

# MÓDULO ARBITRAJE NACIONAL e INTERNACIONAL

JUAN PABLO CÁRDENAS MEJÍA

ISBN Volumen: 978-958-97983-6-2  
ISBN Obra completa: 978-958-97983-4-8

## CONFEDERACIÓN COLOMBIANA DE CÁMARAS DE COMERCIO, 2019

Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra  
Calle 26 No. 57-83, torre 7, piso 15  
[www.confecamaras.org.co](http://www.confecamaras.org.co)

Dirección arte/Diseño gráfico  
Alma Digital S.A.S.  
[almadigital2010@gmail.com](mailto:almadigital2010@gmail.com)

Impresión: Panamericana Formas e Impresos S.A.  
Calle 65 No. 95-28 Alamos  
[www.panamericana.com.co](http://www.panamericana.com.co)

Impreso en Colombia

# MÓDULO ARBITRAJE NACIONAL e INTERNACIONAL



# Presentación

Los mecanismos alternativos de solución de conflictos han estado ligados a la historia de las Cámaras de Comercio de Colombia y son parte esencial de las acciones que como agencias de desarrollo empresarial y regional lideran en todas las regiones del país, con la convicción de que brindar instrumentos expeditos y especializados para resolver sus controversias y proteger sus intereses es fundamental para la competitividad empresarial.

Hoy, distintos servicios de métodos alternativos como el arbitraje, la conciliación y la amigable composición se ofrecen a través de la Red Cameral con amplio reconocimiento nacional e internacional. 53 Cámaras de Comercio cuentan con Centros de Conciliación y Arbitraje, que cubren 28 departamentos y 60 ciudades del país, y trabajan de manera comprometida para brindar a los empresarios y a la ciudadanía en general servicios de justicia alternativa.

En este marco, la obra que presentamos para capacitación de jueces en arbitraje nacional e internacional y conciliación hace parte de nuestro compromiso por apoyar el Sistema de Justicia Colombiano, y es fruto de una alianza estratégica entre Confecámaras y el Consejo Superior de la Judicatura, con el apoyo de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”.

Los contenidos surgieron del trabajo de varios meses de intercambio de experiencias y perspectivas de 130 magistrados, jueces, árbitros y conciliadores en los Centros de Conciliación y Arbitraje de las Cámaras de Comercio de Bogotá, Barranquilla, Cali y Medellín, los cuales están recogidos de forma virtuosa por sus destacados autores, los Doctores Juan Pablo Cárdenas y Alfredo Revelo.

Las Cámaras de Comercio y Confecámaras ofrecen esta obra como una contribución a los esfuerzos conjuntos de la justicia ordinaria y alternativa por contribuir al clima de confianza e inversión en nuestro país.

Julián Domínguez Rivera  
Presidente



# CONTENIDO

Módulo de Arbitraje Nacional E Internacional

# CONTENIDO

<b>1 Prólogo</b>	13
<b>2 Presentación</b>	16
<b>3 Sinopsis profesional y laboral del autor</b>	18
<b>4 Justificación</b>	21
<b>5 Resumen del módulo</b>	23
<b>6 Mapa conceptual del módulo</b>	25
<b>7 Objetivo general</b>	26
<b>8 Objetivos específicos del módulo</b>	26
<b>CAPÍTULO I Arbitraje Nacional</b>	27
<b>Unidad 1</b>	28
<b>1 MARCO GENERAL DEL ARBITRAJE NACIONAL</b>	33
<b>1.1 Naturaleza jurídica del arbitraje: contractual, jurisdiccional, mixto</b>	34
<b>1.2 Características constitucionales</b>	36
<b>1.2.1 Habilitación o voluntariedad</b>	36
<b>1.2.2 Temporalidad o transitoriedad</b>	37
<b>1.2.3 Excepcionalidad</b>	37
<b>1.2.4 Mecanismo procesal</b>	37
<b>1.2.5 Carácter judicial del árbitro</b>	37

<b>1.3 El marco normativo del Arbitraje Nacional</b>	38
1.3.1 El papel de la iniciativa privada en la regulación del arbitraje	38
1.3.2 Aplicación del Código General del Proceso y del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo	38
1.3.3 Clases de arbitraje	40
1.3.3.1 Arbitraje Institucional y arbitraje Ad-hoc	40
1.3.3.2 Arbitraje sujeto a las reglas legales conforme a las reglas pactadas de un centro de arbitraje	40
1.3.3.3 Laudo en derecho, en equidad y técnico	41
<b>1.4 La arbitrabilidad</b>	42
<b>1.5 El pacto arbitral</b>	46
1.5.1 Naturaleza	47
1.5.2 Clases: cláusula compromisoria y compromiso	47
1.5.3 Condiciones de existencia y validez del pacto arbitral	47
1.5.3.1 Capacidad	47
1.5.3.2 Consentimiento	48
1.5.3.3 Objeto	53
1.5.3.4 Causa	54
1.5.4 El pacto arbitral, el régimen de servicios públicos domiciliarios y el estatuto de protección al consumidor	54
1.5.5 El pacto arbitral y la Directiva Presidencial 04 de 2018	55
1.5.6 Los efectos del pacto arbitral	55
1.5.6.1 Efectos entre las partes	55
1.5.6.2 Efectos frente a terceros	62
1.5.7 La interpretación del pacto arbitral	62
1.5.8 La autonomía del pacto arbitral	63
<b>Actividades pedagógicas</b>	65
<b>Autoevaluación</b>	66
<b>Jurisprudencia</b>	67
<b>Bibliografía</b>	68
<b>CAPÍTULO I Arbitraje Nacional</b>	69
<b>Unidad 2</b>	70
<b>2. EL PROCESO ARBITRAL</b>	75
<b>2.1 El principio de la competencia-competencia y las relaciones con la rama judicial en materia de competencia</b>	75
<b>2.2 Las reglas de procedimiento del proceso arbitral</b>	80
<b>2.3 La inexistencia de requisitos de procedibilidad</b>	82

<b>2.4 Inicio del trámite arbitral: presentación de la demanda</b>	83
2.4.1 Integración del tribunal arbitral	84
2.4.1.1 Las calidades exigidas para ser árbitro	86
2.4.1.2 Deber de información	87
2.4.1.3 La recusación	90
2.4.2 Instalación del tribunal y trámite inicial	91
2.4.3 Primera audiencia de trámite. Declaratoria de competencia	95
2.4.4 Práctica de pruebas	98
2.4.5 Medidas cautelares	99
2.4.6 La posibilidad de acumular procesos arbitrales	100
2.4.7 Laudo	100
2.4.8 Aclaración, corrección o complementación del laudo	103
2.4.9 Efectos del laudo	105
2.4.10 Ejecución del laudo	106
<b>2.5 Recursos contra el laudo</b>	107
2.5.1 Recurso de anulación	107
2.5.2 La ley aplicable al recurso de anulación	110
2.5.3 Las causales de anulación	110
2.5.3.1 La inexistencia, invalidez o inoponibilidad del pacto arbitral	111
2.5.3.2 La caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia	112
2.5.3.3 No haberse constituido el tribunal en forma legal	114
2.5.3.4 Estar el recurrente en alguno de los casos de indebida representación, o falta de notificación o emplazamiento, siempre que no se hubiere saneado la nulidad	116
2.5.3.5 Haberse negado el decreto de una prueba pedida oportunamente o haberse dejado de practicar una prueba decretada, sin fundamento legal, siempre y cuando se hubiere alegado la omisión oportunamente mediante el recurso de reposición y aquella pudiera tener incidencia en la decisión	116
2.5.3.6 Haberse proferido el laudo o la decisión sobre su aclaración, adición o corrección después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral	117
2.5.3.7 Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo	118
2.5.3.8 Contener el laudo disposiciones contradictorias, errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén comprendidas en la parte resolutiva o influyan en ella y hubieran sido alegados oportunamente ante el tribunal arbitral	121
2.5.3.9 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	123
2.5.4 Efectos de la interposición del recurso de anulación	124
2.5.5 Efectos de la decisión del recurso de anulación	124
<b>2.6 Procedencia de la acción de tutela contra las decisiones del tribunal y contra el laudo</b>	126

<b>2.7 Recurso extraordinario de revisión</b>	127
<b>Jurisprudencia</b>	130
<b>Actividades pedagógicas</b>	132
<b>Autoevaluación</b>	134
<b>Bibliografía</b>	136
<b>CAPÍTULO II Arbitraje Internacional</b>	137
<b>Unidad 1</b>	138
<b>1 MARCO GENERAL DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL</b>	143
<b>1.1 Criterios para determinar cuándo un arbitraje es internacional</b>	143
1.1.1 La aplicación de los criterios de internacionalidad y el tránsito de la legislación en el tiempo	144
1.1.2 Los criterios para determinar la internacionalidad	146
1.1.2.1 Primer criterio. El domicilio de las partes	146
1.1.2.2 Segundo criterio. El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, está situado fuera del Estado en el cual las partes tienen sus domicilios	148
1.1.2.3 Tercer criterio: La controversia sometida a decisión arbitral afecte los intereses del comercio internacional	150
<b>1.2 Clases de arbitraje internacional</b>	152
1.2.1 Arbitraje entre estados, arbitraje comercial internacional, arbitraje de inversión	152
1.2.2 Arbitraje Institucional y arbitraje ad hoc	152
<b>1.3 El marco normativo</b>	153
<b>1.4 Los criterios de interpretación de la ley</b>	157
<b>1.5 El papel de la autonomía privada</b>	158
<b>1.6 El pacto arbitral</b>	158
1.6.1 La ley aplicable al pacto arbitral	158
1.6.2 Elementos del pacto arbitral	160
1.6.2.1 Capacidad	161
1.6.2.2 Consentimiento	161
1.6.2.3 Objeto	162
1.6.3 La interpretación del pacto	166
1.6.4 Cláusulas patológicas	166
1.6.5 Efectos del pacto arbitral	169
1.6.5.1 Efectos entre partes y frente a terceros	169
1.6.5.2 Efectos frente a los jueces	169
<b>1.7 Regulación del proceso arbitral</b>	170
1.7.1 El régimen de la Ley 1563 de 2012	170

<b>1.7.2</b>	Inaplicabilidad del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y del Código General del Proceso	171
<b>1.8</b>	<b>La sede del arbitraje</b>	171
<b>1.9</b>	<b>Integración del tribunal arbitral</b>	172
<b>1.9.1</b>	Deberes de los árbitros.	173
<b>1.9.2</b>	La recusación del árbitro	174
<b>1.10</b>	<b>Principio de la competencia</b>	178
<b>Jurisprudencia</b>		181
<b>Actividades pedagógicas</b>		182
<b>Autoevaluación</b>		183
<b>Bibliografía</b>		186
<b>CAPÍTULO II</b>		187
<b>Unidad 2</b>		188
<b>2 TRÁMITE ARBITRAL</b>		193
<b>2.1</b>	<b>La solicitud de arbitraje</b>	193
<b>2.2</b>	<b>Etapas del trámite</b>	194
<b>2.3</b>	<b>La prueba</b>	195
<b>2.4</b>	<b>Medidas cautelares</b>	197
<b>2.4.1</b>	La ejecución de medidas cautelares decretadas por un tribunal arbitral internacional	198
<b>2.4.2</b>	El decreto de medidas cautelares por un juez en apoyo del arbitraje	200
<b>2.5</b>	<b>Laudo arbitral</b>	202
<b>2.6.</b>	<b>Recursos contra el laudo</b>	204
<b>2.6.1</b>	Posibilidad de renuncia al recurso	205
<b>2.6.2</b>	Las personas que pueden interponer el recurso	206
<b>2.6.3</b>	Forma y oportunidad de interponer el recurso	206
<b>2.6.4</b>	Trámite del recurso	207
<b>2.6.5</b>	La autoridad judicial competente	208
<b>2.6.6</b>	Efectos de la interposición del recurso	208
<b>2.6.7</b>	El alcance del control judicial	208
<b>2.6.8</b>	Las causales	209
<b>2.6.8.1</b>	Causales de anulación a solicitud de parte	210
<b>2.6.8.1.1</b>	Invalidez del pacto arbitral	210
<b>2.6.8.1.2</b>	Segunda Causal	210
<b>2.6.8.1.3</b>	Tercera causal	215
<b>2.6.8.1.4</b>	Cuarta causal	216
<b>2.6.8.2</b>	Causales de oficio	218
<b>2.6.8.2.1</b>	Causal primera de oficio	219

<b>2.6.8.2.2</b> Segunda causal que puede ser declarada de oficio	219
<b>2.6.9</b> Efectos del recurso	223
<b>2.6.10</b> Reconocimiento de laudos	225
<b>2.6.11</b> El recurso de revisión	227
<b>2.6.12</b> Acción de Tutela contra el laudo arbitral	227
<b>2.6.13</b> Ejecución de los laudos	229
<b>Actividades pedagógicas</b>	230
<b>Autoevaluación</b>	231
<b>Jurisprudencia</b>	232
<b>Bibliografía</b>	233
<b>CAPÍTULO II</b>	235
<b>Unidad 3</b>	236
<b>3 ARBITRAJE DE INVERSIÓN</b>	239
<b>3.1 Objeto del arbitraje de inversión</b>	239
<b>3.2 Régimen del arbitraje de inversión</b>	240
<b>3.3 Procedimiento</b>	240
<b>3.4 Laudo</b>	241
<b>3.5 Recursos contra el laudo</b>	241
<b>3.6 Efectos del laudo</b>	242
<b>Actividades pedagógicas</b>	245
<b>Autoevaluación</b>	246
<b>Jurisprudencia</b>	247
<b>Bibliografía</b>	247

# Prólogo

P

resentar una obra sin conocer su autor puede ser considerado como una tarea difícil, pues no conozco al Dr. Juan Pablo Cárdenas Mejía, pero en el presente caso no resulta ser una labor compleja dado que el libro que por el esfuerzo interinstitucional público privado del Consejo Superior de la Judicatura a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” (EJRLB) y Confecámaras ve la luz de la comunidad judicial y la académica en general intitulado Arbitraje Nacional E Internacional, refleja claramente las calidades profesionales, académicas y experiencia de su autor.

Por otro lado, el desarrollo de una figura como el arbitraje, que en ciertas oportunidades es vista por los jueces estatales como un espacio perdido para la judicatura, en una obra dirigida de manera expresa a formar parte del andamiaje académico para la formación judicial inicial o posterior, sí es una tarea titánica que el autor logra con creces al presentar el arbitraje desde una óptica integral (nacional, internacional y de inversión) articulando además con claridad absoluta y maestría, las relaciones entre la justicia estatal y la arbitral.

Y no solo se trata del desarrollo teórico de las diferentes formas de arbitraje, sin demeritar la importancia de la teoría en la formación académica, sino que conforme al modelo pedagógico y al manual de autores de la EJRLB, se construye un verdadero módulo de aprendizaje autodirigido que servirá de base y herramienta para la formación de los jueces y magistrados, a fin de que posean la claridad jurídica (legal y jurisprudencial) sobre como el arbitraje no es una rueda aislada dentro de las posibilidades constitucionales y legales de obtener justicia, sino como la justicia estatal se relaciona de forma concreta con la arbitral desde el inicio del proceso hasta en su control a través del recurso extraordinario de anulación o de las acciones constitucionales que puedan interponerse contra el trámite o la decisión de fondo.

Igualmente, en un mundo caracterizado por la globalización de la economía y las comunicaciones, resulta ser de gran importancia el desarrollo del arbitraje internacional y de inversión, pues la judicatura no puede ser ajena a dichos fenómenos al estar en condición de comprometer la responsabilidad internacional del Estado y por este aspecto también, el libro que se prologa resulta ser una importante herramienta para los jueces y magistrados de las diferentes especialidades.

