

## Las limitaciones del arbitraje en materia de contratos realidad[1]

Por Daniel Posse Velásquez[2]  
María Isabel Osorio Lora[3]

### I. Introducción [\[arriba\]](#)

De conformidad con lo establecido en la Constitución Política y en la ley arbitral colombiana, es en virtud de la habilitación que las partes otorgan a los árbitros que éstos quedan temporalmente autorizados para dirimir las respectivas diferencias.

Así, resulta forzoso concluir que los árbitros carecen de competencia para resolver las cuestiones respecto de las cuales no hayan recibido de las partes la correspondiente habilitación específica.

Dadas las características de los contratos realidad, los árbitros, por regla general, carecen de competencia para resolver controversias que versen sobre dicho tipo de contratos.

Los excepcionales eventos en que los árbitros gozan de competencia para pronunciarse sobre el particular se limitan a los casos en los que: (i) el convocado no niega la existencia del pacto arbitral al contestar la demanda, (ii) se pacta un compromiso o (iii) el debate sobre el contrato realidad se circunscribe a la calificación jurídica del negocio que contiene el pacto arbitral.

### II. En Colombia el arbitraje es un mecanismo excepcional que requiere de la habilitación expresa de las partes [\[arriba\]](#)

Con ocasión de la expedición de la Carta Política de 1991 el arbitraje adquirió rango constitucional en Colombia, al preverse en su art. 116 que los particulares pueden administrar justicia cuando son habilitados para el efecto por las partes[4].

En consonancia con lo previsto por la Constitución Política, el art. 1 de la Ley N° 1.563 de 2012, por medio de la cual se estableció el estatuto arbitral, dispone que el arbitraje es un método alternativo de solución de conflictos, por virtud del cual las partes voluntaria y libremente invisten a los particulares de la función de administrar justicia, siempre que se trate de asuntos de libre disposición o respecto de aquellos que la ley consagre autorización expresa.

Es así como, por virtud del acuerdo específico de las partes, los árbitros quedan habilitados para ejercer excepcionalmente la función jurisdiccional respecto de los asuntos o materias específicas convenidas por las partes, reemplazando de manera transitoria al juez competente del Estado.

Como se desprende de la regulación constitucional y legal antes señalada, el arbitraje, además de excepcional y temporal, goza de naturaleza mixta[5] al encontrar su fuente en el pacto arbitral convenido por las partes, el cual puede adoptar la modalidad[6] de:

(i) Cláusula compromisoria: cuando se está en presencia de un conflicto potencial de naturaleza contractual, cuya resolución, en caso de concretarse, es diferida por las partes a la justicia arbitral[7].

(ii) Compromiso: cuando se está en presencia de un conflicto actual cuya resolución, de naturaleza contractual o extracontractual, es diferida la justicia arbitral[8].

Con independencia de la modalidad del pacto arbitral del que se trate, lo cierto es que el campo de acción de los árbitros está delimitado por las partes, pues son estas las únicas habilitadas para otorgarles la facultad de administrar justicia, sin que haya lugar a que estos extiendan su competencia por vía analógica o interpretativa.

Consistente con el principio de voluntariedad que gobierna en materia arbitral, la jurisprudencia se ha manifestado respecto de la necesidad de que exista un pacto que habilite a los árbitros de manera expresa y sin ningún tipo de ambigüedades o ambages:

“Así las cosas, la interpretación que realice el operador judicial en relación con la cláusula compromisoria debe consultar la voluntad de las partes y a ella le son aplicables, por igual, las demás reglas de interpretación de los contratos, sin que el juez respectivo –arbitral o de anulación–, pueda sustituir el consentimiento que le da origen, condición que impone una valoración rigurosa de su contenido (...)”.

