



Revista de
Derecho
privado

ENSAYOS



Revista de
Derecho
privado

**LA EFICACIA DEL PACTO
ARBITRAL EN LOS NEGOCIOS INTERNACIONALES
ALCANCES DEL ARTÍCULO II.3
DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK**

SANTIAGO TALERO RUEDA

CONTENIDO

RESUMEN	3
SUMMARY	3
INTRODUCCIÓN	4
I. EL ARTÍCULO II.3 DE LA CONVENCION	4
II. EL ROL DE LAS CORTES FRENTE AL ARBITRAJE.....	6
A. El artículo II.3 frente a la efectividad del compromiso de acudir el arbitraje	7
B. El artículo II.3 frente al principio de kompetenz-kompetenz	8
1. El principio de kompetenz-kompetenz en la práctica.....	9
2. El principio de kompetenz-kompetenz a partir del artículo II.3 de la Convención.....	11
C. La aplicabilidad del artículo II.3 a la luz de las legislaciones nacionales	13
III. EL PACTO ARBITRAL.....	15
A. La eficacia y la aplicabilidad del pacto arbitral.....	15
B. La ley aplicable al pacto arbitral.....	16
IV. APROXIMACIÓN AL ARTÍCULO II.3 A LA LUZ DEL DERECHO COLOMBIANO.....	21
CONCLUSIONES	24

LA EFICACIA DEL PACTO ARBITRAL EN LOS NEGOCIOS INTERNACIONALES ALCANCES DEL ARTÍCULO II.3 DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK

*Santiago Talero Rueda**

RESUMEN

La aplicación judicial del artículo II.3 de la Convención de Nueva York no debe atentar contra el principio del kompetenz-kompetenz. En lo posible, las cortes deben conferirle un efecto útil a los pactos arbitrales, para que éstos se reputen eficaces y aplicables a la luz de la disposición comentada. Para establecer la validez formal de un pacto arbitral, las cortes deben emplear criterios flexibles y acordes con la evolución del tráfico mercantil. La correcta aplicación del artículo II.3 de la Convención facilita una cooperación judicial más oportuna y eficaz con el compromiso arbitral, todo lo cual propende a la efectividad del mecanismo.

Palabras clave: Arbitraje internacional; Validez del pacto arbitral; Convención de Nueva York; Eficacia del pacto arbitral; Principio de Kompetenz-Kompetenz.

SUMMARY

The judicial application of article II.3 of the New York convention should not breach the principle of kompetenz-kompetenz. As far as possible, courts should confer a useful effect to arbitration agreements, in order to be deemed as operative and capable of being enforced. In order to determine the formal validity of arbitration agreements, the courts should apply flexible criteria in order to move side by side with the evolvement of commercial trade. The correct application of article II.3 of the Convention produces a prompt and effective judicial cooperation with the undertaking to arbitrate, all of which would contribute to the effectiveness of the arbitration mechanism.

Key words: International arbitration; Validity of the arbitration agreement; New York Convention; Enforceability of the arbitration agreement; Kompetenz-Kompetenz principle.

* Abogado de la Universidad de Los Andes. Especialista en Derecho Comercial de la misma universidad. Master en Contratación Internacional (Mención de Honor), The London School of Economics and Political Science. Ha sido profesor titular, en pregrado y postgrado, de las materias arbitraje comercial internacional y derecho internacional privado en la Universidad de Los Andes, y en otras universidades nacionales y del exterior. Recientemente, fue Gerente de Información Jurídica de Legis y Gerente Legal en Deloitte. Actualmente es consultor privado.

INTRODUCCIÓN

Las partes asumen un doble compromiso cuando acuden al arbitraje. Por una parte, buscan honrar el pacto arbitral, es decir, hacer efectiva la renuncia a dirimir sus diferencias ante las cortes pertenecientes al aparato judicial del Estado. Por otra parte, buscan acatar la decisión contenida en el laudo arbitral que ponga punto final a dichas diferencias.

Las cortes solamente intervienen en determinados aspectos del proceso arbitral, en la medida en que dicha intervención sea factible bajo las reglas procesales aplicables y resulte necesaria para asegurar la efectividad del arbitraje entre las partes.

En últimas, se busca que el arbitraje sea revestido de efectividad suficiente. En el plano internacional, la Convención de Nueva York de 1958, relativa al reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras¹ –la cual ha sido adoptada por más de 130 países–, constituye un pilar fundamental para la materialización de dicho propósito². De hecho, ha sido catalogada como el instrumento más eficaz de la legislación internacional en la historia entera del derecho comercial³.

En particular, la Convención propende a la efectividad del arbitraje comercial internacional⁴, al contener disposiciones normativas llamadas a proteger, dentro de límites razonables, la fuerza

obligatoria de los laudos arbitrales y también la de los pactos arbitrales.

El artículo II.3 de la Convención, es un mecanismo de vital importancia (i) para evaluar la efectividad de los pactos arbitrales y (ii) para entender cómo debe operar la cooperación o asistencia suministrada por las cortes judiciales competentes, para asegurar el cumplimiento de las partes de acudir al arbitraje. El artículo II.3 se refiere entonces al pacto arbitral, mientras que la Convención, en la mayoría de las normas restantes, hace referencia al laudo arbitral.

La disposición mencionada tiene implicaciones en el arbitraje comercial internacional, las cuales van mucho más allá de las que puede arrojar su simple lectura literal. Por esta razón, el móvil principal del presente artículo, radica en abordar la eficacia del pacto arbitral en los negocios internacionales, a partir de la comprensión integral de los principales alcances del artículo II.3 de la Convención. De esta manera, los operadores jurídicos y las propias empresas podrán contar con los elementos de juicio suficientes para interpretar dicha disposición de manera uniforme y consistente.

A continuación, se abordará la estructura del artículo II.3 de la Convención, luego de lo cual, se hará referencia a los principales alcances que se desprenden de sus elementos normativos.

I. EL ARTÍCULO II.3 DE LA CONVENCIÓN

El artículo II de la Convención se refiere al reconocimiento y ejecución de los pactos arbitrales, bien sea que revistan la forma de una cláusula compromisoria o la de un compromiso⁵.

1 El "reconocimiento" es una medida, por virtud de la cual, una de las partes busca que los jueces competentes declaren que el laudo arbitral genera efectos de cosa juzgada, de tal manera que las controversias resueltas no sean ventiladas nuevamente ante alguna instancia judicial. La "ejecución", a su vez, va más allá del reconocimiento, pues mediante ella se busca que el laudo arbitral se haga efectivo en contra de alguna de las partes del arbitraje. En la práctica, el reconocimiento es un paso previo y fundamental para la ejecución de un laudo arbitral.

2 En Colombia, la Convención fue finalmente incorporada en la Ley 39 de 1990. Por lo tanto, la Convención ha sido incorporada al derecho interno colombiano.

3 Lord Mustill. "Arbitration: History and Background." 6 *Journal of International Arbitration* 43 (1989).

4 Acta Final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional. Nueva York, 20 de mayo – 10 de junio de 1958, Doc. E/CONF.26/8.

5 En términos generales, se puede señalar que la cláusula compromisoria es la estipulación contractual que emplean las partes para someter una controversia futura a la decisión definitiva y exclusiva de uno o más árbitros. Por su parte, el compromiso es el acuerdo entre las partes para someter sus diferencias actuales o presentes a la decisión definitiva y exclusiva de uno o más árbitros.

La versión en español del artículo II de la Convención, dice lo siguiente:

“Artículo II.

1. Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.
2. La expresión “acuerdo por escrito” denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.
3. El tribunal de uno de los Estados contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo remitirá a las partes al arbitraje a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.”

Esta norma, en sus numerales 1 y 2, se ocupa de establecer los requisitos principales que implican que un pacto arbitral obtenga reconocimiento por parte de los Estados miembros de la Convención. Sobre este aspecto, los numerales mencionados contienen las siguientes pautas generales:

- (i) El pacto arbitral puede cobijar diferencias emanadas de una relación jurídica contractual o extracontractual⁶;

6 En principio, resultaría evidente que la cláusula compromisoria sólo pudiese referirse a diferencias de carácter contractual, dado que la cláusula se encuentra inserta en un contrato. No obstante, es oportuno mencionar que en los países del common law, es frecuente encontrar cláusulas compromisorias a partir de las cuales, es posible el sometimiento, al arbitraje, de diferencias que emanan de la relación contractual entre las partes pero que no

- (ii) El pacto arbitral sólo puede recaer sobre diferencias que resulten arbitrables bajo la ley aplicable. En otras palabras, no se reconocerían aquellos pactos arbitrales que versen sobre diferencias que, por razones expresas de orden público, se encuentren reservadas al conocimiento exclusivo de la justicia ordinaria; y
- (iii) El pacto arbitral debe constar por escrito. En este sentido, la Convención inicialmente buscaba adoptar un criterio amplio, el cual permitiese considerar cumplido el requisito formal, cuando ocurriesen situaciones, típicas del tráfico mercantil de ese entonces, donde no fuere evidente que el requisito se hubiese satisfecho. Actualmente, se considera que el contenido normativo de la Convención no aborda algunas situaciones, a partir de las cuales, se configuraría el requisito escrito del pacto arbitral, dado el avance de las telecomunicaciones y del comercio internacional⁷.

son consideradas como controversias contractuales por dichos sistemas jurídicos. Estas controversias pertenecen al denominado régimen de torts, el cual posee unos principios y caracteres autónomos.

7 Vera Van Houtte. “Consent to Arbitration through Agreement to printed contracts: the Continental Experience”. 16 *Arbitration International* (2000) p. 6. La Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional, preparada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) y promulgada en 1985, tuvo como móvil principal la armonización y modernización de las diferentes legislaciones nacionales en materia arbitral. El artículo 7(2) de dicha normatividad, ha servido como complemento del contenido del artículo II de la Convención, en lo que respecta al requisito, según el cual, el pacto arbitral debe constar por escrito. En particular, este artículo de la Ley Modelo de UNCITRAL contiene los siguientes elementos relevantes: (i) Señala la posibilidad de que el pacto arbitral se entienda escrito, a partir de medios de telecomunicación diferentes a la carta y al telegrama; (ii) Determina que la aceptación tácita del pacto arbitral en el marco de un proceso judicial o arbitral, constituye una modalidad de “pacto por escrito”; y (iii) Señala que la incorporación del pacto, a un contrato, se entiende surtida cuando las partes hacen referencia a otro documento que contiene el pacto arbitral.

