

Sentencia T-1224/08

JUSTICIA ARBITRAL-Naturaleza constitucional y características

ARBITRAMENTO-Voluntad de las partes como origen y fundamento

PRINCIPIO KOMPETENZ-KOMPETENZ-Finalidad

El principio kompetenz-kompetenz indica que los árbitros son titulares de la competencia para decidir sobre su propia competencia; esto con anterioridad a cualquier instancia judicial que haya sido activada por las partes, lo que no obsta para que esta decisión sea recurrida por las partes, por ejemplo a través del recurso de anulación, y de esta manera se pronuncie el juez estatal sobre la competencia del tribunal de arbitramento.

PRINCIPIO KOMPETENZ-KOMPETENZ-Aplicación por el juez de primera instancia declarando la terminación del proceso ejecutivo por existencia de cláusula compromisoria

Referencia: expediente T-1697895

Acción de tutela instaurada por la Electrificadora de Santander S.A E.S.P contra la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de Bucaramanga.

Magistrado Ponente:
Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Bogotá D.C., cinco (5) de diciembre de dos mil ocho (2008).

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados, Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Que pone fin al proceso de revisión de los fallos proferidos por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, el 5 de junio de 2007, y por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el 17 de julio de 2007.

Teniendo en cuenta que el problema jurídico que suscita la presente acción de tutela ya ha sido objeto de otros pronunciamientos por parte de esta Corporación, la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional decide reiterar lo dispuesto por la jurisprudencia para este tipo de casos. Por tal razón, de acuerdo con sus atribuciones constitucionales y legales, la presente sentencia será motivada brevemente.¹

I. ANTECEDENTES

Marcela Monroy Torres, como apoderada de la Electrificadora de Santander S.A (ESSA), interpuso acción de tutela contra la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de Bucaramanga para que se protegiera el derecho al debido proceso que considera vulnerado por el Tribunal accionado quien revocó el auto del Juzgado Primero Civil del Circuito de Bucaramanga que había declarado la terminación del proceso ejecutivo iniciado por la sociedad Central Termoeléctrica El Morro 1 S.A (CTM1 S.A) contra la Electrificadora de Santander S.A.

El 3 de agosto de 2005 ESSA S.A presentó dos ofertas comerciales a CTM1 S.A para el suministro de energía eléctrica, cuyos textos se identificaron como “OFERTA MERCANTIL ESSA-EL MORRO GG-01-05” y “OFERTA MERCANTIL ESSA-EL MORRO GG-02-05”. El 30 de agosto de 2005 CTM1 S.A aceptó las ofertas mercantiles.

Las dos ofertas mercantiles contenían una cláusula compromisoria que señalaba:

“Todas las diferencias que surjan entre las partes relativas al presente suministro de energía serán resueltas por las partes mediante los mecanismos de arreglo directo, tales como la negociación directa, la amigable composición, o la conciliación y en caso de no llegar a un arreglo en un lapso de treinta (30) días calendario se someterá la controversia a un arbitramento, el cual se sujetará a las normas legales pertinentes, teniendo en cuenta las siguientes reglas: 1°. El Tribunal funcionará en la ciudad de Bogotá y sesionará en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá; también podrá sesionar en otro lugar que indique el centro. 2°. Estará integrado por tres árbitros designados de común acuerdo por las partes en un plazo no mayor de 10 días. Si no hubiere acuerdo serán designados por la Cámara de Comercio de Bogotá. 3°. El Tribunal decidirá en derecho. 4°. La

¹ Con base en lo dispuesto por el Decreto 2591 de 1991 (artículo 35), la Corte Constitucional ha señalado que las decisiones de revisión que se limiten a reiterar la jurisprudencia pueden “*ser brevemente justificadas*”. Así lo ha hecho en varias ocasiones, entre ellas, por ejemplo, en las sentencias T-549 de 1995 (MP Jorge Arango Mejía), T-396 de 1999 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz), T-054 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-392 de 2004 (MP Jaime Araujo Rentería), T-325 de 2007 (MP Rodrigo Escobar Gil) y T-390 de 2007 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

organización del Tribunal se sujetará a las reglas internas del citado centro de arbitraje y conciliación.

Las costas y gastos asociados serán pagados de la siguiente forma: (a) Cada una de las partes deberá pagar sus propios honorarios y gastos asociados con la resolución de controversias mediante Tribunal de Arbitramento. (b). Los honorarios y gastos de funcionamiento del Tribunal de Arbitramento serán pagados por las partes en la forma que determine este Tribunal.

En todo caso la Oferta Mercantil no se suspenderá por la aplicación de la cláusula compromisoria y las partes se obligan a continuar con la misma hasta tanto no se de la solución del conflicto”.

