

GACETA ARBITRAL

PROPIETARIO-EDITOR: RODRIGO BECERRA TORO, Cali, Colombia

NUMERO: 92

AÑO VII

FECHA: 1 de MARZO de 2020

ASUNTO: Es jurídicamente posible modificar o reformar el pacto arbitral?

CARÁCTER: Los comentarios u opiniones del editor no obligan al lector porque la doctrina no es fuente formal del derecho colombiano.

Con frecuencia en distintos foros sobre arbitraje y en el caso particular de la práctica procesal arbitral, se formula la misma inquietud: ¿Es posible reformar o modificar la cláusula arbitral?

No debe perderse de vista que el pacto arbitral es, por esencia, voluntario, y que las partes están legalmente habilitadas para celebrarlo, modificarlo, reformarlo o extinguirlo, a cuyo efecto las reglas jurídicas de la *autonomía de la voluntad* se aplican a la materia, pero no basta la sola afirmación de la posibilidad de hacerlo, por lo que la aspiración de la presente entrega de GACTA ARBITRAL es dar respuesta a los interrogantes que resultan de importancia para sacar una conclusión acertada, valiéndonos de la doctrina y la jurisprudencia sobre el caso (particularmente, del Consejo de Estado, que, aunque, examina la modificación o reforma desde el punto de vista del arbitraje contencioso-administrativo, recogen la doctrina universal del caso y son suficientes para dar una respuesta favorable a la pregunta y concretar la forma en que las modificaciones deben producirse.

1). La posibilidad jurídica de hacerlo:

El pacto arbitral sólo puede modificarse si las partes lo *convienen solemnemente*. Si las partes pretenden deshacer o dejar sin efectos el pacto arbitral deben seguir las mismas solemnidades que acataron al acordarlo, es decir, hacerlo de forma *expresa* y formalmente por *escrito* en un documento. *Ello no implica que el pacto arbitral sea inmodificable o inderogable, sino que es inválido cambiarlo de manera tácita o por la inferencia del juez.* [Ver, CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA, SECCION III, SUBSECCION A, SENTENCIA DE 18 DE ABRIL DE 2013, RAD 85001-23-31-000-1998-00135-01 (17859). C.P. CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA]. Esto, por cuanto en referencia al pacto tanto la Ley Modelo de la Uncitral, como la Convención de Nueva York, acogieron la necesidad de la exigencia de la *escritura, o de los medios de prueba equivalentes al escrito*, por lo que se trata de una regla uniforme y de obligatoria observancia, lo que excluye el acuerdo verbal, de manera que el pacto arbitral siempre debe constar por escrito o por referencia a situaciones que lo refieran, o deducirse de comunicaciones que se producen por vía electrónica, o que conste en un negocio jurídico fuente o en otro documento separado que haga referencia inequívoca a él, o por el intercambio de comunicaciones entre las partes, o cuando se hace la invitación a acudir al arbitraje y se acepta, o cuando una parte pide la convocatoria y la otra la acepta, o no se opone o no niega su existencia, entre otras aplicaciones nuevas del escrito.

2). Se emplea en la modificación la misma forma de su creación:

Las partes de un contrato estatal que pretendan alterar, cambiar o modificar la cláusula compromisoria convenida de manera expresa y por escrito, deben hacerlo de la misma forma. [Ver, CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA, SECCION III, SUBSECCION A, SENTENCIA DE 20 DE MAYO DE 2013 (2000-00098), RAD 520012331000-2000-00098-01, EXP 24.599, C.P. MAURICIO FAJARDO GOMEZ], o mejorando las calidades y condiciones del escrito, si se ha celebrado por las aludidas formas alternativas del escrito.

