



Revista de Derecho Privado
E-ISSN: 1909-7794
mv.pena235@uniandes.edu.co
Universidad de Los Andes
Colombia

Gómez Londoño, Juan Eduardo
Intervención de terceros en el arbitraje nacional colombiano a la luz de las experiencias del arbitraje
comercial internacional
Revista de Derecho Privado, núm. 49, enero-junio, 2013, pp. 1-40
Universidad de Los Andes
Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360033220005>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica
Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto



**INTERVENCIÓN DE TERCEROS EN EL ARBITRAJE NACIONAL
COLOMBIANO A LA LUZ DE LAS EXPERIENCIAS DEL
ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL**

JUAN EDUARDO GÓMEZ LONDOÑO

Universidad de los Andes
Facultad de Derecho
Revista de Derecho Privado N.º 49
Enero - Junio de 2013. ISSN 1909-7794

Intervención de terceros en el arbitraje nacional colombiano a la luz de las experiencias del arbitraje comercial internacional

Juan Eduardo Gómez Londoño*

RESUMEN

El arbitraje comercial se ha convertido en el principal mecanismo alternativo de solución de conflictos en las relaciones comerciales nacionales e internacionales, razón por la cual la doctrina y la legislación comparada han hecho importantes desarrollos en relación con los aspectos relevantes en la materia. Una de las tensiones más discutidas por la doctrina ha sido la intervención de terceros en un procedimiento que se fundamenta en el postulado de la relatividad de los negocios jurídicos. Sin embargo, la legislación colombiana ha desarrollado este mecanismo desde una perspectiva muy procesalista, por lo cual el tema ha tenido un tratamiento insuficiente comparado con el contexto internacional. Este trabajo analiza los desarrollos nacionales e internacionales en la materia, buscando la diferencia fundamental en su concepción jurídica.

PALABRAS CLAVE: Arbitraje comercial nacional, arbitraje comercial internacional, litisconsorcio, no signatario, tercero, pacto arbitral, relatividad, extensión.

ABSTRACT

Commercial Arbitration has become the main alternative dispute resolution mechanism in national and international trade relations, which is why the comparative doctrine and legislations have presented significant developments in relation to the most relevant aspects in the field. One of the main tensions discussed by the doctrine has been third party intervention in a proceeding that is based on the principle of relativity of contracts. However, the Colombian legislation has developed the mechanism from a very procedural point of view, so the issue has been poorly treated compared to the international context. This paper analyzes the international and national developments in the area and looks for the fundamental difference in its legal understanding.

KEYWORDS: National Commercial Arbitration, International Commercial Arbitration, Litisconsorcio, Non-Signatories, Third Parties, Arbitration Agreement, Privity, Extension.

* Abogado egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Abogado júnior en la Unidad de Contratos, Departamento Jurídico, Banco de la República de Colombia. Correo electrónico: je.gomez88@uniandes.edu.co; je.gomez89@gmail.com.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN – A. *Presentación del problema* – B. *Conceptos básicos* – 1. Pacto arbitral – 2. Terceros y no signatarios – 3. Litisconsorcio – 4. Extensión del pacto arbitral – II. ARBITRAJE COMERCIAL NACIONAL EN COLOMBIA – A. *Ley 1563 de 2012* – 1. Descripción – 2. Intervención de litisconsortes en el proceso arbitral – 3. Intervención de terceros en el proceso arbitral – B. *Reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá* – C. *Jurisprudencia constitucional* – D. *Conclusiones y posición actual del ordenamiento jurídico colombiano* – III. ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL – A. *Experiencias prácticas aplicables* – 1. Relación de agencia o mandato – 2. Autoridad aparente u ostensible – 3. Consentimiento implícito – 4. Alter ego y perforación del velo corporativo – 5. Grupo de compañías – 6. Terceros beneficiarios – 7. Garantes – 8. Fusión – 9. Cesión y transferencias de derechos contractuales – 10. Subrogación – 11. *Estoppel* y doctrinas relacionadas – a) No signatario buscando la aplicación del pacto arbitral – b) Signatario contra no signatario – 12. Ratificación – 13. Oficiales y directores corporativos – 14. Derechos derivados de accionistas – 15. Estados y entidades estatales no signatarias – 16. Joint venture – B. *Reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de 2012* – C. *Nueva ley de arbitraje de Perú (Decreto Legislativo 1071 del 2008)* – IV. CONCLUSIONES – A. *Litisconsortes y terceros vs. no signatarios* – B. *Efectos prácticos* – C. *Salvaguarda de la naturaleza contractual del arbitraje comercial* – Bibliografía.

Introducción

A. Presentación del problema

Las transacciones económicas que se realizan hoy en día, tanto en el ámbito nacional como en el contexto internacional, son cada vez más complejas, y encontrar en la actualidad negocios económicos sencillos, donde las partes sean simples y absolutamente definidas y donde la ejecución de las prestaciones no ofrezcan mayor dificultad ni complejidad, resulta sumamente difícil. En este contexto se presenta el problema específico de la definición del mecanismo de solución de conflictos a adoptar, para solucionar las posibles controversias que surjan de la interpretación, negociación, ejecución o terminación del mismo. Por una parte, “[e]l arbitraje comercial internacional se ha convertido en el mecanismo por excelencia para resolver los conflictos que se presentan en el comercio internacional” (Arango Perfetti, 2010, pág. 3). Por otra parte, en los conflictos de carácter nacional, especialmente en Colombia, el arbitraje nacional ha cobrado especial importancia como mecanismo ágil y efectivo de solución, así como vía de escape del aparato jurisdiccional, que ha demostrado su ineficiencia en la solución de controversias que requieren de respuestas ágiles y eficientes.

Este texto se centra en una de las tensiones discutidas por la doctrina, que se presenta entre la aplicación efectiva del principio de la relatividad que se predica de los negocios jurídicos, específicamente respecto del principio de habilitación, y la realidad económica de las transacciones

comerciales actuales. La tensión se intensifica si se tiene en cuenta que cada una de las posiciones tiene base en principios considerados fundamentales en el arbitraje comercial, y no es viable dar preponderancia a alguno de los extremos de manera categórica.

Como se verá más adelante, el principio de habilitación en el arbitraje comercial establece que los árbitros no tienen competencia respecto de un asunto litigioso si las partes inmersas en la controversia no los han habilitado previamente para tener esa calidad, mediante el pacto arbitral. Así las cosas, los árbitros de un procedimiento arbitral comercial internacional únicamente podrán resolver las controversias y obligar a aquellos que previamente los han habilitado, quedando así imposibilitados para obligar a cualquier otra persona, en principio, por el postulado de la relatividad de los negocios jurídicos.

Por otra parte, como se explicará más adelante, hay situaciones especiales en que personas que son consideradas *no signatarias* del pacto arbitral deben ser llamadas a un eventual proceso, pues por su estrecho vínculo con el contrato que dio lugar a la controversia, su presencia y participación activa es exigida para alcanzar una solución justa y eficiente. Por lo mismo, muchas de las situaciones que hoy se ventilan en los procesos arbitrales no se reducen únicamente a la relación entre dos partes signatarias del pacto, sino que la complejidad de las transacciones actuales implica una afectación necesaria a intereses de no signatarios y terceros en la mayoría de los casos.

A continuación se presentan algunas definiciones de la tensión por parte de la doctrina internacional, que dan luces sobre los elementos de mayor relevancia en la discusión planteada.

Los profesores Christian Bouckaert y Romain Dupeyré exponen el problema de la siguiente manera:

La interacción entre el arbitraje y los terceros plantea, sin embargo, problemas complejos, dada la naturaleza intrínsecamente contractual del arbitraje. Así, en Francia, el art. 1165 del Código Civil dispone que los contratos solo tendrán efecto entre las partes contratantes, no afectarán a terceros y solo los aprovecharán en casos particulares. (Bouckaert & Romain, 2010, pág. 83).

A su modo, el profesor Roque Caivano define así:

En buena medida, esas dificultades se presentan porque, a diferencia de la jurisdicción estatal, de fuente legal y obligatoria, la arbitral es de base contractual y depende de la existencia de una voluntad inequívoca de todas las partes de someterse a una decisión de árbitros". (Caivano, 2007, pág. 66)

Dado que las normas del arbitraje comercial internacional son atomizadas, no son generales, y aplican de manera especial dependiendo del contexto y del pacto arbitral, las soluciones a la tensión presentada son variadas y aplican en distintas situaciones. Por ello, el análisis de las posibles soluciones que pueden presentarse al problema debe tener en cuenta las posiciones que cada uno de los reglamentos y normas internacionales adoptan y realizar un análisis so-

bre la ponderación de intereses que se presentan en cada uno de ellos.

En relación con el desarrollo de la materia en el arbitraje nacional colombiano, existen normas positivas que establecen expresamente la solución que debe darse en los casos en que se presentan *no signatarios* que pueden verse afectados directamente por el eventual laudo arbitral que se profiera dentro del proceso.

El artículo 36 de la Ley 1563 de 2012 consagra el estado de la materia en el contexto colombiano y provee la solución a la tensión que se ha planteado. Será este el artículo fundamental de análisis, pues constituye el objeto de las posiciones, comentarios y críticas a la solución adoptada por el sistema legal colombiano. El presente texto busca realizar una crítica a la posición de ese sistema legal, en relación con la vinculación de terceros en los procedimientos arbitrales comerciales nacionales a la luz de las experiencias y reglas establecidas en el arbitraje comercial internacional.

Es importante poner de presente, desde el inicio, que se reconoce expresamente la gran diferencia existente entre los procedimientos arbitrales de carácter internacional y los de carácter nacional. Sin embargo, este trabajo no busca comparar las dos instituciones desde una perspectiva teórica, sino realizar una crítica constructiva con base en las consecuencias prácticas que se producen a partir de la aplicación de las disposiciones colombianas sobre el arbitraje nacional, teniendo en cuenta las soluciones de tipo práctico que ha brindado el desarrollo jurisprudencial y normativo en relación con la inclu-

sión de terceros en los procedimientos arbitrales de carácter internacional.

Con lo anterior en mente, en primer lugar, realizaremos una serie de precisiones sobre los conceptos fundamentales que deben tenerse en cuenta para el análisis planteado, para posteriormente describir la posición del sistema legal colombiano. Una vez se haya descrito la situación anterior se procederá a hacer una descripción de las situaciones en que la doctrina y jurisprudencia arbitral internacional han permitido la inclusión de terceros a los procesos, para realizar un análisis sobre el sistema legal colombiano y la manera en que se solucionarían estos eventos bajo la ley nacional.

B. Conceptos básicos

Los siguientes conceptos serán tratados, uno a uno, tanto desde una perspectiva internacional como desde una perspectiva nacional, apoyados en la doctrina relevante para cada uno de los casos, puesto que se busca determinar las similitudes y diferencias que pueden surgir en cada uno de los dos campos y que pueden afectar el análisis que se realizará posteriormente.

1. Pacto arbitral

La definición de pacto arbitral, presentada por Gaillard y Savage, reza así: “El pacto de arbitraje internacional es un acuerdo en el que dos o más partes concuerdan en que una controversia que ha surgido, o pueda surgir entre ellas, y que tiene un carácter internacional, deberá ser resuelta por uno o más árbitros.” (Gaillard & Savage,

1999, pág. 192), (traducción propia). Esta definición se refiere al concepto tal y como se trata en el arbitraje internacional, que no difiere en sustancia de lo que podría entenderse por pacto arbitral en el caso colombiano.

El pacto arbitral es de altísima importancia para el arbitraje pues “La base de casi todos los arbitrajes internacionales —y del proceso del arbitraje internacional en sí— es un acuerdo de arbitraje internacional.” (Born, 2009, pág. 196), (traducción propia). El arbitraje es un acuerdo de voluntades mediante el cual las partes deciden que, en caso de una eventual controversia futura, o para la resolución de una controversia ya surgida, no se acudirá a los mecanismos tradicionales de solución de conflictos, sino que darán a conocer dicho caso a uno o más árbitros, quienes adoptarán la decisión final.

Una serie de principios y de conceptos inspiran y complementan la noción de pacto arbitral, constituyendo uno de los más relevantes el principio de relatividad. Es claro que el pacto arbitral es, en sí mismo, un contrato generador de derechos y obligaciones entre las partes que lo suscriben. Uno de los postulados fundamentales en la teoría general del contrato y del acto jurídico es su relatividad, por cuanto “no profieren derechos ni obligaciones para las personas enteramente ajenas a su celebración y que, además, no tienen vinculación alguna con las partes, o sean los terceros, en sentido estricto, o *penitus extranei*.” (Ospina Fernández & Ospina Acosta, 2005). Es decir, en principio, no pueden generarse obligaciones para quien no ha suscrito el acuerdo o el contrato respectivo.

El pacto arbitral tiene dos tipos de efectos, unos de carácter positivo y otros de carácter negativo. Los efectos del pacto arbitral son importantes para los fines propuestos, pues en ellos se encuentran los derechos y las obligaciones de las partes, y así podrá procederse a analizar las posibles vinculaciones de terceros extraños al proceso arbitral. Por ello se analizarán las dos vertientes mencionadas.