CTM1 S.A le imputó a ESSA S.A un incumplimiento contractual consistente en no haber constituido las garantías bancarias de pago exigidas en la oferta mercantil, por lo que le remitió unas cuentas de cobro por concepto de la cláusula penal pecuniaria prevista en las ofertas mercantiles, cuentas de cobro que fueron rechazadas por ESSA S.A. En consecuencia, el 25 de julio de 2006 CTM1 S.A presentó demanda ejecutiva en contra de ESSA S.A con base en las mencionadas cuentas de cobro.

Por su parte, el 19 de septiembre de 2006 ESSA S.A convocó a dos Tribunales de Arbitramento para que se declararan nulas las ofertas mercantiles GG-01-05 y GG-02-05, pues a juicio de ESSA S.A, CTM1 S.A no cumplió con la obligación de registrar las ofertas mercantiles ante el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales.²

El 28 de septiembre de 2006 el Juzgado Primero Civil del Circuito de Bucaramanga, que conoció el proceso ejecutivo instaurado por CTM1 S.A, resolvió librar mandamiento de pago en contra de ESSA S.A por las sumas solicitadas por el demandante. El apoderado de ESSA S.A presentó recurso de reposición en contra del mandamiento de pago, aduciendo que existía una cláusula compromisoria en las ofertas mercantiles que obligaba a las partes a someter sus diferencias a un Tribunal de Arbitramento. El 8 de noviembre de 2006 el Juzgado resolvió favorablemente el recurso de reposición y declaró la terminación del proceso ejecutivo, pues encontró probada la excepción previa atinente a la vigencia de una cláusula compromisoria.

El apoderado de CTM1 S.A apeló el auto mediante el cual se declaró terminado el proceso ejecutivo. La Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de Bucaramanga, mediante providencia del 15 de febrero de 2007, revocó el auto del Juzgado Primero Civil del Circuito de Bucaramanga y ordenó continuar el proceso ejecutivo. Señaló el Tribunal lo siguiente: “(...) *el cobro, directo o*

² Además de la pretensión principal de declarar nulas las respectivas ofertas mercantiles, ESSA S.A solicitó cinco pretensiones subsidiarias y seis pretensiones comunes.

judicial, de la cláusula penal, en los eventos que la configuran, no quedó sometido a la cláusula compromisoria en ninguna de las modalidades allí indicadas, incluyendo el arbitramento, por cuanto sabido es que el Tribunal que para el efecto se convoque e integre emite en últimas una declaración judicial, presupuesto este que precisamente se excluyó respecto del ejercicio del derecho a cobrar la cláusula penal, como con precedencia se destacó”.

El 7 de diciembre de 2006 se instaló el Tribunal de Arbitramento encargado de dirimir las diferencias surgidas con ocasión de la oferta mercantil GG-01-05. El 28 de octubre de 2008 profirió laudo arbitral en el que declaró que CTM1 S.A no estaba inscrita como agente ante el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales, lo que produce la inejecutabilidad del contrato resultante de la oferta mercantil y en consecuencia, CTM1 S.A no puede exigir a ESSA S.A el pago de la cláusula penal.

El 11 de diciembre de 2006 se instaló el Tribunal de Arbitramento encargado de dirimir las diferencias surgidas con ocasión de la oferta mercantil GG-02-05. El 14 de octubre de 2008 profirió laudo arbitral en el que igualmente declaró que CTM1 S.A no estaba inscrita como agente ante el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales, lo que produce la inejecutabilidad del contrato resultante de la oferta mercantil y redujo a un 20% la cláusula penal pactada que sólo podrá ser cobrada cuando se produzca la terminación del contrato.

El 9 de mayo de 2007 la apoderada de ESSA S.A interpuso la presente tutela en donde manifiesta que los dos Tribunales de Arbitramento se declararon competentes para conocer el conflicto surgido entre las partes con ocasión de las ofertas mercantiles GG-01-05 y GG-02-05, lo que muestra que estos Tribunales son los competentes para conocer dichos procesos y dirimir todas las diferencias al respecto. Agrega que *“el juez de ejecución no es competente para conocer de un proceso que se fundamenta en unas cuentas de cobro cuya exigibilidad es el objeto fundamental de la controversia, pues necesariamente esta diferencia debe ser dirimida previamente por el juez competente, esto es el Tribunal de Arbitramento, que al emitir su fallo declarará quién tiene la razón”.*

Sentencia de primera instancia

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia denegó el amparo mediante sentencia proferida el 5 de junio de 2007. El a-quo argumentó que *“el examen de atribución de jurisdicción que pueda corresponder a los jueces de instancia, en cuanto es un presupuesto procesal, es cuestión que debe ser examinada nuevamente por ellos al momento de proferir la sentencia respectiva teniendo inclusive en consideración, nuevos elementos de juicio recaudados durante el proceso. (...) la determinación de los alcances que los procesos arbitrales ya empezados tengan respecto del juicio ejecutivo, es*

asunto que igualmente deberán analizar en su oportunidad, con miras a establecer si hay lugar o no a la suspensión de la ejecución”.