3). La modificación debe ser expresa:

Frente a la hipótesis de que las partes hubieran querido modificar la cláusula arbitral, la modificación válida del pacto arbitral en el caso concreto no puede consistir en una expresión que solo *tangencialmente* trata el asunto, sino que habría debido comprender una *declaración inequívoca y concreta*, central dentro del texto, que posibilitara interpretar, con base en los elementos textuales y extra textuales respectivos, que la común intención de las partes era cambiar el contenido del pacto arbitral. *Trátense de cláusulas compromisorias o compromisos, estos pactos son solemnes y deben constar por escrito*, más aun cuando quiera que ellos se incorporen dentro de un contrato estatal. (...) las modificaciones a un pacto arbitral *exigen un nivel de concreción y claridad equivalente al que tuvo el texto del pacto arbitral mismo*. En efecto, se debe recordar que el pacto arbitral comprende una materia de la mayor trascendencia como es la asignación de la función de administrar justicia a particulares, de acuerdo con mandatos constitucionales y legales, quienes constituyen un tribunal diferente a los de la jurisdicción ordinaria y contenciosa administrativa y, por tal motivo, se configura una renuncia a las vías corrientes de administración de justicia. Así, para efectos de constituir una cláusula compromisoria o un compromiso se exige que el texto correspondiente sea completo y coherente, cuestión que también se ha de exigir para que la modificación del pacto sea válida. [CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 2011, RAD 11001-03-26-000-2010-00024-00 (28619), C.P. RAMIRO SAAVEDRA BECERRA].

4). La modificación debe provenir de la voluntad conjunta de las partes:

Nótese que no se está sosteniendo en modo alguno que el pacto arbitral debidamente celebrado entre las partes de un contrato estatal se torne en inmodificable e inderogable para ellas, aunque así quieran hacerlo de manera conjunta; naturalmente se entiende que así como la voluntad libre y espontánea de las partes es la que permite el surgimiento del pacto arbitral, de cuyo contenido se han de desprender y proyectar importantes efectos de orden procesal para el trámite, conocimiento y decisión de las controversias que surjan entre quienes se encuentren vinculadas al mismo, también será esa voluntad conjunta la que pueda *ampliar, reducir o incluso eliminar los alcances* de tal acuerdo, sólo que para que ello resulte legalmente posible esas mismas partes deberán observar y respetar las mismas exigencias que las normas legales establecen para la formación del correspondiente pacto arbitral.

De esta manera, para que las partes de un contrato estatal puedan alterar, cambiar, modificar o incluso derogar la correspondiente cláusula compromisoria que previamente hubieren convenido de manera expresa y por escrito en relación con el respectivo contrato estatal, será necesario entonces que tal alteración, cambio, modificación o derogatoria *sea convenida también de manera expresa y por escrito* –independientemente que tal acuerdo nuevo conste en un solo escrito o en varios–, lo cual excluye, por ende, la posibilidad de que el correspondiente pacto arbitral pueda ser alterado, cambiado, modificado o derogado válidamente de manera tácita o por inferencia que haga el juez institucional a partir simplemente del comportamiento procesal de las partes vinculadas a él.

(...) Así pues, si las partes de un contrato estatal convienen una cláusula compromisoria y con posterioridad nada pactan –de manera expresa y escrita–, para alterar, modificar o eliminar la vigencia y/o los efectos o alcances de dicha cláusula, resulta indudable que en virtud del carácter autónomo y vinculante de ese pacto las diferencias jurídicas que se lleguen a presentar entre esas partes, por razón o con ocasión del contrato estatal en cuestión, deberán ser dirimidas por un tribunal de arbitramento. [CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA, SECCION III, SUBSECCION A, SENTENCIA DE 12 DE AGOSTO DE 2013, PROCESO 25000232600020000133401, RAD 28730, (R.C.N. TELEVISION S.A.), C.P. MAURICIO FAJARDO GOMEZ].

5). La reforma debe someterse a las mismas formalidades iniciales del pacto:

Así pues, si el perfeccionamiento del negocio jurídico consistente en la adopción de un pacto arbitral respecto de las controversias que se relacionen con un contrato estatal exige, de manera indispensable, la *solemnidad* del escrito a través del cual las partes manifiesten su voluntad expresa de someterse a la denominada justicia arbitral y, por ende, de renunciar a la jurisdicción institucional o permanente en cuanto a las cuestiones comprendidas y definidas dentro del aludido pacto, resulta claro entonces que cualquier modificación, variación o derogatoria de ese acuerdo igual debe someterse a las mismas formalidades exigidas para su formación. Así, si la voluntad libre y espontánea de las partes es la que permite el surgimiento del pacto arbitral, de cuyo contenido se han de desprender y proyectar importantes efectos de orden procesal, conocimiento y decisión de las controversias, también será esa voluntad conjunta la que pueda ampliar, reducir o incluso eliminar los alcances de tal acuerdo, sólo que para que ello resulte legalmente posible esas mismas partes deberán *observar y respetar las mismas exigencias que las normas legales establecen para la formación del correspondiente pacto arbitral*, lo cual excluye la posibilidad de que el correspondiente pacto arbitral pueda ser alterado, cambiado, modificado o derogado válidamente de manera *tácita o por inferencia* que haga el juez institucional a partir simplemente del comportamiento procesal de las partes vinculadas a él. [CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA, SECCION III, SUBSECCION A, SENTENCIA DE 11 DE FEBRERO DE 2014, RAD 25000232600019992436-02, EXP 27147, C.P. HERNAN ANDRADE RINCON].

6). La modificación puede ampliar, reducir o eliminar alcances del pacto o él mismo:

Si el perfeccionamiento del negocio jurídico consistente en la adopción de un pacto arbitral respecto de las controversias que se relacionen con un contrato estatal exige, de manera indispensable, la solemnidad del escrito a través del cual las partes manifiesten su voluntad expresa de someterse a la denominada justicia arbitral y, por ende, de renunciar a la jurisdicción institucional o permanente en cuanto a cuestiones comprendidas y definidas dentro del aludido pacto, resulta claro entonces que cualquier modificación, variación o derogatoria de ese acuerdo igual debe someterse a las mismas formalidades exigidas para su formación. (...) mediante la tesis acogida por la Sala Plena de la Sección Tercera no se está sosteniendo en modo alguno que el pacto arbitral debidamente celebrado entre las partes de un contrato estatal se torne en inmodificable e inderogable para ellas, aunque así quieran hacerlo de manera conjunta; naturalmente se entiende que así como la voluntad libre y espontánea de las partes es la que permite el surgimiento del pacto arbitral, de cuyo contenido se han de desprender y proyectar importantes efectos de orden procesal para el trámite, conocimiento y decisión de las controversias que surjan entre quienes se encuentran vinculadas al mismo, también será esa voluntad conjunta la que pueda ampliar, reducir o incluso eliminar los alcances de tal acuerdo, sólo que para que legalmente resulte posible esas mismas partes deberán observar y respetar las mismas exigencias que las normas legales establecen para la formación del correspondiente pacto arbitral (...).[CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA, SECCION III, SUBSECCION A, SENTENCIA DE 12 DE FEBRERO DE 2014, RAD 25000-23-26-000-2002-01054-01, EXP 28.951, C.P. MAURICIO FAJARDO GÓMEZ].

7). La modificación no debe dejar duda de que se renuncia a la jurisdicción ordinaria o a la contenciosa-administrativa:

Debido al carácter *solemne* del pacto arbitral, la única forma de modificar el mismo es mediante la suscripción de un nuevo convenio expreso y revestido de la misma formalidad. Lo anterior, se precisa que sea por escrito entre las partes, y además continuar aceptando la tesis de la renuncia tácita a la aplicación de la cláusula compromisoria, por el hecho de que la parte demandada no formule la excepción correspondiente, equivaldría a dejar al arbitrio de cada parte la escogencia de la jurisdicción que va a decidir el conflicto entre ella presentado, a pesar de haber convenido, en forma libre y con efectos vinculantes, que sus diferencias irían al conocimiento de la justicia arbitral, e implicaría admitir, también la existencia de dos jurisdicciones diferentes y con igual competencia para solucionarlo, a pesar de que sólo una de ellas pueden conocer y decidir sobre el particular. [CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA, SECCION III, SUBSECCION C, SENTENCIA DE 18 DE MAYO DE 2017, (SENT 2004-00672-34681), RAD 25000-23-26-000-2004-00672-01 (34681), C.P. JAIME ENRIQUE RODRIGUEZ NAVAS].

©. D.A.R.