La vertiente positiva de los efectos que produce el pacto arbitral se refiere a la obligación que adquieren las partes de someter a un proceso arbitral cualquier controversia que surja y que se encuentre dentro de los límites del acuerdo.

La obligación de someter las controversias cubiertas por un acuerdo de arbitraje al arbitraje resulta de una aplicación directa del principio de que las partes están obligadas por sus contratos. Este principio, que se expresa a menudo como el adagio *pacta sunt servanda*, es probablemente la regla más reconocida del derecho contractual internacional.” (Gaillard & Savage, 1999, pág. 381), (traducción propia).

La vertiente negativa de las obligaciones adquiridas a partir de la suscripción de un pacto arbitral se refiere a la imposibilidad de que alguna de las partes pretenda ventilar las controversias que surjan entre las partes ante un tribunal judicial, evitando recurrir al proceso arbitral como se ha acordado.

En Colombia, el artículo 3 de la Ley 1563 de 2012 indica que

El pacto arbitral es un negocio jurídico por virtud del cual las partes someten o se obligan a someter a arbitraje controversias que hayan

surgido o puedan surgir entre ellas. El pacto arbitral implica la renuncia de las partes a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El pacto arbitral puede consistir en un compromiso o en una cláusula compromisoria. En el pacto arbitral las partes indicarán la naturaleza del laudo. Si nada se estipula al respecto, este se proferirá en derecho”.

Jorge Hernán Gil Echeverry, citado por el profesor Marco Gerardo Monroy Cabra, indica lo siguiente:

[El pacto arbitral es] un negocio jurídico de naturaleza contractual mediante el cual las partes manifiestan su voluntad de deferir la solución de sus conflictos de intereses, actuales o futuros, originados en una relación contractual o en una situación de hecho, a la justicia arbitral, quedando derogada la jurisdicción ordinaria, el pacto arbitral puede acordarse por las partes según dos formas específicas: cláusula compromisoria y compromiso.” (Monroy Cabra, 2011, pág. 111).

A partir de lo anterior, se encuentra que las características principales del pacto arbitral en el sistema normativo colombiano son, a grandes rasgos, las siguientes:

1. Es un negocio jurídico de naturaleza contractual.
2. Implica el sometimiento de las controversias, presentes o futuras, a decisión de un árbitro.
3. Es una renuncia a acudir a la jurisdicción ordinaria para obtener una decisión de fondo sobre el asunto que se somete a la decisión arbitral¹.

¹ La Corte Constitucional de Colombia, en sentencia C-163 de 1999 (M. P.: Alejandro Martínez Caballero), señaló que “De lo expuesto es

En este sentido, las características del pacto arbitral son, en esencia, las mismas para el contexto nacional y el internacional, y los principales elementos para nuestro análisis (el carácter contractual del mismo) son compartidos y permiten perfectamente seguir adelante con el estudio propuesto.

2. Terceros y no signatarios

En principio, son partes en el arbitraje aquellos que han suscrito el pacto arbitral relacionado con el contrato que da lugar a la controversia y que fundamenta el procedimiento arbitral. Sin embargo, habrá situaciones en que esta regla general y simple no pueda ser aplicada en puridad, pues hay terceros que pueden llegar a verse afectados por el procedimiento que se adelante y la decisión que allí se adopte. En consecuencia,

[e]n una situación multipartita, las partes de los procedimientos arbitrales no necesariamente serán todas las partes vinculadas por la cláusula arbitral; y a la inversa, puede haber partes en los procedimientos arbitrales que no eran partes de la cláusula arbitral original, o al menos no signatarios del contrato en que se incluía.” (Hanotiau, 2006, pág. 163).

Dado el carácter global y multipartito que ha adoptado el comercio internacional, la fuerte

y estrecha interrelación entre los contratos comerciales internacionales ha implicado que las controversias surgidas en este ámbito no se limiten únicamente a las partes del acuerdo específico que está involucrado. Muchas de las situaciones que se presentan en el comercio internacional requieren de la intervención, no solo de las partes del contrato, sino también de no signatarios a los cuales incumbe y afecta la solución que haya de proveerse en el proceso arbitral.

Sobre el concepto de no signatario, William Park indica que

El término ‘no signatario’ es útil para lo que podría llamarse partes ‘menos que obvias’ de la cláusula arbitral: individuos y entidades que nunca ponen la pluma en el papel, pero que deben ser parte del arbitraje bajo las circunstancias de la relación comercial relevante. (Park, 2009, pág. 6).

Al respecto, se verá más adelante que el vocablo no signatario se ha acuñado en el arbitraje internacional, mientras que en el contexto del arbitraje nacional colombiano permanece la dicotomía procesalista entre lo que se conoce como tercero y litisconsorte.

Dado que “la extensión del pacto arbitral a no signatarios puede ser vista como una intrusión por el tercero en la relación contractual original cubierta por el pacto arbitral” (Gutiérrez García de Cortázar, 2010, pág. 560), (traducción propia), la tensión se presenta en cualquier eventualidad en que una persona extraña al contrato original busque reconocimiento o su inclusión dentro del procedimiento arbitral.

fácil concluir que el sustento de la justicia arbitral es el acto voluntario y libre de los contratantes de acudir a los árbitros (...). Por consiguiente, la habilitación de los árbitros que realizan las partes contratantes, es un requisito constitucional imperativo sin el cual no es procedente la justicia arbitral”. En tal sentido, encontramos que la renuncia para acudir a la jurisdicción estatal hace referencia a la imposibilidad de que los jueces resuelvan de fondo el asunto sometido a decisión de los árbitros, aunque se presenten una serie de eventos en los que los mismos pueden asistir dentro del proceso.

El concepto de “tercero” se ha venido modificando poco a poco para dar paso al de “no signatario” del pacto arbitral en el contexto internacional. Esto se justifica en la medida que “tercero” es aquel que no tendría relación alguna con el contrato ni con el pacto arbitral que fundamentan los procedimientos arbitrales, a quien no podrían hacerse extensivas las obligaciones de estos en cumplimiento del principio de habilitación y el postulado de relatividad. Por otra parte, no signatario del pacto arbitral es aquel que, si bien no firmó formalmente el pacto arbitral, tiene relaciones estrechas con el contrato en el cual se contiene o que da lugar a la diferencia, y no puede considerarse como un tercero absolutamente ajeno a la disputa que se presenta.

Como se verá más adelante, en el contexto del arbitraje comercial internacional se hace uso exclusivo del vocablo “no signatario” para realizar el análisis de las situaciones en que se justifica la inclusión compulsiva de personas que formalmente no firmaron el pacto arbitral, pero a las cuales debe aplicárseles por tener un alto grado de injerencia e importancia en la ejecución del contrato respectivo. Por el contrario, el sistema colombiano hace una distinción respecto de los litisconsortes necesarios y los terceros propiamente dichos, y le otorga a cada uno de estos un tratamiento distinto en lo respectivo a su inclusión en el proceso arbitral. Será entonces necesario analizar estos sujetos para determinar sus características y establecer la justificación del distinto trato que se les brinda.

3. Litisconsorcio

Aun cuando su impacto, desde el punto de vista del arbitraje internacional no es muy alto, por corresponder propiamente al ámbito del procedimiento civil nacional, es de vital importancia comprenderlo para conocer la manera en que se trata la intervención de no signatarios en el arbitraje comercial nacional colombiano. Por ser una figura propia del derecho procesal su definición e implicaciones se encuentran en el Código de Procedimiento civil.

El profesor Ramiro Bejarano Guzmán define el litisconsorcio como sigue:

[E]l litisconsorcio significa pluralidad de partes en uno o en ambos extremos de la relación jurídica procesal, y admite tres clasificaciones: necesario, voluntario o facultativo y cuasi necesario. El litisconsorcio necesario se presenta cuando por la naturaleza de la relación jurídica sustancial no es posible adelantar ni concluir en el fondo del debate, si no están presentes todas las personas que conforman esa relación sustancial. (Bejarano Guzmán, 1994, pág. 161).

El tipo de litisconsorcio que resulta interesante para el análisis propuesto es el necesario, pues en los otros tipos, en caso de que la parte no esté integrada por todos los litisconsortes, el procedimiento puede continuar sin su presencia. Con un litisconsorcio necesario será imposible continuar con el trámite del procedimiento si no están presentes todas las personas. El artículo 83 del Código de Procedimiento civil reza así:

Artículo 83. Litisconsorcio necesario e integración del contradictorio. Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, no fuere posible resolver de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, el juez en el auto que admite la demanda ordenará dar traslado de esta a quienes falten y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado. (...)

Tenemos, entonces, que en estos casos la relación jurídica que da origen a la controversia está compuesta de dos o más personas, y la decisión que se tome por parte del juez tendrá efectos para todas ellas.

La pregunta que se plantea es si hay forma de atraer a un litisconsorte necesario no signatario del pacto arbitral al proceso. Para responderla será necesario analizar las soluciones que se brindan en la ley para este caso, tanto a nivel de procedimiento civil como a nivel de procedimientos arbitrales.

4. Extensión del pacto arbitral

El último concepto de relevancia para el análisis propuesto es el de extensión del pacto arbitral. Propiamente hablando, aquí no se analiza la posibilidad de inclusión de terceros en el procedimiento, sino de imponer los efectos del pacto arbitral a quien no lo ha firmado, por una situación específica que lo hace necesario. James Graham plantea esta idea como sigue:

Una de las problemáticas jurídicas complejas en materia de arbitraje es, la que unos llaman de manera errónea, la atracción de los terceros en los procedimientos arbitrales o de la extensión de la cláusula arbitral a partes terceras al contrato de base objeto de la controversia. Sin embargo, esa facilidad de lenguaje no refleja la esencia misma de la problemática, porque no cabe duda que un tercero a un acuerdo arbitral ¡Simplemente no puede ser atraído a un arbitraje! De lo que habla la doctrina es en realidad del problema de los no-firmantes de un acuerdo arbitral. (Graham, 2008, pág. 173).

No es preciso hacer referencia propiamente a una “extensión”, en la medida en que no se amplía el margen de aplicación de los efectos del pacto, sino que simplemente se delimita precisamente dicho ámbito de aplicación, es decir, se persigue el reconocimiento de una realidad en la transacción correspondiente, específicamente para reconocer la existencia de personas que son efectivamente parte de este, aun cuando no hayan firmado formalmente el pacto arbitral.

En el presente trabajo expondremos las situaciones en que la jurisprudencia y la doctrina arbitral internacional han hecho posible la inclusión de no signatarios al procedimiento arbitral, por considerar que debe aplicárseles directamente el pacto arbitral. Por tal motivo, no se busca justificar propiamente la inclusión de terceros en el arbitraje, sino analizar y comentar la posición actual normativa colombiana, comparándola con las experiencias internacionales en la materia, a la luz de aquellas situaciones en que se ha reconocido la inclusión de un no signatario del pacto arbitral en el procedimiento arbitral.

II. ARBITRAJE COMERCIAL NACIONAL EN COLOMBIA

El artículo 116 de la Constitución Política de Colombia, en su inciso tercero, dice lo siguiente: “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.”

La Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, en su artículo 8, tal y como se encuentra vigente tras la modificación realizada por la Ley 1285 de 2009, establece que “Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros debidamente habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad.” Por su parte, la Ley 1563 de 2012, en su artículo 1° indica que “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”.

La Ley 1563 de 2012 contiene las disposiciones que reglamentan la institución del arbitraje en Colombia, motivo por el cual habrá que remitirse a ella para proceder con el análisis aquí propuesto. Sin embargo, también deberán analizarse algunos conceptos relevantes del Código de Procedimiento civil, y su reciente sucesor, el Código general del Proceso, en la medida en que

existe una remisión expresa a dichas normas en aquello no previsto en la ley antes citada.

A. Ley 1563 de 2012

1. Descripción

La Ley 1563 de 2012, “por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones” fue promulgada el día 12 de julio de 2012, y reúne todas las disposiciones aplicables sobre la materia, por lo que en el presente trabajo se hará referencia principalmente al nuevo Estatuto. Sin embargo, debe ponerse de presente desde un comienzo, que las disposiciones que se contenían en el Decreto 1818 de 1998, anterior compilación de las normas vigentes sobre la materia, no fueron modificadas sustancialmente con la Ley 1563 de 2012 en lo que tiene que ver con el tema aquí tratado y, por tanto, las consideraciones y conclusiones aquí planteadas son aplicables tanto en el régimen anterior como en el actual.

2. Intervención de litisconsortes en el proceso arbitral

Los artículos 36 y 37 de la Ley 1563 de 2012 son dedicados a la integración del contradictorio, otras partes y terceros en el arbitraje comercial nacional en Colombia. El primero de ellos indica lo siguiente:

Artículo 36. Integración del contradictorio. Cuando por la naturaleza de la relación jurídica debatida en el proceso, el laudo haya de gene-

rar efectos de cosa juzgada para personas que no estipularon el pacto arbitral, el tribunal ordenará la citación personal de todas ellas para que manifiesten si adhieren o no al pacto. La notificación personal de la providencia que así lo ordene, se llevará a cabo dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de su decreto.