Sentencia de segunda instancia

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia del 17 de julio de 2007 confirmó la decisión del a-quo. Argumentó el juez de segunda instancia que *“la accionante no puede pretender que la tutela se convierta en una instancia más, donde se debatan sus inconformidades, más aún cuando el Tribunal realizó el estudio de las excepciones, encontrando que la cláusula penal, por la que se inició el cobro ejecutivo, no estaba incluida dentro del pacto arbitral, y consecuentemente con su interpretación declaró no probadas las otras excepciones, por lo que profirió el auto atacado”*. Agregó que en el proceso ejecutivo se deben debatir estos asuntos, pues la tutela es un mecanismo subsidiario.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

La Corte Constitucional es competente para revisar la decisión judicial reseñada, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala Segunda de Revisión resolver la siguiente pregunta:

¿Vulneró el Tribunal Superior de Bucaramanga, Sala Civil-Familia, el derecho al debido proceso de la empresa accionante, al revocar el auto proferido por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Bucaramanga y ordenar la continuación del proceso ejecutivo, a pesar de que entre ESSA S.A y CTM1 S.A se pactó, mediante una cláusula compromisoria, el sometimiento de cualquier conflicto a un tribunal de arbitramento?

3. Naturaleza y características de la justicia arbitral

La justicia arbitral tiene su fundamento constitucional en el artículo 116 de la Constitución Política en el que se señala que *“los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad en los términos que determine la ley”*.

Por su parte, el legislador ha desarrollado lo concerniente a la justicia arbitral en diversas normas. En la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración

de Justicia, en el artículo 8^o y el numeral 3^o del artículo 13^o se desarrolló el tema de los mecanismos alternativos de solución de conflictos y la justicia arbitral. Posteriormente, mediante la Ley 446 de 1998 que buscaba la descongestión, eficiencia y acceso a la justicia, se definió el arbitraje en el artículo 111 en los siguientes términos:

“El arbitraje es un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, difieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión llamada laudo arbitral”.

Finalmente, mediante el Decreto 1818 de 1998 se expidió el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, que compiló las diversas disposiciones que regulaban dicha materia, y en su parte segunda se ocupó de manera específica del arbitramento.

La Corte Constitucional también se ha ocupado en diversas oportunidades del tema de la justicia arbitral⁵ y ha desarrollado una profusa jurisprudencia en donde se han establecido algunas características básicas del arbitramento en tanto acto jurisdiccional, así: (i) los particulares únicamente pueden administrar justicia en calidad de árbitros o de conciliadores; (ii) el arbitramento implica el ejercicio de una actividad jurisdiccional como función pública, y se traduce en la expedición de laudos arbitrales en derecho o en equidad, según lo hayan previamente determinado las partes; (iii) los particulares deben haber sido habilitados por las partes en cada caso concreto para ejercer la función pública de administrar justicia en su condición de árbitros; (iv) los árbitros administran justicia de manera transitoria y excepcional en relación con un determinado conflicto, por lo cual su competencia cesa una vez han proferido el laudo; y (v) es competencia del legislador definir los términos en que se administrará justicia por los árbitros, lo cual incluye la fijación de las normas propias del juicio arbitral, pero no obsta para que en virtud del principio de voluntariedad las partes también acuerden cuáles serán las reglas del procedimiento arbitral con miras a obtener una decisión justa, pronta y sin formalismos innecesarios. También ha explicado que, como consecuencia de su naturaleza jurisdiccional, el

³ LEY 270 DE 1996. ARTÍCULO 8o. ALTERNATIVIDAD. La ley podrá establecer mecanismos diferentes al proceso judicial para solucionar los conflictos que se presenten entre los asociados y señalará los casos en los cuales habrá lugar al cobro de honorarios por estos servicios.

⁴ ARTÍCULO 13. DEL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL POR OTRAS AUTORIDADES Y POR PARTICULARES. Ejercen función jurisdiccional de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política:

(...)

3. Los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en asuntos susceptibles de transacción, de conformidad con los procedimientos señalados en la ley. Tratándose de arbitraje, las leyes especiales de cada materia establecerán las reglas del proceso, sin perjuicio de que los particulares puedan acordarlas. Los árbitros, según lo determine la ley, podrán proferir sus fallos en derecho o en equidad.