La obra que se presenta, adicionalmente no es ajena a los cambios surgidos en los últimos tiempos en torno a las fuentes del derecho, en donde la jurisprudencia dejó de tener un mero valor indicativo para convertirse en una verdadera fuente formal principal y con obligatoriedad (en ocasiones absoluta como en las decisiones sobre la constitucionalidad o la legalidad de las fuentes formales del derecho y en ocasiones relativa como en los demás casos), por lo que desarrolla acertadamente los diferentes aspectos abordados por las Altas Cortes en torno a los diversos temas relacionados con el arbitraje, por lo que claramente se convertirá en un importante material de consulta para los jueces y magistrados que tengan en sus manos decisiones referentes a alguno de los aspectos en esa interrelación constante que tiene la justicia arbitral y la estatal.

Así pues, la obra que el lector tiene en sus manos se augura como un importante material académico y práctico para la formación judicial, que claramente coadyuvará en el fortalecimiento de las competencias de los operadores judiciales en materia de Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC), al que todos vamos a acudir en busca de soporte para adoptar las decisiones a nuestro cargo que posean relación.

14

Por último, agradecer a la Dra. Mary Lucero Novoa Moreno, Directora de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” la oportunidad de revisar el presente módulo como par académico integrante de la red de formadores; y a Confecámaras, la invitación a presentar esta obra a la comunidad académica en general y a la judicial en particular.

**Luis Carlos Alzate Ríos**  
Magistrado, Tribunal Administrativo del Quindío

## Convenciones

	Objetivo general
	Objetivos específicos
	Contenidos
	Actividades pedagógicas
	Autoevaluación
	Jurisprudencia
	Bibliografía

# 1 PRESENTACIÓN

E

n materia de regulación del arbitraje nacional e internacional existen en el mundo dos grandes aproximaciones. Por un lado, existen los sistemas monistas, en los cuales es un solo régimen el que se aplica al arbitraje sea nacional o internacional, y eventualmente algunas normas adicionales que se aplican al arbitraje internacional. Esta es la solución que adopta el derecho español, el derecho mexicano o el derecho peruano.

El sistema dualista por su parte adopta reglas distintas para el arbitraje nacional y para el arbitraje internacional. Este es el caso del derecho francés, del derecho chileno o del derecho colombiano.

La adopción de un régimen dualista en derecho colombiano obedeció al hecho de que en Colombia hay una tradición jurídica sólida en materia de arbitraje nacional que se ha concretado en reglas que han sido adecuadas para el desarrollo del arbitraje. Por ello en lugar de romper la tradición, en la Ley 1563 de 2012 el legislador reguló por separado el arbitraje nacional y el internacional. Respecto del arbitraje nacional introdujo algunos ajustes a las reglas en esta materia y en relación con el arbitraje internacional estableció un régimen de arbitraje particular, tomando para el efecto la ley modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo del Comercio Internacional (Cnudmi o Uncitral) con muy pocos cambios.

16

Así las cosas, el módulo de arbitraje Nacional e Internacional, es una aproximación a la práctica arbitral teniendo en cuenta la normatividad vigente y aplicable, la jurisprudencia y la costumbre internacional, cuya intención es plasmar en cada uno de las temáticas que se van a abordar a continuación de forma objetiva, una visión integral de lo que es el arbitraje y su práctica, ofreciendo herramientas de conocimiento útiles a los jueces, juezas, magistrados, magistradas, empleados y empleadas de la rama judicial, en la solución de inquietudes y problemas alrededor de su interacción profesional con el arbitraje a lo largo de sus funciones, como funcionarios de la rama judicial.

En ese sentido, con el fin de lograr el objetivo propuesto se desarrollarán dos módulos: el primero de ellos será en materia de *Arbitraje Nacional*, donde se abordará el arbitraje desde su naturaleza jurídica y constitucional, su origen desde el pacto arbitral y sus características más importantes. Una vez establecido el presente

marco general, se procederá a abordar el trámite arbitral desde su inicio con la presentación de la demanda, hasta su finalización con la expedición del laudo. Teniendo en cuenta, los puntos de interacción entre el desarrollo del proceso arbitral con la justicia ordinaria, especialmente en lo que se refiere al trámite de los recursos contra el laudo, tema frente al cual se ha elaborado un capítulo en el cual se hablará de las causales de anulación contra el laudo y la procedencia de la acción de tutela en los trámites arbitrales.

El segundo módulo a desarrollar es en materia de *Arbitraje Internacional*, frente al cual existe un poco más de desconocimiento debido a que inicialmente tuvo escaso desarrollo, y existen vacíos respecto de su funcionamiento, es por esta razón que se plantearán temáticas concretas que permitan entender el arbitraje internacional en Colombia, y el rol del juez de apoyo y de control en estos trámites. Así las cosas, en este módulo se abordará lo correspondiente a los criterios de internacionalidad a la luz de lo dispuesto en la Ley 1563 de 2012, el pacto arbitral y sus efectos, de igual forma, se abordará el trámite arbitral internacional desde la presentación de la solicitud de convocatoria arbitral, la integración del tribunal o selección de los árbitros hasta la culminación del trámite con el laudo. En este módulo, también se ha dispuesto un capítulo en el cual se abordará el trámite de reconocimiento de laudos arbitrales, la ejecución de laudos y se finalizará con unas reflexiones en torno al arbitraje de inversión.

En consecuencia, con el estudio de este módulo los discentes tendrán una perspectiva completa del régimen arbitral, tanto Nacional como Internacional que les permitirá formarse un criterio más amplio frente a las decisiones que deben tomar los jueces, juezas, magistrados y magistradas, en aquellos eventos en que se presentan las interacciones entre el arbitraje y la justicia ordinaria.

## 2 SINOPSIS PROFESIONAL Y LABORAL DEL AUTOR

**A**bogado del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, con estudios de especialización en Derecho Civil y Comercial en la Universidad de París II y diversos cursos sobre derecho comparado.

En lo que se refiere a su experiencia profesional, se ha desempeñado como jefe de la División Jurídica y secretario de la Comisión Nacional de Valores (hoy Superintendencia de Valores), ha sido asesor y secretario jurídico de la Presidencia de la República.

De igual manera, ha ejercido su profesión en forma independiente, enfocado al derecho civil, comercial y administrativo.

Es miembro de las listas de árbitros del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cali, del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Barranquilla, del Centro de Arbitraje de la Superintendencia de Sociedades y del International Center for Dispute Resolution (ICDR). Así mismo es miembro de la lista de conciliadores del Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativos a Inversión (CIADI).

Ha actuado como árbitro en procesos arbitrales en Colombia con sujeción a las reglas de la Ley 1563 y de los centros de arbitraje mencionados. Así mismo ha actuado como árbitro en arbitrajes internacionales bajo las reglas de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París, de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, del CIADI, de UNCITRAL y de la Cámara de Comercio de Quito.

En su experiencia académica, ha sido profesor del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, la Pontificia Universidad Javeriana y la Universidad Externado de Colombia.

Actualmente es profesor de contratos en el Colegio Mayor del Rosario y en la Pontificia Universidad Javeriana. Igualmente ha sido profesor de arbitraje en la maestría de derecho administrativo de la Universidad Javeriana. También es profesor de arbitraje nacional en la Maestría en Derecho con énfasis en Derecho Procesal Civil de la Universidad Externado de Colombia, y de arbitraje internacional en la Maestría en Derecho Internacional de los Negocios de la Universidad Externado de Colombia.

Fue miembro de la comisión redactora del proyecto de ley que se convirtió en la Ley 1563 de 2012.

Ha publicado obras sobre:

- El contrato de agencia mercantil.
- Fondos de pensiones de jubilación e invalidez.
- La responsabilidad de las personas jurídicas, la responsabilidad por el hecho ajeno y la responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas.
- Las acciones con dividendo preferencial acumulativo y sin derecho de voto.
- El nuevo régimen de contratación administrativa.
- La teoría de la apariencia en la jurisprudencia.
- La protección del contratante y la evolución en el derecho contemporáneo.
- El arbitraje en equidad.
- La Convención de Viena y el Derecho Privado Colombiano y La formación del contrato de compraventa internacional en la Convención de Viena.
- La autonomía del contrato de arbitraje.
- La resolución por problemas de funcionamiento de la cosa en el derecho colombiano: el régimen interno –vicios ocultos y garantía mínima presunta- y el régimen de la compraventa internacional.
- La evolución del arbitraje en materia estatal.
- El mandato y la representación.

- Las causales que pueden ser declaradas de oficio para negar el reconocimiento de un laudo.
- Los derechos fundamentales y el derecho privado contractual. La situación en derecho colombiano.
- El subcontrato.
- Cláusulas exoneratorias o restrictivas de responsabilidad.
- La causa extraña como eximiente de responsabilidad.
- El laudo arbitral y los recursos de anulación y revisión en el arbitraje nacional.
- El acuerdo de arbitraje en el arbitraje internacional.
- El recurso de anulación en el arbitraje internacional.
- La huida por la administración del derecho privado contractual.
- El concepto de orden público en el arbitraje internacional.

En la actualidad, ejerce su carrera profesional de forma independiente como asesor, consultor, árbitro nacional e internacional y abogado litigante.

## 3 JUSTIFICACIÓN

D

e conformidad con el Plan de Formación definido por la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla (EJRLB) para el año 2018, se vislumbró la necesidad de fortalecer las competencias de los jueces y juezas, magistrados y magistradas en materia de Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC), en ese sentido, dentro de su Tercer Objetivo referente a la Educación Básica, se dejó definido dentro de los logros esperados para el 2018, que con el apoyo de Confecámaras se realizaría un módulo de formación sobre los *"Elementos y prácticas de mecanismos alternativos de solución de conflictos"*, especificando la necesidad de formación en materia de arbitraje y conciliación.

Siendo este lineamiento establecido por la EJRLB, en materia de arbitraje, se dio inicio a la realización de cuatro (4) encuentros a nivel nacional dirigidos por el autor del presente módulo, entre jueces y juezas, magistrados y magistradas, con árbitros de diferentes ciudades, con el fin de identificar las dificultades en esta materia y de este modo procurar una formación más completa y precisa que permita lograr mayor eficiencia en la administración de justicia.

En este escenario, se definió la necesidad de crear dos módulos en materia de arbitraje, el primero de ellos en Arbitraje Nacional y el segundo en materia de Arbitraje Internacional, los cuales serán objeto de estudio de los jueces y juezas, magistrados y magistradas y demás funcionarios de la rama judicial

21

Esta formación en materia de arbitraje encuentra especial relevancia en las interacciones que se originan del proceso arbitral con la justicia ordinaria. Pues si bien es cierto que el arbitraje se caracteriza por ser un proceso privado e independiente, de conformidad con la Constitución Política Colombiana, corresponde a la justicia permanente del Estado realizar una serie de actividades con el fin de apoyar el desarrollo de los procesos arbitrales e igualmente ejercer un control sobre los mismos, teniendo en cuenta que de conformidad con la Constitución Política el árbitro administra justicia.

De esta manera las interacciones entre los árbitros y la justicia permanente del Estado, están dadas en dos ámbitos: el primero se refiere a aquellas interacciones donde los jueces y/o juezas actúan como jueces de apoyo al ejercicio de la función arbitral, en actuaciones tales como: designar los árbitros cuando corresponda, relevo de los árbitros por causales de impedimento o recusación o incumplimiento

del deber de información, práctica de medidas cautelares, ejecución de laudos arbitrales, entre otras. El segundo, se refiere al control, que se desarrolla a través del conocimiento y decisión de los recursos de anulación y revisión contra el laudo, tutelas contra las decisiones del tribunal, reconocimiento de laudos extranjeros en materia de arbitraje internacional.

Es en este contexto, en el cual es importante que los jueces y juezas, magistrados y magistradas conozcan las características constitucionales del arbitraje y los principios que lo rigen. Adicionalmente los dos módulos recopilan casos y jurisprudencia relevante en cada una de las materias, que les permitirá conocer los casos más emblemáticos y así dar mayor soporte a sus decisiones. Todo lo anterior en pro de ofrecer a los ciudadanos una coordinada y eficiente administración de justicia.

## 4 RESUMEN DEL MÓDULO

E

ste módulo en materia de Arbitraje Nacional e Internacional, se ha dividido en dos capítulos, en los cuales se desarrollará cada una de las temáticas planteadas, teniendo en cuenta que el arbitraje nacional en Colombia tiene fundamento constitucional y se asemeja a un proceso judicial nacional, y por ello en su estructura y desarrollo es diferente al arbitraje internacional. Así las cosas, en cada módulo se desarrollarán los siguientes temas:

*Arbitraje Nacional:* este módulo está dividido en dos Unidades, en la primera se desarrolla el Marco General del arbitraje, tomando como elementos, el marco normativo y constitucional, y el estudio del pacto arbitral. Esta primera Unidad, contribuye a entender todo el entorno referente al arbitraje nacional, ubicando al arbitraje dentro del contexto jurídico y sirviendo de base para el desarrollo de la segunda Unidad que se refiere al trámite. Este módulo es de gran importancia para el discente, pues de su entendimiento dependerá el eficiente desarrollo de la siguiente unidad.

La segunda Unidad, inicia con el estudio de los criterios para determinar la competencia de los asuntos que se someten a arbitraje excluyéndolos de la justicia ordinaria, luego se aborda todo el trámite arbitral desde su inicio con la presentación de la demanda, avanzando en cada contenido en las etapas del trámite arbitral, en los cuales, se hace referencia a temas como la práctica de pruebas y de medidas cautelares, teniendo en cuenta su interacción con la justicia tradicional. Por último, se abordarán los recursos y tutela contra el laudo arbitral, haciendo mención a los principales aspectos de cada una de las causales de anulación.

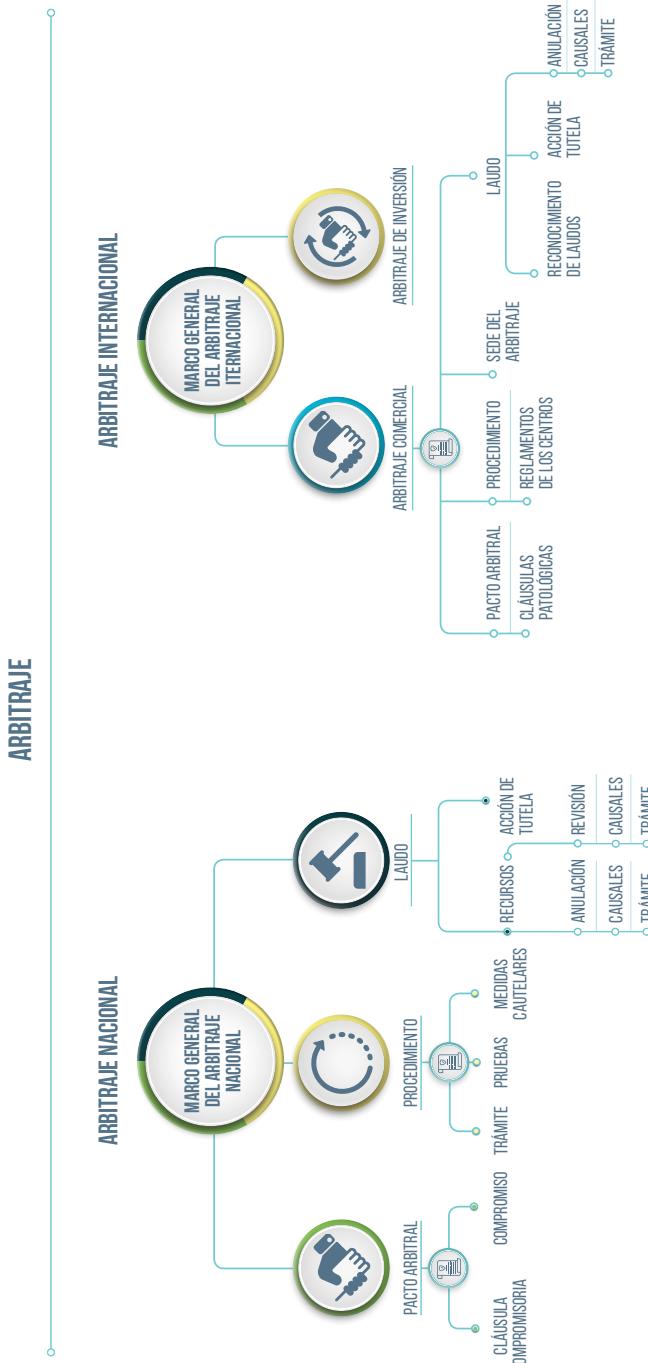
*Arbitraje Internacional:* Este módulo se divide en tres unidades, a lo largo de las cuales, se estudiará el arbitraje internacional desde la óptica de las normas y jurisprudencia Colombiana y desde la perspectiva internacional. Por esta razón, con el fin de brindar herramientas conceptuales adecuadas a los estudiantes de dicho módulo, se iniciará el mismo con el estudio del marco general del Arbitraje Internacional, profundizando específicamente en los criterios para determinar cuándo un arbitraje es considerado internacional conforme a la normativa y jurisprudencia actual en Colombia, así mismo se abordará el estudio de las diferentes clases de arbitraje y la aplicación de los reglamentos de los Centros.