Como se puede observar, el artículo II de la Convención, en sus primeros dos numerales, no sólo busca dotar al pacto arbitral de un tratamiento jurídico flexible para su reconocimiento, sino también se ocupa de señalarle algunos límites, con sujeción a los cuales, se entiende que dicho pacto surte sus efectos entre las partes.

El numeral 3 emerge entonces como un complemento de los lineamientos anteriores, al radicar, en cabeza de las cortes competentes de los Estados miembros, un compromiso general frente a la efectividad del proceso arbitral. Este compromiso general no resulta ilimitado, pues la misma disposición consagra una importante labor de verificación legal, a cargo de las cortes competentes, en relación con la validez y eficacia del pacto arbitral.

Del contenido normativo del artículo II.3 de la Convención, se advierten interrogantes fundamentales sobre los siguientes aspectos:

- (i) El grado o extensión de la asistencia que deben prestar las cortes para hacer efectivo el compromiso de acudir al arbitraje;
- (ii) La autonomía de los tribunales de arbitramento para establecer la existencia y los límites de su propia competencia (principio de *kompetenz-kompetenz*);
- (iii) La noción de las cláusulas o pactos considerados defectuosos y que impiden la efectividad del proceso arbitral; y
- (iv) La ley aplicable para determinar la validez o los defectos estructurales del pacto arbitral sometido al conocimiento de las cortes competentes de los Estados miembros de la Convención.

Los primeros dos aspectos, plantean interrogantes acerca del rol de las cortes judiciales frente al arbitraje. Los aspectos restantes se ocupan principalmente del análisis estructural

del pacto arbitral. En últimas, el móvil radica en abordar la eficacia del pacto arbitral en el comercio internacional de bienes y servicios.

A continuación, se hará referencia a cada una de las materias mencionadas, todo lo cual permitirá comprender el grado de eficacia del pacto arbitral en los negocios internacionales, a partir de las implicaciones sustanciales del artículo II.3 de la Convención de Nueva York. Posteriormente, se hará referencia a los principales alcances que reviste la mencionada disposición en el derecho colombiano.

II. EL ROL DE LAS CORTES FRENTE AL ARBITRAJE

Independientemente de la noción que se tenga acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje, lo cierto es que la efectividad del mismo, en la práctica, depende en buena medida de la asistencia que presten las cortes judiciales al proceso arbitral. La autonomía del arbitraje frente a la justicia ordinaria, no es ni debería ser un principio absoluto, si se busca precisamente que esa autonomía no constituya una simple declaración de principios.

En la doctrina internacional, se ha calificado la relación entre las cortes y los tribunales de arbitramento, como una "carrera de relevos"⁸. Se ha sostenido que las cortes llevan la iniciativa al comienzo, pues una de las partes podría solicitarles que se haga efectivo el pacto arbitral antes del proceso, situación ésta de la que trata el artículo II.3 de la Convención⁹. Una vez empieza el proceso, los tribunales de arbitramento asumen, por regla general, la iniciativa de

8 Lord Mustill. Comments and Conclusions. Conservatory & Provisional Measures in International Arbitration. 9th Joint Colloquim. Publicación CCI, 1993.

9 La aplicación, por parte de las cortes, del artículo II.3 de la Convención, opera a solicitud de parte. La versión en inglés de la Convención –la cual no encuentra contradicciones en otras versiones– es ilustrativa a este respecto, al señalar que las cortes remiten a las partes al arbitraje, "at the request of one of the parties" – a petición de parte–.

la carrera. Al final del proceso, la iniciativa regresa a las cortes, pues éstas tienen la labor de evaluar la validez y eficacia del laudo arbitral. Esta evaluación de las cortes, tiene lugar en un trámite de anulación en la sede del arbitraje o en un trámite de reconocimiento y ejecución del laudo en otra jurisdicción. En la práctica, el traslado de iniciativas no es tan rígido, ya que las cortes, a lo largo del trámite, suelen intervenir para asegurar la efectividad del procedimiento arbitral.

La interpretación del artículo II.3 de la Convención, es pieza fundamental de la búsqueda de un punto de equilibrio entre la autonomía del arbitraje y la efectividad que éste requiere mediante la asistencia de las cortes judiciales.

La interpretación de la norma, en este sentido, no ha sido consistente en el plano internacional.

A continuación, se establecen algunas situaciones que denotan la interacción entre las cortes y los elementos normativos que determinan la aplicabilidad del artículo II.3 de la Convención.

A. EL ARTÍCULO II.3 FRENTE A LA EFECTIVIDAD DEL COMPROMISO DE ACUDIR EL ARBITRAJE

La jurisprudencia de las cortes, ha servido como una pauta para entender los alcances del artículo II.3 de la Convención, frente a la efectividad del compromiso arbitral.

En efecto, la Corte de Apelaciones inglesa, en un importante fallo, respaldó la efectividad de una cláusula arbitral, al ordenarle a una de las partes de un contrato, que acudiera al arbitraje, con sede en Londres y sujeto al reglamento entonces vigente de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), pese a que dicha parte ya había iniciado una acción legal contra la otra, ante la justicia ordinaria en Italia.

El pronunciamiento de la corte obedeció a la solicitud que le formuló una de las partes, en el sentido de hacer efectiva la cláusula arbitral y de impedir, de manera correlativa, que su cocontratante prosiguiera con la acción judicial iniciada en Italia. Aun cuando el caso planteaba interrogantes importantes frente a una posible interferencia de las cortes inglesas con la competencia asumida por la justicia ordinaria italiana, o frente a la aplicabilidad de la cláusula arbitral pactada a la controversia específicamente surgida entre las partes, lo cierto es que la Corte de Apelaciones respaldó el compromiso arbitral y remitió a la parte renuente al arbitraje¹⁰.

En los Estados Unidos, a su vez, existen precedentes disímiles frente al compromiso de las cortes de remitir a las partes al arbitraje, con fundamento en los elementos contenidos en el artículo II.3 de la Convención. En particular, la discusión se ha centrado sobre la compatibilidad existente entre un pacto arbitral, es decir, un acuerdo de voluntades que constituye una renuncia a resolver la controversia ante la justicia ordinaria, y la solicitud de medidas cautelares que alguna de las partes formulase a las cortes competentes con el fin de asegurar la efectividad del proceso arbitral.

En un primer fallo, una corte señaló que dicha solicitud era incompatible con el pacto arbitral. En ejercicio de un razonamiento exegético, la corte sostuvo que el artículo II.3 de la Convención, consagraba un compromiso inequívoco de las cortes para remitir a las partes al arbitraje. Por lo tanto, sería contrario al tenor literal de la norma, el otorgamiento de la medida cautelar solicitada, dado que las cortes tendrían como única opción posible, la remisión de las partes al arbitraje, salvo que advirtiesen algún vicio del pacto arbitral, el cual impidiera dicha remisión¹¹. En otras palabras, la corte consideró que el pac-

10 "The Angelic Grace". [1995] 1 Lloyds Report 87.

11 McCreary Tire & Rubber Co. v. Seat SpA 501 F.2d 1032 (3rd. Circuit, 1974).

to arbitral constituía una renuncia absoluta a acudir a la justicia ordinaria, razón por la cual, denegó la solicitud de medidas cautelares. Los árbitros serían entonces los únicos facultados para otorgar la medida solicitada.

El fallo fue fuertemente criticado, pues reñía con el espíritu de la norma, consistente en asegurar la efectividad del arbitraje, bajo unos márgenes de razonabilidad, previstos en el propio artículo II.3. En algunas legislaciones nacionales, los tribunales de arbitramento carecen de poderes coercitivos, lo cual les impide hacer efectivas las medidas cautelares. Por lo tanto, si el arbitraje ha de tener alguna efectividad en esos casos, la asistencia de las cortes judiciales no sólo es conveniente sino necesaria.

La necesaria asistencia de las cortes en materia de medidas cautelares, fue reconocida por otra corte de los Estados Unidos en un fallo posterior¹². En ese caso, las partes tuvieron diferencias con respecto a la obligación de cumplir un contrato de suministro de uranio, en el cual se había presentado una escalada de precios significativa de dicho elemento en los mercados internacionales. Una de las empresas acudió ante la corte con el fin de obtener una medida cautelar que garantizara el pago de una eventual indemnización en su favor, la cual sería decretada al término de un proceso arbitral realizado en Nueva York. En particular, se solicitó la emisión de una medida, consistente en ordenarle a una tercera empresa, domiciliada en California, que pagare directamente al demandante una deuda, por concepto de unas comisiones, que dicha empresa de California tenía pendiente con la empresa demandada.

12 Carolina Power & Light v. Uranex 451 F. Supp. 1044,1051 (ND. Cal. 1977). En el mismo sentido, se pronunció la Corte de Casación francesa al proferir el fallo del 8 de noviembre de 1986, en el caso de Arrêt Triton vs. Guinée, citado por Walter Semple. UNCITRAL Model Law and provisional measures. Arbitration and Dispute Resolution Law Journal (1994), p.270.

Al conceder parcialmente la medida, la corte efectuó una interpretación finalista del artículo II.3 de la Convención y sostuvo, en consecuencia, que era compatible con el pacto arbitral la expedición de medidas cautelares por parte de las cortes, ya que el propósito de la Convención y de la norma mencionada, no era otro diferente al de darle efectividad al arbitraje.

En el plano internacional, actualmente existe un respaldo general a la consideración acerca de la compatibilidad entre el pacto arbitral y la actuación de las cortes, consistente en expedir medidas cautelares¹³. El derecho arbitral actual, en el plano internacional, se inclina decisivamente hacia la protección del compromiso de las partes para acudir al arbitraje como mecanismo para resolver sus diferencias.

El deber general de remitir a las partes al arbitraje, no es óbice para una oportuna asistencia de las cortes frente al compromiso de acudir al arbitraje.