⁵ Ver, entre otras, sentencias C-294 de 1995, M.P: Jorge Arango Mejía; T-299 de 1996, M.P: Vladimiro Naranjo Mesa; C-242 de 1997, M.P: Hernando Herrera Vergara; C-1038 de 2002, M.P: Eduardo Montealegre Lynett; T-972 de 2007, M.P: Humberto Sierra Porto; SU-174 de 2007, M.P: Manuel José Cepeda Espinosa.

arbitramento constituye un medio para materializar el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia.⁶

El elemento jurisdiccional del arbitramento tiene dos aspectos centrales: (a) la decisión de los árbitros, plasmada en un laudo, debe resolver efectivamente la disputa, tiene fuerza vinculante para las partes, y hace tránsito a cosa juzgada; y (b) el arbitraje tiene naturaleza procesal, y como tal está sujeto a un marco legal especial, así como a lo dispuesto por las partes sobre el procedimiento a seguir. Estos dos elementos diferencian al arbitramento de otros mecanismos alternativos de resolución de conflictos, tales como la conciliación, la mediación o la amigable composición.

La Corte también ha señalado que la voluntad de las partes es una de las fuentes del arbitramento. Al respecto, en sentencia SU-174 de 2007 se dijo:

“Por mandato expreso del constituyente, la voluntad autónoma de las partes en conflicto es el pilar central sobre el que se estructura el sistema de arbitramento en nuestro ordenamiento jurídico. El artículo 116 de la Constitución Política define el arbitramento con base en el acuerdo de las partes, que proporciona su punto de partida y la habilitación para que los árbitros puedan impartir justicia en relación con un conflicto concreto. En tal medida, la autoridad de los árbitros se funda en la existencia de un acuerdo de voluntades previo y libre entre las partes enfrentadas, en el sentido de sustraer la resolución de sus disputas del sistema estatal de administración de justicia y atribuirla a particulares.”⁷ Tal acuerdo

⁶ Se explicó en la sentencia C-242 de 1997, M.P: Hernando Herrera Vergara, en este sentido, lo siguiente: *“Frente a la afirmación del actor en el sentido de que pactar estatutariamente la celebración de un tribunal de arbitramento, como mecanismo de resolución de las diferencias surgidas en el seno de las empresas de servicios públicos “E.S.P.”, impide el ejercicio de derecho fundamental de acceso a la administración de justicia a las personas particulares que integren dichas empresas, no resulta de recibo por parte de la Corporación, toda vez que, el arbitramento constituye en sí mismo una forma de administrar justicia. // Por ello, es necesario aclarar que contrariamente a lo manifestado por el demandante, el arbitramento representa un mecanismo para impartir justicia, a través del cual igualmente se hace efectiva la función pública del Estado en ese sentido, y claramente consagrado por el ordenamiento jurídico; es más, dicho instituto goza de autorización constitucional expresa, con determinadas características, ya señaladas anteriormente, en donde los árbitros quedan investidos transitoriamente, de la función de administrar justicia, con los mismos deberes, poderes, facultades y responsabilidades, en razón de haber quedado habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que señale la ley”.*

⁷ La doctrina especializada en el arbitramento a nivel internacional y comparado también ha resaltado la importancia del acuerdo entre las partes como base del proceso arbitral; así, se ha resaltado que el arbitramento depende del consentimiento de las partes, el cual, una vez otorgado, obliga a aquellas a cumplir la decisión adoptada, independientemente de si la comparten; y que al optar por el arbitramento, las partes acuerdan someter su disputa a un particular que habilitan para actuar como juez, excluir la jurisdicción de los jueces estatales y cumplir con la decisión del tribunal, así como fijar las reglas de procedimiento en la medida en que así lo permita el derecho estatal. Ver, a este respecto, Emmanuel Gaillard y John Savage (eds.): *“Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration”*. Kluwer Law International, 1999: *“No se disputa el hecho de que la base del arbitramento es contractual: el poder de un árbitro para resolver una disputa se fundamenta en la intención común de las partes a esa disputa. (...) La base contractual del arbitramento ha sido reafirmada constantemente en la legislación y la jurisprudencia. (...) En otras palabras, la naturaleza judicial del arbitramento no debilita, de ninguna manera, el principio igualmente sólido de la autonomía de las partes.”* (Traducción libre). También se puede consultar, en este sentido, Christian Bühring-Uhle: *“Arbitration and Mediation in International Business”*. Kluwer Law International, 1996, p. 42-44: *“El arbitramento (...) depende del consentimiento de las partes pero una vez este consentimiento se ha otorgado, las partes quedan obligadas por la decisión independientemente de si la aceptan. Al optar por el arbitramento, las partes acuerdan someter su disputa a un tribunal privado, excluir la jurisdicción de las*

recibe en nuestro sistema diferentes denominaciones –pacto arbitral, pacto compromisorio-, puede revestir diferentes formas – cláusula compromisoria, compromiso-, y puede abarcar un conflicto específico o, por el contrario, referirse en general a los conflictos que puedan surgir de una determinada relación negocial.⁸

“En otras palabras, el sustento de la justicia arbitral es el reconocimiento constitucional expreso de la decisión libre y voluntaria de las partes contratantes de no acudir al sistema estatal de administración de justicia sino al arbitraje para la decisión de sus disputas⁹: la habilitación voluntaria de los árbitros es, por lo tanto, un requisito constitucional imperativo que determina la procedencia de este mecanismo de resolución de controversias.¹⁰”