Los citados manifestarán expresamente su decisión de adherir al pacto arbitral dentro de los cinco (5) días siguientes. De no hacerlo, el tribunal declarará extinguidos los efectos del compromiso o de la cláusula compromisoria para dicha controversia. Igual pronunciamiento se hará cuando no se logre notificar a los citados. En la misma providencia en la que se declaren extinguidos los efectos del pacto arbitral, los árbitros ordenarán el reintegro a las partes de la totalidad de los honorarios. En estos eventos, no se considerará interrumpida la prescripción y operará la caducidad, salvo que se promueva el respectivo proceso ante el juez dentro de los veinte días (20) hábiles siguientes a la ejecutoria de la providencia referida en este inciso. (...). (Subrayado fuera del texto).

Específicamente se hace referencia a la existencia de litisconsortes necesarios que tienen interés en el resultado del procedimiento arbitral. Aunque no se menciona expresamente, el texto transcrito hace referencia a la existencia de litisconsortes necesarios con interés en el resultado del procedimiento arbitral, pues según se indicó anteriormente, el litisconsorte necesario es aquella persona sin la cual, por la complejidad de la transacción, no es posible adoptar una decisión de fondo, pues integra una de las partes esenciales de la controversia.

La solución establecida en el artículo 36 de la Ley 1563 de 2012 es la siguiente: cuando se verifique la existencia de litisconsortes necesarios en la relación jurídica contractual que da origen a la controversia, y uno de ellos no haya suscrito el pacto arbitral, será necesario que adhieran al mismo de manera expresa para poder adelantar el trámite, so pena de declararse extinguidos los efectos de este, con respecto a todas las partes (incluyendo a quienes sí son signatarios), para el caso concreto.

La justificación de esta disposición es el respeto a la naturaleza contractual del pacto arbitral y la imposibilidad de obligar a alguna persona a suscribir un contrato o pacto sin su voluntad manifiesta. Teniendo en cuenta que el pacto arbitral tiene como objetivo la renuncia a acudir a la jurisdicción ordinaria para resolver de fondo el caso concreto, a nadie ajeno al mismo le puede ser impuesta dicha renuncia. Por tanto, en virtud del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, no es posible adelantar un procedimiento arbitral sin que dicha persona expresamente manifieste su consentimiento.

En principio la justificación se adecúa a la naturaleza jurídica de las instituciones que se ven involucradas, y es perfectamente entendible que aquella persona que no es signataria del pacto no pueda ser arrastrada al procedimiento arbitral sin su consentimiento. Sin embargo, se considera que el estado de la materia al respecto en Colombia es insuficiente, puesto que la experiencia ha ofrecido casos en los que la aplicación estricta de la norma genera injusticias para alguna de las partes en conflicto y, por tanto, consideramos que una revisión de la

norma es absolutamente indispensable, puesto que existen distintos eventos en los que sería necesario permitir la vinculación compulsiva de las personas que no son signatarias del pacto formalmente pero que deben atender al procedimiento por su estrecho vínculo con la relación jurídica fuente de la disputa y la realidad de la transacción correspondiente.

Es en este punto en el que resulta útil referirnos a las experiencias internacionales, donde se ha ofrecido una respuesta práctica eficiente a las situaciones en que deben intervenir agentes no signatarios del pacto arbitral. Por ello, dedicaremos la próxima sección a hacer referencia a las teorías que se han consolidado en el arbitraje comercial internacional, ofreciendo soluciones prácticas que serían de utilidad si se sistematizan e integran de manera adecuada al contexto colombiano.

Por otra parte, el artículo 37 de la Ley 1563 de 2012 indica que para la intervención de terceros, propiamente dicha, deben atenderse las normas que regulen la materia en el Código de Procedimiento civil, tal como se explicará a continuación.

3. Intervención de terceros en el proceso arbitral

Como se indicó anteriormente, la situación del litisconsorte necesario es distinta a la situación del verdadero tercero que interviene en el procedimiento civil colombiano. Cuando se hace referencia al concepto de “terceros”, se habla de personas que no tienen relación alguna con las partes, pero que aun así pueden ser llamados a participar de alguna manera en el proce-

dimiento. El profesor Jairo Parra Quijano, citado por Ramiro Bejarano Guzmán, se expresa en los siguientes términos: “tercero es quien, en el momento de trabarse la relación jurídico procesal no tiene la calidad de parte por no ser demandante ni demandado, y que una vez que interviene, sea voluntariamente, por citación del juez o llamado por una de las partes principales, se convierte en parte, es decir, ingresa en el campo del proceso.” (Bejarano Guzmán, 1994, págs. 161 - 162).

El artículo 37 de la Ley 1563 de 2012 dice lo siguiente:

Artículo 37. Intervención de otras partes y terceros. La intervención en el proceso arbitral del llamado en garantía, del denunciado en el pleito, del interviniente excluyente y demás partes, se someterá a lo previsto en las normas que regulan la materia en el Código de Procedimiento Civil. Los árbitros fijarán la cantidad adicional a su cargo por concepto de honorarios y gastos del tribunal, mediante providencia susceptible de recurso de reposición. La suma correspondiente deberá ser consignada dentro de los diez (10) días siguientes.

Tratándose de interviniente excluyente que no haya suscrito el pacto arbitral, su demanda implica la adhesión al pacto suscrito entre las partes iniciales. En caso de que el interviniente excluyente que haya suscrito pacto arbitral o que haya adherido a él, no consigne oportunamente, el proceso continuará y se decidirá sin su intervención, salvo que la consignación la efectúe alguna otra parte interesada, aplicando en lo pertinente el artículo 27.

Cuando el llamado en garantía o denunciado en el pleito, que ha suscrito el pacto arbitral o

ha adherido a él, no consigna oportunamente, el proceso continuará y se decidirá sin su intervención, salvo que la consignación la efectúe alguna otra parte interesada, aplicando en lo pertinente el artículo 27.

En los casos de llamamiento en garantía y de denuncia del pleito, la existencia del pacto arbitral también podrá probarse conforme a lo previsto en el parágrafo del artículo 3°.

Si se trata de coadyuvante o llamado de oficio, su intervención se someterá a lo previsto en las normas que regulan la materia en el Código de Procedimiento Civil para esta clase de terceros. En este caso, el tribunal le dará aplicación al inciso primero de esta norma y el no pago hará improcedente su intervención.

Parágrafo 1°. Cuando se llame en garantía a una persona que ha garantizado el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato que contiene pacto arbitral, aquella quedará vinculada a los efectos del mismo.

Parágrafo 2°. En ningún caso las partes o los reglamentos de los centros de arbitraje podrán prohibir la intervención de otras partes o de terceros.

El profesor Ramiro Bejarano Guzmán hace un análisis sobre las posibilidades de intervención de cada una de las figuras que fueron mencionadas anteriormente, y se presentarán brevemente sus comentarios al respecto para poder comprender mejor la situación actual de la normatividad colombiana.

Es necesario poner de presente, desde este momento, que las normas contenidas en el Código de Procedimiento civil, a las cuales hace remisión el artículo transcrito anteriormente, queda-

rá derogado en su totalidad a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1564 de 2012, Código general del Proceso, lo cual sucederá, respecto de los artículos y las disposiciones que interesan a este trabajo, a partir del primero de enero de 2014. Por tal motivo, además de referirnos a las normas del Código de Procedimiento civil, se incluirán los comentarios correspondientes aplicables con la entrada en vigencia del Código general del Proceso, para cada uno de los casos de intervención de terceros allí previstos.

El tercero principal es aquella persona que nada tiene que ver en el contrato principal en el que se contiene la cláusula compromisoria. Es así como se evidencia que su interés es nulo respecto de las controversias que surjan de este, pues no tiene derechos ni obligaciones con respecto a las partes que se ven involucradas. En estos términos, debe considerarse al tercero principal como un tercero propiamente dicho: aquel que no tiene vínculo alguno con las partes ni con el contrato principal del cual surge la controversia. Por esta razón, no puede intervenir en el proceso arbitral por “no haber suscrito el pacto arbitral, porque la sentencia a proferirse en el proceso (...) no tiene efectos para él y, finalmente, porque su pretensión quedando a salvo del juzgamiento en el trámite arbitral, habilita a la ulterior formulación de una demanda en contra de quien hubiere obtenido un laudo favorable.” (Bejarano Guzmán, 1994, pág. 165).

La intervención adhesiva o coadyuvante se presenta en aquellos casos en que un tercero, por tener una relación sustancial con alguna de las partes del proceso arbitral, está interesado en el resultado del procedimiento arbitral, y por

tanto busca apoyar la causa de dicha parte. El artículo 52 del Código de Procedimiento civil, en su primer inciso, define la coadyuvancia así: “Quien tenga con una de las partes determinada relación sustancial, a la cual no se extiendan los efectos jurídicos de la sentencia, pero que pueda afectarse desfavorablemente si dicha parte es vencida, podrá intervenir en el proceso como coadyuvante, de ella, mientras no se haya dictado sentencia de única o segunda instancia”. El inciso cuarto del artículo citado indica que esta institución se permite en los procedimientos de conocimiento, a los cuales se asemeja el arbitral. En consecuencia, están autorizados a intervenir en el proceso arbitral las personas a las que se refiere el artículo 52 del Código de Procedimiento civil. El artículo 71 del Código general del Proceso trata la coadyuvancia de la misma manera que el actual Código de Procedimiento civil en lo pertinente para este trabajo, pues no se modifica en sustancia la disposición allí contenida. Por tal motivo, las conclusiones a las cuales arribamos serán aplicables una vez dicho Código entre en vigencia.

La denuncia del pleito, en los términos del artículo 54 del Código de Procedimiento civil, se presenta en los casos que versen sobre saneamiento de derechos reales, y se da cuando el vendedor de un bien es demandado por el saneamiento de dicho bien, por causa anterior a su adquisición, y debe citar quien le vendió la cosa en primer lugar para responder en el proceso. También aplica cuando el comprador de la cosa debe acudir a un proceso adelantado en contra de un tercero para excluirla de la ejecución. Según el profesor Ramiro Bejarano, “si el

comprador decide someter su diferencia con el tercero que pretende o persigue la cosa al trámite arbitral, sin el consentimiento del vendedor, cesa la obligación de sanear, lo que se traduce en que ese comprador ya no podrá denunciar el pleito a su vendedor en el curso del proceso.” (Bejarano Guzmán, 1994, pág. 167). De esta manera, sería necesaria la autorización del denunciado para adelantar el trámite arbitral, puesto que de lo contrario cesará su obligación de sanear en los términos establecidos en el Código civil, lo que se justifica por no poder tener el laudo efectos en su contra sin haber accedido al procedimiento arbitral. Es importante señalar que la denuncia del pleito, como figura dentro del Código general del Proceso, desaparecerá con su entrada en vigencia, y las disposiciones contenidas sobre el llamamiento en garantía aplicarán para los casos en que aquella lo hacía anteriormente. Así las cosas, los comentarios que siguen serán los aplicables una vez se produzca la entrada en vigencia de la Ley 1564 de 2012.

El llamamiento en garantía tiene características muy similares a las mencionadas respecto de la denuncia del pleito, pero con respecto a la disputa sobre derechos personales. La institución se fundamenta en el artículo 57 del Código de Procedimiento civil que reza así: “Quien tenga derecho legal o contractual de exigir a un tercero la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquél, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación.” A partir de lo anterior, tenemos que en

los procedimientos arbitrales, la persona que resulte condenada por el laudo, podrá repetir sin limitación alguna en contra de quien debe responder y no fue llamado en garantía. Sin embargo, tenemos que, como en el caso anterior, el laudo arbitral no podrá generar efectos directos en su contra sin este haber accedido al procedimiento arbitral, por lo que se requeriría su adhesión para poder continuar con su presencia. El Código general del Proceso no modifica, en sustancia, la disposición analizada, por lo que, en principio, las conclusiones presentadas aplicarían igualmente con su entrada en vigencia.

Sin embargo, la Ley 1563 de 2012 incluye en su artículo 37 una regla aplicable al llamamiento en garantía, y así mismo, a la denuncia del pleito con la entrada en vigencia del Código general del Proceso. El inciso tercero del artículo mencionado indica que, de no consignar la suma que se le impone oportunamente, el proceso continuará sin su intervención, salvo que la consignación la realice alguna otra parte interesada en su intervención. Así mismo, su inciso tercero establece que, de no oponerse el llamado en garantía (o denunciado en el pleito) a la existencia del pacto arbitral, el mismo se entenderá existente y quedará así establecido su consentimiento. Por tal motivo, en estos eventos, es necesario que el llamado o denunciado se oponga expresamente a la aplicación del pacto arbitral, pues de lo contrario su intervención será obligatoria, aun cuando no haya realizado la consignación correspondiente, cuando alguna de las partes lo haya hecho en su lugar. Se evidencia una excepción al patrón general que se ha adoptado en otros casos respecto del consentimiento sobre

la aplicación del pacto arbitral, en la medida en que se invierte la carga correspondiente, puesto que en estos eventos es necesaria una oposición manifiesta, en un momento determinado, para que sus efectos no les sean aplicables.