Por otro lado, se estudiará la teoría del pacto arbitral y la aplicabilidad de las cláusulas patológicas, entendiendo por estas aquellas cláusulas que dificultan o

hacen imposible el eficiente desarrollo del trámite arbitral. Una vez, desarrollados los temas alrededor de la práctica arbitral internacional, el módulo en sus unidades aborda el trámite arbitral internacional, en el cual se analizarán las etapas generales y comunes, pues dichos trámites en su desarrollo dependerán de la ley aplicable a cada país y de los reglamentos de los Centros. Teniendo en cuenta que el objetivo general de este Módulo, es estudiar los criterios para la integración de los tribunales arbitrales, los deberes de los árbitros y el procedimiento para realizar dicho nombramiento por los jueces y juezas en los casos previstos por la ley.

Una vez abordado el procedimiento arbitral internacional, que comprende la práctica de pruebas y la práctica de medidas cautelares, las unidades siguientes se centran en el estudio del laudo: anulación, reconocimiento, ejecución y tutela. Por último, se hará una breve referencia al arbitraje de inversión, con la finalidad de entender sus diferencias con el arbitraje comercial internacional, y tener unas importantes referencias sobre dichas materias.

# 5 MAPA CONCEPTUAL DEL MÓDULO



## 6 OBJETIVO GENERAL

**F**ortalecer la formación de los jueces y juezas, magistrados y magistradas en materia de Arbitraje Nacional y Arbitraje Internacional, con el fin de facilitar las interacciones entre la justicia arbitral y la justicia ordinaria en pro de una eficiente administración de justicia.

## 7 OBJETIVOS ESPECÍFICOS DEL MÓDULO

- Desarrollar la comprensión de los jueces y juezas, magistrados y magistradas respecto de cada una de las etapas del proceso arbitral tanto en materia de arbitraje nacional como internacional.
- Conocer y analizar las reglas internacionales utilizadas en materia de arbitraje internacional, con el fin de que los jueces y juezas, magistrados y magistradas puedan formar un criterio en relación con el apoyo y el control que deben ejercer respecto de dicho arbitraje.
- Reconocer los principios que regulan el arbitraje, con el fin de tener un panorama más amplio en materia arbitral.
- Facilitar la toma de decisiones por parte de los jueces y juezas, magistrados y magistradas frente a los puntos de encuentro entre la justicia arbitral y la justicia ordinaria.

# CAPÍTULO 1

## Arbitraje Nacional

Marco General del Arbitraje Nacional

UNIDAD

1

# UNIDAD

Marco General del Arbitraje Nacional

## **Objetivo General**

**Og**

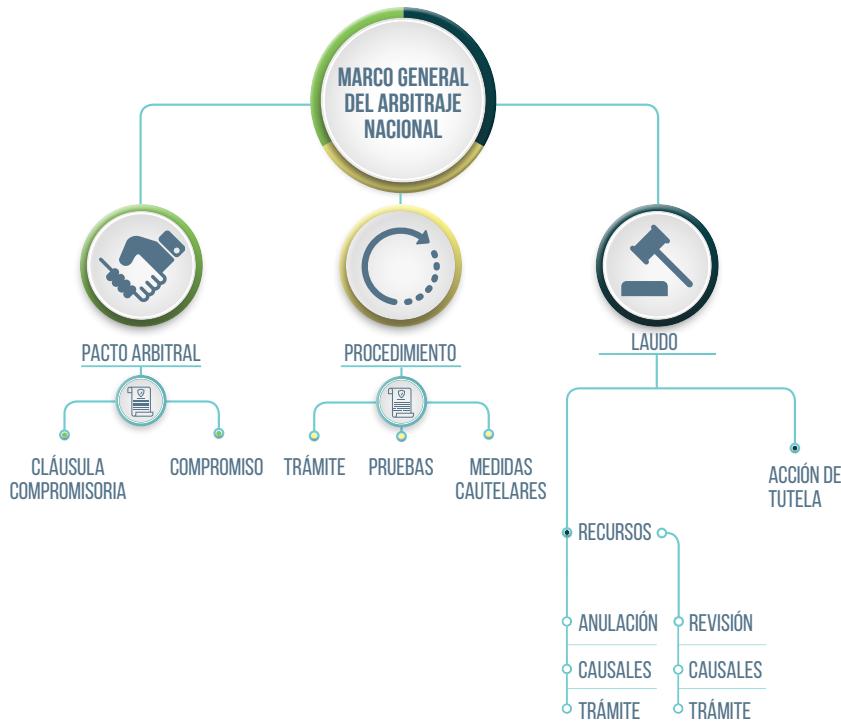
*Estudiar la naturaleza jurídica, constitucional y conceptual alrededor de la cual se desarrolla el arbitraje, con el fin de entender el entorno y facilitar en entendimiento del procedimiento arbitral y los recursos contra el laudo.*

**Oe**

## **Objetivos Específicos**

- *Mostrar el desarrollo jurídico y jurisprudencial en Colombia entorno al arbitraje.*
- *Entender la naturaleza jurídica del arbitraje y establecer diferencias frente a la justicia tradicional.*
- *Estudiar el pacto arbitral, como desarrollo del principio de autonomía privada de las partes.*

## ARBITRAJE NACIONAL



# CAPÍTULO I Arbitraje Nacional 27

## Unidad 1 28

### 1 MARCO GENERAL DEL ARBITRAJE NACIONAL 33

#### 1.1 Naturaleza jurídica del arbitraje: contractual, jurisdiccional, mixto 34

#### 1.2 Características constitucionales 36

1.2.1 Habilitación o voluntariedad 36

1.2.2 Temporalidad o transitoriedad 37

1.2.3 Excepcionalidad 37

1.2.4 Mecanismo procesal 37

1.2.5 Carácter judicial del árbitro 37

#### 1.3 El marco normativo del arbitraje nacional 38

1.3.1 El papel de la iniciativa privada en la regulación del arbitraje. 38

1.3.2 Aplicación del Código General del Proceso y del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo 38

1.3.3 Clases de arbitraje 40

1.3.3.1 Arbitraje Institucional y arbitraje Ad-hoc 40

1.3.3.2 Arbitraje sujeto a las reglas legales conforme a las reglas pactadas de un centro de arbitraje 40

1.3.3.3 Laudo en derecho, en equidad y técnico 41

#### 1.4 La arbitrabilidad 42

#### 1.5 El pacto arbitral 46

1.5.1 Naturaleza 47

1.5.2 Clases: cláusula compromisoria y compromiso 47

1.5.3 Condiciones de existencia y validez del pacto arbitral 47

1.5.3.1 Capacidad 47

1.5.3.2 Consentimiento 48

1.5.3.3 Objeto 53

1.5.3.4 Causa 54

1.5.4 El pacto arbitral, el régimen de servicios públicos domiciliarios y el estatuto de protección al consumidor 54

<b>1.5.5</b>	El pacto arbitral y la Directiva Presidencial 04 de 2018	55
<b>1.5.6</b>	Los efectos del pacto arbitral	55
1.5.6.1	Efectos entre las partes	55
1.5.6.2	Efectos frente a terceros	62
<b>1.5.7</b>	La interpretación del pacto arbitral	62
<b>1.5.8</b>	La autonomía del pacto arbitral	63
<b>Actividades pedagógicas</b>		65
<b>Autoevaluación</b>		66
<b>Jurisprudencia</b>		67
<b>Bibliografía</b>		68

# MARCO GENERAL DEL ARBITRAJE NACIONAL

1

E

l arbitraje está expresamente autorizado por el artículo 116 de la Constitución Política que prevé que los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la Condición de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley. Actualmente la regulación del arbitraje está contenida en la Ley 1563 de 2012. En todo caso el arbitraje en el mundo es muy antiguo, y en Colombia, en general siempre ha podido operar desde la conquista.

En efecto, existen referencias al arbitraje en textos muy antiguos. Incluso se sostiene que el arbitraje es anterior a la jurisdicción estatal, en la medida en que el primero solo supone la voluntad de las partes de someter la controversia a un tercero, en tanto que la segunda supone la existencia del estado y la adquisición por él del poder de resolver las controversias. Se ha dicho que la justicia privada es el “*antecedente remoto de la impartida por el Estado, desde luego que aquella – la del arbitraje- contiene el germen de esta*”, “*es el germen de la justicia estatal*”<sup>1</sup>. En Roma, por ejemplo, el arbitraje era muy utilizado y en el Digesto hay numerosas referencias al mismo.

En todo caso el arbitraje en el mundo es muy antiguo, y en Colombia, en general siempre ha podido operar desde la conquista.

En todo caso en Colombia desde la conquista ha existido la posibilidad de acudir al arbitraje<sup>2</sup>. En efecto las normas españolas<sup>3</sup> que se aplicaron durante la colonia,

<sup>1</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 9 de mayo de 2017, Radicación nº 11001-31-03-019-2008-00247-01.

<sup>2</sup> Durante la conquista se citan dos casos importantes de arbitraje, el que se desarrolló entre Francisco Pizarro y Diego de Almagro en Perú, y el que se realizó entre Francisco de Villagra y Francisco de Aguirre en Chile. Ver al respecto: Eloy Anzola. Dos arbitrajes del tiempo colonial: Entre Francisco de Pizarro y Diego de Almagro y entre Francisco de Villagra y Francisco de Aguirre. Disponible en [http://eanzola.com/images/uploads/Arbitrajes\\_de\\_conquistadores.pdf](http://eanzola.com/images/uploads/Arbitrajes_de_conquistadores.pdf), consultado el 10 de enero de 2019.

<sup>3</sup> El emperador Carlos V el 10 de diciembre de 1532 dispuso que en las Indias se reconocieran efectos a las decisiones de los árbitros como se hacía en España de acuerdo con las leyes de Castilla. Ver Recopilación de las Leyes de Indias de 1680 (Libro V. Título X. Ley V).

autorizaban el arbitraje. Tal era el caso de las Siete Partidas (Partida III, Título IV, Leyes XXIII a XXXV), la Nueva Recopilación y la Novísima Recopilación (Recopilación, IV, 21,4; Novísima Recopilación, XI, 17, 4), así como las Ordenanzas de Bilbao (numeral XVI del capítulo X).

Igualmente, en diversas constituciones adoptadas en los primeros años de la independencia se consagró el arbitraje y el derecho a acudir al mismo para resolver controversias (es el caso de las constituciones de Popayán de 1814, Cundinamarca, de 1815 y Antioquia de 1815; lo mismo ocurrió con la Constitución de la República de Colombia de 1830 y la Constitución de la Nueva Granada de 1832). Las normas de procedimiento que se dictaron igualmente consagraron el arbitraje. En algunas de dichas regulaciones se previó la posibilidad de acudir a los jueces y magistrados para que decidieran como árbitros<sup>4</sup>. Posteriormente la ley 2<sup>a</sup> de 1938 reconoció la validez de la cláusula compromisoria. Como quiera que la Constitución de 1886 no contempló expresamente el arbitraje, algunas personas cuestionaron la constitucionalidad de las normas legales que lo consagraban, lo cual fue decidido por la Corte Suprema de Justicia, como juez constitucional, en sentencia del 29 de mayo de 1969<sup>5</sup>. En esta sentencia la Corte concluyó que el arbitraje no era inconstitucional para lo cual realizó un análisis de dicha institución tanto desde el punto de vista del derecho privado, como del derecho público. En todo caso el Constituyente de 1991 decidió incluir en la Carta Política una norma expresa para regularlo.

## 1.1 Naturaleza jurídica del arbitraje: contractual, jurisdiccional, mixto

34

Existen dos teorías orientadas a determinar si el arbitraje tiene naturaleza contractual o procesal - jurisdiccional. Sin embargo, la tendencia contemporánea se orienta en el sentido de sostener una tercera teoría, según la cual el arbitraje tiene una naturaleza jurídica de carácter mixto.

En efecto, no es posible negar el carácter contractual del arbitraje lo cual se ve reflejado en el principio de habilitación, pues para que se pueda acudir al arbitraje es necesario que las partes así lo hayan pactado a través de un negocio jurídico. En este punto ha señalado la Corte Constitucional que por “*mandato expreso del*

<sup>4</sup> Ver por ejemplo, el artículo 95 de la Ley 57 de 1887 y el artículo 215 del Código de Organización Judicial de la República de Colombia [ley 147 de 1888], con fundamento en el cual un magistrado de la Corte Suprema de Justicia dictó sentencia como árbitro en diciembre de 1890. G.J. tomo V, P. 362. Igualmente, el acuerdo 246 de 1888 de la Corte Suprema de Justicia relativo a los casos en que uno de los magistrados como árbitro se niega a firmar. G.J. tomo II, P. 322.

<sup>5</sup> GJ CXXVII, P. 58 y siguientes.

*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 carácter contractual del arbitraje se expresa igualmente en el hecho de que el legislador reconoce la autonomía de las partes, al prever que salvo el caso de entidades públicas o particulares que cumplen funciones administrativas, pueden pactar las reglas aplicables al procedimiento siempre y cuando respeten "los principios constitucionales que integran el debido proceso, el derecho de defensa y la igualdad de las partes" (artículo 58 de la Ley 1563 de 2012)<sup>6</sup>. Es decir, en materia arbitral no es necesario seguir el procedimiento que establece la Ley 1563 de 2012. Así mismo, el carácter voluntarista se ve reflejado en el hecho de que en el arbitraje las partes en principio son quienes escogen los árbitros, y estos últimos pueden aceptar o rechazar el encargo que les hacen. Lo anterior ha llevado a concluir<sup>7</sup> que entre las partes y los árbitros se forma un contrato, que no tiene regulación particular en la ley. Así mismo la doctrina internacional ha reconocido que cuando se pacta acudir a un centro de arbitraje, con el mismo se forma también un contrato.

### **El carácter voluntarista se ve reflejado en el hecho de que en el arbitraje las partes en principio son quienes escogen los árbitros, y estos últimos pueden aceptar o rechazar el encargo que les hacen.**

Sin embargo, desde otro punto de vista debe observarse que el arbitraje tiene por objeto que los árbitros resuelvan la controversia a través de un laudo, al cual la ley le reconoce el carácter de sentencia con todos sus efectos. Es decir, el objeto del arbitraje es producir un acto jurisdiccional, y por ello, la ley impone que el procedimiento cumpla por lo menos los principios constitucionales del debido proceso, derecho de defensa e igualdad de las partes. En derecho colombiano la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido que el árbitro actúa como juez<sup>8</sup> y por ello tiene tanto los poderes, como los deberes y responsabilidades de un

<sup>6</sup> Igualmente sentencia SU-174-07 señala la Corte Constitucional que las partes "incluso fijan el procedimiento arbitral a seguir, dentro del marco general trazado por la ley".