Recientemente, en la sentencia C-713 de 2008, M.P: Clara Inés Vargas Hernández, la Corte, al juzgar una reforma de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, reafirmó la importancia del principio de voluntariedad en el ámbito arbitral y condicionó la exequibilidad del numeral tercero del artículo 6° del proyecto de ley estatutaria No. 023 de 2006 Senado y No. 286 de 2007 Cámara a que *“las partes también deben*

cortes públicas y cumplir la decisión de dicho tribunal. El acuerdo arbitral también sirve para establecer las reglas de procedimiento en la medida en que lo permita la ley del Estado donde se desarrolla el arbitramento (...).” (Traducción libre). Ver también, Caivano, Roque: “Arbitraje”, Villela Editor, Buenos Aires, 2000, p. 98-99: *“(...) los árbitros ejercen jurisdicción y por lo tanto de allí se deriva el status jurídico de su función. Ello sin desconocer que su origen es generalmente contractual; o dicho de otro modo, tendría una raíz contractual y un desarrollo jurisdiccional. Se trata, en suma, de una jurisdicción instituida por medio de un negocio particular. (...) La voluntad de las partes permite sustraer de los órganos creados por el Estado la resolución de determinado tipo de controversias, atribuyendo esa misión a particulares, quienes se encuentran así temporalmente investidos –mientras sea necesario para el desempeño de su labor- de una verdadera jurisdicción. (...) La relevancia jurídica que tiene la voluntad de las partes en la admisión del sistema arbitral como fórmula para la resolución de sus controversias, más allá de su propia fuerza vinculante, viene dada porque la ley inviste a los árbitros de la autoridad necesaria para ejercer su función”.*

⁸ De conformidad con el artículo 117 del Decreto 1818 de 1998, que reprodujo el texto del artículo 115 de la Ley 446 de 1998, *“por medio del pacto arbitral, que comprende la cláusula compromisoria y el compromiso, las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal Arbitral, renunciando a hacer valer sus pretensiones ante los jueces”.*

⁹ Dijo la Corte en la sentencia C-098 de 2001 (M.P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez) que *“el arbitramento como mecanismo alternativo de resolución de conflictos, ha de entenderse como la derogación que hacen las partes involucradas en un conflicto o precaviendo su existencia, de la jurisdicción en cabeza del Estado y en favor de un particular (árbitro), quien queda investido de la facultad temporal de resolver con carácter definitivo y obligatorio, a través de una decisión denominada laudo arbitral, las diferencias que se susciten entre ellos”.*

¹⁰ En la sentencia C-163 de 1999 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) se afirmó, en este sentido: *“De lo expuesto es fácil concluir que el sustento de la justicia arbitral es el acto voluntario y libre de los contratantes de acudir a los árbitros (...). Por consiguiente, la habilitación de los árbitros que realizan las partes contratantes, es un requisito constitucional imperativo sin el cual no es procedente la justicia arbitral”.* En idéntico sentido, en la sentencia C-330 de 2000 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) la Corte explicó: *“El arbitramento es voluntario. La decisión de presentar las disputas surgidas en una relación jurídica ante un tribunal de arbitramento (antes que acudir a los jueces ordinarios), es el resultado de un acuerdo previo de carácter voluntario y libre efectuado por los contratantes. El arbitramento, al ser un instrumento jurídico que desplaza a la jurisdicción ordinaria en el conocimiento de ciertos asuntos, “tiene que partir de la base de que es la voluntad de las partes en conflicto, potencial o actual, la que habilita a los árbitros para actuar (...) Así, el fundamento de esta figura procesal es, entonces, la determinación voluntaria de acudir a una forma alternativa de resolver conflictos, con la garantía de que, como acontece en los demás procesos, los derechos consagrados en la Constitución y la ley tienen plena vigencia”.*

respetar lo dispuesto por las leyes especiales que regulen los procedimientos arbitrales”.

4. El principio kompetenz-kompetenz en la justicia arbitral

En sentencia SU-174 de 2007, la Corte analizó el principio *kompetenz-kompetenz* que rige la justicia arbitral. En aquella oportunidad se dijo:

“El principio kompetenz-kompetenz, según el cual los árbitros tienen competencia para decidir sobre su propia competencia está expresamente plasmado en la legislación colombiana (artículo 147, numeral 2 del Decreto 1818 de 1998) y goza de reconocimiento prácticamente uniforme a nivel del derecho comparado, las convenciones internacionales que regulan temas de arbitramento,¹¹ las reglas de los principales centros de arbitraje internacional,¹² las reglas uniformes establecidas en el ámbito internacional para el desarrollo de procesos arbitrales¹³ y la doctrina especializada en la materia,¹⁴ así como decisiones judiciales adoptadas por tribunales internacionales.¹⁵ En virtud de este principio, los árbitros tienen la potestad, legalmente conferida, de determinar si tiene competencia para conocer de una determinada pretensión relativa a una disputa entre las partes, en virtud del pacto arbitral que le ha dado fundamento.