B. EL ARTÍCULO II.3 FRENTE AL PRINCIPIO DE KOMPETENZ-KOMPETENZ

El principio de *kompetenz-kompetenz* se relaciona con el interrogante, consistente en determinar si los tribunales de arbitramento pueden decidir si son o no competentes para adelantar el trámite arbitral, cuando alguna de las partes alega la nulidad, la inexistencia o la ineficacia del pacto arbitral en sí mismo, o cuando se alega que una materia que ha sido llevada al conocimiento del tribunal de arbitramento, excede el ámbito de aplicación del pacto arbitral.

13 Artículo 9 de la Ley Modelo de UNCITRAL; artículo 1679 del Código Judicial de Bélgica; secciones 42 y 44 del English Arbitration Act (con ciertas limitaciones); artículo 1033 del Código de Procedimiento Civil alemán (con ciertas limitaciones); artículo 1022(2) del Código de Procedimiento Civil holandés; artículo 26(3) de las Reglas de Arbitraje Internacional de UNCITRAL; artículo 21(3) de las Reglas de Arbitraje de AAA; y artículo 23(2) de las Reglas de Arbitraje de la CCI, entre otros.

Bajo el referido principio, los árbitros son los jueces provisionales de su propia competencia para adelantar el proceso arbitral y para proferir el laudo que pone fin a la controversia entre las partes¹⁴.

El principio de *kompetenz-kompetenz* tiene una relación estrecha y complementaria con la doctrina de la separación o autonomía del pacto arbitral.

Dicha doctrina de la separación de la cláusula arbitral, es una ficción jurídica, por virtud de la cual, se pretende deslindar los efectos que se produzcan sobre la validez del contrato principal entre las partes, de la suerte que corra el pacto arbitral. Ello le permite al tribunal de arbitramento dirimir el fondo del asunto, dado que la declaratoria de nulidad absoluta del contrato principal entre las partes, ante la ausencia de la doctrina, "arrastraría" la nulidad del pacto arbitral contenido en dicho contrato. Esta situación, a su vez, destruiría el origen de la competencia que precisamente tendrían los árbitros para dirimir los méritos de la controversia.

La doctrina de la separación protege la competencia del tribunal arbitral para resolver el fondo del asunto, cuando se cuestiona el contrato principal entre las partes. Sin embargo, la doctrina no necesariamente resuelve los cuestionamientos sobre la competencia del tribunal arbitral, cuando éste debe determinar si hay lugar a adelantar el trámite en el evento en que se ataque el pacto arbitral como tal o cuando se alegue que una materia excede el ámbito de aplicación

del pacto arbitral. Es en este punto donde opera el principio de *kompetenz-kompetenz*. A continuación, se hará una breve referencia a los principales sistemas que determinan cómo se surte o materializa el principio de *kompetenz-kompetenz* en el plano internacional.

1. EL PRINCIPIO DE *KOMPETENZ-KOMPETENZ* EN LA PRÁCTICA

La determinación de los árbitros acerca de la existencia y de los límites de su propia competencia, es provisional¹⁵. Las cortes judiciales tienen la última palabra. En el plano internacional, existen sistemas diferentes que determinan el momento procesal en el cual las cortes pueden emitir el respectivo fallo. A continuación, se hará una breve referencia a dichos sistemas:

- (i) El sistema flexible de control concurrente¹⁶. Según este sistema, los tribunales de arbitramento tienen la potestad para determinar si se pronuncian sobre su propia competencia en forma preliminar o en el laudo arbitral definitivo. El artículo 16 de la Ley Modelo de UNCITRAL, por ejemplo, establece que si el pronunciamiento respectivo es preliminar, entonces cualquiera de las partes dispone de 30 días, contados desde la notificación de la respectiva decisión, para acudir ante la corte competente, de tal manera que ésta determine definitivamente si el tribunal de arbitramento tiene o no competencia para adelantar el trámite arbitral.

14 En los Estados Unidos, el principio de *kompetenz-kompetenz* tiene unos alcances reducidos. En el fallo del famoso caso de *First Options of Chicago v. Kaplan* 115 S. Ct. 1920 (1995), la Corte Suprema de los Estados Unidos, en un razonamiento obiter dicta, sostuvo que algunas cuestiones relativas a la competencia de los árbitros, podrían ser definidas por éstos últimos, si las partes suscribiesen un acuerdo independiente y posterior al pacto arbitral, por virtud del cual, otorgasen a los árbitros la potestad de pronunciarse sobre su propia competencia, cuando se presenten alegaciones respecto de los alcances del pacto arbitral en cuanto a su redacción.

15 Artículo 16(3) de la Ley Modelo de UNCITRAL; artículo 1697(3) del Código Judicial de Bélgica; secciones 30, 31, 32, 67 y 73 del English Arbitration Act; artículo 1040(3) del Código de Procedimiento Civil de Alemania; artículos 186 y 190(2) y (3) del Código Federal de Derecho Internacional Privado de Suiza; y artículo 21(4) de las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL, entre otros.

16 Este sistema se prevé en la Ley Modelo de UNCITRAL, el English Arbitration Act, el Código de Procedimiento Civil alemán, el Código Federal de Derecho Internacional Privado de Suiza y las Reglas de Arbitraje de la UNCITRAL, entre otras.

La disposición reseñada consagra términos preclusivos para que las partes hagan las alegaciones correspondientes. Allí se indica que la alegación sobre la falta de competencia del tribunal de arbitramento, se debe hacer a más tardar con la contestación de la solicitud de convocatoria o demanda arbitral. Si la alegación versa sobre la incompetencia de los árbitros respecto de materias no cobijadas por el pacto arbitral, entonces la objeción se debe elevar tan pronto como surja aquella materia que se alegue que desborda el ámbito de competencia del tribunal. En cualquier caso, el tribunal de arbitramento tiene la posibilidad de admitir objeciones extemporáneas cuando lo considere adecuado.

El mismo precepto dispone que, mientras el asunto sea decidido por la corte competente, el tribunal de arbitramento puede continuar el proceso y proferir el laudo arbitral.

De ahí que sea posible afirmar que la Ley Modelo de UNCITRAL dispone de un tratamiento flexible para la determinación, por parte de los tribunales arbitrales, acerca de la existencia y los límites de su propia competencia.

La posibilidad de que las cortes decidan definitivamente sobre el pronunciamiento del tribunal de arbitramento antes del laudo arbitral definitivo, se conoce como "control concurrente"¹⁷.

Este mecanismo contribuye a la certeza jurídica sobre el carácter definitivo y vinculante del laudo arbitral final, pues la corte competente se puede pronunciar acerca de la competencia de los árbitros, con anterioridad al laudo arbitral definitivo. La

principal desventaja del sistema, se puede presentar ante una posible intromisión de las cortes en la labor de los tribunales arbitrales, dado que éstos últimos podrían perder toda posibilidad para dirimir el fondo del asunto, si la corte competente, antes del laudo arbitral final, determinase que el tribunal arbitral no es competente. La existencia o no de la intromisión mencionada, se analizaría a partir de las motivaciones esgrimidas por la corte competente al adoptar su determinación.

Con todo, los árbitros pueden decidir el momento procesal en el cual se pronuncian sobre su competencia, es decir, pueden determinar el momento en el que las cortes intervendrían para refrendar o no su pronunciamiento. El tribunal puede juzgar prudente decidir esta situación anticipadamente, pero bien puede esperar hasta el final del trámite arbitral, al juzgar que las alegaciones formuladas son manifiestamente improcedentes o que éstas están tan ligadas a los méritos de la controversia, que sólo es pertinente un pronunciamiento sobre el asunto en el laudo arbitral final.

- (ii) El sistema de control posterior¹⁸. Este sistema consagra que el control judicial sobre la decisión de los árbitros, tiene lugar una vez se ha proferido el laudo arbitral final. Su principal ventaja radica en propiciar una mayor autonomía y celeridad del trámite arbitral, pues la intervención de las cortes sólo ocurre después de terminado el proceso. Su posible inconveniente radica en dejar en suspenso la determinación definitiva sobre la competencia del tribunal de arbitramento, lo cual, en últimas, generaría una posible incertidumbre sobre la validez del laudo arbitral.

17 Alan Redfern & Martín Hunter. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. Sweet & Maxwell. 3rd. Ed., London, 1999, p. 269.

18 El principal ejemplo de este sistema en el plano internacional, es el artículo 1697 del Código Judicial de Bélgica.

Como se puede observar, en el derecho arbitral se establece el carácter provisional de la decisión adoptada por los árbitros frente a la existencia y los límites de su propia competencia. Los sistemas descritos, simplemente marcan los momentos procesales en los cuales se hace posible la intervención de las cortes.

A continuación, se analizará la relación existente entre el artículo II.3 de la Convención y el principio de *kompetenz-kompetenz*.

2. EL PRINCIPIO DE *KOMPETENZ-KOMPETENZ* A PARTIR DEL ARTÍCULO II.3 DE LA CONVENCIÓN

El artículo II.3 de la Convención, es un mecanismo importante para entender los alcances del principio de *kompetenz-kompetenz*.

La cuestión surge cuando una de las partes hace caso omiso del pacto arbitral y decide iniciar un proceso judicial contra su contraparte. Se trata de situaciones en las cuales el principio de *kompetenz-kompetenz* no se surte en los términos o etapas procesales aplicables bajo los sistemas de control concurrente o de control posterior, puesto que alguna de las partes, por sí misma, decide iniciar una acción judicial ante las cortes competentes, sin tener en cuenta la existencia de un pacto arbitral.

En estos casos, la pregunta radica en determinar el tipo de examen que deben realizar los jueces ordinarios al analizar la validez y eficacia del pacto arbitral, a la luz del artículo II.3 de la Convención.

En otras palabras, la pregunta se puede plantear en los siguientes términos: ¿Si el principio de *kompetenz-kompetenz* le da a los tribunales arbitrales la potestad inicial y provisional para determinar la existencia y los límites de su propia competencia según el pacto arbitral, entonces cómo deben aplicar los jueces el artículo II.3

de la Convención de Nueva York, sin desconocer esta potestad de los tribunales arbitrales?