El llamamiento del poseedor o tenedor se da cuando se inicie un procedimiento al que debe ser llamado el tenedor o poseedor del bien, por estar en juego su derecho sobre este. El profesor Bejarano considera que en estos casos será necesario aplicar la norma transcrita anteriormente sobre la intervención de litisconsortes necesarios, puesto que en un proceso arbitral de esta naturaleza el procedimiento no puede continuar sin autorización expresa de aquel que efectivamente tiene un interés en el resultado, pero cuya actitud y posición no se asemeja a la de los otros terceros que se han descrito hasta el momento. Dado que las normas del Código de Procedimiento civil (artículo 59) no son modificadas sustancialmente, en lo que interesa a este trabajo, por el artículo 67 del Código general del Proceso, las conclusiones señaladas anteriormente serán plenamente aplicables en su vigencia.

El llamamiento oficioso es el que hace directamente el juez, sin solicitud por alguna de las partes, a un tercero que debe entrar a participar en el proceso por alguna circunstancia específica que así lo amerita. En nuestro sentir, será necesario evaluar, caso por caso, la posibilidad de que el tribunal o el árbitro pueda llamar oficiosamente a un tercero para hacer parte en el proceso, pues hay situaciones en las que dicho llamamiento será viable, pero otras en que obli-

gar su intervención sin haber suscrito el pacto arbitral constituirá una transgresión a los postulados fundamentales del proceso arbitral.

Por último, la institución de la intervención excluyente se presenta cuando una persona, que pretende la cosa o el derecho controvertido en un proceso en el cual no hace parte, presenta sus pretensiones para que se le reconozca en el proceso. Se trata de un evento en el cual, por la naturaleza de la institución, el consentimiento del interviniente es manifiesto desde la formulación de su pretensión en el proceso arbitral, tal y como lo dispone el artículo 37 de la Ley 1563 de 2012.

Estas son las situaciones que consagra el derecho procesal civil colombiano para la intervención de terceros en los procedimientos, que son aplicables por remisión expresa a los procedimientos arbitrales en Colombia. Cada una de las soluciones expuestas para cada uno de los casos, fundadas en el análisis realizado por el doctor Bejarano, serían aplicables a las situaciones que pudieran presentarse eventualmente. Sin embargo, se quiere resaltar la gran importancia que la legislación colombiana le da a estas figuras, pues trata de categorizar las distintas situaciones en que se hace necesaria la intervención de un tercero en los procedimientos. De esta manera, se limitan mucho las posibilidades de analizar, en el caso concreto, la calidad del tercero que ha de intervenir, puesto que cualquier situación que escape a las caracterizaciones realizadas anteriormente estaría vedada de ser considerada por el árbitro y por tanto deberá ser desestimada la posibilidad referida.

En virtud de lo anterior, encontramos que, salvo la excepción del llamamiento en garantía y la denuncia del pleito, predomina la necesidad de obtener un consentimiento expreso del tercero que se pretenda ser atraído al proceso arbitral. Aun cuando en estos eventos la ausencia de dicho consentimiento no prive de efectos el pacto arbitral, se mantiene la necesidad de que el mismo se presente para efectos de su inclusión en el proceso. El único evento en que ello no es así se da con el llamamiento en garantía y la denuncia del pleito, en donde se exige una manifestación expresa de oposición por parte del tercero para que su intervención no sea obligatoria.

B. Reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá

Con respecto al problema que nos interesa en el presente texto, hay una disposición específica contenida en el reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, donde se establece una prohibición de intervención de quienes tengan la condición de terceros en los procedimientos arbitrales. En palabras de la norma referida: “PARÁGRAFO 2.- Habida cuenta de la limitación impuesta por los efectos interpartes del pacto arbitral, no habrá lugar a la intervención de quienes tengan la condición de terceros en los términos definidos por la ley”.

Al respecto, el primer interrogante que surge es el significado del vocablo “tercero” en el contexto específico de la norma. No se conoce si el reglamento se refiere a los terceros propiamente dichos, como se han definido en este trabajo, a los litisconsortes o si hace referencia a todos ellos de manera conjunta.

En nuestro criterio, la norma alude a toda aquella persona que no hace parte del pacto arbitral, y por tanto no pueden extenderse sus efectos, puesto que el espíritu del parágrafo citado es el de proteger el carácter contractual del pacto arbitral y respetar las disposiciones existentes al respecto en la legislación nacional. Al respecto, consideramos que todas las descripciones y explicaciones que se han hecho en relación con el estado actual de la materia en la normatividad nacional serán aplicables al procedimiento de la Cámara de Comercio de Bogotá, y su reglamento busca acomodarse a ella. (Código de Procedimiento civil colombiano, 1970).

C. Jurisprudencia constitucional

La jurisprudencia constitucional colombiana, al referirse a la materia, ha reforzado las características y posiciones legislativas que han sido descritas hasta este momento, y ha reiterado el carácter eminentemente consensual del arbitraje comercial, tanto nacional como internacional, en Colombia. Aun cuando no hay un pronunciamiento en el que se aborde expresamente el asunto específico que es objeto del presente trabajo, sí se encuentran definiciones y delimitaciones conceptuales que reflejan lo dicho anteriormente.

Así, la Corte Constitucional, en sentencia SU-174 de 2007, inicia su correspondiente análisis con la siguiente afirmación:

En nuestro ordenamiento jurídico, el arbitramento se define a partir de dos elementos constitutivos básicos: (...) (2) la fuente de las funciones jurisdiccionales de los árbitros no es

un acto del Estado —aunque es la Constitución Política la que provee su fundamento último—, sino un contrato o acuerdo de voluntades entre las partes en disputa, mediante el cual han “habilitado” a los árbitros, según el artículo 116 citado. (Corte Constitucional, 2007).

En ese sentido, la Corte hace un recuento de numerosas sentencias proferidas por dicha corporación, en las cuales el principio de habilitación de las partes y de voluntariedad en el arbitraje son sus pilares fundamentales, motivo por el cual, cualquier norma o disposición tendiente a imponer como obligatorio un procedimiento arbitral ha sido declarada inexecutable.

En su análisis, la Corte resalta especialmente que un fallo que se haya proferido en contravención del principio de habilitación, como ha sido entendido por dicha corporación, lo viciaría de fondo. En palabras de la Corte,

[u]n tercer efecto es que cualquier circunstancia que vicie la voluntad de las partes de acudir a este mecanismo de resolución de conflictos afecta la legitimidad tanto del tribunal arbitral como de las decisiones que él adopte, y constituye un obstáculo indebido en el acceso a la administración de justicia; de tal manera, el pacto arbitral debe resultar de la libre discusión y autónoma aceptación por las personas concernidas, sin apremio alguno, a la luz de su evaluación autónoma de las circunstancias que hacen conveniente recurrir a tal curso de acción, y no de una imposición que afecte su libertad comercial. (Corte Constitucional de Colombia, 2007).

De esta manera, se encuentra que hay una fuerte protección al principio de habilitación en el arbitraje comercial nacional, y por tal motivo las

interpretaciones normativas que se han ventilado en dicha jurisdicción no han permitido una lectura flexible de las exigencias normativas existentes actualmente.

En otra sentencia, la C-242 de 1997, la Corte señaló que “[la habilitación del tribunal arbitral] [d]ebe darse a través de un acuerdo interpartes de escoger el mecanismo del arbitramento como el instrumento adecuado y competente para resolver sus diferencias, a causa de la espontánea y libre voluntad de someterse al proceso arbitral, a cambio del conocimiento de las mismas por la jurisdicción ordinaria.” (Corte Constitucional de Colombia, 1997). Aunque no lo dice expresamente, los primeros antecedentes de los pronunciamientos de la Corte sobre la materia permiten evidenciar cierta exigencia de que el consentimiento, y la habilitación del tribunal arbitral, se proyecten de manera expresa mediante un documento. En nuestro sentir, dicha exigencia llega a dificultar una discusión probatoria futura sobre la existencia, o no, de dicho consentimiento, en la medida en que la prueba idónea sería un documento suscrito por la parte correspondiente.

El antecedente jurisprudencial que mayor relación tiene con la materia es la sentencia C-163 de 1999, en la que se examinó la posible intervención de terceros en los procedimientos arbitrales a la luz de la normatividad anterior. En dicha sentencia, la Corte diferencia el concepto de tercero de el de litisconsorte necesario, e indica que “[e]n efecto, lo propio del tercero, a diferencia del litisconsorte necesario, es que las consecuencias del laudo no lo cubren obligatoriamente, por lo cual resulta razonable que la ley

permita que el proceso arbitral continúe sin su presencia.” (Corte Constitucional de Colombia, 1999). La habilitación de las partes, y el consentimiento de aquel que pretenda ser atraído al proceso arbitral, es un elemento determinante en la decisión que adopta la Corte.

En conclusión, se encuentra que, aunque no existen antecedentes jurisprudenciales que hayan resuelto la tensión tratada en el presente texto, sí se logra establecer una clara posición frente a los requisitos del consentimiento respecto del proceso arbitral. Los casos señalados anteriormente son un claro ejemplo del carácter reforzado del principio de habilitación y consentimiento que le ha otorgado la Corte Constitucional. Dicha posición jurisprudencial permite detectar una exigencia práctica sobre la manifestación de dicho consentimiento, pues este debe presentarse expresamente y por escrito, por todos aquellos que pretendan ser incluidos dentro del proceso arbitral correspondiente con el que se busca poner fin a la disputa contractual allí ventilada.

D. Conclusiones y posición actual del ordenamiento jurídico colombiano

Con base en la anterior exposición pueden distinguirse ciertos rasgos conceptuales de la normatividad y jurisprudencia constitucional colombiana, a partir de la cual es posible definir la posición del ordenamiento jurídico frente al tema propuesto en este trabajo.

En virtud del carácter voluntario del arbitraje, tanto internacional como nacional, se ha brindado especial protección a la manifestación del

consentimiento de aquellas personas a quienes un eventual laudo arbitral puede generarles efectos, bien sean positivos o negativos.

La Corte Constitucional ha establecido como pilar del arbitraje el principio de habilitación de las partes, lo cual ha dado lugar a una serie de providencias en las que cualquier restricción del ejercicio de la voluntad en la suscripción del pacto arbitral correspondiente es considerada violatoria del debido proceso y de la Constitución. Así mismo, diferentes afirmaciones en sus sentencias permiten evidenciar una exigencia de manifestación expresa de la voluntad por parte de la persona que busca ser atraída al proceso correspondiente para que ello sea viable.

Igualmente, la Ley 1563 de 2012, sosteniendo la posición normativa que contenía el Decreto 1818 de 1998, hace una distinción entre los terceros, propiamente dichos, y aquellas personas a quienes el laudo haya de generar efectos de cosa juzgada (litisconsortes necesarios). A la eventual intervención de los primeros en los procesos arbitrales, la Ley hace una remisión expresa a las normas del Código de Procedimiento civil (derogado por el Código general del Proceso) y establece unas normas especiales muy concretas en algunos casos.

Ahora bien, respecto de las personas a quienes el laudo haya de generar efectos de cosa juzgada, la Ley sostiene que deben prestar su consentimiento expreso sobre su adherencia al pacto arbitral, so pena de declararse extinguidos los efectos de este, no solo respecto de dicha persona, sino de todas las partes que lo hayan suscrito, sentenciando la solución de la

controversia al aparato jurisdiccional estatal. La imposibilidad de atraer a estas personas, al igual que cualquier tercero que no acepte el pacto arbitral, es compartida por el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Así las cosas, encontramos que el ordenamiento jurídico colombiano presenta una posición formalista sobre la manera en que debe manifestarse la voluntad de las partes de un proceso arbitral. El pacto arbitral, en principio, debe darse por escrito, y la adhesión a este por algún litisconsorte necesario en el proceso arbitral debe darse de manera expresa, aunque no se señale por cuál medio deba presentarse. De tal forma, el futuro del pacto y del arbitraje queda sujeto a la decisión de una de las partes involucradas en el proceso, exigiendo unos requisitos necesarios para proteger efectivamente el principio de habilitación, que se erige como pilar fundamental del arbitraje colombiano.

A continuación se procede, entonces, a realizar un análisis sobre la visión del asunto que se ha presentado en el arbitraje comercial internacional y en el derecho comparado, para ofrecer una visión crítica de la posición normativa colombiana desde dicha perspectiva.

III. ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

A. Experiencias prácticas aplicables

A partir de la legislación comparada, de los pronunciamientos de cortes y tribunales arbitrales de todo el mundo y de desarrollos doctrinales,

se ha destacado una serie de bases sobre las cuales puede sostenerse que un no signatario de un pacto arbitral internacional debe vincularse al proceso arbitral. Indica Born que “[e]n particular, hay una amplia gama de circunstancias en que entidades que no ejecutan propiamente un contrato (‘no-signatarios’) pueden sin embargo ser partes de, y vinculadas por o pueden invocar, el pacto arbitral asociado” (Born, 2009, pág. 1142), (traducción propia). A continuación expondremos las distintas teorías que presenta el autor citado en relación con la vinculación de no signatarios al pacto arbitral, pues serán de gran ayuda para comprender el desarrollo internacional en la materia, y enriquecerán la visión que se adopte sobre el sistema legal colombiano en lo referente al tema.

Se resalta nuevamente que la presentación de las teorías que han sido debatidas y aplicadas en la jurisprudencia y laudos internacionales tiene interés en nuestro trabajo por sus efectos prácticos. Sin embargo, es pertinente aclarar que no pretendemos realizar una comparación teórica del fundamento de cada una de ellas, puesto que ello sería un error, por confundir los fundamentos del arbitraje comercial internacional con los del nacional. Por lo mismo, el interés práctico de cada una de estas teorías será el que permita más adelante obtener una serie de conclusiones importantes sobre el estado actual de la legislación colombiana.