“Con fundamento en las disposiciones legales analizadas y en la jurisprudencia de esta Corporación, se tiene que la cláusula compromisoria requiere una manifestación expresa de las partes, en cuyo contenido reflejen su voluntad de someter los conflictos que entre ellas puedan surgir con ocasión del contrato que celebran, a la justicia arbitral, «voluntad ésta que es distinta de la voluntad contractual y por lo tanto se expresa dentro del mismo instrumento o acto jurídico, o por separado», razón por la cual el pacto arbitral no puede presumirse y su existencia no puede deducirse por vía interpretativa”[9].

Por tratarse del pilar en el que se ancla el arbitraje, la inexistencia del pacto arbitral deviene en el rechazo de la demanda[10], o en la anulación del laudo emitido sin su presencia[11].

Así, es claro que la autonomía de las partes campea, de comienzo a fin, el proceso del arbitraje, cuyo carácter excepcional hace que los árbitros solo puedan ejercer la función a ellos encomendada dentro de los límites determinados por el pacto arbitral, que es lo que define su competencia.

Dada la posibilidad de que el laudo sea anulado, los árbitros suelen analizar con celo la suficiencia de la habilitación de la que derivan su competencia.

Así, para citar un ejemplo que resulta ilustrativo, vale recordar un trámite arbitral en el que se discutía sobre: (i) la validez y carácter abusivo de determinadas cláusulas de un contrato que involucraba a una empresa estatal, quien era la parte convocada (ii) la supuesta indebida terminación del contrato y (iii) los perjuicios que la convocante afirmaba haber sufrido como consecuencia de tal terminación.

En dicha ocasión la convocada alegó que el tribunal arbitral carecía de competencia para pronunciarse sobre los asuntos relativos a la invalidez y carácter abusivo de las cláusulas a las que la convocante atribuía tal carácter, en la medida en que, al acordar el pacto arbitral, las partes decidieron deferir a los árbitros el conocimiento de las diferencias relacionadas con “ejecución, cumplimiento o terminación del contrato”, dejando por fuera todo aquello relacionado con su celebración.

Al resolver sobre su propia competencia, el tribunal arbitral designado, el cual estaba constituido por ilustres juristas algunos de los cuales habían sido magistrados de la Corte Suprema de Justicia, acogió la tesis planteada por la convocada, al estimar que si las partes habían decidido excluir del pacto arbitral lo relativo a la celebración del contrato, no le era posible al tribunal asumir competencia en dicho frente:

“La tesis de la competencia tácita que expone la parte demandante, o de una competencia «de oficio», ínsita en «las facultades jurisdiccionales que le otorga la Constitución Colombiana» al Tribunal, que le permitiría declarar «la nulidad, o bien reconocer la ineficacia y más aún, determinar si existió abuso en la contratación ...porque tales facultades devienen del reconocimiento de directrices de orden público que ni siquiera por pacto en contrario podrían soslayarse cuando se encuentran probadas»; no resulta admisible, menos cuando se trata del ejercicio de la función jurisdiccional por parte de un Tribunal de Arbitraje, que como quedó explicado, es un mecanismo excepcional de naturaleza contractual, regido por el principio de voluntariedad o de libre habilitación, por virtud del cual las partes «establecen cuáles controversias someterán al arbitraje, determinan las características del tribunal, designan los árbitros e incluso fijan el procedimiento arbitral a seguir dentro del marco general trazado por la ley» (Corte Constitucional C-170 de 2014, *negrilla fuera de texto*)”[12].

La forma en la que el precitado tribunal arbitral decidió sobre su propia competencia ofrece una idea clara del carácter excepcional y restringido del principio de habilitación.

### **III. El pacto arbitral puede acreditarse de manera indirecta, sin que ello implique una excepción al principio de habilitación de las partes [\[arriba\]](#)**

En materia de prueba del pacto arbitral la Ley N° 1.563 de 2012 permite que su existencia se acredite de manera indirecta, esto es, sin necesidad de la constancia de un documento escrito.

En efecto, el parágrafo del art. 3 de la mencionada ley dispone que:

“Si en el término de traslado de la demanda, o de su contestación, o de las excepciones previas, una parte invoca la existencia de pacto arbitral y la otra no la niega expresamente, ante los jueces o el tribunal de arbitraje, se entiende válidamente probada la existencia de pacto arbitral”.

