

## "LA CLAUSULA COMPROMISORIA Y EL COMPROMISO COMO MOTIVOS DE EXCEPCION PREVIA"

DANIEL SUAREZ HERNANDEZ

### I.— GENERALIDADES

En todo Estado de Derecho es regla indiscutida que la actitud para dirimir los conflictos suscitados entre los coasociados le compete al "Organo Jurisdiccional". Sin embargo, excepcionalmente la ley permite que los particulares puedan cumplir dicha función.

Como todas las reglas y principios de indole excepcional, la administración de justicia por particulares, se halla extremadamente reglada y limitada a aquellos eventos previstos, de manera rígida, por el legislador.

Se habla de "Declinatoria de Jurisdicción", para significar que, en hipótesis especialmente señaladas al efecto, los particulares pueden sustraer el conocimiento de sus conflictos del campo de los jueces ordinarios, para someterlos a consideración de jueces excepcionales, conocidos con el nombre de "Árbitros".

De antiguo se observa esta institución; tal vez podría sostenerse que entre más distante no ubiquemos históricamente, encontraremos mayor aplicación, del arbitramento, desde luego que la administración de justicia así se originó. Tiempos después el arbitraje o arbitramento se fue restringiendo, a base de limitaciones; pero, hoy, se nota una tendencia a su resurgimiento, en virtud de las duras críticas de que es objeto la administración de justicia estatal. Es decir, frente a los fracasos sistemáticos e inexcusables que en ocasiones presentan los fallos judiciales, las partes recurren frecuentemente al arbitraje.

Puede llegarse a la administración de justicia por árbitros, en virtud de la existencia de "Cláusula Compromisoria", o de un "Compromiso". Aquella, consiste en la estipulación contenida en un negocio, mediante la cual las partes prometen que de presentarse diferencias entre ellas, su solución se someterá a la decisión de árbitros; su existencia antecede al conflicto, aunque prevé la posibilidad de su ocurrencia. Por el contrario "el compromiso", adquiere realidad a posteriori del conflicto o controversia; bien puede suceder que tenga origen en una "Cláusula Compromisoria", o que constituya un típico e independiente negocio jurídico; pues, en este evento, lo ajustarán las partes sin que antes lo hubiesen previsto.

El tema es pacífico en cuanto que para poderse hablar de "juicio" o "proceso arbitral", es indispensable que los árbitros designados por las partes asuman competencia para conocer del debate a ellos sometido. Al respecto TITO CARNACINI comenta: "Efectivamente, siendo dicha cláusula —la compromisoria— estipulada con miras a controversias eventuales y futuras, provenientes de determinadas relaciones contractuales, es claro que mientras esas controversias eventuales y futuras, provenientes de determinadas relaciones contractuales, es claro que mientras esas controversias no hayan surgido efectivamente o no hayan sido por lo menos genéricamente determinadas, no se puede hablar de juicio arbitral.

Y no basta, puesto que si en la cláusula compromisoria no estuviesen ya designadas las personas de los árbitros (como de ordinario no lo están), será necesaria incluso dicha designación para que se tengan, a lo menos en potencia, los elementos de un juicio. Pero también en esta hipótesis, aún concurriendo conjuntamente la voluntad de las partes de comprometer, la determinación de la materia de la discusión y el

nombramiento de los árbitros (es decir, en sustancia, concurriendo los extremos que constituyen el compromiso —imperfecto—), no se puede decir todavía que el proceso arbitral esté en condiciones ipsojure de funcionar y terminar en la decisión hasta tanto que no se haya producido la aceptación de los árbitros designados. (EL ARBITRAJE, Edit. Ejea, Buenos Aires, 1961, pág. 40).

## II.— EL ARBITRAMIENTO EN COLOMBIA

Desde la Ley 105 de 1890, se prevé la posibilidad de que personas capaces de transigir, pueden celebrar compromiso para que a través de árbitros designados por las partes solucionen las discrepancias surgidas entre ellas (art. 307).