<sup>7</sup> Este concepto viene del derecho romano, en el cual el árbitro aceptaba actuar como tal por un pacto pretorio que era el *receptum arbitri* (Emilssen González de Cancino. Arbitraje Romano publicado en el Contrato de Arbitraje, Eduardo Silva Romero y Fabricio Manilla. Ed Legis. Universidad del Rosario, 2005, P. 27). La doctrina mayoritaria a nivel internacional se orienta en dicho sentido (por ejemplo, Thomas Clay. El árbitro ed Ibañez, Bogotá, 2012, páginas 12 y siguientes Fouchard Gaillard y Goldman, Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, ed Kluwer, Gary Born, International Arbitration: Law and Practice). Igualmente lo han hecho las cortes de diferentes países como Francia (Corte de Apelaciones de Paris del 19 de diciembre de 1996 y Corte de Casación del 17 de noviembre de 2010) e Inglaterra (decisión del caso K/S Norjarl A/S v. Hyundai Heavy Indus. Co. [1992] 1 QB 863, 885 [English Ct. App.]).

<sup>8</sup> Sentencia SU-174-07

juez<sup>9</sup>. Adicionalmente, como el árbitro administra justicia debe hacerlo imparcialmente y por ello la Ley 1563 consagra dicho principio, como uno de los que rigen el arbitraje.

De esta manera, si bien el arbitraje se funda en un acto de autonomía privada, que se expresa en diversos aspectos, el mismo concluye en una “*decisión eminentemente jurisdiccional que equivale a una providencia judicial, en la medida en que resuelve el conflicto entre las partes pronunciándose sobre los hechos, pretensiones, pruebas y reglas jurídicas aplicables*”<sup>10</sup> por lo que ha de concluirse que el arbitraje tiene una naturaleza mixta. En este sentido se orienta la Corte Suprema de Justicia que adopta una perspectiva ecléctica<sup>11</sup> y señala que ello resulta de la lectura del artículo 116 de la Constitución Política pues al principio de habilitación, “*en cuya virtud los árbitros ejercen transitoriamente la función de administrar justicia, en tanto en un caso determinado las partes los han autorizado para ello se aúna la índole jurisdiccional de la actividad desplegada por el tribunal arbitral y la fuerza de cosa juzgada que tiene el fallo (laudo) con que culmina su actuar*”.

Dicha naturaleza mixta incide en el régimen aplicable al arbitraje, pues en diversos aspectos deben tenerse en cuenta las reglas propias de los actos de autonomía privada, en tanto que, de otra parte, deben tomarse en consideración los principios que rigen los actos jurisdiccionales.

## 1.2 Características constitucionales

36

La Corte Constitucional se ha ocupado de precisar las características del arbitraje desde el punto de vista constitucional. A tal efecto ha destacado las siguientes:

### 1.2.1 Habilitación o voluntariedad

De conformidad con el artículo 116 de la Constitución Política para que proceda el arbitraje es necesario que exista acuerdo de las partes en la controversia. Es por ello que la Corte ha declarado inconstitucionales diversas disposiciones legales

---

<sup>9</sup> En Sentencia C-431-95 la Corte Constitucional expresó que como el artículo 116 señala que los árbitros actúan en los términos que señala la ley es a “*la ley a quien corresponde determinar: a) los asuntos y la forma en que los particulares pueden administrar justicia en la condición de árbitros; b) los límites y términos en que los árbitros están habilitados para administrar justicia, y c) sus funciones y facultades, que son las mismas que tienen los jueces ordinarios*”. Agregó la Corte que “*El árbitro, particular investido por la ley de la majestad del juez -como sustituto autorizado por éste, artículos 116 y 29 superiores-, tiene por esta razón los mismos deberes, poderes y facultades de los jueces civiles, en particular de los del circuito a quienes se asimila por mandato legal*”.

<sup>10</sup> Sentencia SU-174-07.

<sup>11</sup> Sala de Casación Civil. Sentencia de casación del 9 de mayo de 2017, Radicación n° 11001-31-03-019-2008-00247-01, que reitera el pronunciamiento de dicha Sala del 1º julio de 2009. Radicación 11001-3103-039-2000-00310-01.

que consagraban el arbitraje como obligatorio. Así ocurrió en materia de servicios públicos domiciliarios (sentencia C-242 de 1997) o en materia de concesión de televisión (C-060 de 2001).

La Corte sólo ha aceptado que el arbitraje pueda ser impuesto por la ley como obligatorio en los conflictos colectivos del trabajo, lo anterior “*por estar en juego bienes constitucionalmente relevantes tales como la obligación estatal de proveer mecanismos de solución pacífica de controversias laborales, la preservación de la empresa como unidad productiva, e incluso los derechos de los trabajadores y la protección de valores y principios constitucionales relacionados con la protección del trabajo*”. Agregó dicha Corporación que “*que el arbitramento obligatorio es una medida idónea y necesaria para la consecución de estas finalidades*”<sup>12</sup>

### **1.2.2 Temporalidad o transitoriedad**

El arbitraje tiene carácter temporal. El árbitro es designado para resolver una controversia en un determinado plazo y por ello una vez cumplida su misión desaparece su investidura como juez<sup>13</sup>. Por ello cumplido el término previsto para el desarrollo del proceso, él no puede continuar actuando y sus actos no tienen carácter jurisdiccional.

### **1.2.3 Excepcionalidad**

El arbitraje es excepcional, pues no toda controversia puede ser sometida a arbitraje. El arbitraje no desplaza a la jurisdicción permanente del estado<sup>14</sup>.

### **1.2.4 Mecanismo procesal**

El arbitraje “tiene naturaleza procesal, y como tal está sujeto a un marco legal, así como a lo dispuesto por las partes sobre el procedimiento a seguir”<sup>15</sup> y por ello se “deben materializar, dentro de la lógica propia del arbitraje y atendiendo a sus especificidades, los derechos fundamentales al debido proceso, de defensa y de acceso a la administración de justicia, respetando el marco específico trazado por el legislador”.

### **1.2.5 Carácter judicial del árbitro**

El árbitro cumple funciones jurisdiccionales y por ello es un verdadero juez, con todos los poderes, deberes y responsabilidades del mismo.

Desde esta perspectiva el sistema colombiano va más allá de lo que se reconoce en otros países en que no se asimila totalmente al árbitro y al juez. Así, por ejemplo,

<sup>12</sup> Sentencia C-300-12.

<sup>13</sup> Sentencias C-431-95 y SU-174-07, entre otras.

<sup>14</sup> Sentencias SU 174-97 y C-060-2001.

<sup>15</sup> Sentencia T-058-09.

en otros países se señala que el árbitro no tiene imperium y no puede tomar medidas que puedan ser obligatorias para terceros. En Colombia, el árbitro puede dictar medidas cautelares como lo haría un juez, y por consiguiente, dar órdenes a terceros (por ejemplo, una entidad bancaria) o incluso a personas que cumplen funciones públicas (por ejemplo, una oficina de registro de instrumentos públicos).

## 1.3 El marco normativo del Arbitraje Nacional

### 1.3.1 El papel de la iniciativa privada en la regulación del arbitraje

La Constitución Política establece que el arbitraje se funda en el consentimiento de las partes en conflicto. Por ello la ley reconoce que el arbitraje surge de un acuerdo de voluntades y que en dicho acuerdo las partes pueden ejercer su iniciativa privada.

La iniciativa privada no sólo opera para efectos de que pueda acudirse o no al arbitraje, sino que también opera en diversos aspectos como son:

- Las partes pueden acordar el procedimiento aplicable siempre y cuando se respeten los principios constitucionales del debido proceso, derecho de defensa e igualdad de las partes.
- Las partes pueden escoger los árbitros.

Tan importante es la voluntad particular que en relación con un arbitraje existen diferentes negocios jurídicos.

38

En primer lugar, debe existir el pacto arbitral, el cual vincula a las partes contratantes y determina las materias que pueden ser sometidas a arbitraje.

En segundo lugar, cuando las partes acuden a un centro arbitral, para que el mismo administre el proceso arbitral, se celebra un contrato entre quienes acuden al centro y este último, por el cual el centro se obliga a prestar sus servicios para apoyar el desarrollo del proceso arbitral y a cambio recibe una remuneración.

En tercer lugar, cuando se designan los árbitros y estos aceptan se forma un negocio jurídico entre los árbitros y las partes por el cual los árbitros se obligan a actuar en cuanto tales para resolver la controversia que les ha sido sometida.

### 1.3.2 Aplicación del Código General del Proceso y del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

En derecho colombiano el arbitraje se sujet a la Ley 1563 de 2012. Ahora bien, en algunos casos el Estatuto Arbitral ordena aplicar el Código General del Proceso. Así ocurre

con los requisitos de la demanda, que debe cumplir la convocatoria del tribunal (artículo 12); la admisión, inadmisión y rechazo de la demanda (artículo 20); el amparo de pobreza (artículo 13); las causales de recusación de los árbitros (artículo 16); las facultades y deberes del tribunal y las partes en materia de pruebas (artículo 31); las medidas cautelares, que se sujetarán a dicho Código en los casos en que de no existir pacto arbitral el proceso se hubiese tramitado ante los jueces civiles (artículo 32); y el llamamiento en garantía, la intervención excluyente y de las demás partes (artículo 37).

Igualmente, la ley ordena aplicar el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en relación con las causales de impedimento y recusación de dicho Código cuando en el arbitraje sea parte el estado o alguna de sus entidades (artículo 16), así como en materia de medidas cautelares, cuando de no haber pacto arbitral la controversia habría de someterse a la jurisdicción contencioso administrativa (artículo 32).

Ahora bien, el artículo 1º del Código General del Proceso establece que el mismo se aplica, además, a todos los asuntos de cualquier jurisdicción o especialidad y a las actuaciones de particulares y autoridades administrativas, cuando ejerzan funciones jurisdiccionales, en cuanto no estén regulados expresamente en otras leyes.

## **En derecho colombiano el arbitraje se sujeta a la Ley 1563 de 2012. Ahora bien, en algunos casos el Estatuto Arbitral ordena aplicar el Código General del Proceso.**

Desde esta perspectiva la Ley 1563 establece en su artículo 119 que dicha ley “*regula íntegramente la materia de arbitraje*”. Por consiguiente, el Código General del Proceso sólo está llamado a aplicarse en las materias en las que exista un vacío en la Ley 1563 de 2012. Es el caso, por ejemplo, de la condena en costas que no regula esta última ley.

Por el contrario, salvo los casos en los que la Ley 1563 de 2012 hace expresa referencia al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el mismo no se aplica al procedimiento arbitral.

No sobra en todo caso aclarar que una cosa es el procedimiento a seguir y otra los términos para intentar las acciones correspondientes, los cuales se sujetan a las normas que las regulan. Así si se intenta ante un tribunal arbitral una de las acciones que consagra el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el término de caducidad será el que establece dicho Código<sup>16</sup>.

<sup>16</sup> En tal sentido por ejemplo sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 18 febrero de 2010 Exp. 37.004 Radicación: 110010326000200900058 00 y 13 de abril de 2015 Radicación: 11001-03-26-000-2014-00162-00 (52.556).

### 1.3.3 Clases de arbitraje

El arbitraje puede ser de varias clases según que sea administrado o no por un centro de arbitraje (institucional o ad-hoc), se desarrolle conforme a la ley, la voluntad de las partes o las reglas de un centro (legal o convencional), o el fundamento de la decisión de los árbitros (en derecho, equidad o técnico).

#### 1.3.3.1 Arbitraje institucional y arbitraje ad - hoc

Establece el artículo 2º de la ley que el arbitraje es ad-hoc si es conducido directamente por los árbitros y es institucional si es administrado por un centro de arbitraje. La regla general en la ley es que el arbitraje es institucional. Además, cuando se trata de arbitrajes en los que es parte una entidad pública o un particular que desempeñe funciones administrativas, no es posible pactar arbitraje ad-hoc.

En el arbitraje institucional la solicitud de arbitraje debe ser presentada en el centro de arbitraje pactado, o en caso contrario, en un centro del domicilio del convocado. Por el contrario, en el arbitraje ad-hoc la solicitud se remite directamente a la otra parte.

En el arbitraje institucional la solicitud de arbitraje debe reunir los requisitos de una demanda, por el contrario, en el arbitraje ad-hoc, se distingue entre la solicitud de arbitraje y la demanda, la cual se presenta una vez instalado el tribunal.

Así mismo, en el arbitraje ad-hoc no es necesario que exista secretario, como si ocurre en el institucional. En lo demás al arbitraje ad-hoc se le aplican las reglas del arbitraje institucional.

40

#### 1.3.3.2 Arbitraje sujeto a las reglas legales o conforme a las reglas pactadas o de un centro de arbitraje

En principio el arbitraje se desarrolla conforme a las reglas que establece la Ley 1563 de 2012. No obstante, de acuerdo con el artículo 58 de la misma ley, en los arbitrajes en que no es parte el Estado o alguna de sus entidades, las partes pueden pactar las reglas aplicables al arbitraje, directamente o por referencia a un reglamento de un centro de arbitraje. En todo caso la ley exige que dichos procedimientos respeten los principios constitucionales que integran el debido proceso, el derecho de defensa y la igualdad de las partes. Lo anterior implica que los particulares pueden pactar reglas de procedimiento distintas a las contempladas en la Ley 1563 o en el Código General del Proceso, siempre que respeten los principios constitucionales mencionados.

Esta categoría es independiente a la anterior (institucional o ad-hoc). Por ello el hecho de que la demanda se presente en un centro de arbitraje no significa que deba aplicarse al trámite arbitral del reglamento de dicho centro, porque para que ello ocurra es necesario que las partes hayan llegado a un acuerdo en tal sentido.

En todo caso la ley dispone que cuando en el arbitraje es parte el estado o alguna de sus entidades no es posible pactar un procedimiento especial, por lo que se debe aplicar el procedimiento previsto en la ley.

### 1.3.3.3 Laudo en derecho, en equidad y técnico

Una tercera clasificación obedece a las reglas que se siguen para adoptar la decisión en el laudo. A tal efecto, la ley distingue entre laudo en derecho, en equidad y técnico. A diferencia de la legislación anterior que definía cada una de estas categorías, la ley actual no lo hace, en todo caso dichas categorías pueden precisarse de la siguiente manera:

El laudo en derecho se produce cuando el mismo se fundamenta en el ordenamiento jurídico. El laudo en equidad es precisamente aquél en el cual el árbitro no se funda en el ordenamiento jurídico sino busca una solución que le parece justa<sup>17</sup>. El laudo técnico es aquel que se funda en una ciencia o técnica.

En todo caso cuando en el proceso arbitral es parte una entidad pública o un particular que cumple funciones administrativas, el arbitraje no puede ser en equidad sino en derecho. Lo anterior porque las entidades públicas están sujetas al principio de legalidad.

Como quiera que lo que caracteriza un laudo en derecho es su fundamentación en el ordenamiento jurídico, el hecho de que el tribunal incurra en un razonamiento jurídico erróneo no desvirtúa que el laudo sea en derecho.

En materia de arbitraje técnico ha existido la discusión tradicional de si los árbitros pueden pronunciarse sólo sobre aspectos técnicos o si pueden ir más allá. Así, por ejemplo, cabe preguntarse si además de determinar si una maquinaria tiene un determinado rendimiento los árbitros técnicos pueden declarar que existe un incumplimiento del contrato y deducir las consecuencias correspondientes.