Este principio cuenta con un claro reconocimiento en el ordenamiento jurídico colombiano. En efecto, el numeral 2 del artículo 147 del Decreto 1818 de 1998, que reprodujo el texto del artículo 124 de la Ley 446 de 1998, dispone que en la primera audiencia de trámite, “el Tribunal resolverá sobre su propia competencia mediante auto que sólo es susceptible de recurso de reposición”. Si los árbitros se declaran incompetentes, el efecto previsto en la ley es que “se extinguen definitivamente los efectos del pacto arbitral” (artículo 124 de la Ley 446 de 1998). Esta competencia básica no implica, por supuesto, que los árbitros sean los únicos jueces con potestad para establecer el alcance de su propia competencia. Las decisiones del tribunal arbitral sobre su propia competencia también pueden ser objeto de recursos judiciales como el de anulación, con base en la causal contenida en el numeral 8 del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 (el cual fue compilado en el numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998) y en el numeral 4 del artículo 72

¹¹ Ver el art. V-3 del Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional; el art. 41 de la Convención de Washington que creó el CIADI; y la Ley Modelo de UNCITRAL, Art. 16-3.

¹² Art. 15.1 de las Reglas de la American Arbitration Association; Art. 8.3. de las Reglas de la Cámara de Comercio Internacional; Art. 14.1 de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA).

¹³ Art. 21.1 de las Reglas de UNCITRAL

¹⁴ Ver a este respecto: Emmanuel Gaillard y John Savage (eds.): Fouchard Gaillard Goldman “On International Commercial Arbitration”. Kluwer Law International, 1999. También se puede consultar: Bühring-Uhle, Christian: “Arbitration and Mediation in International Business”. Kluwer Law International, 1996, p. 42-44; Caivano, Roque: “Arbitraje”, Villela Editor, Buenos Aires, 2000; Várady, Tibor, Barceló, John y von Mehren, Arthur: “International Commercial Arbitration”. American Casebook Series – West Group, St. Paul, 1999, p. 111.

¹⁵ Ver el caso Nottebohm (1953) y el caso relativo al Laudo Arbitral adoptado por el Rey de España el 23 de diciembre de 1906 (1960), ambos de la Corte Internacional de Justicia.

de la Ley 80 de 1993 (el cual fue compilado en el numeral 4 del artículo 230 del Decreto 1818 de 1998). Sin embargo, el principio kompetenz-kompetenz les confiere a los árbitros un margen interpretativo autónomo para definir el alcance de su propia competencia, y se deriva de la proposición según la cual no ha de descartarse prima facie que las partes habilitantes han confiado en la capacidad de los árbitros de adoptar decisiones definitivas en relación con los conflictos que se someten a su conocimiento; el principio kompetenz-kompetenz permite, así, que los árbitros sean los primeros jueces de su propia competencia, con anterioridad a cualquier instancia judicial activada por las partes”.

5. Caso Concreto

En el presente caso tenemos que CTM1 S.A inició proceso ejecutivo en contra de ESSA S.A para obtener el pago de la cláusula penal pecuniaria contemplada en las ofertas mercantiles GG-01-05 y GG-02-05, por un supuesto incumplimiento en los requisitos fijados en las mencionadas ofertas. El proceso correspondió al Juzgado Primero Civil del Circuito de Bucaramanga, quien mediante auto del 8 de noviembre de 2006 declaró probada la excepción previa de “cláusula compromisoria”, propuesta por ESSA S.A, y ordenó la terminación del proceso ejecutivo. No obstante, la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de Bucaramanga revocó el citado auto y ordenó la continuación del proceso ejecutivo, pues consideró que el cobro de la cláusula penal no estaba sometido a la cláusula compromisoria.

Como se dijo en el apartado 4 de esta sentencia, el principio *kompetenz-kompetenz* indica que los árbitros son titulares de la competencia para decidir sobre su propia competencia; esto con anterioridad a cualquier instancia judicial que haya sido activada por las partes, lo que no obsta para que esta decisión sea recurrida por las partes, por ejemplo a través del recurso de anulación, y de esta manera se pronuncie el juez estatal sobre la competencia del tribunal de arbitramento.