De conformidad con dicha norma si, al presentar la demanda, el extremo activo de la litis afirma la existencia del pacto arbitral y el convocado no la niega, el referido pacto queda acreditado, con lo que la competencia del tribunal arbitral puede abrirse paso[13].

La misma regla aplica cuando el pacto arbitral se alega para oponerse a la jurisdicción estatal, en cuyo caso será el demandando quien manifieste la existencia del pacto.

Si en este último evento el demandante no se opone a la afirmación hecha por el demandado, se entiende acreditada la existencia del pacto, por lo que prospera la excepción previa y el juez estatal pierde competencia para conocer del asunto[14].

Ahora bien, el hecho de que el legislador autorice que el pacto arbitral pueda acreditarse en la forma señalada, de ningún modo soslaya la exigencia de una voluntad inequívoca de las partes encaminada a sustraer el conflicto (potencial o actual) de la justicia estatal, para concedérsela a los árbitros.

Para concluir, es preciso indicar que la ley colombiana suple lo concerniente a (i) la forma de designación de los árbitros[15] y su cantidad[16], (ii) la modalidad de arbitraje[17], (iii) la naturaleza del fallo[18], (iv) las reglas de procedimiento aplicables[19] y (v) su duración[20].

En tal sentido, cuando el pacto arbitral resulta acreditado por virtud de su prueba indirecta, el arbitraje se rige por las precitadas normas supletivas.

#### **IV. Solo en casos excepcionales los contratos realidad pueden ser conocidos por la justicia arbitral [\[arriba\]](#)**

Con fundamento en (i) el principio de consensualidad que, por regla general, rige en la contratación privada, (ii) lo previsto el art. 1501 del Código Civil colombiano que establece que los elementos esenciales de un contrato son los que determinan su existencia[21] y (iii) lo señalado en el art. 1618 del mismo estatuto, según el cual “*conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras*”, de tiempo atrás se reconoce por parte de la jurisprudencia civil la existencia de la figura del contrato realidad.

“En jurisprudencia reiterada, se ha resaltado que «Si la misión del intérprete es la de recrear la voluntad de los extremos de la relación contractual, su laborío debe circunscribirse, únicamente, a la consecución prudente y reflexiva del aludido logro, en orden a que su valoración, de índole reconstructiva, no eclipse el querer de los convencionistas» (cas. civ. 14 de agosto de 2000, exp. 5577). De allí que «la operación interpretativa del contrato parta necesariamente de un principio básico: la fidelidad a la voluntad, la intención, a los móviles de los contratantes. Obrar de otro modo es traicionar la personalidad del sujeto comprometida en el acto jurídico, o en otros términos, adulterar o desvirtuar la voluntad plasmada en él» (CCLV, 568) (CSJ, S.C., 28 de febrero de 2005, Exp 7504). En el mismo sentido, se ha precisado que «el contrato a los ojos de la ley y del J. no es ni puede ser otro que el que resulta de los hechos, aunque los interesados por ignorancia o fines especiales quieran revestirlo de una calidad que no tiene» (CSJ. G.V., p. 92, sentencia del 18 de febrero de 1892)”[22].

Existen diversas situaciones en las que los jueces civiles pueden enfrentarse a la labor de analizar si se está o no en presencia de un contrato realidad.

Un *primer evento* se da cuando los negocios ejecutados por las partes no coinciden con lo que ellas dijeron haber celebrado al momento de suscribir el respectivo contrato.

En tal caso la labor del juez tendrá como finalidad (i) analizar si la calificación jurídica expresada por las partes al momento de celebrar el negocio corresponde con la realidad, (ii) reemplazarla por la que es debida en caso de estimar que la otorgada por las partes fue incorrecta y (ii) disponer los efectos jurídicos respectivos, según la reglamentación aplicable al contrato realidad cuya configuración se haya establecido[23].