Por su parte el art. 2o., de la Ley 2a. de 1938, definió la cláusula compromisoria como "aquella por virtud de la cual las partes que celebran un contrato se obligan a someter a la decisión arbitral todas las diferencias que de él puedan surgir o algunas de ellas". Nuestra Corte Suprema de Justicia con respecto a este tópico dijo: "Trátese pues de un acuerdo de voluntades también solemne pero necesariamente accesorio, celebrado igualmente entre personas capaces de transigir que persigue los mismos fines del compromiso y que está sujeto a idéntica regulación legal, solo que en el momento de su celebración aún no ha surgido ninguna controversia entre las partes. En ambos hay una derogación convencional de la jurisdicción ordinaria y el sometimiento a la arbitral, cuyo fallo, según lo que convengan las partes, puede ser proferido en derecho o en conciencia (G.J. CXLII, Pág. 9)

Con igual filosofía el actual Código de Procedimiento Civil, regula el proceso arbitral, a todo lo largo del título XXXIII del Libro Tercero; mientras que el Código de Comercio trasladó a su articulado dicha institución, como aparece a partir de su precepto 2011.

Conforme a la regulación positiva que se acaba de citar, en la actualidad, podemos resaltar las siguientes características del trámite arbitral:

a) Pueden dirimirse por dicha vía procedimental las controversias "susceptibles de transacción";

b) El convenio originado en cláusula compromisoria o directamente en un contrato autónomo de compromiso, deberá ser ajustado por personas capaces de celebrar transacciones;

c) El compromiso puede celebrarse antes de iniciarse proceso judicial y aun durante su trámite, siempre y cuando que no se hubiere producido sentencia de primera instancia;

d) El compromiso y la cláusula compromisoria, se tendrán por nulos si no constaren en escritura pública o en documento privado auténtico, vale decir, son instituciones solemnes;

e) El compromiso y la cláusula compromisoria implican "la renuncia a hacer valer las respectivas pretensiones ante los jueces pero no impiden adelantar ante estos procesos de ejecución";

f) La decisión de los árbitros puede ser en derecho o en conciencia, según lo hayan convenido las partes.

De otro lado, en el artículo 97 del C. P. C., el "compromiso" es tratado como motivo de excepción previa, aspecto que nos ha motivado a la realización del presente trabajo, ya que jurisprudencialmente se ha venido dando un alcance totalmente distinto del señalado en la ley. En el siguiente capítulo nos ocuparemos de ello.

## III.— EL COMPROMISO COMO CAUSAL DE EXCEPCION PREVIA

A efecto de evitar nulidades y providencias inhibitorias, el actual C.P.C. en su art. 97 enumera una serie de defectos formales, como constitutivos de excepciones previas, y, por ello permite que en forma anticipada al debate central, se discutan tales anomalías, para que se subsanen si admiten corrección; o, para que se termine la actuación, pues, su prolongación sería inútil, puesto que sería imposible lograr sentencia de mérito.

Así, se dice que algunas excepciones previas buscan corregir el proceso, mientras otras lo que quieren es acabarlo. (Art. 99 Ibidem).

Debemos tener de presente que el primer motivo enunciado por el art. 97, como causal de excepción previa lo constituye la "Falta de Jurisdicción", para más adelante encasillar como motivo autónomo e independiente "el compromiso" (numeral 2, art. 97), queriéndose significar con ello que se trata de dos fenómenos diferentes, aunque puedan comportar iguales o semejantes efectos.

Por otra parte, el numeral del art. 97 de que se viene hablando resulta incompleto; desde luego que debió agregarse también la "cláusula compromisoria", puesto que una y otra figura sustraen del conocimiento del juez natural, que lo es el judicial, la controversia respectiva. De tal suerte que en existiendo, indistintamente, "Cláusula Compromisoria" o "Compromiso", si una de las partes presentare demanda ante el juez común, la otra podrá hacer uso de la referida excepción previa con base en el numeral 2 del art. 97 del C.P.C.

Ahora bien, la autonomía e independencia existentes entre la "falta de jurisdicción" y el "compromiso", previstos en los numerales 1 y 2 del artículo comentado conducen a situaciones distintas, pues, las consecuencias establecidas en la ley son diversas.

En efecto, obsérvese que el rechazo in limine de la demanda (art. 85 Eiusdem) obedece a la presencia de uno cualquiera de los tres eventos enumerados, taxativamente en el penúltimo inciso del art. 85, (falta de jurisdicción; falta de competencia; o, caducidad de la acción); por parte alguna se impone tal rechazo, de presentarse el "compromiso".