La versión en español de la Convención, señala que la remisión de las partes al arbitraje se produce cuando el tribunal judicial, del Estado miembro, "*compruebe*" que el pacto no es nulo, ni ineficaz ni inaplicable. Esta expresión parecería tomar partido por un examen de fondo sobre el pacto arbitral, al implicar una valoración completa e integral de los diferentes elementos de juicio aplicables al examen de fondo. La versión en inglés, que resultaría más afortunada, dice que una corte judicial hará lo propio salvo que "*encuentre*" –"*finds*"– que el pacto arbitral es nulo, ineficaz o inaplicable. Esta expresión se traduciría en un examen sumario, pues parecería exigir un menor rigor en el análisis por parte de los jueces competentes.

Sobre el tipo de examen que se debe efectuar en materia de validez, eficacia y aplicabilidad del pacto arbitral, no existe identidad de criterios en el plano internacional.

El derecho francés, por ejemplo, dispone que los jueces efectúan un examen sumario del pacto arbitral, al señalar que éstos deben remitir a las partes al arbitraje, salvo que encuentren que el pacto arbitral es *manifiestamente nulo*¹⁹.

Existe una tendencia contraria, según la cual, los jueces deben hacer una revisión de fondo del pacto arbitral. Esta aproximación ha sido empleada por la jurisprudencia suiza, con base en una interpretación de su legislación procesal aplicable al arbitraje internacional²⁰. Según esta posición, un examen sumario implicaría una denegación de justicia y un desconocimiento del artículo II.3 de la Convención de Nueva York, precepto éste que

19 Artículo 1458 del Código de Procedimiento Civil francés.
20 Tribunal Supremo de Suiza. Sentencia del 16 de enero de 1995, caso *Compagnie de Navigation et Transports S.A. v. Mediterranean Shipping Company*, interpretando el artículo 7 del Código Federal de Derecho Internacional Privado de Suiza (PIL).

no dispone la realización de un control sumario de las cortes frente al pacto arbitral.

El control sumario, previsto en algunas legislaciones como la francesa, resulta más adecuado para entender el alcance del artículo II.3 de la Convención frente al principio de *kompetenz-kompetenz*. Este mecanismo tiene varias ventajas. Por una parte, protege la autonomía de los tribunales arbitrales para decidir preliminarmente acerca de su propia competencia. Por otra parte, no desconoce la celeridad procesal, al permitirle a los jueces que señalen, en un momento dado, que el pacto arbitral es manifiestamente nulo, lo cual le evita a las partes adelantar un proceso arbitral inocuo. Así mismo, consulta el espíritu de la Convención y el del artículo II.3 de la misma, el cual consiste precisamente en dotar de efectividad al arbitraje, sin perjuicio de unas limitaciones razonables, llamadas a salvaguardar las expectativas de las partes y unas garantías elementales del debido proceso²¹.

Ahora bien, la Convención no determina expresamente la prevalencia de su redacción en un idioma, frente a su redacción en otro u otros idiomas. El artículo XVI de dicho tratado internacional, señala que los textos redactados en español, inglés,

francés, chino y ruso, se entenderán igualmente auténticos. En este sentido, es oportuno tener en cuenta que la Convención de Viena de 1969²², sobre el derecho de los tratados internacionales, contiene disposiciones específicas, que permiten interpretar el sentido de la Convención de Nueva York, en relación con los verdaderos alcances del control judicial frente a la validez, eficacia y aplicabilidad del pacto arbitral.

En particular, el artículo 31, numeral primero, de la Convención de Viena, señala que la interpretación de un tratado se debe realizar "(...) de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin." A su vez, el artículo 33, numeral cuarto, del mismo instrumento, establece (i) que en caso de que un texto del tratado no prevalezca frente a otro, y (ii) que los textos auténticos revelen una diferencia de sentido, resulta necesario adoptar el sentido que mejor concilie los textos, en atención al objeto y fin del tratado.

Como se puede observar, la Convención de Viena, aplicable a los tratados internacionales, se inclina por una interpretación teleológica o finalista de su texto. El verdadero propósito de la Convención de Nueva York, tal como se ha señalado, consiste en dotar de efectividad razonable al mecanismo arbitral. De ahí que, en aplicación de los lineamientos de la Convención de Viena, se requiriese conciliar los textos de la Convención de Nueva York, con miras a la materialización de dicho objetivo o propósito. Esta circunstancia permitiría corroborar la aplicabilidad de un examen judicial sumario sobre la validez, eficacia y aplicabilidad del pacto arbitral, pues este tipo de revisión contribuiría precisamente a la efectividad y autonomía del arbitraje. En otras palabras, la conciliación del sentido diferente de los textos, supondría aplicar la expresión "compruebe",

21 En efecto, (i) la amplitud normativa que pretende el artículo II para el reconocimiento de los pactos arbitrales; (ii) la previsión del artículo III en relación con la necesidad de evitar la adopción, en el derecho interno de los Estados, de requisitos de efectividad de los laudos arbitrales, más rigurosos que los aplicables a los laudos domésticos; (iii) el señalamiento, en el artículo V, de una potestad discrecional de los jueces para denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral extranjero; (iv) la consagración, en el mismo artículo, de causales de denegación del reconocimiento y ejecución de dichos laudos, basadas fundamentalmente en errores de procedimiento –in procedendo– y no en errores sustanciales del laudo –in iudicando–; y (v) la inclusión, en el artículo VII, de la posibilidad expresa para que los interesados hagan valer los laudos arbitrales en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dichos laudos se invoquen, constituyen elementos normativos que evidencian, en su contexto, la presencia de un sentido inequívoco de la Convención, consistente en propiciar la efectividad del arbitraje, sin perjuicio de unos controles judiciales razonables.

22 En Colombia, la Ley 32 de 1985 incorporó este instrumento internacional al derecho interno.

del texto en español de la Convención de Nueva York, de tal manera que su sentido no implique la realización de un examen judicial de fondo sobre el pacto arbitral. Por lo tanto, este ejercicio de "comprobación", supondría que los jueces realizaran una verificación formal y razonablemente cuidadosa de los requisitos de validez, eficacia y aplicabilidad del pacto arbitral.

Las versiones de la Convención, aun cuando riñan con el propósito de uniformidad interpretativa que acompaña a la gran mayoría de instrumentos internacionales, no le impedirán a los jueces y, en general, a los operadores jurídicos, buscar una interpretación de la Convención, la cual resulte consistente con su finalidad de asegurar la efectividad del arbitraje. Ello contribuiría a acercar las diferencias lingüísticas y a incentivar –por qué no– un examen sumario del pacto arbitral.

C. LA APLICABILIDAD DEL ARTÍCULO II.3 A LA LUZ DE LAS LEGISLACIONES NACIONALES

Uno de los interrogantes relacionados con la aplicabilidad del artículo II.3 de la Convención, tiene que ver con la posibilidad de que la Convención, como tal, resulte directamente aplicable en los Estados miembros. Esta circunstancia apunta hacia la posibilidad de que los jueces, por virtud de la misma Convención, apliquen el artículo II.3 cuando una de las partes invoque dicho precepto para hacer efectivo el arbitraje.

En primer término, es oportuno tener en cuenta que cada Estado prevé un determinado sistema para adoptar un tratado internacional y para incorporarlo a su derecho interno. En el plano internacional, han existido fundamentalmente los siguientes sistemas, que se describen así²³:

23 Un análisis detallado de estos sistemas, se encuentra en la sentencia C-400 de 1998 de la Corte Constitucional colombiana, la cual revisó la constitucionalidad de la Convención de Viena del 21 de marzo de 1986, relativa al

- (i) Sistema dualista. Este sistema proclama una distinción tajante entre el derecho internacional y el derecho interno de los Estados. Bajo esta concepción, ambos regímenes coexisten de manera independiente o separada, lo cual implica que sus disposiciones se reputan válidas y no se contradicen entre sí. Actualmente, este sistema se encuentra en desuso;
- (ii) Sistema monista con supremacía del derecho internacional²⁴. Según este sistema, el derecho internacional y el derecho interno se encuentran integrados, pero los tratados internacionales prevalecen sobre el derecho interno de los Estados, incluyendo sus Constituciones Políticas. Los tratados, así concebidos, tienen un carácter supranacional, el cual se impone, por regla general, sobre las disposiciones del derecho interno. Ello implica que el consentimiento prestado por un Estado frente a un tratado, implique el sometimiento del Estado a las disposiciones de dicho instrumento internacional, sin que las normas de derecho interno –salvo situaciones excepcionales previstas por las Convenciones de Viena sobre el derecho de los tratados– puedan impedir la fuerza obligatoria del tratado.
- (iii) Sistema monista con supremacía del derecho interno²⁵. Según este sistema, el derecho internacional y el derecho interno se encuentran integrados, pero el derecho interno prima sobre los tratados. Por lo

derecho de los tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales. Este instrumento internacional, en buena medida, recoge los lineamientos de la Convención de Viena de 1969, la cual regula el derecho de los tratados entre Estados.

24 Las Convenciones de Viena sobre el derecho de los tratados internacionales, consagran este sistema. En ambos instrumentos, se puede observar esta circunstancia en sus artículos 27 y 46.

25 Este sistema, con diferentes variantes, se encuentra vigente en países como Colombia, España, Estados Unidos, Argentina y Alemania, entre otros.

tanto, los tratados no revisten un rango supranacional, el cual se imponga sobre las Constituciones Políticas de los Estados. Bajo una concepción moderada de este sistema, si un Estado que ha prestado su consentimiento frente a un tratado, invocar su derecho interno con el fin de invalidar sus compromisos internacionales, incurriría en responsabilidad internacional por regla general. El Estado, a lo sumo, podría inaplicar total o parcialmente su compromiso internacional en el derecho interno, pero ello lo obligaría a responder internacionalmente. Ante situaciones de esta naturaleza, el Estado queda obligado a modificar su ordenamiento jurídico interno con el fin de armonizar su contenido con el del tratado respectivo, o a modificar sus compromisos internacionales con el fin de adecuarlos a su derecho interno.

El riesgo de inaplicación de los tratados en el derecho interno se reduce, en la medida en que los Estados, tal como ocurre frecuentemente, dispongan un trámite interno de validación del tratado, con anterioridad a la manifestación de su consentimiento. En otras palabras, si las diferentes ramas del poder público de los Estados, incluyendo la judicial, intervienen con anterioridad a la manifestación final del consentimiento del Estado frente al tratado, difícilmente se puede generar una situación de inaplicación del tratado en el derecho interno.