1. Relación de agencia o mandato

“[E]n casos apropiados, una entidad puede vincularse como principal a un pacto arbitral que

no ha firmado, pero que se ejecutó en su nombre por un agente.” (Born, 2009, pág. 1143), (traducción propia). En los casos de relación de agencia o mandato un no signatario puede ser vinculado al pacto arbitral, y por tanto, al proceso arbitral relacionado, si el pacto arbitral fue suscrito en su nombre por un tercero que tiene facultades de representación. Esto corresponde a la simple aplicación de un importante principio del derecho de las obligaciones y los contratos.

Por la razón anterior, deben realizarse ciertas consideraciones en lo que respecta a las facultades que tiene el agente o mandatario en los casos específicos en que se suscriben pactos arbitrales en nombre de un principal. En primer lugar, se tiene que es general la necesidad de probar la existencia de las facultades de representación que fueron otorgadas por el principal o representado. “El mandato prevé un contrato mediante el cual una persona (mandante) concede a otra (mandatario) la capacidad de realizar ciertos actos o negocios en representación de aquella” (Restrepo Orozco, 2010, pág. 58).

Dado lo anterior, tenemos que el obligado por el pacto arbitral es el mandante y no el mandatario, pues el segundo es un simple representante del primero en los términos en que se haya establecido dicha relación. Sin embargo, la jurisprudencia internacional ha considerado viable que el mandatario sea demandado, o demande, mediante un procedimiento arbitral fundamentado en el pacto arbitral suscrito si ha habido extralimitación en las atribuciones de representación o si hay clandestinidad respecto de la relación entre representante y representado.

Por todo lo anterior, se tiene que este es un caso generalmente considerado como uno de aquellos en que válidamente puede vincularse a un tercero al pacto arbitral, en su calidad de representado por el mandatario o agente que firmó la cláusula en su nombre.

Lo anterior no debería ser menos cierto para el caso del arbitraje nacional colombiano, y en realidad no lo es. En el mandato con representación, el mandante es el directamente obligado por las actuaciones que en su nombre haga el mandatario. De ser así no nos encontraríamos en la discusión que aborda el presente texto, puesto que el mandante sería efectivamente una parte, material y formalmente hablando, del pacto arbitral. Sin embargo, debe ponerse de presente que sería necesaria prueba de la existencia del mandato y del cumplimiento de las condiciones legales para poder declarar válido el contrato celebrado entre mandante y mandatario y aplicar los efectos del contrato al primero.

En el caso del mandato sin representación será más difícil la aplicación de esta teoría, puesto que el contratante no tiene conocimiento de la relación entre mandante y mandatario. En estos casos particulares consideramos que el efecto práctico de la teoría presentada es el mismo, en la medida que el mandatario continúa actuando por cuenta del mandante y no debería privarse al tercero de la posibilidad de actuar en un procedimiento arbitral en contra del mandante, por el hecho de que los efectos del pacto arbitral son distintos por la figura que se presenta.

La exigencia impuesta por la legislación colombiana respecto de la manifestación expresa del

consentimiento por aquella persona que no es signataria del pacto arbitral, puede presentar dificultades frente a la inclusión del mandante sin representación, en la medida en que la realidad jurídica de la transacción exige que se verifique el consentimiento de este a partir del negocio existente entre mandante y mandatario, para así proteger los intereses del tercero, suscriptor del pacto arbitral, que busca una satisfacción efectiva de sus derechos. Dejar al arbitrio del mandante la posibilidad de adelantar el procedimiento arbitral constituye una facultad que permite la vulneración de los intereses de la otra parte del pacto arbitral.

2. Autoridad aparente u ostensible

“Bajo la teoría de autoridad aparente, una parte puede ser vinculada por los actos de otra entidad supuestamente en su nombre, aunque esos actos no fueran autorizados, si el putativo principal creó la apariencia de autorización, llevando a la contraparte a creer razonablemente que la autorización realmente existió” (Born, 2009, pág. 1148), (traducción propia). En otras palabras, tenemos en estas situaciones que un no signatario estará obligado por el pacto arbitral cuando ha creado la apariencia de haber otorgado representación a la persona que suscribió el pacto en su nombre.

No hay diferencia sustancial entre este caso y el anterior, pues en ambos se vincula a un no signatario por estar representado por quien suscribe la cláusula en su nombre. Sin embargo, esta teoría es mucho más extensiva, pues en sí misma no requiere prueba de la representación

con base en la cual se suscribe el pacto, sino simplemente prueba de que el representado actuó, o creó la apariencia de que quien firmaba en su nombre era representante suyo. Así las cosas, los postulados de buena fe del derecho de los negocios obligan a respetar los derechos de la contraparte que suscribe también el pacto arbitral y, por tanto, a vincular al principal representado en el proceso respectivo.

La posición jurídica colombiana, que fue explicada anteriormente, puede llegar a rechazar la tesis propuesta en la doctrina internacional, puesto que aquella persona, atraída al proceso por la actuación de una persona sin su autorización, podría válidamente argumentar la ausencia absoluta de su voluntad en la suscripción del pacto arbitral. En esos términos, sería viable la aplicación de la norma contenida en el ordenamiento colombiano sobre la materia, al exigir su consentimiento expreso para ser atraído al proceso. Aun así, se considera que la inflexibilidad de la disposición imposibilitaría al operador jurídico para determinar en qué casos podría llegar a ser viable una valoración probatoria de la realidad jurídica, para efectos de determinar efectivamente la existencia de dicho consentimiento en la ejecución del contrato.

3. Consentimiento implícito

Se ha reconocido que un tercero puede vincularse a un contrato si su conducta, bien en la ejecución de las obligaciones contenidas en el contrato o en su comportamiento al desatarse una controversia, permite evidenciar su voluntad de obligarse a lo contenido en el pacto ar-

bitral. En otras palabras “[s]egún esta figura, la integración de un tercero a un proceso arbitral –cuando no ha firmado el acuerdo– es admitida si la conducta del no signatario permite deducir que su intención era la de asumir las obligaciones del arbitraje.” (Restrepo Orozco, 2010, pág. 56).

Por el principio de autonomía de la cláusula arbitral tenemos que, únicamente será necesario el consentimiento respecto del pacto arbitral y no de las obligaciones sustanciales derivadas del contrato suscrito entre las partes para que el no signatario sea vinculado a las obligaciones arbitrales surgidas de este. Por tanto, la conducta que se despliegue por parte del no signatario debe ser tendiente a reflejar un consentimiento respecto del arbitraje, y no simplemente respecto de las obligaciones del contrato mismo.

Según William Park, “[e]ntendido propiamente, el ‘consentimiento implícito’ opera simplemente como una manera de objetivar el asentimiento para patrones fácticos en los que existe un acuerdo, a pesar de que las formalidades tradicionales estén ausentes o no sean claras” (Park, 2009, pág. 13). En otras palabras, se trata de esclarecer si efectivamente se presentó el consentimiento del no signatario respecto del pacto arbitral, aun cuando no se haya cumplido con los requisitos formales para ello.

Por último, es necesario también indicar que el consentimiento de vincularse a lo establecido en el pacto arbitral no solo debe predicarse del no signatario que pretenda hacer parte de este, sino que también debe haber cierto tipo de aceptación tácita sobre su inclusión por las partes que

inicialmente lo suscribieron. Ello es así porque el carácter eminentemente contractual del pacto arbitral impide que una sola persona pueda crear obligaciones en cabeza de otra, como la de respetar un pacto arbitral, sin que esta otra haya ofrecido consentimiento respecto de dichas obligaciones. Por tanto, será también determinante que quien haya suscrito el pacto arbitral también preste aceptación, siquiera implícita sobre la inclusión del no signatario a dicho pacto.

No es difícil encontrar cabida a estas situaciones en el contexto nacional. Ello en la medida en que, tanto para el caso de litisconsortes necesarios como para el caso de terceros propiamente dichos, será posible determinar si efectivamente prestaron su consentimiento respecto del mecanismo alternativo de solución de conflictos, aun cuando expresamente este no se haya manifestado. El requisito de que dicho consentimiento sea explícito puede resultar ineficiente e inequitativo en situaciones en las que, aun cuando esta persona sea efectivamente parte del contrato y haya asentido al arbitraje, no pueda ser incluida en los procedimientos por no haberlo hecho de manera expresa.

Así las cosas, la teoría propuesta por la doctrina internacional refleja un serio inconveniente con los condicionamientos impuestos por la normatividad colombiana acerca del consentimiento necesario, puesto que, en virtud del principio de buena fe contractual, debería ser viable la aceptación del consentimiento implícito en el comportamiento del no signatario del pacto arbitral, quien bajo la regla vigente, podría perjudicar a las partes contractuales al impedir la continua-

ción del trámite arbitral por considerarlo simplemente inconveniente, por cualquier motivo que pudiera llegar a existir. En tal medida, la inflexibilidad de la norma permitiría que este tipo de situaciones llegaren a presentarse, por impedir al operador jurídico verificar la situación concreta para establecer la existencia del consentimiento requerido.

4. Alter ego y perforación del velo corporativo

“En el modelo de empresa libre de la actividad económica, la existencia legal separada de corporaciones y sus accionistas ha constituido por largo tiempo un sustento de las transacciones económicas (...).” (Park, 2009, pág. 16). Se han presentado situaciones en las que una persona o compañía hace uso de las figuras societarias existentes para reducir sus niveles de responsabilidad. Es decir, empresas controlantes ejecutan las obligaciones contenidas en contratos suscritos por sociedades controladas por ellas, valiéndose de su naturaleza societaria para disminuir la responsabilidad que podría acarrear-se en caso de incumplimiento de alguna de las obligaciones contractuales. Al respecto, se ha indicado por la doctrina internacional que “una parte que no asintió el contrato que contiene una cláusula arbitral puede sin embargo estar vinculada por la cláusula si esa parte es un ‘alter ego’ de la entidad que ejecutó, o fue de otra forma, parte del pacto.” (Born, 2009, pág. 1152), (traducción propia).

Así las cosas, cuando se descubre que se contrató mediante una entidad controlada para ha-

cer uso de su naturaleza societaria buscando reducir fraudulentamente la responsabilidad que podría adquirirse mediante la ejecución del contrato, los tribunales arbitrales y la cortes internacionales han permitido levantar el velo corporativo, para así vincular al pacto y al proceso a las personas o compañías que en realidad eran parte en el contrato respectivo y, por consiguiente, se hacían acreedoras de las obligaciones surgidas de la cláusula arbitral en él contenida.

El levantamiento del velo corporativo no es una institución extraña en el sistema normativo colombiano. La misma Corte Constitucional ha reconocido la existencia y aplicación de la teoría en el siguiente sentido:

Es entonces en la actuación maliciosa, desleal o deshonesto de los accionistas generadora de un daño para con los terceros, en donde se encuentra la fuente para desconocer la limitación de la responsabilidad y exigir de los socios la reparación del daño acontecido. Estas herramientas legales se conocen en la doctrina como la teoría del levantamiento del velo corporativo o “disregard of the legal entity” o “piercing the corporate veil” cuya finalidad es desconocer la limitación de la responsabilidad de los asociados al monto de sus aportaciones, en circunstancias excepcionales ligadas a la utilización defraudatoria del beneficio de la separación. (Corte Constitucional de Colombia, 2004).

En virtud de lo anterior, no se ve motivo para la imposibilidad de aplicación de la teoría descrita en los casos que se adecúen a esta en los procedimientos arbitrales nacionales en Colombia. Aún más, la providencia resaltada anteriormen-

te es un claro ejemplo de cómo la jurisprudencia, incluyendo la arbitral, podría entrar a definir, caso a caso, si existen las intenciones defraudatorias en las correspondientes estructuras societarias para determinar si debe levantarse, o no, el velo corporativo, y reconocer un consentimiento existente por parte del controlante correspondiente. Se resalta este aspecto, en la medida en que el pronunciamiento de un tribunal arbitral al respecto podría ser válidamente atacado en sede de anulación, por permitirse una interpretación restrictiva de la norma correspondiente del estatuto de arbitraje.

5. Grupo de compañías

Es común, en las relaciones comerciales internacionales actuales, que la ejecución de las obligaciones contractuales se realice por una entidad distinta a la que suscribió el contrato, en virtud de la existencia de uno de los denominados “grupos de compañías”. Es así como se ha determinado internacionalmente que una compañía que haga parte de un grupo de este estilo, y que se haya involucrado en las negociaciones y ejecución de las obligaciones de un contrato que haya suscrito una entidad controlante o controlada de dicho grupo, puede sujetarse a las obligaciones contraídas en virtud de la cláusula compromisoria o el pacto arbitral que se haya suscrito en dicho contrato. Es de resaltar que la simple pertenencia al grupo empresarial en cuestión no hace viable la aplicación de la doctrina, sino que debe existir una conducta tal de las empresas parte que implique conocimiento y asentimiento, aunque sea tácito, respecto de la vinculación al contrato y específicamente a la

cláusula compromisoria (todo depende de la voluntad de las partes, finalmente).