Un *segundo evento* se da cuando entre las partes han mediado varios contratos y una de ellas considera que se trata de una única relación contractual, en tanto que la otra estima que se trata de diversas relaciones jurídicas independientes.

En tal caso, la labor del juez tendrá que desentrañar: (i) si en la práctica mediaron o no terminaciones válidas capaces de romper la pretendida unidad, (ii) si lo ejecutado por las partes obedeció a una única voluntad negocial y a un único objeto y (iii) si las eventuales variaciones presentadas en desarrollo de la relación tuvieron o no la entidad suficiente para dar origen al nacimiento de una nueva relación entre las partes, entre otros aspectos[24].

Un *tercer evento* en el que puede haber lugar a la declaratoria de un contrato realidad se da cuando entre las partes nace una relación jurídica paralela y autónoma a otra u otras relaciones que vinculan a las mismas partes.

En tales casos el juez tendrá que analizar si concurren o no los elementos esenciales y determinantes del contrato realidad autónomo del que se trate.

Cuando la declaratoria del contrato realidad compete al juez del Estado no existe ninguna limitación en términos de su competencia. Sin embargo, cosa distinta ocurre cuando es a los árbitros a quienes les corresponde resolver el asunto.

En efecto, dado que los árbitros derivan su competencia del pacto arbitral, es claro que si no media habilitación que les permita fungir como jueces, mal pueden entrar a resolver controversia alguna.

Es por ello que resulta determinante entender frente a qué tipo de declaratoria de contrato realidad se está.

Si, como se expuso en el primer evento antes señalado, se trata de un caso en el que se discute la calificación jurídica de un contrato que contiene pacto arbitral, como podría ser el evento en el que el convocante señala que lo celebrado entre las partes es una agencia comercial, en tanto que la convocada estima que se trata de una mera distribución, es claro que los árbitros están habilitados para conocer de la controversia a fin de determinar la calificación real del contrato y otorgar los efectos jurídicos que le correspondan, según su regulación específica.

Sin embargo, si se trata del segundo evento, es decir, si se discute sobre la existencia de un único contrato realidad configurado por la unión de diversos contratos, será necesario que todos ellos cuenten con pacto arbitral y que dichos pactos puedan ser acumulados, por ser compatibles entre sí, para que efectivamente el asunto pueda ser conocido por la justicia arbitral.

En efecto, si, por ejemplo, de los cinco contratos con los que pretende conformarse el único contrato realidad, solo dos contienen pacto arbitral y dichos pactos remiten a reglamentos de centros de arbitraje distintos, es claro que no hay manera de que un mismo tribunal arbitral asuma competencia para conocer de todos los contratos.

En tal supuesto, tendrán que constituirse dos tribunales arbitrales, cada uno de ellos con la limitada competencia de conocer única y exclusivamente el contrato en el que consta el pacto arbitral del que derivan su respectiva competencia, quedando

fuera de su alcance pronunciamiento alguno sobre el contrato realidad. Actuar de manera distinta conducirá de manera inequívoca a la anulación de laudo.

Ahora, si se trata del *tercer evento* señalado líneas atrás, esto es el relativo a la configuración de un contrato realidad autónomo e independiente a otros negocios jurídicos celebrados entre las mismas partes, es claro que los árbitros tampoco están habilitados para conocer del asunto, aún en el supuesto en que los otros contratos –distintos del contrato realidad– cuenten con pacto arbitral.

Para que los árbitros puedan conocer del contrato realidad sería necesario: (i) que entre las partes se suscriba un compromiso o (ii) que la convocante, al presentar la demanda, aduzca la existencia de un pacto arbitral y la convocada no lo niegue al momento de contestar la demanda[25].

Si, en contravención de lo antes señalado, el tribunal arbitral asume competencia el laudo resultará anulado, por falta de competencia de los árbitros, según ocurrió en el caso de ADA S.A. (“ADA”) contra UNE EPM Telecomunicaciones S.A. (“UNE”), cuyos supuestos fácticos paso a exponer resumidamente:

En la controversia arbitral planteada, ADA adujo como base de su acción dos contratos celebrados con UNE, los cuales contenían cláusulas arbitrales, aunque de contenido distinto:

Una de ellas remitía a arbitraje ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá (“CCB”), y

La otra remitía a arbitraje ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia (“CCM”).