Existe un problema cuando el tratado ha sido válidamente perfeccionado según el derecho interno entonces vigente, pero dicho derecho interno se modifica después y dispone constitucionalmente la realización de controles adicionales para validar el tratado. Si se cuestionase la validez de la ley aprobatoria del instrumento internacional conforme a estos controles adicionales y ello generase la inaplicación del tratado en el derecho interno, el respectivo Estado desconocería *a posteriori* sus compromisos interna-

cionales y crearía interrogantes sobre su seriedad para cumplir con dichas obligaciones²⁶.

Sin perjuicio de los riesgos que entraña la aplicación, por parte de algunos Estados, de un sistema monista donde se establezca la primacía intemporal de su Constitución, es viable sostener que la adopción de la Convención de Nueva York, bajo las diferentes variables de dicho sistema monista, implicaría que los jueces quedasen automáticamente habilitados para actuar conforme a como lo establece este instrumento internacional. En otras palabras, el acto que incorpora la Convención al derecho interno, constituiría la fuente generadora de la competencia judicial, sin perjuicio de la reglamentación que dicho acto requiriese para efectos de establecer el órgano judicial específico que materializaría el mandato contenido en el tratado²⁷. En todo caso, es común encontrar que las legislaciones procesales de los Estados contengan disposiciones específicas, las cuales confieren una competencia residual, a ciertos órganos judiciales, para conocer de materias que la legislación no haya atribuido expresamente a otras autoridades²⁸.

26 Desafortunadamente, en países como Colombia, bajo una concepción de primacía absoluta e intemporal de la Constitución, se ha establecido en la jurisprudencia constitucional que la Corte Constitucional puede revisar la validez de un tratado internacional ya perfeccionado y aprobado en el derecho interno, si dicha revisión no hubiese tenido lugar cuando el tratado fue incorporado al ordenamiento jurídico interno: Sentencia C-400 de 1998.

27 Por ejemplo, el English Arbitration Act, en su sección 105, señala que las referencias a las "cortes", contenidas en la legislación arbitral, atañen a la High Court o a las county courts, dependiendo de los criterios establecidos en dicha norma. Las secciones 99 a 104 de dicha normatividad, se refieren a la Convención de Nueva York. La sección 101 se remite a la sección 105 para efectos de establecer el significado específico que tiene la expresión "cortes" en aspectos relativos a la Convención de Nueva York. También se puede citar la sección 203 del Federal Arbitration Act de los Estados Unidos, la cual señala que las cortes de distrito son competentes para conocer de las acciones o procedimientos cobijados por la Convención.

28 Por ejemplo, el artículo 16 del Código de Procedimiento Civil colombiano, consagra una competencia residual en cabeza de los jueces civiles del circuito.

III. EL PACTO ARBITRAL

El artículo II.3 de la Convención, consagra un deber general, a cargo de las cortes, consistente en remitir a las partes al arbitraje. Este deber está condicionado a un examen del pacto arbitral, a partir del cual, se establece si es viable o no remitir a las partes al arbitraje. Independientemente de que el examen sea sumario o de fondo, lo cierto es que el artículo II.3 aborda la validez, la eficacia y la aplicabilidad del pacto arbitral, como criterios para que las cortes competentes adopten la decisión que corresponda.

En realidad, la Convención simplemente reconoce que un pacto arbitral, al igual que cualquier acuerdo de voluntades, está sujeto a unos requisitos estructurales, los cuales le permiten producir efectos legales.

La eficacia y la aplicabilidad del pacto arbitral se analizan según cada caso concreto, mientras que la validez formal y material del pacto arbitral, se analizan según la ley que resulte aplicable. La ineficacia y la inaplicabilidad, se pueden ilustrar a partir de los ejemplos de las denominadas "cláusulas defectuosas"²⁹; la validez del pacto arbitral implica el estudio de una interacción de leyes aplicables, tal como se señalará adelante.

A continuación, se analizará la eficacia, la aplicabilidad y la validez del pacto arbitral, a la luz del artículo II.3 de la Convención.

A. LA EFICACIA Y LA APLICABILIDAD DEL PACTO ARBITRAL

Al aplicar la doctrina del efecto útil, las cortes suelen buscar la manera de darle efectividad a aquellos pactos arbitrales, cuya redacción resulta inconsistente o genera incertidumbre.

29 Alan Redfern & Martin Hunter. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. Sweet & Maxwell. 3rd. Ed., London, 1999, p. 171; Stephen Bond. "How to draft an arbitration clause". 6 *Journal of International Arbitration* (1989) p. 67.

En la práctica, existen múltiples ejemplos de pactos arbitrales inconsistentes. Se podría citar una situación en la cual las partes estipulen que, en caso de presentarse diferencias entre ellas, dichas diferencias deban ser resueltas en un arbitraje sujeto al "Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de Zurich". La inconsistencia del pacto arbitral radicaría en que la Cámara de Comercio Internacional (CCI) tiene su sede principal en París, razón por la cual, la mención a Zurich resultaría contradictoria con dicha premisa. Dando aplicación a la doctrina del efecto útil, una corte judicial probablemente consideraría que el arbitraje estaría sujeto al Reglamento de Arbitraje de la CCI y que la mención a Zurich constituiría una escogencia de la sede del arbitraje. En este caso, el pacto arbitral sería inconsistente, pero no sería ineficaz o inaplicable, pues su sentido se puede desentrañar a partir de una labor del intérprete judicial.

En relación con los pactos de contenido incierto, la labor de las cortes resulta más dispendiosa que la realizada para conocer el sentido de un pacto inconsistente. El contenido incierto de un pacto arbitral, se suele evidenciar en una serie de vacíos, que impiden establecer la verdadera voluntad de las partes. Por ejemplo, las partes podrían estipular la realización de un arbitraje "en primera instancia", en el cual el "árbitro" sea una "Cámara de Comercio reconocida". Como se puede observar, la mención a un arbitraje "en primera instancia" genera incertidumbre frente al carácter definitivo y vinculante del pacto arbitral. Al asociar la noción de árbitro a la de un centro de arbitraje como tal, se generan equívocos en torno al número de árbitros y se ignora que los centros de arbitraje, como tales, no ejercen las potestades atribuidas a los árbitros. Adicionalmente, la noción de "Cámara de Comercio reconocida" plantea una pregunta fundamental acerca de los criterios que tendrían las partes para determinar dicha circunstancia. En situaciones como éstas y, ante la ausencia de precisiones adicionales de las partes, el pacto arbitral podría

afrontar dificultades insalvables para su aplicación, lo cual lo haría catalogar como inaplicable, bajo el artículo II.3 de la Convención.

Ahora bien, la ineficacia e inaplicabilidad de un pacto arbitral, han sido considerados por un sector de la doctrina internacional como conceptos análogos³⁰. La ineficacia se referiría a la cesación de los efectos del pacto arbitral, al paso que la inaplicabilidad se referiría a las dificultades insalvables, afrontadas por dicho pacto, para producir sus efectos.

Un ejemplo de ineficacia operaría cuando las partes hubiesen renunciado tácitamente a acudir al arbitraje. Ello ocurriría si una de las partes, desatendiendo una cláusula arbitral, decidiera demandar a la otra ante la justicia ordinaria, sin que la otra invocare la existencia de un pacto arbitral, el cual impediría la asunción de competencia por parte del juez. Si se tiene en cuenta (i) que el artículo II.3 de la Convención señala el deber de las cortes de remitir a las partes al arbitraje y (ii) que dicho deber opera a solicitud de parte, sería forzoso concluir que el pacto arbitral dejaría de surtir sus efectos

Un ejemplo de inaplicabilidad tendría lugar cuando se trunca la designación de un árbitro o la conformación de un tribunal de arbitramento. En un caso famoso, se estipuló que la resolución de las controversias entre las partes, la haría un tribunal de arbitramento compuesto por tres árbitros, de los cuales, el tercero sería designado por un funcionario británico residente en el Golfo Pérsico³¹. Cuando surgió la controversia entre las partes –una entidad estatal de Kuwait y una empresa extranjera–, ya no existía el cargo de aquel funcionario encargado de hacer la designación del tercer miembro del tribunal, lo cual se tradujo en la inaplicabilidad de la cláusula compromisoria. Las partes subsanaron esta di-

ficultad, pues suscribieron un compromiso para la realización del procedimiento arbitral. De no haberlo hecho, la dificultad afrontada para la ejecución del pacto arbitral, habría sido prácticamente insalvable.

Como se puede observar, el examen previsto por el artículo II.3 de la Convención, acerca de la eficacia y aplicabilidad de un pacto arbitral, radica principalmente en una interpretación de su redacción o contenido. Hasta donde resulte posible, las cortes buscarán un efecto útil para el pacto, pero en ciertas ocasiones, el vacío normativo le impedirá al pacto producir sus efectos.

B. LA LEY APLICABLE AL PACTO ARBITRAL

La doctrina de la separación del pacto arbitral, implica que dicho acuerdo de voluntades constituya un contrato independiente respecto del contrato principal del cual forma parte. Mientras el contrato principal regula la relación jurídico-comercial entre las partes, el pacto arbitral señala un mecanismo para la resolución de controversias surgidas por razón o con ocasión del contrato principal.

Como todo contrato, el pacto arbitral debe tener un sistema jurídico que sirva como referencia para establecer su validez formal y material. Por lo tanto, el examen que realizan las cortes para establecer si un pacto arbitral es nulo o no a la luz del artículo II.3 de la Convención, debe partir de un sistema legal que arroje alguna respuesta.

La validez formal se entiende surtida cuando las cortes consideran que el pacto arbitral satisface el requisito de ser escrito. El cumplimiento de este requisito, tal como se mencionó atrás, se puede deducir de situaciones en las cuales aquel aparentemente no se configuraría. Un ejemplo de ello, sería la incorporación expresa a un contrato, mediante referencia hecha a un modelo de contrato, de una cláusula arbitral prevista en dicho modelo de contrato, el cual es conocido por

30 Redfern & Hunter. Op. Cit., p. 173.

31 Kuwait v. American Independent Oil Company ("Aminoil") (1982) 21 International Legal Materials (ILM) 976.

ambas partes³². Aquí no habría un pacto escrito dentro del texto del contrato, pero la referencia hecha por las partes, a una cláusula escrita que sí se encuentra en el texto de otro contrato, cumpliría con el requisito.