La legislación anterior establecía que las partes debían precisar el alcance de las facultades de los árbitros en este tipo de arbitraje. La legislación actual no contiene tal referencia.

En este punto cabe hacer el siguiente análisis. Si las partes han expresamente otorgado a los árbitros el poder de decidir no sólo el aspecto técnico sino la incidencia que el mismo tiene en el cumplimiento del contrato, los árbitros están

<sup>17</sup> En sentencia del 27 de noviembre de 2017, radicación 11001-03-26-000-2017-00122-00 (59913), la Sección Tercera del Consejo de Estado reiteró jurisprudencia anterior y precisó que un laudo en equidad se presenta cuando "los árbitros inaplican la ley al caso concreto porque consideran que ella es inicua o que conduce a una iniquidad o también cuando buscan por fuera del ámbito de la ley una solución al caso controvertido".

habilitados para hacerlo. La discusión que cabe en esta materia es si los árbitros deciden ese punto en derecho o si lo hacen en equidad. Como quiera que la regla general en la ley es que los árbitros deben decidir en derecho, en este caso el laudo debe ser técnico y en derecho. En principio los árbitros técnicos cuya decisión se debe extender a aspectos jurídicos deben ser además abogados. Las partes podrían pactar expresamente que además de decidir la controversia técnica los árbitros deben decidir sus consecuencias jurídicas, pero que lo pueden hacer en equidad. En tal caso los árbitros no tienen que ser abogados.

Finalmente, la ley de contratación estatal contempla en su artículo 74 lo que denomina “*arbitramento o pericia técnicos*”, en virtud del cual se somete una diferencia de carácter exclusivamente técnico a unos expertos designados por las partes, a un organismo consultivo del Gobierno, a una asociación profesional o a un centro superior. Se ha discutido cuál es realmente la naturaleza de esta figura, si es un arbitraje o una pericia. En algunos casos el Consejo de Estado se ha referido a ella como una forma de arbitraje técnico<sup>18</sup>, lo que parece razonable en la medida en que la ley dispone que la decisión adoptada será definitiva. En este caso, la ley no permite que el árbitro técnico se pronuncie sobre cuestiones distintas al tema técnico.

## 1.4 La arbitrabilidad

En materia de arbitrabilidad se distingue tradicionalmente entre la arbitrabilidad objetiva y la arbitrabilidad subjetiva. La primera hace referencia a los asuntos que pueden someterse a arbitraje por sí mismos, independientemente de la calidad de las partes. La segunda se refiere a los asuntos que pueden ser sometidos a arbitraje teniendo en cuenta la calidad de las partes. Así, por ejemplo, en muchos países existen límites a lo que puede someterse a arbitraje cuando se trata del Estado o una de las entidades estatales.

En Colombia, de conformidad con el artículo 1º de la Ley 1563 de 2012, pueden someterse a arbitraje los asuntos de libre disposición y aquellos que la ley autorice.

En relación con la categoría de asuntos de libre disposición pueden hacerse las siguientes precisiones: existen asuntos que siempre son disponibles, las controversias relativas a ellos pueden entonces someterse a arbitraje. Por regla general las controversias patrimoniales son disponibles. Por el contrario, existen asuntos que en ningún caso son disponibles, en principio tales asuntos no pueden someterse a arbitraje, a menos que la ley lo autorice. Es el caso del estado civil. Finalmente

<sup>18</sup> Sección Tercera. Sentencia del 10 de agosto de 2000 (Radicación 17028) en la que se decidió un recurso de anulación contra un laudo que se fundó en las reglas sobre arbitraje y pericia técnicos. Así mismo, Sentencia del 18 de enero de 2012, Radicado 110010326000 2010 00078 00.

existen asuntos que inicialmente son indisponibles, pero posteriormente son disponibles. Tales asuntos son arbitrables. El ejemplo de esta última categoría es la prescripción. Si bien no es posible renunciar a la prescripción antes de que se cumpla, una vez cumplida puede no ser invocada. Por consiguiente, una controversia sobre la prescripción puede ser sometida a arbitraje.

Es por lo demás pertinente precisar que el hecho de que para resolver la controversia hayan de aplicarse normas de orden público no altera la conclusión, pues precisamente el árbitro debe actuar como juez y resolver la controversia teniendo en cuenta dichas disposiciones.

Pero aun si la materia fuera claramente indisponible la misma puede ser sometida a arbitraje cuando la ley lo autoriza. Es el caso de la nulidad absoluta. En efecto, si bien aun cuando ninguna de las partes la invoque, la nulidad puede ser declarada de oficio por el juez cuando se funda en objeto o causa ilícita, es decir no es disponible, la ley establece claramente que pueden someterse a arbitraje las controversias sobre la existencia, eficacia y validez del contrato (artículo 5). La anterior solución legal se apoya, de una parte, en que el árbitro actúa como juez y debe aplicar la ley en esta materia, y de otra, en la necesidad de asegurarse que el pacto arbitral sea respetado, pues sería muy fácil alegar la nulidad del contrato, por ejemplo, por causa ilícita, para sustraer la controversia del conocimiento de los árbitros.

En materia estatal, esto es desde el punto de vista de la arbitrabilidad subjetiva, hay dos temas que han generado controversia: de una parte, la posibilidad de someter a árbitros las controversias en materia de actos administrativos contractuales, y del otro lado, la posibilidad de someter a árbitros las controversias sobre la responsabilidad del Estado.

Por lo que se refiere a la posibilidad de someter a arbitraje las controversias relativas a actos administrativos contractuales, es pertinente señalar lo siguiente. Las normas anteriores a la Ley 80 de 1993, habían excluido expresamente del campo del arbitraje, la caducidad, la interpretación, modificación y terminación unilaterales (artículo 76 del Decreto 222 de 1983). El artículo 70 de Ley 80 de 1993, expresamente estableció que en los contratos estatales podía incluirse una cláusula compromisoria, y no limitó los asuntos que podían someterse a arbitraje. Lo anterior dio lugar a que algunas personas consideraran que también podía someterse arbitraje las controversias sobre los actos administrativos dictados en relación con un contrato, incluyendo los que decretan la caducidad, la terminación, modificación o interpretación unilaterales.

El Consejo de Estado por su parte consideró lo contrario y señaló que los árbitros no podían pronunciarse sobre actos administrativos, sin hacer distinción entre

ellos. Finalmente la controversia la resolvió la Corte Constitucional que en la sentencia C-1436 de 2000 resolvió declarar exequibles “los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, bajo el entendido que los árbitros nombrados para resolver los conflictos suscitados como consecuencia de la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación de contratos celebrados entre el Estado y los particulares, no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales”. Posteriormente la Corte Constitucional precisó en la sentencia SU-174 de 2007, que “cuando se trate de evaluar exclusivamente las consecuencias patrimoniales de estos actos administrativos, sin controlar su validez, es constitucionalmente legítimo que los árbitros administren justicia”. Ahora bien, la sentencia C-1436 generó una controversia acerca de cuáles actos quedaban excluidos de la competencia de los tribunales arbitrales, finalmente el Consejo de Estado en sentencia del 10 de junio de 2009,<sup>19</sup> precisó que los actos que quedaban excluidos de la competencia de los árbitros son los que consagra expresamente el artículo 14 de la Ley 80 de 1993. Los demás actos administrativos contractuales, sí pueden ser sometidos a la decisión de árbitros. Esta posición fue adoptada por la Sala Plena de la Sección Tercera<sup>20</sup>. En este sentido el Consejo de Estado ha reconocido que los tribunales arbitrales pueden conocer de los actos administrativos que imponen multas por el incumplimiento del contrato<sup>21</sup>.

Por otra parte, se ha discutido si es posible someter a arbitraje las controversias relativas a la responsabilidad extracontractual del Estado. Durante la vigencia de la Ley 80 de 1993, la solución parecía clara pues las normas que autorizaban la cláusula compromisoria y el compromiso estaban incluidas en esta ley y se referían a las controversias relativas a los contratos estatales. Sin embargo, la situación no es tan clara bajo la Ley 1563 de 2012, en la medida en que dicha ley derogó las normas sobre cláusula compromisoria y compromiso contenidas en la Ley 80 de 1993, por lo cual en materia de cláusula compromisoria y compromiso las entidades estatales se sujetan a la Ley 1563 de 2012, que permite el arbitraje en todas las materias disponibles. Lo anterior podría llevar a sostener que la responsabilidad extracontractual del Estado podría someterse a arbitraje. Sin embargo, no existen pronunciamientos en esta materia por parte de Consejo de Estado.

Finalmente, se ha discutido si cabe el arbitraje para pretensiones ejecutivas. Inicialmente la Corte en sentencia T-057 de 1995, consideró que los árbitros no podían conocer de procesos ejecutivos porque *“la paz y el orden público, se ponen en peligro si a los particulares, así obren como conciliadores o árbitros, se les atribuye”*

<sup>19</sup> Sección Tercera. Sentencia del 10 de junio de 2009, expediente número 36.252.

<sup>20</sup> Auto de la Sala Plena de la Sección Tercera del 18 de abril de 2013, rad. 17.859.

<sup>21</sup> Sección Tercera. Sentencia del 12 de agosto de 2013. Radicación 5000232600020000133401 (28730).

directamente la facultad de disponer del poder coactivo". Posteriormente la Corte Constitucional por sentencia C-294 de 1995, al pronunciarse sobre el artículo 2º del Decreto 2651 de 1991, que permitía someter a arbitraje "los procesos de ejecución en los que se hayan propuesto excepciones de mérito", señaló que del artículo 116 de la Constitución Política solo se desprenden tres límites al arbitraje que son: los árbitros tienen funciones transitorias, deben ser habilitados por las partes y deben actuar en los términos que determine la ley. Advierte entonces la Corte Constitucional que no es admisible sostener que los asuntos que se ventilan en un proceso de ejecución estarían excluidos del proceso arbitral, pues tal excepción no está en la Constitución Política. Agrega la Corte que si una obligación que presta mérito ejecutivo puede renunciarse o transigirse no se ve porque no podrían acreedor y deudor someter la controversia a decisión de árbitros. En concordancia con lo anterior en la sentencia T-299 de 1996 (modificada por auto A033-96), la Corte señaló que "el pacto arbitral es válido frente a los procesos ejecutivos" y ordenó a un juez en un proceso ejecutivo revocar el mandamiento de pago y levantar las medidas cautelares.

Por otra parte, tanto el Consejo de Estado, como la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Superior de Bogotá han considerado que actualmente no es posible para los árbitros adelantar procesos ejecutivos.

Así, en sentencia del 8 de julio de 2009, el Consejo de Estado<sup>22</sup> consideró que no es posible adelantar procesos ejecutivos en materia arbitral por las siguientes razones: 1. De un lado, es necesario que el legislador autorice y establezca el procedimiento a seguir por parte de los árbitros, cuando se trata de cobros ejecutivos, puesto que el procedimiento que actualmente existe, corresponde a un proceso de conocimiento, declarativo y de condena, que obviamente no resulta adecuado para aquella finalidad y 2. De otro lado, es necesario que las partes expresamente hayan acordado en el pacto arbitral la posibilidad de someter al conocimiento de árbitros el cobro coactivo de obligaciones claras, expresas y exigibles, contenidas en títulos ejecutivos.

En sentencia de tutela del 17 de septiembre de 2013,<sup>23</sup> la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia concedió el amparo frente a un auto de un tribunal superior que a su turno había confirmado una sentencia de un juez civil del circuito que había declarado probada la excepción de cláusula compromisoria en un proceso de ejecución. A tal efecto la Corte hizo referencia a la sentencia del Consejo de Estado ya mencionada. Así mismo precisó que la sentencia de la Corte Constitucional en que se fundó el Tribunal C-294-95, se basó en una norma que permitía someter a árbitro las excepciones en un proceso ejecutivo la cual no

<sup>22</sup> Radicación número: 11001-03-26-000-2009-00026-00(36478).

<sup>23</sup> Ref. exp. 1100102030002013-02084-00.

estaba vigente. Adicionalmente agregó la Corte que la facultad de los árbitros de administrar justicia es transitoria y que el Tribunal contra el que se dirige la tutela no analizó si del proceso ejecutivo cabe predicar una temporalidad. Así mismo señaló que no se tuvo en cuenta que la Sala de Casación ha dicho que si los árbitros no están legalmente facultados para ejecutar los laudos que profieren, menos aún puede llegar a considerarse que pueden hacerlo respecto de obligaciones derivadas de instrumentos creados por particulares o de providencias judiciales.

Otras personas como el profesor Ramiro Bejarano consideran que es posible tramitar por arbitraje un proceso ejecutivo siempre que haya normas que lo regulen.<sup>24</sup>

A la luz de lo expuesto podría concluirse que actualmente no es en principio posible tramitar un proceso ejecutivo ante un tribunal arbitral, pues el procedimiento arbitral corresponde a un trámite declarativo. Cabría en todo caso la discusión acerca de si sería posible que con base en el artículo 58 de la Ley 1563 de 2012 las partes estipularan expresamente que las pretensiones ejecutivas se sujetaran a arbitraje y dispusieran un procedimiento para el efecto, con un límite temporal. En este caso, la materia sería arbitrable y existiría un procedimiento para el efecto.

En todo caso subsiste un tema particularmente interesante y que resulta del caso que analizó la Corte Constitucional en la sentencia T-1224 de 2008, pues en dicha sentencia la Corte se pronunció sobre un caso en el cual se inició un proceso ejecutivo para cobrar una cláusula penal, en dicho proceso se invocó la excepción de cláusula compromisoria, la cual fue reconocida por el juez de circuito. Sin embargo, el tribunal superior revocó dicha decisión y ordenó continuar el proceso. En todo caso la demandada en el proceso ejecutivo inicio dos procesos arbitrales uno por cada contrato, en los cuales los tribunales arbitrales se declararon competentes. En la sentencia mencionada la Corte reconoció el principio de la competencia-competencia, esto es que el árbitro es juez de su competencia y por ello la Corte consideró que debía prosperar la excepción de cláusula compromisoria propuesta, por lo que dejó sin efectos la providencia del tribunal superior de distrito que había negado la excepción.

## 1.5 El pacto arbitral

El artículo 3º de la Ley 1563 define el pacto arbitral y señala que “El pacto arbitral es un negocio jurídico por virtud del cual las partes someten o se obligan a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas.”

<sup>24</sup> Ramiro Bejarano. Procesos Declarativos, y Arbitrales y Ejecutivos. Ed Temis, Bogotá, 2016, P. 391

### 1.5.1 Naturaleza

Como se desprende de su definición, el pacto arbitral es un negocio jurídico, lo cual implica que debe reunir los requisitos de existencia y validez de todo negocio jurídico.

### 1.5.2 Clases: cláusula compromisoria y compromiso

La ley reconoce dos formas de pacto arbitral: la cláusula compromisoria y el compromiso. La cláusula compromisoria se caracteriza por ser una estipulación del contrato, por la cual las partes acuerdan someter a arbitraje algunas o todas las controversias que hayan surgido o puedan surgir por razón del contrato. Por el contrario, el compromiso se caracteriza porque es un acuerdo para someter a arbitraje una controversia ya surgida entre las partes. Esta diferencia es importante en derecho colombiano porque la Ley 1563, regula de forma diferente los requisitos de forma de la cláusula compromisoria y del compromiso.

### 1.5.3 Condiciones de existencia y validez del pacto arbitral

Como negocio jurídico el pacto arbitral supone capacidad, consentimiento, objeto y causa lícitos.