En el presente caso, como consecuencia de la convocatoria del Tribunal de Arbitramento por parte de ESSA S.A, mediante auto del 23 de abril de 2007, el Tribunal de Arbitramento conformado para resolver las diferencias surgidas de la oferta mercantil GG-01-05 se declaró competente para conocer y decidir sobre todas las cuestiones planteadas en la demanda y su contestación. Dicha providencia no fue impugnada por CTM1 S.A. Con posterioridad, en el laudo arbitral del 28 de octubre de 2008 en el numeral 1° de la parte considerativa, el Tribunal de Arbitramento analizó nuevamente su competencia y la excepción de “*falta de competencia del Tribunal*” propuesta por CTM1 S.A. Al respecto, dijo el Tribunal: “(...) *no le asiste razón al excepcionante, por cuanto la existencia misma de este debate arbitral confirma las discrepancias entre las partes de temas determinados originados en la oferta mercantil en cuestión, por supuestos incumplimientos esgrimidos por ambas, tema que por no haberse excluido expresamente en su pacto arbitral, está comprendido*

dentro de las cuestiones que deben ser resueltas por un tercero para que adquieran certeza jurídica”. Y más adelante agregó: “La oferta mercantil de la que se derivan las cuestiones litigiosas, no puede ser tenida como un título ejecutivo simple que permita autónomamente el cobro por cualquiera de las partes de la cláusula penal convenida en ella, pues en la forma como ha sido planteada la controversia con respecto a dicho documento, se discute en este proceso precisamente su exigibilidad, toda vez que se alegan por cada parte incumplimientos de la otra que requieren un pronunciamiento definitivo del Tribunal para determinar a quién le asiste razón”.

Por su parte, el Tribunal de Arbitramento convocado para resolver las controversias surgidas de la oferta mercantil GG-02-01, también se pronunció sobre su competencia en varias oportunidades. Así, en la primera audiencia de trámite, llevada a cabo el 24 de abril de 2007, el Tribunal se declaró competente para conocer de la demanda y las pretensiones formuladas, así como de la contestación de la demanda y las excepciones propuestas. Después, en el laudo arbitral del 14 de octubre de 2008, el Tribunal reafirmó su competencia en los siguientes términos: *“A lo largo del proceso para el Tribunal se ha hecho aún más evidente que, efectivamente, existe entre las partes una controversia de hecho y de derecho sobre la ejecución de la Oferta Mercantil GG-02-05 y sus posibles incumplimientos recíprocos. Por tanto es claro que, por lo menos sobre los temas discutidos, no habría derechos ciertos. Adicionalmente, habría que agregar que, si bien la ejecución de una cláusula penal es cuestión del resorte del Juez ordinario, lo relativo al cumplimiento o incumplimiento del contrato corresponde a este Tribunal, en el cual las partes delegaron la competencia para resolver sus conflictos relativos a la extensión y al cumplimiento de sus obligaciones, mediante la respectiva cláusula compromisoria. En ningún momento podrá el Tribunal ejecutar el cobro de la pena contractualmente establecida, pero si está facultado para resolver cuestiones que incidan en dicho cobro, frente al cual dichas cuestiones constituyen una evidente prejudicialidad”.*

En sentencia T-299 de 1996, M.P: Vladimiro Naranjo Mesa, la Corte se pronunció sobre un problema jurídico similar al presente. En aquella oportunidad se estudió la tutela interpuesta por G.B. Construcciones Ltda. en contra del Juzgado 10° Civil del Circuito de Barranquilla quien dictó mandamiento de pago en contra de la tutelante en virtud del proceso ejecutivo iniciado por AMADH ISSA ISSA por los conflictos surgidos con ocasión del contrato de compraventa suscrito por las dos entidades. De igual forma que en el presente caso, el proceso ejecutivo continuó a pesar de existir una cláusula compromisoria en el contrato firmado por las partes. En aquella oportunidad la Corte dijo: *“Estima esta Sala, que la anterior decisión judicial desconoce flagrantemente clarísimos principios de derecho procesal: en primer lugar el de la economía procesal, que impone al juez velar por la rápida solución del proceso “so pena de incurrir en responsabilidad por las demoras que ocurran” (art. 37 inc. 1o., CPC); y en segundo lugar el principio de primacía del derecho sustancial sobre el procesal, que busca que los derechos*

sustanciales de las partes no se vean conculcados por un inoficioso e ilegítimo apego a la norma de trámite.

*“Evidentemente, el juez al conocer, de un lado la existencia del pacto arbitral, y de otro, la voluntad de una de las partes de acogerse a él, debe inmediatamente declarar que carece de jurisdicción para continuar conociendo de la causa. De no hacerlo, lo actuado con posterioridad a tal conocimiento será nulo”.*¹⁶

Como se dijo anteriormente, en el presente caso los dos Tribunales de Arbitramento que fueron convocados por ESSA S.A se declararon competentes para conocer dicho litigio, por lo que en aplicación del principio *kompetenz-kompetenz* el juez del proceso ejecutivo debía declarar la falta de jurisdicción para conocer dicho asunto, ya que se estaba adelantando el respectivo proceso arbitral y es el Tribunal de Arbitramento el primero llamado a decidir sobre su propia competencia. Sin embargo, esto no obsta para que la parte perdedora ejerza el recurso de anulación en contra del laudo arbitral, si está en desacuerdo con la decisión y estima que el laudo es anulable.