Aún más, en regla segunda del art. 99 ibidem, se lee que "El juez resolverá en primer lugar sobre las excepciones de falta de jurisdicción o de competencia, **compromiso, trámite inadecuado e ineptitud formal de la demanda**" (He subrayado). Está significando dicho precepto, que son dos cosas bien distintas la "falta de jurisdicción" y el "compromiso"; de ahí, que no resulte correcto hablar de "falta de jurisdicción por corresponder a la arbitral".

Recuérdese que la institución arbitral tiene su fuente positiva en la autonomía de la voluntad, para los eventos en que la ley así lo permite. Es el artículo 1602 del C.C., la fuente legislativa, tanto de la "cláusula compromisoria" como del "compromiso". Así como las partes se sustraen voluntariamente de los jueces ordinarios para que las juzguen los árbitros, nada obsta para que regresen o vuelvan al fuero natural del juzgamiento vale decir, para que retornen ante los integrantes de la justicia general de la cual habían denigrado.

Este retorno al fuero judicial natural, puede ser convenido entre las partes de manera expresa; o, entendido, en virtud de conductas o comportamientos inequívocamente significativos de ello. Así, si a pesar de existir "cláusula compromisoria" o "compromiso", una de las partes formulare demanda ante juez ordinario está dando a entender, concluyentemente, que es su propósito volver al fuero general y de consiguiente que está renunciando al arbitramento que alguna vez quiso. Por su lado, si el demandado dejare transcurrir la oportunidad para recurrir el auto ad-

misorio o para formular la excepción previa de "compromiso", o de existencia de cláusula compromisoria", sin que lo haga, también está dando a entender su despreocupación o desinterés por el estado de excepción en que alguna vez se colocó.

En otros términos, los comportamientos procesales asumidos por las partes que alguna vez se propusieron el arbitramento, hoy están demostrando que se someten a las resultas de los jueces naturales, o, lo que es igual, que han renunciado a su "compromiso" o "cláusula compromisoria", según el caso. Esta renuncia es perfectamente válida, no atenta contra interés público ni contra las buenas costumbres (arts. 15 y 16 del C.C.).

La tesis expuesta comporta que no podrá declararse nulidad de la actuación, con base en el art. 152, numeral 1 del C.P.C., es decir, cuando el asunto "corresponda a distinta jurisdicción", si se observare "compromiso" entre las partes, pues, como ya se demostró este fenómeno es diverso al de "falta de jurisdicción", y, además, por cuanto el art. 100 Ejusdem establece que "Los hechos que configuren excepciones previas, no podrán ser alegados como causal de nulidad por quienes tuvieron oportunidad de proponer dichas excepciones".

Lo anterior hace que no pueda prohibirse la doctrina de la Corte Suprema de Justicia, cuando en sentencia de 30 de junio de 1979, declaró la nulidad de todo lo actuado, en virtud de existir entre las partes "cláusula compromisoria"; aunque habiéndose rituado las instancias sin disconformidad del demandado, y, mucho menos, sin que se hubiera propuesto la excepción previa de "compromiso", como lo enseñan las cargas procesales. Al respecto dijo nuestro Máximo Tribunal de Justicia:

"Tiene pues plena aplicación en el caso subjudice, en virtud de lo expuesto hasta aquí, lo que dijo la sala en sentencia del 17 de abril del año en curso aún no publicada: "Por la cláusula compromisoria, o el compromiso en su caso, se sustrae válidamente de la jurisdicción del Estado el conocimiento y la decisión de las controversias que en aquella se determinan, con el resultado de que la rama jurisdiccional del poder público pierde la jurisdicción sobre tales controversias. De consiguiente, si de ellas conoce, el proceso es nulo por la primera de las causales previstas en el art. 152 del Código de Procedimiento Civil, que reza así: ... (He subrayado). (Ordinario de Candelaria Navarro contra Jorge Molano).