#### 1.5.3.1 Capacidad

En primer lugar, para celebrar un pacto arbitral se requiere capacidad. En este punto ha de observarse, de una parte, que cuando se trata de incapaces la Ley 1306 de 2009 establece en su artículo 93, que se requiere autorización judicial para que el curador pueda celebrar *"Los actos onerosos de carácter conmutativo, de disposición o de enajenación de bienes o derechos de contenido patrimonial, divisiones de comunidades, transacciones y compromisos distintos de los del giro ordinario de los negocios, cuya cuantía supere los cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales"*. De la ley se desprende entonces que para acordar someter a arbitraje una controversia en que es parte un incapaz, su guardador necesita autorización judicial si la cuantía supera cincuenta salarios mínimos legales mensuales y no corresponde al giro ordinario del negocio.

Por otra parte, del artículo 2167 del Código Civil se desprende que el mandatario requiere facultad expresa para comprometer<sup>25</sup>, es decir celebrar un pacto arbitral. Lo anterior marca una diferencia importante con el representante legal de una sociedad, que en principio puede realizar todos los actos comprendidos en el objeto social, con excepción de los que limiten los estatutos (artículo 196 del Código de Comercio).

<sup>25</sup> El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia señala como primera acepción de la palabra comprometer *"Poner de común acuerdo en manos de un tercero la determinación de la diferencia, pleito, etc., sobre que se contiene."*

Por consiguiente, un pacto arbitral celebrado por un apoderado que no tenía facultades para ello es inoponible a la parte.

### 1.5.3.2 Consentimiento

En cuanto se refiere a la forma de expresar el consentimiento en el pacto arbitral se advierte que la Ley 1563 distingue a este propósito entre la cláusula compromisoria y el compromiso.

Por lo que se refiere a la cláusula compromisoria, el artículo 4º de la ley dispone que ella podrá formar parte del contrato o constar en documento separado inequívocamente referido a él.

La ley no exige que cuando la cláusula compromisoria hace parte del contrato, la misma conste por escrito. Es suficiente que la cláusula compromisoria haga parte del contrato al cual se refiere. En esta medida si se celebra verbalmente un contrato y en el mismo se conviene que las diferencias se resolverán por arbitraje, la cláusula compromisoria es parte del contrato y por ello es válida.

En este punto es pertinente precisar qué sucede si el contrato al que la cláusula compromisoria se refiere es inexistente; por ejemplo, desde la perspectiva del Código de Comercio, por carecer de la formalidad requerida por la ley en razón de la naturaleza del acto o contrato. En este punto debe observarse que la ley consagra el principio de autonomía, por lo cual la cláusula compromisoria se considera un negocio distinto al contrato en el cual se encuentra incluida (artículo 5º), por lo que la ley dispone que la inexistencia, inefficacia o invalidez del contrato no afecta la cláusula compromisoria y por ello el pronunciamiento del tribunal es procedente. Por consiguiente, al señalar la ley que la cláusula compromisoria podrá formar parte del contrato al que se refiere, lo que indica es que en este caso la cláusula compromisoria es válida si resulta del mismo acuerdo de voluntades que daría lugar al contrato si se reunieran los requisitos exigidos por la ley para que el contrato existiera válidamente.

La situación no es igual cuando la cláusula compromisoria no se incorpora en el contrato, pues en tal caso debe constar en un documento. Adicionalmente exige la ley en su artículo 4º que la cláusula que se pacte en documento separado exprese el nombre de las partes e indique en forma precisa el contrato al que se refiere. Esta última regla resulta de la práctica que se impuso en materia de seguros, pues la Superintendencia Bancaria exigió en su momento que la cláusula compromisoria no constara en las condiciones generales de seguro sino en un anexo, el cual normalmente se identifica por la referencia a las partes y el contrato al cual se refiere.

Por consiguiente, si como es usual actualmente en ciertos sectores, se celebra un

contrato en el cual sólo se indican los elementos particulares del mismo, como es el objeto, el precio, el plazo para su ejecución, y se establece que en los demás aspectos se aplicarán las normas generales de contratación de la empresa contratante en las cuales se incluye un pacto arbitral, habrá que concluir que el pacto arbitral no existe, pues el documento que lo contiene no expresa el nombre de las partes ni el contrato al cual se refiere.

Es pertinente señalar que recientemente la Corte Suprema de Justicia señaló que no puede solicitar la nulidad de un laudo, la parte que sostiene que firmó el contrato sin revisarlo y que por ello no consintió en el pacto arbitral incluido en el mismo<sup>26</sup>.

**Es pertinente señalar que recientemente la Corte Suprema de Justicia señaló que no puede solicitar la nulidad de un laudo, la parte que sostiene que firmó el contrato sin revisarlo y que por ello no consintió en el pacto arbitral incluido en el mismo.**

Por otra parte, la ley establece en el parágrafo 1º del artículo 37 que “Cuando se llame en garantía a una persona que ha garantizado el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato que contiene pacto arbitral, aquella quedará vinculada a los efectos del mismo”

De conformidad con esta norma quien garantiza el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato que contiene un pacto arbitral se entiende que lo acepta. Es pertinente observar que la ley vincula este efecto al caso en que se llame en garantía a quien ha garantizado el cumplimiento. En la práctica la forma como se ha aplicado esta disposición consiste en que cuando un contratante demanda a su cocontratante en un arbitraje y quiere igualmente reclamar a la aseguradora por una póliza de cumplimiento, lo que hace es llamar en garantía como demandante. Esta solución se ha aplicado para dar cumplida aplicación a la norma, pero realmente en estos casos lo que hubiera debido proceder es la demanda directa contra la aseguradora. Si la regla legal se apoya en que al otorgar una garantía del cumplimiento de un contrato quien la dio aceptó el pacto arbitral, la posibilidad de citarlo al proceso no debería depender de que lo vinculen como llamado en garantía, pues debería aplicarse igualmente cuando lo puede demandar directamente.

Desde otra perspectiva como quiera que la norma establece una presunción de consentimiento en el pacto arbitral por el hecho de otorgar una garantía, ella sólo

<sup>26</sup> Sala de Casación Civil. Sentencia del 15 de enero de 2019. Radicación n.º 11001-02-03-000-2016-03020-00

puede aplicarse a las garantías que se otorguen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1563 de 2012. Así lo precisó la Corte Constitucional en sentencia C-170 de 2014. En el mismo sentido se pronunció el Consejo de Estado<sup>27</sup> respecto a una garantía constituida antes de la vigencia de la Ley 1563 de 2012.

Como quiera que la ley se funda en una presunción de aceptación del pacto arbitral, quien otorga la garantía puede expresamente manifestar que no consiente en el pacto arbitral.

**Como quiera que la ley se funda en una presunción de aceptación del pacto arbitral, quien otorga la garantía puede expresamente manifestar que no consiente en el pacto arbitral.**

Así mismo, el consentimiento del garante debe entenderse otorgado respecto de lo que conoció o pudo conocer. Por consiguiente, si otorgó la garantía, pero no conoció que existía una cláusula compromisoria, porque la misma constaba en otro documento, no puede entenderse que la cláusula lo vincula.

En cuanto al contenido de la cláusula compromisoria para que la misma exista basta que las partes expresen que sus diferencias se resolverán a través de arbitraje. Así es perfectamente válida la cláusula en la cual simplemente se dice “*Solución de controversias: arbitraje*”. En efecto, las normas aplicables no exigen que la cláusula indique el número de árbitros, si el arbitraje debe ser en derecho o en equidad, o el centro que se encargara del arbitraje, pues todas estas menciones las suple la ley.

50

No obstante, el artículo 14 de la Ley 1682 de 2013, relativa a la infraestructura de transporte, establece que en los pliegos de condiciones se debe definir el perfil de los árbitros de tal manera que sus condiciones personales y profesionales sean idóneas respecto al objeto del contrato y las actividades a desarrollar por las partes. Igualmente exige que en las cláusulas compromisorias se limiten los honorarios de los árbitros.

Lo primero que debe observarse es que este requisito solo procede respecto de contratos relativos a infraestructura de transporte celebrados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1682 de 2013. Ahora bien, la anterior norma plantea la duda acerca de qué sucede cuando la cláusula compromisoria no incluye estas menciones. La jurisprudencia del Consejo de Estado no ha tenido que pronunciarse sobre este particular.

<sup>27</sup> Sección Tercera. Sentencia del 17 de agosto de 2017. Radicación 25000-23-26-000-2001-013377-02

Es claro que dichas menciones no constituyen elementos esenciales del pacto arbitral, pues tal calificativo ha de reservarse a aquellos sin los cuales el contrato no existe o degenera en uno diferente (artículo 1501 del Código Civil). Así como en la compraventa lo esencial es un acuerdo sobre la cosa y el precio, en el pacto arbitral lo esencial es la voluntad de las partes de someter controversias futuras o existentes a la decisión de árbitros.

Por otra parte, podría discutirse si el pacto arbitral estaría viciado de nulidad absoluta por razón de lo dispuesto por el artículo 899 del Código de Comercio, aplicable a la contratación estatal por virtud del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, el cual establece dicha sanción legal para cuando el negocio jurídico *“contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa”*. Si se tiene en cuenta que la Ley 1682 establece que las entidades deben incluir determinadas estipulaciones en los pliegos (las calidades de los árbitros) o en la cláusula compromisoria (la limitación de honorarios de los árbitros), ello no implica que cuando se omiten el negocio jurídico en sí mismo viole la ley imperativa, pues lo que la ley contempló fue un deber para la entidad estatal y no un requisito del negocio jurídico ni un deber para ambas partes. A este respecto debe además observarse que al momento de integrar el Tribunal las partes podrían ponerse de acuerdo en los nombres de los árbitros o pactar expresamente las calidades requeridas, lo que supliría la omisión en que inicialmente se incurrió. Igual podrían acordar límites a los honorarios antes de nombrar árbitros. Todo lo anterior indicaría que la omisión no implicaría la invalidez del pacto arbitral.

Cuando se trata de un compromiso la ley expresa que el mismo debe constar “*en cualquier documento*”. Si bien lo normal es que el compromiso conste en un escrito, como el concepto de documento no se circumscribe a un escrito el mismo podría constar de otra manera, por ejemplo, en una grabación. Además, en todo caso podría constar en un mensaje de datos que cumpla los requisitos del artículo 6º de la Ley 527 de 1999.

Al establecer la ley que el compromiso debe constar en cualquier documento, se concluye que no tiene que reunir los requisitos de forma del contrato al que se refiere el conflicto objeto del compromiso. Lo anterior, además, porque por virtud del principio de autonomía, el compromiso es un negocio distinto al contrato que da lugar a la controversia y por ello no tiene que reunir las condiciones requeridas para éste. El compromiso debe contener el nombre de las partes, la identificación de las controversias que se someten a arbitraje y la indicación del proceso en curso, cuando a ello hubiere lugar, esto es, cuando el mismo exista. En este punto surge la pregunta acerca de cuál es la consecuencia de omitir alguna de estas menciones. En efecto, puede ocurrir que no se indique en el compromiso que existe un proceso en curso. En tal caso podría discutirse si el compromiso existe o si es nulo.

Ahora bien, el parágrafo del artículo 3º<sup>28</sup>, en concordancia con el artículo 20 de la Ley 1563 de 2012, establece que el pacto arbitral se entiende probado como resultado del hecho de invocar la existencia de un pacto arbitral contenida en el demanda, en la contestación a ella o en las excepciones previas, la cual no es contradicha por la otra parte.

Hay que señalar que el parágrafo del artículo 3º no es claro pues solo hace referencia a la afirmación realizada durante el traslado de la demanda, la contestación de la demanda o las excepciones previas. No obstante, el artículo 20 de la misma ley establece que debe rechazarse 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 artículo 3º*”. Al armonizar las dos normas se concluye que la ley reconoce que la invocación del pacto arbitral puede hacerse en la demanda.

Del conjunto de estas dos normas resulta entonces que pueden presentarse las siguientes situaciones: i) que el demandante en su demanda arbitral invoque la existencia de un pacto arbitral y que el demandado no se oponga a ello, en tal caso el pacto arbitral queda válidamente probado; o ii) que el demandado en un proceso ante un juez en el término del traslado de la demanda, invoque la existencia de un pacto arbitral, es decir formula la excepción de cláusula compromisoria o compromiso, y el demandante no se opone a ello, se entenderá válidamente probado el pacto arbitral, y por ello el juez debe declarar probada la excepción y remitir las partes al arbitraje.

Adicionalmente el artículo 37 de la ley establece que en caso de llamamiento en garantía el pacto arbitral puede probarse de conformidad con el parágrafo del artículo 3º. Por consiguiente, si se produce un llamamiento en garantía en un proceso arbitral, en el que se afirma la existencia de un pacto, y el llamado no se opone a ello, se entiende probado el pacto arbitral. Igualmente, si en un proceso ante un juez, al contestar el llamamiento en garantía, el llamado invoca la existencia de un pacto arbitral, se debe entender probado el pacto arbitral.

En todo caso la aplicación de esta norma puede generar controversia desde dos puntos de vista: en primer lugar, en la medida en que la ley establece que la consecuencia es que “*se entiende válidamente probada la existencia del pacto*”. Podría ocurrir que en el curso del proceso se pruebe que realmente nunca se celebró el pacto arbitral. En esta situación, ¿podría discutirse nuevamente la existencia del pacto? Una posible respuesta es que la ley claramente estableció que el pacto se consideraba válidamente probado y por consiguiente, ya no es posible probar lo contrario.

<sup>28</sup> La norma dispone: “*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*”

En segundo lugar, como quiera que en materia de contratación estatal los contratos son solemnes, pues deben constar por escrito de conformidad con el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, y adicionalmente la jurisprudencia del Consejo de Estado ha aplicado al pacto arbitral en materia estatal el principio de planeación<sup>29</sup>, cabe la discusión acerca de si lo dispuesto en el parágrafo del artículo 3º se aplica en los casos de contratación estatal.

### **En segundo lugar, como quiera que en materia de contratación estatal los contratos son solemnes, pues deben constar por escrito de conformidad con el artículo 41 de la Ley 80 de 1993.**

Finalmente, el artículo 80 del Decreto 1829 de 2013 (artículo 2.2.4.2.10.1 del Decreto 1069 de 2015, decreto compilatorio) dispuso que “*En todo contrato, y en particular, en el de adhesión o contenido predisuelto, se podrá incluir el pacto arbitral como cláusula de opción en los términos del artículo 23 de la Ley 51 de 1918*”, para lo cual estableció una reglamentación. Lo anterior implica entonces que se puede estipular un pacto arbitral en el cual una de las partes tiene la facultad de acudir al arbitraje o a la rama jurisdiccional del poder público. Debe observarse en todo caso que la reglamentación contenida en el decreto mencionado no es clara.

#### **1.5.3.3 Objeto**

Como en todo negocio jurídico el objeto del pacto arbitral debe ser posible, lícito y determinado o determinable.

53

En cuanto a la posibilidad, ello alude a la existencia de un conflicto por resolver. Puede ocurrir, aun cuando no es frecuente, que se celebre un compromiso para resolver una controversia que ya ha sido decidida, bien por un tercero a quien se le había encomendado como mandatario llegar a un acuerdo, bien a través de una sentencia judicial. En tal caso, el pacto arbitral no puede producir efectos.

Por otra parte, el pacto arbitral debe ser lícito. Lo anterior implica que la controversia objeto del mismo pueda ser arbitrable. Ya se precisó que la ley permite someter a arbitraje todas las controversias que se refieran a materias disponibles, así como aquellas que expresamente la ley autorice.

En tercer lugar, el objeto del pacto debe ser determinado o determinable. La cláusula compromisoria puede referirse a todos los conflictos derivados de un contrato

<sup>29</sup> Providencia de la Sección Tercera del 8 de abril de 2013. Radicación número: 85001-23-31-000-1998-0013501(17859). En esta providencia el Consejo de Estado cambió su jurisprudencia que sostenía que podría haber renuncia al pacto arbitral en el caso concreto por el hecho de que el mismo no fuera invocado.

o algunos de ellos. Por su parte el compromiso debe referirse a unas controversias determinadas ya surgidas entre las partes. En tal sentido la ley exige que se indique la controversia que se somete a arbitraje (artículo 6º).