Para efectuar una determinación acerca de la validez formal de un pacto arbitral, la ley aplicable al pacto arbitral no reviste importancia fundamental. El artículo II.2 de la Convención, en conjunto con la legislación procesal que aplique la corte competente, difícilmente podrán, con base en su literalidad, determinar si el requisito escrito se satisface en casos "límite". En el fondo, la corte competente interpretará esta normatividad para luego darle un sentido preciso en su aplicación. El precedente judicial puede ser útil para dicho propósito.

La situación se torna más compleja cuando se analiza la validez material del pacto arbitral. La complejidad radica en que no existe una sola ley para tales efectos.

Por ejemplo, la capacidad de las partes –denominada por algunos autores como la "arbitrabilidad subjetiva"³³–, constituye uno de los atributos de

la personalidad, el cual se encuentra sujeto a un tratamiento particular en el derecho internacional privado. Es así como el artículo V.1.a) de la Convención de Nueva York establece la posibilidad de denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral extranjero, cuando las partes tuvieren alguna incapacidad bajo la ley que les fuere aplicable –"under the law applicable to them"–.

Por lo general, el examen de validez se realiza según la ley del domicilio o residencia de las personas naturales. Si se trata de personas jurídicas, generalmente el examen se hace bajo la ley del lugar de constitución de las compañías y según los estatutos respectivos. Si se trata de entidades estatales, las leyes del respectivo Estado limitan ocasionalmente la capacidad de las entidades para acudir al arbitraje internacional³⁴. En todo caso, en el arbitraje comercial internacional se considera que la capacidad es la regla general y que la incapacidad es la excepción. En particular, se considera contrario a la buena fe que una de las partes, pese a haberse comprometido a acudir al arbitraje, invoque alguna incapacidad bajo la ley que le fuere aplicable, con el fin de hacer nugatorio su compromiso. El principio del *estoppel* (que prohíbe actuar en contra de los propios actos – *non concedit venire contra factum proprium*–), busca hacer efectivo el compromiso ar-

32 La Corte de Casación francesa reconoció esta posibilidad en el fallo proferido el 9 de noviembre de 1993, en el caso ETAP v. Bomar Oil. La doctrina también se ha referido a otros casos, en los cuales el requisito se ha considerado verificado, aún en eventos en que las partes no hacen una referencia puntual a la cláusula arbitral contenida en un documento diferente del contrato celebrado entre las partes: Marcela Castro. "La cláusula compromisoria por referencia". El Contrato de Arbitraje. Legis y Universidad del Rosario. Bogotá, 2005, p. 176.

33 En aras de una mayor precisión, es necesario afirmar que la noción de arbitrabilidad subjetiva hace referencia principalmente a la aptitud de las entidades estatales para pactar el arbitraje. Esta aseveración no constituye un simple giro gramatical. Se ha dicho, por ejemplo, que la aptitud de una entidad pública para pactar el arbitraje, al ser catalogada como un problema de arbitrabilidad, implicaría que la ley aplicable para determinar si el Estado se ha comprometido válidamente, es la ley aplicable al pacto arbitral, mas no la ley del propio Estado, que sería la ley aplicable en el evento en que la referida aptitud fuese tipificada como una cuestión de capacidad legal: Eduardo Silva Romero. El Contrato de Arbitraje. Legis y Universidad del Rosario. Bogotá, 2005. Introducción. También se ha sostenido que la capacidad es una ins-

titución concebida para la protección de determinados individuos, situación que no sería aplicable a los Estados, los cuales deben administrar los asuntos públicos con responsabilidad y eficiencia: Juan Pablo Cárdenas. "Las causales para negar el reconocimiento de un laudo que pueden ser declaradas de oficio." Bogotá, abril de 2005, Congreso Internacional de Arbitraje.

34 Por ejemplo, el artículo 2060 del Código Civil francés, establece que sólo las entidades industriales y comerciales del Estado pueden pactar el arbitraje, salvo que un decreto habilitante permita hacer lo propio en otros casos. Sin embargo, la Corte de Casación, en el fallo del 2 de mayo de 1966 en el caso Galakis, dispuso que las entidades estatales francesas estaban facultadas para celebrar pactos arbitrales en cuestiones industriales y comerciales, siempre que se tratara de un arbitraje internacional. En países como Arabia Saudita, es necesaria la autorización previa y expresa de algunas autoridades competentes para que una entidad estatal pueda comprometerse a acudir al arbitraje: Redfern & Hunter. Op. Cit., p. 146.

bitral, cuando hay alegaciones posteriores sobre la incapacidad de una de las partes, las cuales pudieron hacerse inicialmente.

Así mismo, existe una discusión frente a la tipificación de la materia arbitrable como un elemento estructural del pacto arbitral o como una cuestión puramente jurisdiccional.

En el primer caso, la ley aplicable para determinar si una materia es o no arbitrable, sería aquella ley aplicable al pacto arbitral. Esta teoría afronta problemas en la práctica. Pese a la existencia del principio de separación o autonomía del pacto arbitral –el cual obedece a una ficción jurídica–, no es común encontrar una estipulación de las partes sobre la ley aplicable específicamente al pacto arbitral.

En el segundo caso, vale decir, cuando se considera que la arbitrabilidad objetiva es una cuestión jurisdiccional, la ley aplicable para determinar la arbitrabilidad sería la ley del foro, vale decir, la ley de la jurisdicción donde se encontrasen las cortes competentes que estudiaran la validez, la eficacia y la aplicabilidad del compromiso arbitral. Al ser una cuestión jurisdiccional, la arbitrabilidad de una controversia estaría vinculada a motivaciones de orden público, vigentes en las jurisdicciones de las cortes competentes para evaluar la validez, la eficacia y la aplicabilidad del compromiso arbitral, a partir del artículo II.3 de la Convención.

En este caso, el pacto arbitral no sería declarado nulo, pues al considerarse que la arbitrabilidad es una cuestión jurisdiccional –y no estructural del pacto arbitral–, las cortes competentes dejarían de remitir a las partes al arbitraje con fundamento en la ineficacia o en la inaplicabilidad del pacto arbitral, mas no en su nulidad. Se podría afirmar que la Convención de Nueva York avala tácitamente esta teoría, ya que el artículo V.2.a) señala la posibilidad de denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral, si la corte competente del Estado en el cual se realice

dicho trámite, considerase que la materia no era arbitrable bajo las leyes de dicho país.

En este punto, se evidencia la existencia de situaciones que no serían juzgadas por las cortes de conformidad con la ley aplicable al pacto arbitral, sino por otros sistemas jurídicos. De conformidad con el artículo II.3 de la Convención, un pacto arbitral puede ser declarado nulo por una corte si una parte ha obrado de buena fe y, pese a ello, se encuentra bajo alguna incapacidad según la ley que le resulte aplicable. El mismo pacto puede ser considerado inaplicable o ineficaz por dicha corte, si se considera que la materia arbitrable no es un componente del pacto arbitral, sino una cuestión jurisdiccional, atinente al orden público del foro.

Las preguntas que surgen entonces, son: ¿Cuál es la ley aplicable al pacto arbitral? ¿Es útil para las partes estipular una ley aplicable al pacto arbitral, dado que algunas situaciones relevantes, que bien podrían quedar cobijadas por un pacto arbitral, estarían sujetas a leyes específicas y posiblemente distintas?

La legislación suiza, la legislación española, la Convención de Nueva York y la propia jurisprudencia internacional, contienen soluciones prácticas para el primer interrogante.

El artículo 178, numeral 2, del Código Federal de Derecho Internacional Privado de Suiza (PIL), dice lo siguiente:

“III. Pacto Arbitral.

Artículo 178.

(...)

2) En materia sustancial, el pacto arbitral será válido si se ajusta a la ley escogida por las partes, o a la ley aplicable a los méritos de la controversia, en particular la ley aplicable al contrato principal, o si ajusta a la ley de Suiza.” (la traducción es del autor)”.

En España, la Ley 60 de 2003, en su artículo 9, numeral 6, dice lo siguiente:

Artículo 9. Forma y contenido del convenio arbitral.

(...)

6. Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho español."

A su turno, el artículo V.1.a) de la Convención, dice lo siguiente:

"Artículo V

1. Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:

a) Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia;"

Por su parte, la Corte de Casación francesa, en un conocido fallo³⁵, sostuvo que el pacto arbitral no se debería regir por una legislación nacional, sino por la voluntad de las partes, la cual, en todo caso, quedaría sujeta primordialmente al denominado orden público internacional³⁶.

35 Este fallo, proferido el 20 de diciembre de 1993, se conoce como el caso "Dalico".

36 El orden público internacional ha sido definido de diferentes maneras por la doctrina y jurisprudencia internacionales. Por ejemplo, se ha sostenido que el "(...) orden público internacional de cada Estado incluye: (i) principios fundamentales, relativos a la justicia o moralidad, que el Estado desee proteger aun cuando no lo atañan directamente; (ii) normas diseñadas para servir a los intereses políticos, sociales o económicos fundamentales

Como se puede observar, los lineamientos anteriores se refieren (i) a la ley escogida por las partes; (ii) a la ley aplicable al contrato principal; (iii) a la ley de la sede del arbitraje³⁷; y (iv) a la voluntad de las partes, sujeta a la noción de orden público internacional.