Enfrentada a esta situación, ADA inició un único arbitraje contra UNE ante el Centro de Arbitraje de la CCM. En ese arbitraje alegó que existía una controversia respecto a un tercer contrato realidad, que no constaba por escrito y respecto del cual no constaba pacto arbitral, que denominó “de colaboración empresarial”.

Según ADA, el referido contrato de colaboración empresarial estaba compuesto por esos dos contratos distintos:

(i) El contrato de alianza estratégica de colaboración empresarial No. M-745 del 25 de abril de 2005 (“Contrato de Alianza”), con cláusula arbitral CCB; y

(ii) El acuerdo marco Nro. 10010436287 (“Acuerdo Marco”), con cláusula arbitral CCM.

Las pretensiones de ADA se encaminaban a (i) el reconocimiento de la existencia del supuesto contrato realidad de colaboración empresarial, (ii) la declaración de su incumplimiento y (iii) el correspondiente pago de perjuicios.

Llegada la respectiva oportunidad procesal, el Tribunal Arbitral asumió competencia exclusivamente bajo la cláusula arbitral del Acuerdo Marco, al considerar que “no puede exceder los límites del contencioso existente entre ADA y UNE, concerniente de manera exclusiva al [Acuerdo Marco]”[26].

Con todo, al proferir el laudo[27], el tribunal arbitral cambió su decisión sobre el límite de sus poderes y concluyó que entre las partes existió un contrato realidad, no escrito, y conformado por la ejecución continuada del Contrato de Alianza y el Acuerdo Marco.

La inexistencia de un pacto arbitral que habilitara al tribunal para resolver controversias sobre ese supuesto contrato realidad condujo a la anulación del laudo por parte del Consejo de Estado, corporación que con acierto indicó:

“99. (...) [E]l hecho de que el Anexo 3 de la Alianza se haya continuado ejecutando por las partes durante la vigencia del Acuerdo Marco no es óbice para fundamentar la competencia del Tribunal frente a las obligaciones de la Alianza.

100. El razonamiento del Panel es errado, pues la fuente de las obligaciones contempladas en el Anexo 3 de la Alianza nunca fue el Acuerdo Marco. Por lo tanto, la cláusula compromisoria del Acuerdo Marco no atribuyó competencia al Tribunal para pronunciarse sobre obligaciones que no encontraban su fuente en dicho contrato y, por lo tanto, la decisión sobre conflictos surgidos de la ejecución de obligaciones contenidas en la Alianza no estaba sujeta a la decisión del Panel.

101. Una vez esclarecido que el pacto arbitral no cumple con la totalidad de requisitos contenidos en el Código Civil, ya que la Sala no encontró acreditados el consentimiento, el objeto, ni la causa, se encuentra fundada la causal primera de anulación, pues el pacto arbitral contenido «en el contrato realidad», con base en el cual el Tribunal ejerció su competencia para decidir varias de las pretensiones de la reforma de la demanda de ADA, es inexistente”[28].

Como se desprende de lo señalado, resulta claro que, salvo en contados eventos, los árbitros carecen de competencia para resolver asuntos que envuelvan disputas sobre contratos realidad, en atención al principio de habilitación del que derivan su competencia.

## Notas [\[arriba\]](#)

[1] Daniel Posse Velásquez, socio fundador de Posse Herrera Ruiz (antes L. Posse & Cía. Ltda.) y director de la práctica de Litigios y Resolución de Conflictos. Bogotá, Colombia. Correo electrónico: [daniel.posse@phrlegal.com](mailto:daniel.posse@phrlegal.com).