De estas dos normas resulta que no es posible celebrar un acuerdo por virtud del cual las partes convengan que cualquier controversia que se produzca entre ellas en un futuro por los contratos que lleguen a celebrar se someterá a arbitraje.

#### 1.5.3.4 Causa

El pacto arbitral debe tener una causa lícita. Así el pacto arbitral sería ilícito si se acude a un tribunal arbitral con el fin de lograr a través del mismo evadir el cumplimiento de las normas legales. Es el caso, por ejemplo, cuando a través de un proceso se reclama el cumplimiento de un contrato, pero en realidad con ello se persigue lavar dinero ilícitamente obtenido.

### 1.5.4 El pacto arbitral, el régimen de servicios públicos domiciliarios y el estatuto de protección al consumidor

El pacto arbitral puede incluirse en los contratos de servicios públicos domiciliarios. En efecto, la ley no lo prohíbe y, por el contrario, establece algunas reglas para regularlo. En este sentido el artículo 133 de la Ley 142 de 1994, establece las estipulaciones en las que se presume un abuso de posición dominante en los contratos de servicios públicos y entre ellas incluye “*133.10. [l]as que confieren a la empresa mayores atribuciones que al suscriptor o usuario en el evento de que sea preciso someter a decisiones arbitrales o de amigables componedores las controversias que surjan entre ellos;*” y “*133.11. [l]as que confieren a la empresa la facultad de elegir el lugar en el que el arbitramento o la amigable composición han de tener lugar, ...*”

Por otra parte, si el pacto arbitral se incluye en un contrato con un consumidor, el mismo debe sujetarse a las reglas de la Ley 1480 de 2012. En este punto debe observarse que inicialmente el artículo 43 de la Ley 1480 había establecido que constituían cláusulas abusivas y por ello ineficaces las que “*12. Obliguen al consumidor a acudir a la justicia arbitral*”. Esta norma fue derogada por la Ley 1563 de 2012. Lo anterior implica que los pactos arbitrales en las relaciones de consumo no están prohibidos por sí mismos. En todo caso como cualquier estipulación en un contrato con un consumidor a los pactos arbitrales debe aplicarse el criterio contenido en el artículo 42 de la Ley 1480 de 2011, por lo que serán abusivas las estipulaciones contenidas en un pacto arbitral que claramente son injustificadamente desequilibradas, como serían aquellas que establecen reglas de procedimiento que causan un desequilibrio en perjuicio del consumidor. Tal sería el caso en que el pacto otorgara mayores facultades al fabricante, proveedor o distribuidor que al consumidor, o restringiera las facultades del mismo para pedir las pruebas necesarias para acreditar los hechos en que se funda sus pretensiones o

excepciones, o estableciera como sede del tribunal un lugar al cual el consumidor no tiene fácil acceso, etc.

Por otra parte, si el pacto arbitral consta en unas condiciones generales, deberá darse cumplimiento a lo previsto en el artículo 37 de la Ley 1480 de 2011. Dicho artículo establece unos requisitos cuya omisión se sanciona con la ineffectiva de la respectiva estipulación. A tal efecto se exige que se informe suficiente, anticipada y expresamente al adherente sobre la existencia efectos y alcance de las condiciones generales. Lo anterior implica que debe informarse al adherente acerca de la existencia de una cláusula compromisoria que implica que las controversias a las que la misma se refiere no serán resueltas por los jueces permanentes del Estado sino por árbitros. El pacto arbitral deberá redactarse en castellano. La cláusula compromisoria debe ser concreta, clara y completa. Lo anterior implica que sea comprensible para el adherente y adicionalmente que si se incluyen algunas reglas particulares, las mismas estén incluidas en la misma estipulación y no en otros documentos. La cláusula debe ser además legible.

### 1.5.5 El pacto arbitral y la Directiva Presidencial 04 de 2018

Por la Directiva Presidencial No 04 de 2018, el Presidente de la República dio una serie de instrucciones a las entidades del orden nacional en materia de pactos arbitrales. A tal efecto en la Directiva se expresó que la suscripción de un pacto arbitral debe corresponder a una decisión de gerencia pública explícita, previa la evaluación de derogar para el caso concreto la competencia de la jurisdicción contenciosa, para lo cual el director de la entidad deberá documentar en los antecedentes que justifican el pacto, previo concepto de los jefes de la oficina jurídica o directores jurídicos de la entidad u organismo.

55

Desde esta perspectiva cabe la duda de si el no cumplimiento de este requisito puede afectar el pacto arbitral. La respuesta aparentemente es negativa, porque las condiciones de validez de los actos y negocios jurídicos las fija la ley.

### 1.5.6 Los efectos del pacto arbitral

#### 1.5.6.1 Efectos entre las partes

Como todo negocio jurídico el pacto arbitral vincula a las partes. Ahora bien, en esta materia surge la discusión de quienes son partes.

Esta controversia se ha presentado en relación con las sociedades y los contratos de fiducia.

En cuanto a las sociedades en algunos casos ha surgido la discusión acerca de si el pacto arbitral vincula a las personas que posteriormente ingresan a la sociedad o adquieren acciones de la misma o si se requiere un consentimiento específico.

**En cuanto a las sociedades en algunos casos ha surgido la discusión acerca de si el pacto arbitral vincula a las personas que posteriormente ingresan a la sociedad o adquieren acciones de la misma o si se requiere un consentimiento específico.**

En el caso de las sociedades por acciones simplificadas el artículo 40 de la Ley 1258 de 2008, es claro en el sentido que el pacto incluido en los estatutos vincula a los accionistas, incluyendo no sólo a quienes aprueban inicialmente el pacto, sino también a quienes ingresan posteriormente, pues como lo dijo la Corte Constitucional<sup>30</sup> el interesado puede conocer la cláusula y al decidir ingresar acepta la cláusula compromisoria. Adicionalmente, en el caso de las S.A.S. la ley prevé que el pacto se puede incluir o excluir de los estatutos por unanimidad.

Cuando se trata de otras sociedades la Superintendencia de Sociedades se ha pronunciado sobre la posibilidad de invocar la inclusión o supresión de un pacto arbitral por reforma estatutaria frente a los accionistas que no manifiestan su consentimiento específicamente; sobre la posibilidad de impugnar las decisiones de los órganos sociales que suprimen la cláusula compromisoria, y sobre la aplicación del pacto arbitral a las personas que ingresan a la sociedad cuando el pacto arbitral se encuentra incluido en los estatutos sociales, sin hacer manifestación expresa sobre su adhesión al pacto arbitral.

Por lo que se refiere a la inclusión del pacto arbitral por mayoría de la asamblea. La Superintendencia ha hecho referencia a una sentencia del Tribunal Superior de Bogotá del 5 de diciembre de 2012, en la cual según indica la Superintendencia<sup>31</sup> se expresó “*la cláusula compromisoria es un negocio jurídico autónomo y privado, por ende, no puede predicarse que su reforma o extinción respecto del contrato social pueda surtirse por voluntad de una mayoría social, sino que, por el contrario, se requiere para tal propósito de la voluntad unánime de las partes que lo celebraron o adhirieron*” .

Por otra parte, al referirse a la posibilidad de impugnar las decisiones de los órganos societarios de excluir una cláusula compromisoria de los estatutos la Superintendencia de Sociedades sostuvo<sup>32</sup> que por razón del principio de autonomía la cláusula compromisoria no constituye un elemento accesorio del contrato de sociedad, sino un negocio autónomo, y por ello concluyó que es “*equivocado con-*

<sup>30</sup> Sentencia C-014 de 2010.

<sup>31</sup> Auto 801-018280 de octubre 29 de 2013 de la Superintendencia de Sociedades.

<sup>32</sup> Sentencia 800-38/2015-800-165 de abril 28 de 2016.

cluir que la cláusula compromisoria debe regirse por las normas que regulan el funcionamiento de personas jurídicas de naturaleza societaria". Agregó que de lo contrario "se presentaría una contradicción insalvable entre la ley de las mayorías que rige el funcionamiento del máximo órgano social y los principios en que se funda la justicia arbitral". Por lo anterior negó la solicitud de los demandantes que habían impugnado la decisión que suprimía la cláusula compromisoria de los estatutos sociales.

Finalmente, la Superintendencia ha considerado que quienes ingresan a una sociedad no quedan vinculados por el pacto arbitral incluido en sus estatutos a menos que se adhieran expresamente a él<sup>33</sup>. A tal efecto señala que el pacto arbitral es autónomo y que por ello no es una cláusula accesoria del contrato social. Igualmente agrega que de no aceptarse esta tesis se presentaría una contradicción insalvable entre la ley de las mayorías que rige el funcionamiento del máximo órgano social y el principio de habilitación en el que se funda la justicia arbitral, pues el pacto arbitral podría ser incluido sin consentimiento de uno de los accionistas y a él le sería aplicable el pacto.

En relación con este punto se deben distinguir dos situaciones que son: la que se produce cuando una persona adquiere acciones en una sociedad, bien sea porque las compra, las hereda o suscribe nuevas acciones y la que se presenta cuando se modifican los estatutos sociales para incluir o excluir un pacto arbitral.

Cuando se adquieren acciones, el derecho debe transferirse en las mismas condiciones que se tenía, y por ello si había pacto arbitral, el mismo se entiende incluido. Lo mismo debe ocurrir cuando una persona suscribe nuevas acciones en una sociedad existente, pues al hacerlo acepta todo lo incluido en los estatutos sociales.

A este respecto debe destacarse que el artículo 110 del Código de Comercio establece como una de las estipulaciones que pueden incluirse en los estatutos sociales la cláusula compromisoria. Por consiguiente, de acuerdo con la ley, dicha cláusula puede formar parte de los estatutos sociales<sup>34</sup>.

A lo anterior debe agregarse que el principio de autonomía busca evitar que los vicios del contrato en el cual se incluye una cláusula compromisoria, afecten el pacto arbitral. Lo anterior con el objetivo de que los árbitros puedan decidir todas las controversias incluyendo las relativas a la existencia y validez del contrato. Es por

<sup>33</sup> Ver por ejemplo, Auto 801-018280 de octubre 29 de 2013 y auto en el proceso No 2016-800-1.

<sup>34</sup> Así lo ha considerado por ejemplo el Tribunal Supremo de España en sentencia del 9 de julio de 2007 Disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/contentid?contentid=TS&reference=350212&statsQueryId=104420772&calledfrom=searchresults&links=%22776%2F2007%22&optimize=20070927&publicinterface=true>.

ello que la cláusula compromisoria no puede considerarse como una estipulación totalmente ajena al contrato, pues precisamente las partes al celebrar el negocio la incluyen como parte de toda su operación económica. Es como consecuencia de lo anterior, que el artículo 5º de la Ley 1563 de 2012 establece que la cesión de un contrato implica la cesión de la cláusula compromisoria. Una solución distinta implicaría desconocer la fuerza obligatoria del contrato, pues una parte a través de la cesión del contrato privaría de efectos la cláusula compromisoria que pudo ser fundamental al celebrar el contrato.

A este respecto, debe destacarse que en un caso en el cual la Superintendencia de Sociedades consideró que el pacto arbitral no vinculaba a un heredero<sup>35</sup>, la Corte Suprema de Justicia por vía de tutela invalidó dicha decisión. Precisó la Corte<sup>36</sup> que “la causahabiente es un principio que se sobrepone a la habilitación especial que un sector de la Doctrina reclama frente a la cláusula arbitral para exigir en forma expresa la adhesión de todos los cessionarios a ella”, razón por la que “no se requiere que el accionista hereditario pacte una cláusula compromisoria que ya su causante había aceptado al momento de la celebración del contrato”. Si bien la Corte sentó esta tesis respecto de los herederos de un socio, el mismo principio debe aplicarse cuando la causahabiente es por acto entre vivos, pues no hay razón para hacer una distinción.

Cuando lo que sucede es que se modifican los estatutos sociales para incluir o excluir el pacto arbitral, lo que debe determinarse es si a la luz de régimen societario la asamblea de accionistas puede tomar una decisión en tal sentido aplicable a todos los accionistas. En particular la discusión que cabe es si una decisión por mayoría puede cobijar a quienes no están de acuerdo con excluir o incluir el pacto arbitral. Una primera conclusión parece clara y es la siguiente: si ya se invocó el pacto arbitral, la decisión de la mayoría no puede privar al minoritario de su derecho de acudir al arbitraje, pues ya hay una situación jurídica concreta. Otra conclusión a la que podría llegarse es que la modificación de los estatutos no puede afectar a los que ya no son socios<sup>37</sup>. En efecto, las decisiones de la asamblea o junta de socios en el marco de sus competencias vinculan incluso a los socios ausentes o disidentes, pero no a quienes ya no lo son. Por consiguiente, si existiera una controversia que se encontraba incluida en el alcance del pacto arbitral vigente cuando una persona es socia, no podría invocarse contra él una modificación posterior a su retiro de la sociedad. El problema es más complejo cuando no se ha acudido

<sup>35</sup> Auto n.º 2015- 800-14.

<sup>36</sup> Sentencia de la Sala de Casación Civil del 15 de febrero de 2016, numero STC1779-2016/2015-02940. Expediente 11001-22-03-000-2015-02940-01. Esta posición fue reiterada en sentencias STC1857-2016 y STC2511-2016.

<sup>37</sup> Ver sobre la no aplicación de la modificación del pacto arbitral a unos socios que fueron excluidos, sentencia del Tribunal Supremo de España del 9 de julio de 2007.

al arbitraje o ni siquiera ha surgido una controversia y se modifican los estatutos. *¿Obliga dicha decisión a los socios ausentes o disidentes?* En tal caso podría sostenerse que como sucede con cualquier pacto estatutario el mismo puede ser modificado por mayoría y ello en principio vincula a todos los socios. En todo caso siempre podrá acudirse a mecanismos que permiten controlar las conductas contrarias a los principios que rigen las sociedades, como es el del abuso de la mayoría.

Otro problema que se discute es si el pacto arbitral incluido en los estatutos se extiende a los administradores. En este punto el artículo 40 de la Ley 1258, que regula las S.A.S., establece expresamente que las diferencias que ocurran entre los accionistas o con la sociedad o los administradores, en desarrollo del contrato social o del acto unilateral, pueden someterse a decisión arbitral, si así se pacta en los estatutos. Por consiguiente, si en los estatutos de una S.A.S. expresamente se prevé que las controversias con los administradores en desarrollo del contrato social o del acto unilateral se someten a arbitraje, hay un pacto válido y vinculante.

Por lo que se refiere a otros tipos sociales, el artículo 110 del Código de Comercio contempla la posibilidad de que se incluya la cláusula compromisoria para resolver las diferencias entre los asociados y la sociedad, es decir, no menciona a los administradores. Sin embargo, podría sostenerse que ello no significa que no sea posible establecer en los estatutos de sociedades distintas a las S.A.S. que las controversias con los administradores por razón de la sociedad se someterán a arbitraje. Lo anterior porque el administrador debe conocer los estatutos sociales, pues la ley lo obliga a velar por su cumplimiento<sup>38</sup>, y por ello puede concluirse que al aceptar desempeñarse en tal calidad, aceptó el pacto arbitral.