Un ejemplo emblemático de esta doctrina es el conocido caso Dow Chemical, en el cual

un Tribunal arbitral retuvo su competencia al considerar que la cláusula compromisoria expresamente aceptada por algunas de las sociedades de un grupo debía vincular a las otras sociedades que, dado el rol que habían jugado en la conclusión, la ejecución o la realización de los contratos que contenían dichas cláusulas; aparecía según la voluntad común de todas las partes partícipes al proceso, como partes verdaderas de los contratos y como interesadas directamente en éstos y en los litigios que pudiesen surgir de aquellos. (Bouckaert & Romain, 2010, pág. 87).

La doctrina ha establecido que el caso Dow Chemical da mayor relevancia a la intervención de la compañía no signataria en los aspectos de la negociación y conclusión del contrato. En palabras de Park, “Dow Chemical asume que la parte que debe ser atraída debe haberse involucrado en las etapas inicial y final de la transacción: la negociación y conclusión del contrato, así como en la ejecución y terminación.” (Park, 2009).

Hay algunas jurisdicciones importantes que no comparten los criterios establecidos por la doctrina del grupo de compañías, como es el caso inglés. “En años recientes, el Derecho inglés ha sido muy claro en negarse a aceptar la doctrina del grupo de compañías en ausencia de consentimiento del tercero parte” (Gutiérrez García de Cortázar, 2010, pág. 563), (traducción propia). Ello se justifica en ausencia de consentimiento por parte del no signatario respecto a su inclu-

sión en el proceso arbitral.

Esta teoría ofrece una oportunidad importante para indicar que, aún en el derecho comparado, se presentan fuertes discusiones sobre el valor que se le otorga al postulado de relatividad de los contratos con respecto a la necesidad de proteger al arbitraje como mecanismo de solución de conflictos, en presencia de un no signatario del pacto arbitral. Cada legislación le dará un peso diferente a los extremos de la tensión, pero siempre se tienen en consideración las distintas posibilidades y se evalúan las consecuencias de la aplicación de la teoría en el caso concreto.

Sin embargo, es posible poner de presente una característica básica de la posición normativa colombiana, compartida por la posición inglesa, en el sentido de no reconocer un consentimiento implícito en las actuaciones de una sociedad al exigir su manifestación expresa. Así las cosas, los perjuicios que pueden causarse a la contraparte suscriptora del pacto arbitral son altos, en la medida en que sería necesaria, bajo dicha visión, la manifestación expresa del consentimiento, so pena de tener que recurrir a las instancias judiciales para resolver el asunto de fondo, con las implicaciones que ello traería.

6. Terceros beneficiarios

Existen casos en que un contrato suscrito por dos partes puede generar derechos y beneficios para un tercero que no sea parte del contrato ni del pacto arbitral. Según laudos arbitrales internacionales, dado que terceros que estén vinculados por las obligaciones y gocen de los

derechos surgidos en un contrato están sujetos también a las disposiciones de la cláusula compromisoria allí contenida, en el caso de que sean beneficiarios pero que no lo hayan suscrito, la cláusula compromisoria les aplica en el sentido de que puedan iniciar un proceso arbitral en contra de las partes signatarias del pacto arbitral o que alguna de estas pueda iniciar un proceso de esta naturaleza en su contra.

El consentimiento en estos eventos es menos que obvio, aunque podría eventualmente ser determinado a partir del principio de buena fe contractual, en la medida en que una persona que busca, y goza de, un beneficio surgido de un contrato específico podría estar manifestando su aceptación al clausulado, incluyendo el correspondiente pacto arbitral. Sin embargo, lo que quiere ponerse de presente es la posibilidad de que este tipo de situaciones se presenten en la práctica, y el inminente fracaso del procedimiento arbitral en caso de que no se flexibilicen las exigencias normativas al respecto.

7. Garantes

Se ha presentado una discusión académica sobre si el contrato mediante el cual un tercero se obliga a garantizar las obligaciones contraídas por el suscriptor de un contrato que contiene una cláusula compromisoria puede generar la vinculación de ese tercero garante al pacto arbitral. Aunque la solución no ha sido unívoca en la jurisprudencia arbitral y en la doctrina internacional, se ha planteado la posibilidad de ello, en consideración a las relaciones que existen entre las partes y a los contratos suscritos por estas.

De esta manera, en cada caso específico, “[e]l lenguaje del acuerdo de garantía y la cláusula arbitral subyacente será significativo en determinar si las partes pretendían que el garante estuviera obligado (y beneficiado) por la cláusula arbitral en el contrato subyacente” (Born, 2009, pág. 1181), (traducción propia).

8. Fusión

Cuando se presenta el fenómeno de fusión, en cualquiera de sus modalidades, uno de sus efectos principales es el traspaso en bloque de los patrimonios, donde se incluyen los derechos y obligaciones que tiene la sociedad original fusionada. En derecho colombiano, el artículo 178, inciso primero, del Código de Comercio, señala que “en virtud del acuerdo de fusión, una vez formalizado, la sociedad absorbente adquiere los bienes y derechos de las sociedades absorbidas, y se hace cargo de pagar el pasivo interno y externo de las mismas”.

La fusión de entidades ha sido considerada en arbitraje internacional, como un suceso mediante el cual es viable que compañías que inicialmente no estaban obligadas a respetar una cláusula compromisoria que inicialmente no habían suscrito, quedan vinculadas por esta en virtud de haber adquirido los derechos y obligaciones de la empresa que fue absorbida, entre ellas los pactos arbitrales que hayan sido suscritos.

Ello también sería cierto en el derecho interno colombiano, por lo que no representaría un problema importante con respecto al tema que se plantea en este texto. Dada la institución de la fusión, la solución al problema escaparía de la

teoría presentada, puesto que el pacto arbitral correspondiente sería transferido en bloque junto con la totalidad del documento contractual, por virtud de la ley y no propiamente por virtud de su aceptación.

9. Cesión y transferencias de derechos contractuales

Las transferencias contractuales son aquellas situaciones en las que una parte, originalmente parte de un contrato, transfiere los derechos y las obligaciones de ese contrato a un tercero que inicialmente no lo suscribió. Esta posibilidad no tiene mayor debate en la doctrina y en la jurisprudencia, pero sí surgen cuestiones importantes que deben analizarse al momento de hablar del pacto arbitral que acompaña al contrato que fue transferido.

El principio de la autonomía del pacto arbitral indica que este es un contrato distinto al contrato en el cual está inscrito. Por consiguiente, la validez y eficacia del contrato en general no tendría por qué afectar la validez y eficacia del pacto arbitral, y en esto se fundamenta que los tribunales puedan decidir válidamente sobre lo pertinente respecto del contrato general sin que se vea transgredida su competencia por afectar la cláusula compromisoria. Este principio es importante en el tema que nos ocupa, puesto que habría que preguntarse si la transferencia del contrato lleva implícita la transferencia del pacto arbitral que en él se contiene.

Born explica que “[e]n principio, la cesión de un contrato debería tener el efecto de transferir la cláusula arbitral a él asociada, como parte aso-

ciada al acuerdo entre las partes, al cesionario, al menos en la ausencia de alguna prohibición legal o contractual que hiciera la cesión ineficaz” (Born, 2009, pág. 1187). Sobre este particular, el autor indica que es generalmente aceptado que la cláusula compromisoria sea transferida con la cesión del contrato, a menos que las partes hayan excluido esta posibilidad expresamente o hayan establecido restricciones a la realización de este tipo de operaciones.

Serían, entonces, aplicables las consideraciones presentadas en el evento anterior, dado que la transferencia del clausulado del contrato, en principio, conllevaría la transferencia de la cláusula arbitral. La discusión se presentaría sobre el consentimiento de la parte cedida, puesto que no suscribió el pacto arbitral expresamente, y podría interpretarse que, para que su intervención en el proceso arbitral sea válida, se requeriría su manifestación expresa.

10. Subrogación

En los casos en que se permita la subrogación de un tercero en la posición contractual de una de las partes, se ha entendido que cuenta con los derechos y las obligaciones propias del pacto arbitral y que debe acogerse a él. Entendemos esto en la medida en que la relación contractual no se ve modificada en los casos de subrogación, sino que la persona que constituye una de las partes es sustituida por otra, sin que el vínculo sufra transformación alguna. Por tal motivo, este tercero que inicialmente no suscribió la cláusula compromisoria será titular de los derechos y obligaciones que adquiriera mediante la subrogación.

Nuevamente, la exigencia de una manifestación expresa de su consentimiento podría representar un riesgo para los intereses de la contraparte, puesto que al no ser la nueva persona suscriptora del pacto arbitral podría alegar su ausencia de consentimiento sobre este, aun cuando la realidad jurídica permita determinar que, al aceptar dicha subrogación, aceptó las obligaciones derivadas del pacto arbitral. Este tipo de situaciones se promueven por la literalidad del artículo 37 de la Ley 1563 de 2012 y, por tal motivo, nos encontramos nuevamente frente a la necesidad de permitir reconocer el consentimiento requerido por otros medios disponibles.

11. *Estoppel* y doctrinas relacionadas

La teoría del *estoppel* indica que una parte no puede contradecirse en sus propias manifestaciones o actuaciones, en el sentido de aprobar las situaciones cuando le sean favorables y rechazarlas cuando le sean desfavorables. En este marco, el comportamiento de la parte involucrada va a cobrar gran importancia, pues el mismo determinará su posición en una eventual situación controversial futura. Para esta teoría habrá que hacer las precisiones pertinentes, tanto para el caso en que un no signatario busque se le aplique la cláusula compromisoria como en el caso contrario.

a. No signatario buscando la aplicación del pacto arbitral

En este tipo de situaciones un no signatario de la cláusula arbitral busca hacerla efectiva contra una parte que sí es signataria, mientras que esta busca la improcedencia del arbitraje,

aunque también pretenda que el no signatario responda por obligaciones contenidas dentro del contrato. En otras palabras, “[...] la jurisprudencia ha sostenido que la parte signataria no puede negar la aplicabilidad del arbitraje bajo el argumento de que la contraparte no participó ni firmó el pacto arbitral, y al mismo tiempo pretender que esta última responda por determinadas obligaciones impuestas en el documento que contiene la cláusula arbitral” (Restrepo Orozco, 2010, pág. 63).

Es decir, la parte no signataria no puede buscar la inaplicación del pacto arbitral por ser su contraparte un no signatario, y a la vez establecer argumentos en contra de dicha contraparte que están estrechamente relacionados con el contrato que contiene la cláusula compromisoria.

b. Signatario contra no signatario

Es este el caso del no signatario que busca escapar del procedimiento arbitral por no haber sido parte del pacto que le dio fundamento. Se ha establecido que el no signatario no puede, a la vez, buscar no ser parte del acuerdo arbitral y presentar argumentos que se relacionan estrechamente con el contrato en el cual está contenido el acuerdo. Por esta razón, se prohíbe al no signatario beneficiarse del contrato o exponer argumentos que se relacionen estrechamente con este cuando a la vez busca que no le sea oponible el pacto arbitral que en él se incluye.

Ambas situaciones reflejan la posibilidad que la ley otorga a quien busca beneficiarse del contrato, pero no sujetarse a las obligaciones derivadas del pacto arbitral, así como la posibilidad de ale-

gar su ausencia de consentimiento sobre este. El principio de buena fe contractual exige que estas situaciones sean reconocidas por la ley y la jurisprudencia, y que se permita reconocer la realidad de la transacción y del comportamiento de los participantes en el proceso para efectos de determinar la existencia, o inexistencia, del consentimiento requerido para adelantarla.

12. Ratificación

Esta teoría no es novedosa en la medida en que reconoce que el no signatario que ratifica el pacto arbitral se convierte en parte de este y es sujeto de los derechos y las obligaciones que allí se contienen. En este sentido, la teoría no busca extender los efectos del pacto arbitral a un no signatario, sino simplemente reconoce que aquel no signatario que suscribe el pacto arbitral se hace parte del pacto y le es indudablemente oponible. Esto, claro está, mientras las otras partes del pacto arbitral estén conformes con esta situación, pues ha de respetarse siempre la naturaleza contractual que tiene este acuerdo.

Por los motivos anteriores, no se encuentra que exista discusión sustancial sobre la aplicación de los efectos del pacto arbitral, pues estamos frente al hecho resaltado por la ley colombiana como evento en el cual es posible extender sus efectos: cuando se presente manifestación expresa de aceptación al procedimiento y al pacto arbitral.

13. Oficiales y directores corporativos

“[A]lgunas cortes de Estados Unidos han permitido que oficiales y directores de una parte corporativa invoquen la cláusula arbitral en los contratos comerciales subyacentes de esa parte, a pesar del hecho obvio que los oficiales y directores individuales no son partes del contrato subyacente bajo los principios contractuales ordinarios” (Born, 2009, págs. 1198 - 1199).

Tal como lo indica el autor, algunas cortes, no solo norteamericanas sino también europeas, han permitido que se incluya a aquellas personas que tengan cargos de dirección y confianza dentro de la empresa que es parte del contrato, puesto que son las actuaciones de estos las que dan lugar al desarrollo y ejecución del contrato. Sin embargo, esta posición no ha sido universalmente adoptada y existen discusiones fuertes respecto de la aplicación de esta teoría.