María Isabel Osorio Lora, es asociada senior de la práctica de Litigios y Resolución de Conflictos de Posse Herrera Ruiz. Bogotá, Colombia. Correo electrónico: [maria.osorio@phrlegal.com](mailto:maria.osorio@phrlegal.com).

[2] Daniel Posse Velásquez es abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, 1985. Desde 1986 ha dedicado su ejercicio profesional principalmente a la resolución de conflictos en arbitraje, litigio civil, comercial y de derecho público ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, acciones constitucionales, procesos concursales y cobro de cartera, así como asesoría civil y comercial para clientes nacionales e internacionales. Ha participado en arbitrajes domésticos e internacionales, en calidad de apoderado y como árbitro. Ha sido Conjuez del Consejo de Estado y árbitro en las listas del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y del Centro de Arbitraje y Conciliación de la

Superintendencia de Sociedades. También ha sido designado árbitro por la CCI. Autor y coautor de varios artículos de opinión y análisis jurídico en revistas y diarios nacionales, así como de artículos y capítulos en obras jurídicas y publicaciones nacionales e internacionales sobre arbitraje. Coautor de la obra Causales de Anulación de los Actos Administrativos.

[3] María Isabel Osorio Lora es abogada de la Universidad de la Sabana (2004) y especialista en derecho contractual de la Universidad del Rosario (2013). Desde 2004 ha dedicado su ejercicio profesional a la resolución de conflictos civiles y comerciales, principalmente en sede arbitral. Ha sido profesora titular de diversas cátedras en la Universidad de la Sabana, tales como obligaciones, contratos y mecanismos alternos de resolución de conflictos. Es árbitro de la lista del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bucaramanga.

[4] El art. 116 de la Constitución Política de 1991 dispone, en el aparte pertinente, que “(...) los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.

[5] La naturaleza mixta del arbitraje se encuentra determinada por su carácter contractual y jurisdiccional, según lo señalado por la jurisprudencia. Ver Corte Constitucional, sentencia C- 947 del 4 de diciembre de 2014. MP: Gloria Stella Ortiz Delgado.

[6] Art. 3 de la Ley N° 1.563 de 2012.

[7] Art. 4 de la Ley N° 1.563 de 2012.

[8] Art. 6 de la Ley N° 1.563 de 2012.

[9] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 7 de marzo de 2012. Radicación número: 76001-23-31-000-1997-04862-01(18013). C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

[10] El inciso quinto del art. 20 de la Ley N° 1.563 de 2012 establece que: “Sin perjuicio de lo que luego haya de decidir el tribunal sobre su propia competencia en la primera audiencia de trámite, la admisión, la inadmisión y el rechazo de la demanda se surtirán conforme a lo previsto en el Código de Procedimiento Civil. El tribunal rechazará de plano la demanda cuando no se acompañe prueba de la existencia de pacto arbitral, salvo que el demandante invoque su existencia para los efectos probatorios previstos en el parágrafo del art. 3°. En caso de rechazo, el demandante tendrá un término de veinte (20) días hábiles para instaurar la demanda ante el juez competente para conservar los efectos derivados de la presentación de la demanda ante el centro de arbitraje” (énfasis agregado).

[11] El art. 41 de la Ley N° 1.563 de 2012 establece como causales de anulación, entre otras, las siguientes: “2) La caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia” y “9) Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento”.

[12] Tribunal Arbitral de Viva Móvil Telco S.A.S. contra Colombia Móvil S.A. E.S.P. Árbitros: Carlos Esteban Jaramillo Schloss (Presidente), José Fernando Ramírez Gómez y Nicolás Gamboa Morales. Acta No. 9 del 28 de marzo de 2019.

[13] Para poder asumir competencia el tribunal arbitral también debe analizar: (i) si el conflicto sometido a su conocimiento queda subsumido dentro del pacto arbitral y (ii) si las cuestiones objeto de debate son objeto de libre disposición entre las partes o, lo que es lo mismo, arbitrables.