En cambio, le asiste razón al Tribunal Superior de Bogotá, cuando con ponencia del Doctor Vela Camelo, en auto de 22 de noviembre de 1971, sobre el tema dijo:

"Si quien estando vinculado por una cláusula compromisoria acude ante los jueces del Estado para que se decida una cuestión objeto de aquella, tal conducta es indicativa de una voluntad encaminada a privar de sus efectos a la referida cláusula y si el demandado no impugna el auto admisorio invocando la existencia del compromiso o la respectiva excepción tendrá que admitirse que se produjo un acuerdo encaminado a privar de sus efectos el contrato que ocasionó la derogación de la jurisdicción, por lo cual ésta será recobrada por los jueces del Estado.

"Es, pues, un derecho de las partes vinculadas por una cláusula compromisoria el de apartarse de los efectos de ésta, dejándola sin valor, a fin de que los jueces recobren la jurisdicción que se les había derogado y definan las cuestiones que eran objeto de aquella.

El ejercicio de tal derecho se manifiesta por parte del demandante con la presentación de la demanda y queda revelado por parte del demandado cuando éste no invoca en su oportunidad la existencia del compromiso". (He subrayado). (REVISTA JUSTICIA, Volumen I, Número 1, octubre de 1972, págs. 88 y 89).

A pesar de la claridad de la anterior doctrina, la misma Corporación con ponencia del Doctor Núñez Bueno, confundiendo jurisdicción con competencia, entre otras cuestiones, vuelve a insistir, que a pesar de no haberse propuesto la excepción previa de "compromiso", oportunamente por el demandado, la actuación así

adelantada es nula. En efecto en reciente auto de 16 de julio de 1983, así se expresó: No hay competencia pues en el caso que nos ocupa, por existir en el documento base de la acción una cláusula compromisoria la cual no se ha dado por terminada por los contratantes pues ellos tienen la capacidad para derogar la jurisdicción por medio de un convenio, a fin de dejar que la controversia sea dirimida ordinariamente por las autoridades judiciales. Además cabe anotar que siendo esta cláusula compromisoria anterior al proceso, por haberse pactado en el documento que es la base de la acción, el juez no adquiere competencia, motivo por el cual ha debido rechazarse in-limine la demanda".

Ante tantas inexactitudes, del auto en cuestión, en tan corto espacio, pues, se confunde acción con pretensión; jurisdicción con competencia; y, cláusula compromisoria con compromiso, no podía esperarse resultado distinto que el de la nulidad, que en efecto se decretó.

#### IV.— CONCLUSIONES

- De lo aquí tratado, a manera de conclusiones podemos proponer las siguientes:
- 1a.) Junto a la Administración de Justicia, encargada normalmente a los Jueces del Estado el legislador permite en casos taxativamente señalados y de manera reglada, que las partes sometan a decisión de árbitros particulares, las controversias que sean susceptibles de transacción;
  - 2a.) La llamada justicia arbitral requiere plena capacidad de las partes y aptitud legal para celebrar transacciones;
  - 3a.) Al trámite arbitral se puede llegar en ejercicio de la llamada cláusula compromisoria o en virtud de un contrato de compromiso;
  - 4a.) Los árbitros designados por las partes fallarán en derecho o en conciencia, según lo hayan previsto las partes;
  - 5a.) El compromiso y la cláusula compromisoria están concebidas como motivos determinantes de excepción previa, pues, en cuanto sean alegadas por el demandado y se hallaren probados, el proceso terminará;
  - 6a.) La "falta de jurisdicción", circunstancia prevista como excepción previa, en el numeral 1 del art. 97 del C.P.C., es distinta de la cláusula compromisoria y del compromiso; por lo mismo, acarrea efectos distintos a los de estos;
  - 7a.) La presencia de cláusula compromisoria o del compromiso, no impide que una de las partes ocurra ante los jueces ordinarios, pues con dicha actitud está demostrando su ánimo o propósito de renunciar al trámite arbitral; y
  - 8a.) El demandado que habiendo pactado cláusula compromisoria o compromiso no recurriere el auto admisorio, proferido por juez común o no propusiere oportunamente la respectiva excepción del numeral 2 del art. 97 del C.P.C., está declinando también el trámite arbitral y por consiguiente, las partes vuelven al estado general y originario del fuero judicial.

DANIEL SUAREZ HERNANDEZ