A continuación, se hará una breve explicación de cada uno de ellos:

- (i) La ley escogida por las partes. La normatividad citada, quizás conciente del carácter ocasional que reviste la estipulación de las partes de una ley aplicable al pacto arbitral, establece soluciones supletivas, las cuales tienen una mayor aplicabilidad en la práctica. Si bien es cierto que el derecho

del Estado, siendo estas conocidas como 'lois de police' o 'normas de orden público' y (iii) el deber del Estado de respetar sus obligaciones con otros Estados u organizaciones internacionales.": Pierre Mayer y Audley Sheppard. "Informe final de la Asociación de Derecho Internacional acerca del orden público como una prohibición para la ejecución de los laudos arbitrales" (2004) Revista Internacional de Arbitraje, Volumen I. Editorial Legis y Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, p. 220. También se ha dicho que el orden público internacional hace referencia a los "(...) estándares fundamentales de la comunidad internacional, incluyendo los principios del intercambio comercial y otros criterios de carácter humanitario, los cuales se desarrollan a partir de los estándares comunes de las políticas nacionales y de los conceptos fundamentales contenidos en las convenciones internacionales y en otros instrumentos internacionales." Julian Lew. *Contemporary Problems in International Arbitration*. Capítulo 7. "Determination of arbitrators' jurisdiction and the public policy limitations on that jurisdiction". CCLS, London, 1986, p. 83. Un tribunal de los Estados Unidos, definió el orden público internacional como "(...) los conceptos más básicos de moralidad y justicia del Estado." *Parson & Whittemore Overseas Co. Inc. v. Societé Générale de l'Industrie du Papier Rakta and Bank of America* 508 F.2d 969 (2 Cir., 1974).

37 En el caso de la legislación suiza y de la legislación española, se advierte el propósito de favorecer la eficacia del pacto arbitral. Las normas citadas salvaguardan la validez del pacto arbitral con fundamento en tres posibles leyes aplicables. En otras palabras, si un arbitraje internacional se realiza en Suiza o en España, el tribunal de arbitramento o la corte judicial, según corresponda, podrían validar el compromiso arbitral con una mayor facilidad, dado que habría tres posibles leyes aplicables para producir este efecto.

arbitral internacional respeta la autonomía de las partes para pactar una ley aplicable a la cláusula arbitral, también lo es que aquel consagra soluciones supletivas para el evento en que las partes no ejercieren su libertad contractual. La estipulación de una ley aplicable al pacto arbitral es viable, mas no necesariamente útil;

- (ii) La ley del contrato principal. Aun cuando la doctrina de la separación o autonomía del pacto arbitral implicaría que este último y el contrato principal pudieren tener leyes aplicables distintas, existe una posición, en el plano internacional, que sostiene que las partes, en ejercicio de una voluntad implícita, cobijan indistintamente al pacto arbitral y al contrato principal bajo la ley aplicable a este último, la cual suele ser pactada en los contratos. En el fallo del caso inglés de *Union of India v. McDonnell Douglas*³⁸, se determinó que, ante la ausencia de un acuerdo con respecto a la ley aplicable al pacto arbitral, se debía concluir que su ley aplicable era la misma ley aplicable al contrato principal. Esta solución desconoce que las razones que motivan a las partes para escoger un sistema normativo que rija un contrato comercial, suelen ser diferentes de aquellas razones que las motiven a escoger una ley que rija su compromiso arbitral para resolver sus diferencias;
- (iii) La ley de la sede del arbitraje. En la práctica, esta teoría prevé que el pacto arbitral reviste un carácter procesal. Por lo tanto, el examen de su validez bajo el artículo II.3 de la Convención, se debe someter a la ley del lugar del arbitraje, ya que sus normas procesales de importancia fundamental resultan aplicables al trámite arbitral en general –*lex loci arbitri*–, salvo que las partes hayan escogido otra ley aplicable, lo cual

es de rara ocurrencia. Esta teoría tiene un sentido práctico e incluso resulta útil en aquellos casos en los cuales se considerase que algunos aspectos, tales como la materia arbitrable, son parte del pacto arbitral, pues en casos como este, el artículo V.1.a) de la Convención de Nueva York permitiría que la arbitrabilidad objetiva fuere analizada bajo la misma ley aplicable al pacto arbitral; y

- (iv) La voluntad de las partes, sujeta primordialmente al orden público internacional. Esta teoría reviste algunas similitudes con la concepción de la naturaleza jurídica del arbitraje, como un fenómeno económico transnacional, que escaparía, en lo posible, a un control de legalidad por parte de las cortes nacionales³⁹. En otras palabras, según esta teoría, el derecho nacional, por su propia naturaleza, resultaría ajeno a la evolución del arbitraje como un fenómeno transnacional, lo cual implicaría que las cortes ejerciesen un control sobre la validez del pacto arbitral, privilegiando la voluntad de las partes y minimizando la aplicación de las normas nacionales.

Sin embargo, la teoría plantea un interrogante recurrente en el derecho arbitral, consistente en determinar los verdaderos alcances de una noción de "orden público internacional", dada la disparidad de criterios que pueden existir frente a dicha calificación legal y frente a su distinción respecto de la noción simple de orden público. El carácter restrictivo que se le atribuye a la noción de orden público internacional, por lo demás, podría denotar la insuficiencia de dicha noción para establecer la validez material de un pacto arbitral⁴⁰. Incluso, si se analizan detenidamente algunas aproximaciones existentes al concepto

38 [1993] 2 Lloyd's Report 48 (QB).

39 Madame Rubellin-Vichi: Julian Lew. *Applicable Law in International Commercial Arbitration*. Oceana, 1978, pp. 59-61.

40 Por ejemplo, la institución jurídica del error, como vicio del consentimiento, probablemente no quedaría cobijada por el alcance restrictivo que reviste la noción de orden público internacional en el arbitraje comercial internacional.

de orden público internacional, se podría concluir que la aplicación de este postulado, podría dificultar, en últimas, el propósito de evitar la aplicación del derecho interno, pues algunos Estados podrían considerar que sus normas de derecho privado, en materia de nulidades, revisiten importancia fundamental, lo cual las haría aplicables bajo la noción de orden público internacional. En síntesis, la teoría tiene la ventaja de privilegiar el compromiso de las partes de acudir al arbitraje, pero genera incertidumbre sobre el contenido y la aplicabilidad del sistema jurídico que sirve como referencia para validar el compromiso arbitral.

IV. APROXIMACIÓN AL ARTÍCULO II.3 A LA LUZ DEL DERECHO COLOMBIANO

La Convención de Nueva York de 1958, forma parte del derecho interno colombiano. Su adopción definitiva en el país, tuvo lugar mediante la Ley 39 de 1990, la cual se encuentra plenamente vigente. De ahí que la Convención constituya la *lex specialis* en Colombia, con respecto a la circulación y eficacia de pactos y laudos arbitrales, dentro del ámbito del arbitraje internacional. Ello implica, en consecuencia, que el análisis de un pacto arbitral, en el marco de un arbitraje internacional, se deba efectuar atendiendo, en primera medida, los lineamientos trazados por la propia Convención, en función de los móviles o finalidades de dicho instrumento⁴¹.

Ahora bien, es cierto que la Convención de Nueva York, como tal, refiere la ejecución de las sen-

tencias arbitrales –mas no el análisis de los pactos arbitrales– al procedimiento vigente de los Estados donde el reconocimiento se tramite⁴². Empero, su móvil principal, tal como se ha explicado, radica en propiciar la efectividad del arbitraje, sin perjuicio de unos controles judiciales razonables. Por ejemplo, el artículo III de dicha normatividad dispone que el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales cobijadas por aquél, no estará sujeto a requisitos o condiciones más rigurosos que los previstos para el reconocimiento o ejecución de sentencias arbitrales nacionales. A su turno, las causales previstas por la Convención de Nueva York, para la denegación judicial del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, tienen un carácter limitativo o taxativo⁴³, es decir, no tienen vocación de acumulación con las causales que los ordenamientos jurídicos locales dispongan para un trámite de exequátur o de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras. Los principios de legalidad y veracidad de los laudos arbitrales, unidos al propósito de eficacia y de libre circulación de los mismos –objetivo que es inherente a la Convención de Nueva York–, implican, por lo general, que la parte que se oponga al reconocimiento y ejecución de un laudo, tenga la carga de probar la configuración de las causales o supuestos que posibilitan la denegación del reconocimiento y ejecución del referido laudo⁴⁴.

En materia de pactos arbitrales, no existe la remisión expresa al procedimiento de derecho interno que sí se prevé en relación con las sentencias arbitrales. En todo caso, si una de las partes

41 En este punto, es pertinente anotar que la Ley 315 de 1996 establece, en su artículo 2, que el "(...) arbitraje internacional se regirá en todas sus partes de acuerdo con las normas de la presente ley y en particular por las disposiciones de los Tratados, Convenciones, Protocolos y demás actos de Derecho Internacional suscritos y ratificados por Colombia, los cuales priman sobre las reglas que sobre el particular se establecen en el Código de Procedimiento Civil..." (Cursivas fuera del texto original)

42 Artículo III de la Convención de Nueva York.

43 Redfern & Hunter. Op. Cit., p. 459.

44 Artículo V.1. de la Convención de Nueva York. En todo caso, se debe indicar que las dos causales previstas en el artículo V.2 de la Convención de Nueva York, relativas (i) a la violación del orden público del Estado donde se tramita el reconocimiento y ejecución, y (ii) a la no-arbitrabilidad de la controversia bajo la ley de ese Estado, se pueden aplicar de oficio, vale decir, sin necesidad de que la parte interesada en "bloquear" la efectividad del laudo, las invoque y demuestre judicialmente.

hace caso omiso de un pacto arbitral y decide acudir directamente ante las cortes nacionales para ventilar allí los méritos de la controversia, dichas cortes, dando aplicación al artículo II. 3 de la Convención, remitirán a las partes al arbitraje, salvo que encuentren que el pacto es nulo, ineficaz o inaplicable. En estos eventos, la práctica indica que la parte renuente a acudir al arbitraje internacional se enfrentará a la excepción procesal colombiana de convenio arbitral, propuesta por su contraparte en sede judicial. Si bien es cierto que el código de procedimiento civil colombiano no contiene matices respecto del tipo de examen judicial frente a la excepción mencionada, no lo es menos que la propia Convención obliga al juez a revisar el pacto arbitral, para determinar si remite o no remite a las partes al arbitraje internacional. Y aquí, tal como se sostuviera en otro aparte del presente artículo, se debe imponer un examen judicial sumario del pacto arbitral, de tal manera que la remisión de las partes al arbitraje proceda en todos los casos, salvo que el pacto sea manifiestamente nulo, ineficaz o inaplicable.

