser ignorado por el juez institucional. La Constitución y la ley respaldan este origen convencional para que los árbitros puedan conocer y resolver una controversia determinada.

En este orden de ideas, la arbitrabilidad es la norma general, siempre y cuando se haya pactado una cláusula compromisoria. Las restricciones a la autonomía de la voluntad, como las que se encuentran en el artículo 16 del Código Civil, son excepcionales, tal como lo ha señalado la doctrina⁴⁹ al analizar disposiciones similares, como el artículo 6 del Código Civil Francés⁵⁰ y el 21 del Código Civil Argentino⁵¹. Es importante destacar que el propósito de las normas imperativas o de orden público no es hacer que los derechos que confieren sean indisponibles, sino evitar que sean derogados anticipadamente mediante acuerdos entre las partes.

El hecho de que las normas de orden público sean imperativas y no disponibles no implica que los derechos que de allí se derivan sean «*intransigibles*» ni que exista una imposibilidad absoluta de someterlo a arbitraje. Al invocar la nulidad absoluta de un contrato, no se está buscando ir en contra de las normas de orden público, sino más bien garantizar su correcta aplicación dentro del marco de un arbitraje en derecho. El árbitro no pierde su competencia simplemente porque el debate involucre normas de orden público. En estos casos, surge la obligación para él de observar y aplicar dichas normas, ya que las reglas de orden público se imponen tanto al árbitro como al juez, lo que significa que aquel puede y debe hacerlas valer en el proceso.

⁴⁹ Belluscio, Augusto C. y Zannoni, Eduardo A. *Código Civil anotado*. Ed. Astrea, Cuarta reimpresión, Buenos Aires, 1993, p. 102, con Cita de Capitant.

⁵⁰ Art. 6. *On ne peut déroger, par des Conventions Particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs.*

⁵¹ Art. 21. *Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres.*

22. En mérito de lo expuesto, la Sala concluye que se dan los presupuestos para declarar probada la excepción de cláusula compromisoria. Por lo tanto, habrá de revocarse la sentencia de primera instancia y, en su lugar, declararse probada la excepción⁵². Valga precisar que de las pruebas que obran en el expediente no es posible determinar que se haya constituido un Tribunal Arbitral para dirimir las controversias en torno a la cláusula compromisoria. En tal sentido, corresponderá al Tribunal que se integre, de ser ello así, analizar la legalidad de la cláusula compromisoria pactada por las partes.

23. Es preciso señalar que, en caso de que las partes decidan integrar un Tribunal Arbitral para resolver las pretensiones aquí planteadas, se deberá tener en cuenta la fecha de presentación de la demanda ante esta jurisdicción –16 de abril de 2010– para efectos de la caducidad de la acción, siempre que las partes acudan a integrar el Tribunal dentro del «*plazo razonable*» que para el efecto haya señalado el juez, tal como a continuación se explica:

El artículo 91.2 del CPC, modificado por el artículo 11 de la Ley 794 de 2003⁵³, dispuso que operaría la caducidad de la acción cuando el proceso hubiera terminado con ocasión de alguna de las excepciones mencionadas en el artículo 99.7⁵⁴ del mismo estatuto procesal. A su vez, este último artículo remitía a la excepción de compromiso o cláusula compromisoria (art. 97.3) y a las excepciones previstas en los numerales 1, 4, 5, 6, 10 e inciso final del artículo 97. Así, de conformidad con las disposiciones ya referidas, en caso de prosperar las excepciones de falta de jurisdicción y de cláusula compromisoria en un proceso (art. 97 núm. 1 y 3), no se entendería interrumpida la prescripción y operaría la caducidad.

⁵² El artículo 164 del CCA dispone: “*En todos los procesos podrán proponerse las excepciones de fondo en la contestación de la demanda cuando sea procedente, o dentro del término de fijación en lista, en los demás casos. En la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada.*” Como la excepción de cláusula compromisoria fue invocada de fondo como vía para enervar la pretensión de nulidad del pacto arbitral, correspondía, en sentencia, decidir sobre su procedencia.