[14] Aun cuando aún no ha sido definido por la jurisprudencia, es debatible que la precitada forma de probar el pacto arbitral sea aplicable en los casos de contratación estatal, en la medida en que, en dicha materia, el documento escrito hace parte de las formalidades cuya inobservancia apareja la inexistencia misma del acuerdo, de conformidad con lo establecido en los arts. 1500 del Código Civil y

39 de la Ley N° 80 de 1993 que, en su orden, disponen: (i) que el contrato “(...) es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no producen ningún efecto civil” y (ii) que “los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles y, en general, aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad”. Con base en las precitadas normas podría sostenerse que el pacto arbitral, como negocio jurídico que es, al ser celebrado por una entidad estatal debe constar por escrito para existir.

[15] Art. 19, numeral 3) del Código General del Proceso.

[16] Art. 7 de la Ley N° 1.563 de 2012.

[17] Art. 2 de la Ley N° 1.563 de 2012.

[18] Art. 3 de la Ley N° 1.563 de 2012.

[19] Art. 58 de la Ley N° 1.563 de 2012.

[20] Art. 10 de la Ley N° 1.563 de 2012, modificado por el Decreto Legislativo 491 de 2020.

[21] El art. 1501 del Código Civil Colombiano establece que “se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales”.

[22] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia SC5250-2021 del 26 de noviembre de 2021, radicación número 05001-31-03-001-2015-00687-01 M.P. Francisco Ternera Barrios. En el mismo sentido ver: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia SC2506-2022 del 26 de julio de 2022, radicación número 08001-31-03-011-2015-00829-01. M.P. Francisco Ternera Barrios.

[23] En Colombia son frecuentes las controversias en las que se discute la calificación jurídica de los contratos de distribución. En efecto, si logra acreditarse que la relación de distribución cumple con los requisitos decantados por la jurisprudencia en relación con la agencia comercial, hay lugar a la configuración de una agencia comercial de hecho. Según lo establecido en el art. 1324 del Código de Comercio, la configuración de una agencia comercial autoriza al agente distribuidor a recibir una prestación económica a la terminación de la relación contractual, con independencia de la causa que haya motivado la terminación. Dicha prestación, que recibe el nombre de “cesantía comercial”, tiene por finalidad retribuir los esfuerzos efectuados por el agente distribuidor para conseguir la clientela que, a la postre, es del empresario que encomendó la distribución.

[24] Habida cuenta de que, según pasa a verse, el tiempo de duración de la relación contractual es uno de los factores con base en los cuales se estima la cesantía comercial, en Colombia también es usual ver debates en los que se discute la duración de las relaciones contractuales de distribución. La cesantía comercial a la que, según quedó expuesto, tiene derecho el agente a la terminación del contrato de agencia se calcula con base en el promedio de las comisiones, regalías o utilidades recibidas por el agente durante los tres últimos años de vigencia de la relación contractual multiplicados por cada año de la relación contractual o al promedio de todo lo recibido, si el tiempo del contrato fuere menor.

[25] Según quedó señalado líneas atrás, el párrafo del art. 3 de la Ley N° 1.563 de 2012 establece que “Si en el término de traslado de la demanda, o de su

contestación, o de las excepciones previas, una parte invoca la existencia de pacto arbitral y la otra no la niega expresamente, ante los jueces o el tribunal de arbitraje, se entiende válidamente probada la existencia de pacto arbitral”.

[26] Trámite arbitral de ADA contra UNE. Árbitros: Mauricio Velásquez Fernández (presidente), Carlos Iván Fernández Hernández, Luis Fernando Álvarez Jaramillo. Auto de competencia del 5 de febrero de 2018.

[27] Tribunal ADA contra UNE. Árbitros: Mauricio Velásquez Fernández (presidente), Carlos Iván Fernández Hernández, Luis Fernando Álvarez Jaramillo. Laudo del 26 de junio de 2019.

[28] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de Anulación del 5 de mayo de 2020. Radicación número 11001-03-26-000-2019-00152-00 (64.890). C.P Alberto Montaña Plata. págs. 28 y 29.