Aun cuando se reconoce lo anterior, se sugiere que sea revisada esta posibilidad, como situación en que la actuación de dicho oficial o director corporativo puede permitir la determinación de su consentimiento con el procedimiento arbitral.

14. Derechos derivados de accionistas

Dado que en ciertas situaciones se permite a los accionistas de una sociedad actuar como su representante, deben estos tener capacidades amplias y suficientes para adoptar todas las medidas necesarias para salvaguardar los intereses de la sociedad. Dentro de estas capacida-

des, la más importante debe ser la de iniciar los procedimientos legales respectivos para lograr el cumplimiento de los derechos y obligaciones que se hayan adquirido en los contratos suscritos por la sociedad. Al respecto, las cortes y los tribunales arbitrales internacionales han establecido que el accionista que se encuentre en esta posición, o una similar, puede hacer uso de las disposiciones contenidas en las cláusulas arbitrales suscritas por la sociedad en desarrollo de sus negocios.

En este sentido, se ha reconocido la capacidad de los accionistas de presentar demandas arbitrales en los términos previstos en los pactos suscritos por la sociedad, en la medida en que en estos casos específicos el accionista actúa en nombre de la sociedad misma, motivo por el cual no podría solicitarse la ausencia de pacto arbitral por no haberlo suscrito la persona que presenta la demanda.

Esta posición no refleja mayor problema, pues se entiende que la extensión del pacto arbitral en el caso presentado no es en sí misma una extensión, en la medida en que técnicamente es la propia sociedad la que presenta la demanda y es parte del proceso arbitral, pues el accionista actúa en su nombre y representación, y no en nombre propio.

15. Estados y entidades estatales no signatarias

En algunos casos, la jurisprudencia arbitral internacional ha sido renuente a vincular a las entidades estatales y a los Estados a procesos

arbitrales por el hecho de haber suscrito un contrato internacional, con un pacto arbitral incluido, en su calidad de entidades reguladoras. Sin embargo, autores como Borne se oponen a esta visión de la intervención de este tipo de entidades en las transacciones internacionales, por su vital importancia en estas, y es en este contexto que se ha indicado que “[e]stas decisiones reflejan una visión insatisfactoria de la manera en que las autoridades regulatorias ejercitan sus poderes” (Born, 2009, pág. 1203).

La figura de la arbitrabilidad subjetiva “define quiénes pueden acudir al mecanismo del arbitraje para resolver sus conflictos de carácter intransigible” (Corte Constitucional, 2007). Por ejemplo, el ordenamiento colombiano permite que las personas, naturales o jurídicas, de derecho público o privado, puedan acudir al arbitraje como partes dentro de este.

Se comparte la posición doctrinaria, en el sentido de reconocer a las entidades estatales como actores importantes dentro del comercio internacional, que no actúan únicamente como entes reguladores sino como partes mismas del contrato y, por lo mismo, sujetos de derechos y obligaciones en él. Partiendo de lo anterior, su manifestación de aprobar las condiciones contractuales, tal como se encuentran establecidas en el instrumento respectivo, debe vincularlas a las disposiciones que allí se contengan sobre la resolución de disputas por la vía arbitral. De esta manera se entiende que las entidades estatales deben reconocer y sujetarse a lo dispuesto en el pacto arbitral, y deben aceptar la legitimidad de las decisiones que se adopten en estas ins-

tancias, siempre respetando sus obligaciones internacionales y las reglamentaciones propias de su funcionamiento.

16. Joint venture

Ocasionalmente se ha indicado que “[...] el compromiso de uno de los miembros de la empresa conjunta de arbitrar disputas relativas a la empresa conjunta obliga a los otros miembros” (Born, 2009, págs. 1203 - 1204). Sin embargo, el autor citado explica que esta situación no se ha presentado mucho en la práctica y hay consideraciones por realizar al respecto.

B. Reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de 2012

El artículo 7(1) del Reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional –CCI– establece que:

La parte que desee incorporar una parte adicional al arbitraje deberá presentar su solicitud de arbitraje en contra de la parte adicional (la “Solicitud de Incorporación”) a la Secretaría. Para todos los efectos, la fecha en la que la Solicitud de Incorporación sea recibida por la Secretaría será considerada como la fecha de inicio del arbitraje contra la parte adicional. Toda incorporación estará sujeta a las disposiciones de los artículos 6(3) -6(7) y 9. Ninguna parte adicional podrá ser incorporada después de la confirmación o nombramiento de un árbitro, salvo que todas las partes, incluyendo la parte adicional, acuerden lo contrario. La Secretaría podrá fijar un plazo para la presentación de la Solicitud de Incorporación.

Lo que resalta inicialmente del texto transcrito, es que es expresamente reconocida la posibilidad de incluir partes adicionales al proceso arbitral que se encuentre en curso. Habrá entonces que determinar cuáles son los requisitos que establece la norma respecto de la relación jurídica, las partes involucradas y la naturaleza de las controversias que son susceptibles de incorporación.

Indica el numeral transcrito que toda incorporación de partes adicionales al proceso arbitral estará sujeta a lo dispuesto en los artículos 6(3) - 6(7) y 9 del mismo reglamento. Los artículos 6(3) - 6(7) tratan específicamente temas relativos a los efectos del pacto arbitral entre las partes y respecto del tribunal arbitral. El artículo 6(3) referido indica lo siguiente:

Si una parte contra la cual se haya formulado una demanda no presenta una contestación, o si 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).

El mismo reglamento aclara que las discusiones respecto del alcance, validez o existencia del acuerdo de arbitraje serán decididas por el tribunal arbitral, salvo que el asunto sea referido a la Corte. En este sentido, entendemos

que en todo caso el pacto arbitral debe cobijar a los nuevos intervinientes del proceso, pues, tal como lo indica el artículo 6(4)(i) el procedimiento arbitral debe continuar siempre y cuando hubiere convencimiento, *prima facie*, de la “posible existencia de un acuerdo de arbitraje de conformidad con el Reglamento que las vincule a todas [las partes]”. El nuevo reglamento de arbitraje de la cci es respetuoso de la estructura contractual del pacto arbitral, pues sigue limitando la incorporación de partes adicionales al proceso arbitral a aquellas que estén efectivamente cobijadas por un pacto arbitral que así lo permita. Entendemos que, en caso distinto, el tribunal o la Corte, según quien deba decidir el asunto, debe rechazar la posibilidad de incluir a un tercero no signatario de un pacto arbitral, pues ello no se encuentra expresamente permitido en el Reglamento y atentaría contra el principio de habilitación.

Así mismo, hace referencia el artículo 7(1) a lo contenido en el artículo 9 del Reglamento, el cual establece la posibilidad de tramitar en un solo arbitraje las demandas que puedan presentarse respecto de más de un contrato, con independencia de si hay unidad en el acuerdo de arbitraje o no. En los términos del reglamento: “[...]las demandas que surjan de, o en relación con, más de un contrato podrán ser formuladas en un solo arbitraje, independientemente de si dichas demandas son formuladas bajo uno o más acuerdos de arbitraje bajo el Reglamento.”

Al respecto indica el artículo 6(4)(ii) lo siguiente:

cuando se formulen demandas conforme al Artículo 9 bajo más de un acuerdo de arbitraje,

el arbitraje proseguirá en relación con aquellas demandas respecto de las cuales la Corte estuviera convencida, *prima facie*, (a) de la posible compatibilidad entre los acuerdos de arbitraje bajo los cuales tales demandas son formuladas, y (b) de la posible existencia de un acuerdo entre las partes en el arbitraje para que dichas demandas puedan ser determinadas conjuntamente en un solo arbitraje.

Sobre lo anterior nos interesa indicar que está expresamente permitido vincular partes adicionales que no estén cobijadas por el mismo acuerdo arbitral suscrito entre las partes actuales del proceso al que se pretenden incorporar. Lo que es verdaderamente importante es que haya algún vínculo de compatibilidad entre los acuerdos de arbitraje respectivos y un posible pacto entre las partes para que ello suceda. Esto es así porque de lo contrario se ventilaría cualquier situación ante tribunales especialmente constituidos para temas específicos, lo que contradice múltiples ventajas de este mecanismo alternativo de solución de conflictos.

El artículo 7(1) no hace referencia a ningún tipo de límite temporal respecto de la intervención de partes adicionales en el proceso arbitral. La disposición según la cual se podrán presentar nuevas demandas únicamente hasta la firma del Acta de Misión está contenida en el artículo 23(4) del Reglamento, que establece, al igual que en el reglamento anterior que “[u]na vez firmada el Acta de Misión, o aprobada por la Corte, ninguna de las partes podrá formular nuevas demandas que estén fuera de los límites fijados en ella, salvo autorización del tribunal arbitral [...]”. Esta norma es requisito necesario a tener

en cuenta para la presentación de demandas con multiplicidad de contratos, regulada en el artículo 9 del Reglamento y, por tanto, se tiene que la misma norma debe aplicar para el caso de la intervención de nuevas partes dentro del proceso arbitral. Por ello, entendemos que la oportunidad para presentar la Solicitud de Incorporación es en cualquier momento procesal previo a la firma del Acta de Misión del proceso arbitral.

Por último, encontramos un límite sustancial a la incorporación de nuevas partes, en el sentido de que ello podrá hacerse mientras no haya habido confirmación o nombramiento de árbitros dentro del proceso, salvo que medie acuerdo de todas las partes, incluyendo las que se pretenden incorporar, en cuanto a permitir continuar con el proceso con los árbitros que ya hayan sido confirmados o nombrados. Esta disposición se justifica por la necesidad de respetar la igualdad entre partes procesales, pues de lo contrario podría haber grave violación al derecho a la igualdad de la parte incorporada, por esta no haber podido quedar involucrada en la escogencia y nombramiento de los árbitros que decidirían la controversia.

En conclusión, el artículo 7(1) del nuevo Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional efectivamente permite la incorporación de nuevas partes al proceso arbitral, bajo unas condiciones y requisitos expresamente establecidos en el, a saber: la existencia *prima facie* de un acuerdo arbitral que cobije a las partes, incluyendo a las incorporadas, que puede estar, o no, contenido en un mismo contrato. El acuerdo arbitral puede no ser único, pero sí se

requiere la existencia de una misma operación económica que vincule a los pactos arbitrales que den sustento al proceso arbitral. Todo ello debe realizarse antes de la firma del Acta de Misión, pues de lo contrario se requerirá aprobación del tribunal arbitral, y antes de haber confirmación y nombramiento de árbitros, a menos que haya acuerdo entre las partes del proceso.

C. Nueva ley de arbitraje de Perú (Decreto Legislativo No. 1071 de 2008)

La nueva ley peruana de arbitraje constituye uno de los avances legislativos más importantes que se han presentado en el desarrollo de la materia en el contexto latinoamericano. Su análisis y revisión es primordial para comprender el alcance legislativo que se le ha dado a la discusión aquí presentada, para determinar los conceptos utilizados y los efectos otorgados respecto de la extensión del pacto arbitral a no signatarios. En los términos del profesor Eduardo Silva Romero,

La Ley Peruana de Arbitraje, promulgada mediante Decreto Legislativo N° 1071 de 27 de junio de 2008 ("LAP") regula expresamente en su Artículo 14 lo relativo a la extensión de los efectos del convenio arbitral a personas no signatarias, entendidas como tales quienes no sean parte formal del convenio arbitral o del contrato que lo contiene o que no hayan sido mencionadas como parte en ellos. (Silva Romero, 2010 - 2011, págs. 53-54).

El artículo en comento indica lo siguiente:

Artículo 14°.- Extensión del convenio arbitral. El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, se-

gún la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos.

De la lectura del artículo transcrito, extraemos una serie de elementos que permiten determinar en cuáles eventos podrían extenderse los efectos del pacto arbitral a no signatarios de este. En primer lugar, se establece que debe existir “consentimiento de someterse a arbitraje” para que ello pueda suceder; lo cual, en principio, no dista mucho de la solución ofrecida por el sistema legal colombiano sobre la materia. Sin embargo, es la lectura de dicho consentimiento “según la buena fe”, la que presenta un quiebre en la manera de analizarlo, y lo que permite hacer extensivos los efectos del pacto.

El consentimiento, como requisito indispensable para que una determinada persona pueda acudir al procedimiento arbitral, ya sea de manera activa o pasiva, no se elimina, puesto que de ser así se estaría desnaturalizando la esencia contractual del pacto arbitral. Se trata de un respeto mínimo por el principio de habilitación y el postulado de la relatividad de los contratos, que debe tener observación en todo caso. Es la manera en que se establece el cumplimiento de dicho requisito lo que representa una novedad en la materia, pues en la nueva ley peruana de arbitraje se reconoce la posibilidad de manifestar el consentimiento de una forma distinta

a la escrita. En palabras de Silva Romero, “La legislación de un Estado habrá aceptado una concepción *ad probationem* del convenio arbitral cuando acepte su comprobación por otros medios y no la sujete a la forma escrita” (Silva Romero, 2010 - 2011, pág. 56). Los hechos que circundan el caso específico darán lugar, mediante un análisis probatorio, a la extensión del pacto arbitral a una persona que, pese a no ser signataria, prestó su consentimiento respecto del pacto y del contrato que lo contiene.