⁵³ Art. 91 del CPC: *No se considerará interrumpida la prescripción y operará la caducidad, en los siguientes casos: (...) 2. Cuando el proceso termine por haber prosperado algunas de las excepciones mencionadas en el numeral 7 del artículo 99 o con sentencia que absuelva al demandado.*

⁵⁴ Art. 99.7 del CPC: *Cuando prospere alguna de las excepciones previstas en los numerales 1., 3., 4., 5., 6., 10 e inciso final del artículo 97, sobre la totalidad de las pretensiones o de las partes, el juez se abstendrá de decidir sobre las demás, y declarará terminado el proceso. Pero si el auto fuere apelado y el superior lo revoca, éste deberá pronunciarse sobre las demás excepciones propuestas.*

La Corte Constitucional, al estudiar la constitucionalidad del artículo 91.2 del CPC –modificado por el artículo 11 de la Ley 794 de 2003–, declaró inexecutable la norma (art. 91.2 del CPC), al considerar que suponía una carga desproporcionada para la parte demandante en lo referente a las excepciones de falta de jurisdicción y de cláusula compromisoria. En efecto, frente a la excepción de cláusula compromisoria, dicha Corporación dispuso que *«el juez señalar[ía] un plazo judicial razonable para que las partes inici[aran] el trámite de integración del correspondiente tribunal de arbitramento»*. De tal modo que, *«si pasado el tiempo prudencial fijado por el juez, y las partes, –esto es cualquiera de ellas o ambas–, no convocan el tribunal de arbitramento como corresponde, es evidente que el efecto interruptor de la prescripción y de la no operancia de la caducidad cesa para el demandante, en beneficio del demandado»*⁵⁵.

Así las cosas, bajo el panorama expuesto, ante el vacío que existía en vigencia del CPC⁵⁶ frente al término del que disponían las partes para integrar el Tribunal de Arbitramento, esta Corporación⁵⁷ consideró como un *«plazo razonable»* el de 45 días hábiles, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 143 del CCA; 129 del Decreto 1818 de 1998 y la sentencia C-662 de la Corte Constitucional.

En este orden de ideas, la Sala señalará que las partes cuentan con un término de 45 días hábiles para que, si a bien lo tienen, acudan a integrar el respectivo Tribunal Arbitral para que dirima las pretensiones aquí planteadas, en cuyo caso, se tendrá en cuenta, para todos los efectos legales, la fecha de presentación de la demanda ante esta jurisdicción.

Costas

24. De conformidad con el artículo 171 del CCA, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, no hay lugar a condenar en costas, porque no se evidencia que la parte haya actuado con temeridad o mala fe.

⁵⁵ Corte Constitucional, sentencia C-662 de 2004 [fundamento jurídico párr. 42].

⁵⁶ A diferencia de lo sucedido con el Código de Procedimiento Civil, el artículo 95 del CGP dispuso expresamente un término de 20 días hábiles para que las partes acudan a integrar el Tribunal Arbitral.

⁵⁷ Por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 26 de noviembre de 2015, rad. n°. 28507 [fundamento jurídico párr. 18].

25. En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

REVÓCASE la sentencia proferida el 15 de agosto de 2013 por el Tribunal Administrativo de Valle del Cauca y, en su lugar, se dispone:

PRIMERO: DECLÁRASE probada la excepción de cláusula compromisoria.

SEGUNDO: SEÑALAR el plazo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, contados a partir de la ejecutoria de esta providencia, para que las partes –si a bien lo tienen– inicien el trámite de integración del correspondiente Tribunal Arbitral. **SEÑALAR** que se tendrá en cuenta la fecha de presentación de la demanda ante esta jurisdicción, es decir, el 16 de abril de 2010, siempre y cuando el Tribunal Arbitral sea convocado para resolver las mismas pretensiones aquí planteadas.

TERCERO: Sin condena en costas.

CUARTO: En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
WILLIAM BARRERA MUÑOZ

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
ADRIANA POLIDURA CASTILLO

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
NICOLÁS YEPES CORRALES
Aclaración de voto