De ahí que sea viable y razonable señalar que el juez nacional puede continuar el proceso judicial, siempre y cuando encuentre, al cabo de una revisión sumaria del pacto arbitral, que éste es manifiestamente nulo, ineficaz o inaplicable, en consonancia con la solución del derecho francés. Esta sería, por lo demás, la manera más razonable de respetar la autonomía del arbitraje internacional y el principio fundamental de *kompetenz-kompetenz* –que también está vigente en Colombia⁴⁵–, tal como se ha explicado.

45 Artículos 147 y 163 del Decreto 1818 de 1998. Incluso, la jurisprudencia colombiana ha refrendado el principio de *kompetenz-kompetenz* en algunos pronunciamientos, incluyendo decisiones en el marco de la contratación estatal. Por ejemplo, el Consejo de Estado, Sección Tercera, en el fallo del 23 de febrero de 2000, del caso Consorcio Hispano Alemán v. Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá, refrendó tácitamente el principio de *kompetenz-kompetenz*, al desestimar la petición de anulación de un laudo arbitral por nulidad de la cláusula compromisoria.

Por lo demás, es pertinente tener en cuenta que, en materia de contratación estatal, la ley colombiana no prevé expresamente la nulidad del pacto arbitral como causal de anulación de laudos arbitrales⁴⁶. Sin embargo, el Consejo de Estado, en un reciente fallo, sostuvo que si bien la nulidad del pacto arbitral, como tal, no era una de

ria. En efecto, el recurrente había solicitado la anulación del laudo arbitral, entre varias razones, porque el tribunal de arbitramento, en su criterio, había ampliado indebidamente el ámbito de su competencia, al pronunciarse sobre asuntos que le estaban vedados a su conocimiento. El Consejo de Estado, al referirse a este planteamiento, refrendó el principio aludido, al señalar que “(...) la interpretación y/o aplicación que de la cláusula compromisoria hagan los árbitros, en modo alguno constituye vicio que afecte la validez de aquélla, como equivocadamente sostiene la impugnante (...) dicho de otra manera, el entendimiento o uso que en su actuación realice el juez arbitral de la cláusula compromisoria, no es un hecho que tenga la virtud de viciar de nulidad la cláusula misma; otra cosa muy diferente es que el uso o aplicación indebido que el Tribunal de Arbitramento haga de la competencia a él conferida por las partes, pueda constituir causal de nulidad del laudo o decisión, mas no de la cláusula compromisoria en sí misma considerada.” El Consejo de Estado dejó a salvo la posibilidad de que los árbitros se pronunciasen sobre la existencia y los límites de su propia competencia –tal como ocurrió en el caso concreto–, sin perjuicio de un control judicial posterior en el marco de un recurso de anulación, todo lo cual responde precisamente a los lineamientos del principio de *kompetenz-kompetenz*. Esta corporación anularía el laudo arbitral principalmente por el carácter no arbitrable de la legalidad de las denominadas potestades excepcionales de la Administración en la contratación estatal.

46 En Colombia, las causales de anulación de los laudos arbitrales en materia de contratación estatal, se encuentran única y taxativamente consagradas en el artículo 72 de la Ley 80 de 1993, también recogidas en el artículo 230 del Decreto 1818 de 1998. Así lo ha sostenido el Consejo de Estado en numerosos pronunciamientos: Ver, entre otras, las sentencias del 11 de mayo de 2000, Exp. 17480, M.P. María Elena Giraldo; del 2 de octubre de 2002, Exp. 24320, M.P. Ramiro Saavedra; del 27 de octubre de 2005, Exp. 29705, M.P. María Elena Giraldo Gómez, del 8 de junio de 2006, Exp. 29476, M.P. Ruth Stella Correa Palacio; y del 4 de diciembre de 2006, Exp. 32871, M.P. Mauricio Fajardo. Con todo, la misma corporación, en sentencias del 8 de junio de 2000, Exp. 16.973, M.P. Alier Hernández Enríquez y del 25 de noviembre de 2004, Exp. 25560, M.P. Germán Rodríguez Villamizar, había aceptado como evento adicional de anulación del laudo arbitral en la contratación estatal, la nulidad del pacto arbitral por objeto o causa ilícita.

las causales taxativas que la Ley consagra para la anulación de laudos arbitrales, es necesario tener en cuenta que esta "causal" sí estaría subsumida en una de las causales previstas por la Ley, cual es la que establece la nulidad del laudo arbitral por recaer éste sobre asuntos no sujetos a la decisión de los árbitros⁴⁷.

De este modo, se reitera que el principio de *kompetenz-kompetenz*, tanto en la contratación privada como en la estatal, implica que sean los tribunales arbitrales los jueces provisionales de su propia competencia, lo cual abarca, por supuesto, las alegaciones con respecto a la validez, eficacia o aplicabilidad del pacto arbitral en el arbitraje. El juez nacional competente, tanto en la rama civil como en la contencioso-administrativa, debe respetar este principio, sin perjuicio de evaluar la validez, la eficacia y la aplicabilidad del pacto arbitral en los momentos procesales oportunos. En efecto, si una de las partes acude ante el respectivo juez para ventilar los méritos de la controversia haciendo caso omiso del pacto arbitral, dicho juez, al tenor del artículo II.3 de la Convención de Nueva York, deberá remitir a las partes al arbitraje, previa la revisión sumaria del pacto arbitral, tal como se ha explicado. De todos modos, la validez del pacto arbitral se podría ventilar nuevamente ante el juez nacional competente, en el marco de una acción de anulación del laudo arbitral, en el ámbito de un arbitraje internacional con sede en Colombia, tanto en materia civil como contencioso-administrativa. Allí, tratándose de un arbitraje internacional, el juez competente deberá analizar la validez del

pacto arbitral y, por ende, la del laudo arbitral, partiendo de la determinación de la ley aplicable al pacto arbitral, de conformidad con los lineamientos señalados en el presente artículo.

47 Consejo de Estado. Sentencia del 4 de diciembre de 2006, Exp. . 32871. En últimas, el Consejo de Estado ha refrendado lo dicho en las sentencias del 8 de junio de 2000, Exp.16.973, y del 25 de noviembre de 2004, Exp. 25560, donde se había señalado que la nulidad del pacto arbitral era una causal para la anulación de laudos arbitrales en la contratación estatal. La diferencia radica en que ahora se considera que la nulidad del pacto arbitral, si bien no es una causal de anulación autónoma, sí está subsumida en una de las causales de anulación de laudos taxativamente previstas por la Ley.

CONCLUSIONES

El artículo II.3 de la Convención de Nueva York, constituye una piedra angular para entender la eficacia del pacto o compromiso arbitral, en los negocios internacionales.

Con base en la revisión de sus elementos normativos principales, los operadores jurídicos no sólo se pueden formar un criterio sobre el tipo de asistencia que deben prestar las cortes competentes para asegurar la autonomía y la efectividad del arbitraje, sino también pueden analizar un pacto arbitral, tanto en sus componentes intrínsecos, como en los sistemas, regímenes o teorías que determinan su ley aplicable.

La experiencia internacional ha venido decantando los principales alcances de esta norma.

Existe un consenso internacional, con respecto al deber de las cortes de hacer efectivo el arbitraje. Un ejemplo de ello, lo constituyen las normas nacionales que reafirman la compatibilidad existente entre el compromiso de acudir al arbitraje y la solicitud de medidas cautelares que las partes hicieren ante las cortes judiciales competentes.

Por otra parte, es preciso advertir que un examen de fondo, por parte de las cortes, en relación con la validez, la eficacia y la aplicabilidad de los pactos arbitrales a la luz del artículo II.3 de la Convención de Nueva York, reñiría quizás con el propósito de hacer efectivo el compromiso arbitral. La justificación de un examen judicial sumario, se basaría en el carácter provisional que reviste la competencia de los árbitros para determinar la existencia y los límites de su propia competencia. Visto desde otra perspectiva, se partiría de la confianza inicial frente a la integridad e idoneidad de los árbitros para impedirle a las partes poner en marcha un proceso arbitral, el cual arroje como resultado un laudo arbitral que quede sujeto a una inminente anulación por parte de las cortes de la sede del arbi-

traje. Además, se ha visto que la determinación que hacen los tribunales arbitrales sobre la existencia y los límites de su propia competencia, reviste un carácter provisional, lo cual garantiza que las cortes, en todo caso, tendrán la última palabra al respecto.

Así mismo, cuando las cortes apliquen el contenido normativo del artículo II.3 de la Convención de Nueva York, deben tener presente que una determinación, sumaria o no, acerca de la ineficacia o inaplicabilidad del pacto arbitral, sólo se debería realizar una vez les resultare imposible darle un efecto útil a dicho pacto al término de una labor interpretativa.

En cuanto al examen de validez del pacto arbitral a la luz del artículo II.3 de la Convención, las cortes afrontan un reto complejo. Por una parte, deben interpretar el requisito de validez formal del pacto arbitral con flexibilidad suficiente, es decir, de tal manera que las normas no afronten un rezago significativo frente a aquellas situaciones del tráfico mercantil que permitan considerar cumplido el requisito, cuando ello no fluyere de la literalidad de las normas. Por otra parte, deben considerar que el arbitraje comercial internacional, por su propia naturaleza, supone la interacción de múltiples leyes aplicables a diferentes aspectos de dicho mecanismo. En cuanto al examen de validez material de los pactos arbitrales a la luz del artículo II.3 de la Convención, deben privilegiar la voluntad de las partes con respecto a la escogencia de una ley aplicable al compromiso arbitral. Si dicha escogencia no tuviese lugar, entonces acudirían a la doctrina y experiencias internacionales con el fin de motivar seria y suficientemente su decisión.

Aunque el arbitraje comercial internacional goza de buena salud, es preciso que los jueces conozcan y acepten las complejidades del mecanismo. La difusión adecuada de las instituciones jurídicas del arbitraje, unida a unas respuestas oportunas frente a las objeciones

razonables que existan sobre la dinámica del mecanismo arbitral, son algunos de los aspectos fundamentales que se requieren para propiciar una mayor cooperación de los jueces con el arbitraje. He ahí una de las claves para hacer efectivo el compromiso de acudir al arbitraje.

FECHA DE RECIBIDO: OCTUBRE DE 2006
FECHA DE APROBACIÓN: ABRIL DE 2007