Ahora bien, dicho consentimiento, como se señaló anteriormente, debe interpretarse con base en el principio de la buena fe contractual. Para Santistevan de Noriega, citado por el profesor Silva Romero, “[L]a aplicación de la Buena fe a la que alude el Artículo 14 de la Ley de Arbitraje se traduce en el reconocimiento de la doctrina de los actos propios que convoca a la coherencia en la conducta de las partes en el contrato, al punto de repudiar todo acto contradictorio con la sucesión de precedentes que generaron confianza en el cumplimiento del contrato y auspiciaron la lealtad para el logro de sus fines” (Silva Romero, 2010 - 2011, pág. 58).

Así las cosas, el consentimiento exigido por el artículo comentado debe ser visto desde la perspectiva del principio de la Buena Fe, que manda que la participación activa de una persona, en la suscripción, ejecución o terminación del contrato, que permita establecer la existencia de confianza en el cumplimiento del contrato por las otras partes, sea considerada como un consentimiento suficiente para poder hacer extensivos los efectos del pacto a dicha persona.

Por último, señala el profesor Silva Romero que

Para algunos, no basta la demostración de ciertos presupuestos de hecho (participación activa y determinante o la pretensión de derivar derechos o beneficios conforme a los términos del contrato) para extender los efectos del convenio arbitral, sino que ello dependerá en gran medida de la aceptación de alguna teoría jurídica (la teoría del grupo de sociedades, por ejemplo) o, de manera más general, de la concepción que se adopte del convenio arbitral en la legislación de cada Estado. (Silva Romero, 2010 - 2011, pág. 60).

Así las cosas, se considera que el artículo 14 de la nueva ley peruana de arbitraje refleja un cambio de la perspectiva normativa sobre la materia, por cuanto amplía los conceptos y las posibilidades de su aplicación, y deja a un lado las concepciones tradicionales sobre lo que se considera “ser parte” dentro de un contrato. Sin embargo, este trabajo considera que la aplicación práctica de dicho cambio será viable en la medida en que, caso a caso, se logre la aplicación de una teoría que permita realizar el análisis específico necesario. Algunas de dichas teorías son aquellas que se analizaron anteriormente, desarrolladas por la jurisprudencia y la experiencia internacional.

En conclusión, dentro del ámbito latinoamericano, encontramos un ejemplo claro de un sistema normativo que ha dejado atrás la visión tradicional del concepto de “parte” del contrato, para dar paso, como lo propone este trabajo para el contexto colombiano, a una percepción mucho más amplia, que permita considerar las transacciones económicas en su realidad, y no

en la forma en que se encuentran plasmadas, dando cabida a la protección de los principios y derechos que gobiernan el arbitraje comercial.

IV. CONCLUSIONES

Del marco teórico nacional presentado, en contraste con las situaciones que se han debatido y expuesto en el derecho comparado sobre el arbitraje comercial internacional, pueden obtenerse una serie de conclusiones que tocan el fondo de la discusión, y que pueden implicar un cambio de perspectiva de la normativa nacional respecto de la posibilidad de inclusión de terceros en el procedimiento arbitral. A continuación presentaremos las principales conclusiones obtenidas y su significación para la discusión planteada, con el ánimo de poner de presente las inconsistencias y fallas que tiene la normativa colombiana respecto al tema específico analizado.

A. *Litisconsortes y terceros vs. no signatarios*

La primera diferencia fundamental entre la concepción nacional e internacional es la naturaleza jurídica que se les atribuye a las personas que no son parte del pacto arbitral. Colombia continúa con una dicotomía entre lo que se entiende por litisconsorte y por tercero propiamente dicho, en los casos presentados en su momento. Con base en estos conceptos, y sus implicaciones jurídicas propias, la legislación colombiana provee una solución particular específica para cada caso, que para efectos prácticos se reduce a dejar sin efectos el pacto arbitral o a permitir su continuación sin consi-

deración de la situación fáctica específica que se presente.

En el contexto internacional se cambió la concepción de tercero por la de no signatario del pacto arbitral. Esta presentación del problema es mucho más enriquecedora que la mostrada en el ámbito internacional por los motivos que siguen. En primer lugar, deja a un lado los conceptos procesalistas que en la mayoría de las veces no aplican debidamente a los procedimientos arbitrales, que se fundamentan en otra clase de principios e instituciones. Así las cosas, el no signatario se considera como una persona que, sin consideración a su condición de tercero o litisconsorte, debe ser atraída al procedimiento arbitral por la situación específica que se presenta. Como consecuencia de lo anterior, y en segundo lugar, desaparecen las restricciones al operador jurídico impuestas por las categorías propias del derecho procesal que se aplican, y se le da mucha más libertad para poder comprender íntegramente la realidad jurídica específica de que se trate, y la manera en que deben interactuar aquellas personas que en principio no son consideradas suscriptoras del pacto arbitral.

En conclusión, la primera crítica que puede realizarse al estado actual de la materia en el arbitraje comercial nacional en Colombia, es la conceptualización dicotómica de las personas que no son parte, en principio, del pacto arbitral. La visión de estas personas como no signatarios del pacto arbitral deja mucho más espacio para que el operador jurídico pueda determinar, caso a caso, si efectivamente nos encontramos ante una situación en la que una persona no puede ser atraída al proceso arbitral a menos de que

preste su consentimiento, o si nos encontramos efectivamente ante una parte del pacto arbitral, motivo por el cual se considera que ya ha prestado su consentimiento para acudir al proceso.

B. Efectos prácticos

La solución adoptada por las normas nacionales con respecto a la intervención de litisconsortes necesarios no signatarios del pacto arbitral y terceros propiamente dichos, aunque clara, resulta insuficiente si se analizan las experiencias que se han presentado en el contexto del arbitraje comercial internacional. No será justo ni eficiente el que en todos los casos se exija que el litisconsorte necesario manifieste expresamente su adhesión al pacto arbitral, so pena de declararse extinguidos los efectos de este, pues se ha demostrado que en la práctica hay situaciones en las que personas o entidades pueden sacar ventaja para burlar los derechos de quienes son verdaderamente partes en el contrato respectivo.

Cada una de las situaciones prácticas en las que la doctrina y la jurisprudencia internacional son claros ejemplos de aquellos casos en que no es suficiente con que el no signatario se abstenga de aceptar su vinculación al pacto arbitral para que se declaren extinguidos sus efectos. Es claro que la justificación de ello en el ámbito internacional es la evidente desventaja de que la voluntad de una sola parte pueda acabar con la posibilidad de acudir al arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos. Sin embargo, no menos debería predicarse en el arbitraje nacional.

Así mismo, dichas situaciones prácticas demuestran cómo la realidad jurídica de un asunto específico puede permitir concluir que, aun cuando no hay una suscripción formal del pacto, el consentimiento de aquella parte que se pretende atraer al proceso arbitral puede ser demostrado por otros medios probatorios, puesto que la existencia del consentimiento se presenta en distintas manifestaciones, que principalmente corresponden a la participación, directa o indirecta, en la ejecución del contrato y en el reconocimiento implícito de la existencia y validez del pacto arbitral.

Las evidentes ventajas que tiene adelantar las controversias mediante el arbitraje hacen que deba buscarse una solución mucho menos simplista que aquella consagrada en la normatividad colombiana. Los eventos señalados anteriormente, que han sido ampliamente tratados y debatidos en el derecho comparado, pueden servir como un punto de partida para flexibilizar la intervención de no signatarios del pacto arbitral en este tipo de mecanismos.

C. Salvaguarda de la naturaleza contractual del arbitraje comercial

Se reconoce expresamente la necesidad de salvaguardar la naturaleza contractual del pacto arbitral, y la imposibilidad de atraer al proceso arbitral a aquellas personas que no tienen relación con la transacción económica realizada. Sin embargo, se quiere poner de presente que hay situaciones en las que es necesario reconocer la existencia de no signatarios que son efectivamente partes en los contratos que se ejecutan, y que por tanto deben atender a todas las

obligaciones que allí se contienen, incluyendo la de renunciar a acudir a la jurisdicción ordinaria para solucionar los conflictos que puedan surgir. En la medida en que se reconozca la realidad de las relaciones jurídicas que se presentan actualmente en el comercio, se estarán protegiendo efectivamente los intereses de todos aquellos con preocupaciones frente al resultado del procedimiento, así como la naturaleza jurídica contractual del arbitraje comercial. La nueva ley peruana de arbitraje es un claro ejemplo de reconocimiento de la realidad jurídica de la transacción correspondiente, en la que el consentimiento, indispensable en todo caso para la existencia misma del pacto y del procedimiento arbitral en virtud del principio de habilitación y relatividad de los negocios jurídicos, puede ser demostrado a partir de dicha realidad y no de la formalidad escrita existente.

Bibliografía

- CORTE CONSTITUCIONAL, 20 de mayo de 1997. C-242-97. Magistrado ponente: Hernando Herrera Vergara.
- CORTE CONSTITUCIONAL, 17 de marzo de 1999. C-163-99. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.
- CORTE CONSTITUCIONAL, 20 de febrero de 2003. T-136-03. Magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño.
- CORTE CONSTITUCIONAL, 7 de septiembre de 2004. C-865-04. Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.

- CORTE CONSTITUCIONAL, 14 de marzo de 2007). SU-174-07. Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.
- ARANGO PERFETTI, D. (2010). *Extensión del acuerdo arbitral a no signatarios*. Recuperado: 17 de 05 de 2012, desde: http://www.londonoyarango.com/pdf/Tesina-Extension_del_Acuerdo_Arbitral_A_No_Signatarios.pdf
- BEJARANO GUZMÁN, R. (1994). *Intervención de terceros y medidas cautelares en el proceso arbitral*. Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Recuperado: 20 de 04 de 2012, desde: <http://www.icdp.co/revista/articulos/16-17/RamiroBejarano.pdf>
- BORN, G. (2009). *International Commercial Arbitration*. Recuperado: 25 de mayo de 2011, desde: www.kluwerarbitration.com
- BOUCKAERT, C., & ROMAIN, D. (2010). La participación de terceros en el arbitraje internacional. *Revista del Club Español del Arbitraje*, 2010(9), 83-102.
- CAIVANO, R. J. (2007). Algunos problemas derivados de los arbitrajes con partes o relaciones jurídicas múltiples. *Revista Peruana de Arbitraje*, 2007(4), 65-120.
- CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL. (2012). *Reglamento de Arbitraje*. París, Francia.
- CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. (2007). *Reglamento de procedimientos*. Bogotá, Colombia.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. (2012). Ley 1563 de 2012 “Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones”. Bogotá, D.C., Colombia.
- GAILLARD, E., & SAVAGE, J. (1999). *International Commercial Arbitration*. Recuperado: 25 de mayo de 2011, desde: www.kluwerarbitration.com
- GRAHAM, J. A. (2008). La “falsa” extensión del acuerdo arbitral a terceros: el ejemplo de México. *Revista Peruana de Arbitraje* (7), 173 - 187.
- GUTIÉRREZ GARCÍA DE CORTÁZAR, E. (2010). Non-Signatories and Arbitration: Recent Developments. En M. Fernández-Ballesteros & D. Arias, *Liber Amicorum Bernardo Cremades* (págs. 561 - 571). Madrid, España: La Ley.
- HANOTIAU, B. (2006). *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions*. Recuperado: 20 de abril de 2012, desde: www.kluwerarbitration.com
- MONROY CABRA, M. G. (2011). *Arbitraje comercial nacional e internacional*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional.
- OSPINA FERNÁNDEZ, G. & OSPINA ACOSTA, E. (2005). *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Bogotá: Temis.
- PARK, W. W. (2009). Non-Signatories and International Contracts: An Arbitrator’s Dilemma. *Multiple Parties in International Arbitration* (3), 9-25.

- REPÚBLICA DE COLOMBIA. (1970). *Código de Procedimiento civil. Decretos 1400 y 2919 de 1970*. Bogotá: Colombia.
- REPÚBLICA DE COLOMBIA. (2012). *Código general del Proceso. Ley 1564 de 2012*. Bogotá: Colombia.
- RESTREPO OROZCO, D. (2010). Vinculación de terceros al proceso arbitral. En: Centro de Arbitraje y Conciliación, *Ensayos Arbitrales* (págs. 53-72). Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá.
- RIVERA, J. C. (2007). *Arbitraje comercial internacional y doméstico*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- SILVA ROMERO, E. (2010-2011). El artículo 14 de la nueva Ley Peruana de Arbitraje: reflexiones sobre el contrato de arbitraje – realidad. *Lima Arbitration* (4), 53-70.
- SUÁREZ ANZORENA, I. (2007). La acumulación de arbitrajes: ¿acumulación de problemas? En: F. Mantilla-Serrano, *Arbitraje internacional. Tensiones actuales*. (pág. 331). Bogotá: Legis.
- TALERO RUEDA, S. (2008). *Arbitraje comercial internacional*. Bogotá: Temis - Universidad de los Andes.
- VULLIEMIN, J. M. (2009). La extensión de la cláusula arbitral a terceros: ¿cláusula arbitral v. convenio arbitral? *Revista del Club Español de Arbitraje*, 2009(5), 53-70.