En el presente asunto, el juez de primera instancia del proceso ejecutivo al decidir sobre la excepción presentada por una de las partes, aplicó correctamente el principio *kompetenz-kompetenz*, por lo que decidió declarar la terminación del proceso ejecutivo, toda vez que existía una cláusula compromisoria de por medio que cobijaba la materia objeto del conflicto entre las partes. En cambio, el juez de segunda instancia, en este caso, el Tribunal Superior de Bucaramanga, Sala Civil-Familia, decidió revocar esta decisión y ordenar la continuación del proceso ejecutivo, desconociendo la cláusula compromisoria y dejando de aplicar el artículo 116 de la Constitución Política, así como el artículo 147 del Decreto 1818 de 1998. Esta decisión del Tribunal constituye una vía de hecho por defecto sustantivo,¹⁷ ya que se desconocieron las normas que confieren a los árbitros la facultad de decidir sobre su propia competencia¹⁸ y no se respetó el libre acuerdo de las partes de acudir a la

¹⁶ En este caso la Corte fundamentó sus argumentos en la sentencia C-294 de 1995 que declaró exequible el inciso 2º del artículo 2º del Decreto 2651 de 1991 que establecía que en los procesos ejecutivos en los que se hubiera propuesto excepciones de mérito se podía acudir a la conciliación y posteriormente al arbitramento si las partes así lo acordaban. En consecuencia, la Corte resolvió: “(...) Segundo: *CONCEDER la tutela y, en consecuencia, ORDENAR al juez 10o. Civil del Circuito de Barranquilla, si aún no lo ha hecho, revocar en el término de veinticuatro (24) horas a partir del conocimiento del presente fallo, el mandamiento ejecutivo proferido en contra de G.B. Construcciones Ltda., de fecha 9 de febrero de 1995 y LEVANTAR LAS MEDIDAS CAUTELARES decretadas en contra de la misma sociedad. Tercero: ORDENARLE DECLARAR, si aún no lo ha hecho, la falta de jurisdicción de la justicia ordinaria para conocer del proceso ejecutivo de AMADH ISSA ISSA en contra de G.B. Construcciones Limitada, en razón de existir, relacionado con el mismo, un pacto arbitral y de ser expresa la voluntad de una de las partes de hacer efectivo tal pacto”.*

¹⁷ Esta Corporación ha definido el defecto material o sustantivo como aquél que se presenta en los casos en que el juez deja de aplicar normas legales o constitucionales determinantes o decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o se desconoce clara y ostensiblemente la normatividad aplicable al caso. Ver, entre otras, sentencias T-774 de 2004, M.P: Manuel José Cepeda Espinosa; C-590 de 2005, M.P: Jaime Córdoba Triviño; T-808 de 2007, M.P: Catalina Botero.

¹⁸ Decreto 1818 de 1998. Artículo 147. PRIMERA AUDIENCIA DE TRAMITE. La primera audiencia de trámite se desarrollará así:

(...)

justicia arbitral para dirimir sus diferencias, omitiendo aplicar el artículo 116 de la Constitución.

Entonces, esta Sala de Revisión revocará los fallos de instancia, y en su lugar, concederá la tutela y dejará sin efectos el auto del 15 de febrero de 2007 proferido por la Sala Civil-Familia Tribunal Superior de Bucaramanga. en consecuencia, dejará en firme el auto del 8 de noviembre de 2006 proferido por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Bucaramanga, mediante el cual se declaró probada la excepción previa de existencia de “cláusula compromisoria” y se declaró la terminación del proceso ejecutivo.

III. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- Levantar la suspensión de términos decretada mediante auto del nueve (9) de noviembre de dos mil siete (2007) proferido por la Sala Segunda de Revisión.

Segundo.- REVOCAR las sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil -, el cinco (5) de junio de dos mil siete (2007) y por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral –, el diecisiete (17) de julio de dos mil siete (2007), mediante las cuales se denegó la presente tutela.

Tercero.- DEJAR SIN EFECTOS la providencia proferida por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de Bucaramanga el quince (15) de febrero de dos mil siete (2007), y en consecuencia, **DEJAR EN FIRME** el auto proferido por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Bucaramanga el ocho (8) de noviembre de dos mil seis (2006), mediante el cual se declaró probada la excepción previa de existencia de “cláusula compromisoria” y se declaró la terminación del proceso ejecutivo.

Cuarto.- LIBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los fines allí establecidos.

Notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

2. El Tribunal resolverá sobre su propia competencia mediante auto que sólo es susceptible de recurso de reposición.

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA
Magistrado Ponente

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO
Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL
Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ
Secretaria General