En todo caso el pacto arbitral implica el acuerdo de las dos partes, por ello si la asamblea o junta de socios modifica los estatutos para excluir el pacto arbitral o para modificarlo, dicha supresión o exclusión no se le aplica al administrador hasta que el mismo la acepte. Ahora bien, la discusión que puede presentarse es cuando el pacto arbitral no es claro en cuanto a su alcance respecto de los sujetos. Así si el pacto arbitral simplemente señala que todas las controversias que surjan por razón del desarrollo del contrato social se someterán a arbitraje, cabe la duda acerca de si dicha estipulación incluye sólo a los socios o accionistas o también a los administradores. La duda deberá resolverse en cada caso concreto acudiendo a las reglas de interpretación de los contratos.

Respecto de los contratos de fiducia en los que se incluye un pacto arbitral, se ha discutido si el pacto arbitral puede ser invocado por o contra los beneficiarios de la fiducia. Han existido distintas opiniones en esta materia. Algunos consideran que todo aquel que puede invocar derechos derivados del contrato es parte y por ello si

<sup>38</sup> Artículo 23 de la ley 222 de 1995.

en el contrato de fiducia se incluyó un pacto arbitral, el mismo los vincula. Otros consideran que sólo queda vinculado por el pacto el beneficiario por el contrato de fiducia, cuando el contrato claramente lo establece, pues si aceptó el beneficio de la fiducia, lo aceptó en las condiciones previstas en el contrato, el cual incluye el pacto arbitral. Finalmente, otras personas consideran que el tercero beneficiario no es parte en el contrato de fiducia, por lo que el pacto arbitral no lo vincula. Esta es la posición que adoptó la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 10 de julio de 2009<sup>39</sup> en la cual precisó que el beneficiario de una fiducia no podía invocar el pacto arbitral incluido en el contrato, y para tal efecto señaló:

*"Por definición legis, las partes del negocio jurídico de fiducia mercantil, son el fiduciante o fideicomitente y el fiduciario; el beneficiario o fideicomisario, expressis verbis es "un tercero", cuya previsión por las partes, ni siquiera es menester para la celebración, existencia o eficacia final de la fiducia mercantil, en cuanto la finalidad fiduciaria podrá determinarse por el constituyente, fiduciante o fideicomitente, exclusivamente en su provecho, y determinada, por éste, a favor de un tercero, no por ello adquiere la calidad de parte, aunque su existencia condiciona la eficacia final del acto dispositivo, sus efectos definitivos, los fines perseguidos por las partes y su función práctica o económica social".*

En todo caso la solución de la Corte no impide que se celebre un acuerdo entre el beneficiario y las partes en el contrato, el cual puede resultar del propio texto del contrato en el que se indique que el beneficiario al aceptar adhiere al pacto arbitral.

En este sentido es pertinente señalar que en algunos casos se pacta la extensión del pacto arbitral a personas distintas a quienes firman el contrato. Ello es particularmente importante cuando se trata de desarrollar un proyecto por una sociedad creada para el efecto, por lo que quienes presentan la oferta son distintos a quien firma el contrato. En tal caso, el pacto vincula a los oferentes en la medida en que lo hayan aceptado. Así por ejemplo, en el modelo de contrato de concesión 4G de la ANI, con base en el cual se han celebrado numerosos contratos, se estipula que si se convoca un tribunal arbitral *"los efectos de la cláusula compromisoria serán extensivos a aquellas empresas, sociedades o personas naturales que hayan presentado conjuntamente la Oferta, en la medida en que dichos sujetos expresaron su consentimiento al momento de la presentación de la Oferta"*<sup>40</sup>.

Del pacto arbitral surgen para las partes obligaciones de hacer, de dar y de no hacer.

<sup>39</sup> Sala de Casación Civil. REF: 11001-3103-039-2000-00310-01

<sup>40</sup> [https://www.ani.gov.co/sites/default/files/u233/contrato\\_parte\\_general\\_4g\\_1.docx](https://www.ani.gov.co/sites/default/files/u233/contrato_parte_general_4g_1.docx)

En primer lugar, del pacto surge una obligación de hacer y es acudir al arbitraje para resolver las controversias que surjan entre las partes. Ello no impide que las partes realicen negociaciones directas y solucionen su controversia por otros mecanismos.

Lo anterior implica a la luz de la buena fe, realizar las actividades necesarias para integrar el tribunal, permitir que el arbitraje se desarrolle correctamente y que los árbitros puedan resolver la controversia.

Adicionalmente, del pacto surge una obligación de dar y es sufragar los gastos que genere el desarrollo del pacto arbitral, particularmente pagar las sumas por concepto de honorarios y gastos.

Finalmente, el pacto arbitral implica una obligación de no hacer y es no acudir unilateralmente a un mecanismo distinto al pactado para resolver la controversia. En todo caso puede ocurrir que una parte acuda para solucionar su controversia a la rama jurisdiccional del poder público y que la otra parte no invoque la excepción de compromiso o cláusula compromisoria. Tal conducta, de conformidad con el parágrafo del artículo 21 de la ley, implica que las partes han renunciado al pacto arbitral para el caso concreto. De esta manera, el pacto arbitral subsiste para todas las demás controversias de las partes que se encuentren dentro del alcance del mismo. Para precisar cuál es el caso concreto deberían tomarse en cuenta los tres elementos que permiten identificar cuándo existe cosa juzgada, esto es la identidad, de objeto, causa y partes (artículo 303 del Código General del Proceso).

El hecho de que existan tales obligaciones determina que, si una parte obstaculiza el desarrollo del proceso, podría incurrir en responsabilidad civil. En otros países se ha discutido si en tal caso el tribunal arbitral es competente para conocer de la responsabilidad por violación del pacto arbitral<sup>41</sup>. Una respuesta a este interrogante parte del análisis del pacto arbitral. En este contexto podría sostenerse que si el pacto es una cláusula compromisoria y la misma tiene por objeto que los árbitros resuelvan las controversias que se deriven del contrato, los árbitros estarían habilitados para conocer de las controversias vinculadas al incumplimiento del pacto arbitral, en la medida en que aunque autónoma, la cláusula compromisoria es parte del contrato que la contiene. Por lo demás ha de observarse que el árbitro

<sup>41</sup> El Tribunal Federal Suizo en dos decisiones ha negado la nulidad de laudos que deciden sobre una demanda de perjuicios contra una parte que ha acudido a la jurisdicción desconociendo el pacto arbitral: sentencia del 11 de febrero de 2010, número 4A\_444/2009 y sentencia del 30 de septiembre de 2013 número 4A\_232/2013 of 30 September 2013, disponibles en <http://www.swissarbitration-decisions.com/sites/default/files/11%20fevrier%202010%204A%20444%202010.pdf> y <http://www.swissarbitrationdecisions.com/sites/default/files/30%20septembre%202013%204A%20232%202013.pdf>. Ver igualmente Matthias Scherer, Court proceedings in violation of an arbitration agreement: Arbitral Jurisdiction to issue anti-suit injunction and award damages for breach of the arbitration agreement disponible en [https://www.lalive.law/wp-content/uploads/2017/07/Press\\_Proof.pdf](https://www.lalive.law/wp-content/uploads/2017/07/Press_Proof.pdf)

al decidir la controversia relativa a un contrato debe adoptar una determinación sobre las costas, que en el fondo van a permitir resarcir a la parte que ha ganado el proceso los gastos en que incurrió para tal efecto. Es decir, este aspecto que tiene que ver con los perjuicios que la parte sufre por el proceso se encuentra incluido dentro de las materias que puede decidir.

#### 1.5.6.2 Efectos frente a terceros

En virtud del principio del efecto relativo de los contratos, el pacto arbitral no vincula a los terceros.

Sin embargo, internacionalmente se ha reconocido en algunos países la posibilidad de que el pacto arbitral vincule a otras personas distintas a aquellas que lo celebraron. Ello puede ocurrir cuando existe un consentimiento tácito en el pacto arbitral. Es por ejemplo, el caso de una empresa que constituye una filial para celebrar y ejecutar un contrato en el que se incluye el pacto arbitral, pero quien realmente participa en la ejecución del contrato es la empresa matriz. En tal caso podría considerarse que la matriz aceptó el pacto arbitral. En todo caso debe observarse que existen tendencias variadas en los diferentes países en torno a este punto<sup>42</sup>.

#### 1.5.7 La interpretación del pacto arbitral

En la medida en que el pacto arbitral es un negocio jurídico, el mismo debe ser interpretado teniendo en cuenta las reglas que establece el Código Civil para la interpretación de los contratos. Lo anterior implica, entre otras cosas, tener en cuenta la intención de los contratantes, e interpretar sus estipulaciones en el sentido que produzcan efectos y no en el sentido que los prive de ellos.

62

La Corte Constitucional ha señalado, por ejemplo, que *"a menos de que no sea razonablemente posible deducir la intención de las partes de someterse al arbitramento, el juez debe propender por dotar de plenos efectos al pacto arbitral, sin detenerse en reparar por deficiencias de redacción o falta de precisión en el alcance de la habilitación, ya que de lo contrario desconocería indebidamente la libre decisión de los contratantes de poner fin de manera pacífica a sus disputas a través de dicho mecanismo alternativo de resolución de controversias."*<sup>43</sup>

En este punto el Consejo de Estado ha señalado que *"en caso de que la cláusula arbitral no señale, concretamente, cuáles conflictos quedan a su cargo, se entiende que todos los transigibles que surjan de la relación contractual están incluidos"*<sup>44</sup>

<sup>42</sup> Para una visión general sobre el punto ver Roque Caivano. Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario. Disponible en [http://www.limaarbitration.net/LAR1/roque\\_j\\_caivano.pdf](http://www.limaarbitration.net/LAR1/roque_j_caivano.pdf). Consultado el 26 de enero de 2019.

<sup>43</sup> Sentencia T-511 de 2011

<sup>44</sup> Sección Tercera. Sentencia del 24 de julio de 2013. Referencia 11001-03-26-000-2011-00053-00 (42.002)

Adicionalmente deberá tenerse en cuenta el principio que consagra el artículo 902 del Código de Comercio en materia de nulidad, por lo que, si alguna de las estipulaciones del pacto está viciada de nulidad, ello solo afectará todo el pacto cuando aparezca que no se habría celebrado sin dicha estipulación, lo que debe probarse. En la duda el pacto arbitral no puede anularse en su totalidad. Se puede agregar que lo normal es que las partes quieren someter sus diferencias a arbitraje y para ello pactan algunas reglas adicionales, pero si ellas hubieran sabido que alguna de dichas reglas no era válida, lo que hubieran hecho es pactar el arbitraje sin tales reglas.

En este punto es de destacar la sentencia del 26 de noviembre de 2015,<sup>45</sup> en la cual la Sección Tercera el Consejo de Estado debió decidir un caso en el cual el pacto arbitral se refería a una institución arbitral inexistente, según la prueba que obraba en el expediente. A tal efecto el Consejo de Estado precisó que cuando “el pacto arbitral no se encuentra debidamente redactado o presenta deficiencias, y ello dificulta su aplicación en el caso concreto, se está en presencia de una cláusula patológica, la cual podrá tener o no eficacia, dependencia del tipo de yerro y la posibilidad de dar prevalencia a la voluntad de las partes sobre el defecto de la misma”. Señaló el Consejo de Estado que “Cuando la voluntad de someter a arbitraje sea inequívoca y el yerro sea susceptible de ser suplido a partir de la redacción del pacto arbitral, deberá darse prevalencia a la estipulación contractual”, para lo cual se apoyó en jurisprudencia internacional. Concluyó el Consejo de Estado que el yerro en la designación de la institución administradora no es una ausencia de voluntad de arbitral, por lo cual declaró sin efectos la expresión de la cláusula que hacía referencia a una institución arbitral inexistente y en su lugar dispuso aplicar la norma de la ley que establece el centro de arbitraje competente cuando las partes no lo pactan.

### 1.5.8 La autonomía del pacto arbitral

Siguiendo la tendencia internacional en la materia, la legislación colombiana consagró el principio de autonomía del pacto arbitral inicialmente en la Ley 446 de 1996, la cual fue declarada constitucional por la Corte Constitucional en sentencia C-248 de 1999 y actualmente en el artículo 5º de la Ley 1563<sup>46</sup>. El principio de autonomía implica que el pacto arbitral se considera un negocio distinto al contrato al cual se refiere, razón por la cual las causales de inexistencia, ineficacia o nulidad del contrato no afectan por ese sólo hecho el pacto arbitral. El pacto arbitral debe ser entonces analizado por sí mismo a la luz de los requisitos que la ley establece.

Esta regla surgió con el fin de hacer respetar la voluntad de las partes de acudir

<sup>45</sup> Referencia 07001233100020030001801 (28507)

<sup>46</sup> “La inexistencia, ineeficacia o invalidez del contrato no afecta la cláusula compromisoria. En consecuencia, podrán someterse a arbitraje las controversias en las que se debata la existencia, eficacia o validez del contrato y la decisión del tribunal será conducente aunque el contrato sea inexistente, ineeficaz o inválido”

al arbitraje para resolver la controversia. En efecto, si se considerara que el pacto arbitral es simplemente una cláusula más del contrato, podría discutirse si el pacto arbitral es eficaz cuando el contrato está viciado. En este contexto ocurrió en diversos países y entre ellos Colombia, que una parte cuestionara la validez del contrato, para sostener a reglón seguido que como el pacto arbitral era una cláusula del contrato, los árbitros no podían conocer del proceso.

En todo caso, el principio de autonomía encuentra un claro fundamento en la teoría general de los contratos, pues ciertamente un acuerdo de someter una controversia a un tribunal arbitral, constituye, como lo reconoce la ley, un negocio jurídico por sí mismo, que, aunque aparezca como cláusula compromisoria en un contrato no deja por ello de ser en sí mismo un negocio jurídico.

Es pertinente destacar que el principio de autonomía no significa una separación total entre el pacto arbitral y el contrato en el cual se incorpora como una cláusula compromisoria. En efecto de acuerdo con la ley si cede el contrato se entiende incluida la cláusula compromisoria (artículo 5º). Lo anterior obedece al respeto de la voluntad de los contratantes. Si cuando las partes celebraron el contrato incluyeron un pacto arbitral, ha de entenderse que quisieron que toda controversia se resolviera por la vía del arbitraje. Sería desconocer la fuerza obligatoria del contrato aceptar que, por el hecho de la cesión, la parte que adquiera un derecho derivado del contrato no queda sujeta al pacto arbitral.

Vale la pena aclarar que en el arbitraje internacional el principio de autonomía encuentra desarrollos adicionales a los cuales se hará referencia posteriormente.

## Actividades pedagógicas

**Ap**

### Discuta los siguientes casos:

- a. Dos partes celebraron un contrato de suministro. Surgen controversias durante la ejecución y una de ellas partes presenta una demanda. La otra contesta oponiéndose y formula como excepción previa: cláusula compromisoria o compromiso. Durante el trámite de las excepciones la Demandante no hace manifestación alguna. *¿El juez debe declarar probada la excepción?*
- b. Las partes adelantan una negociación de un automóvil sin lograr ponerse de acuerdo con el precio. Finalmente, el comprador le envía un mensaje de WhatsApp a la otra en que le dice que le compra el automóvil que están negociando por veinte millones de pesos. El vendedor contesta “de acuerdo” e indica que le enviará al día siguiente el contrato firmado, con una cláusula de arbitraje. El comprador contesta Ok. Al día siguiente cuando el vendedor le envía el contrato al comprador, este no lo firma. El vendedor inicia arbitraje. El comprador sostiene que no hay pacto arbitral.
- c. José compra un televisor en la página web de un almacén de cadena. Al realizar la compra aparece un botón que debe presionar, en el cual se indican términos y condiciones. En la pantalla aparece un documento y la posibilidad de dar un click para aceptarlo. José da click. Le entregan el televisor, pero José sostiene que no es el modelo pactado, por lo cual formula una demanda ante un juez civil. El almacén formula la excepción de cláusula compromisoria, porque las condiciones en la página web que José aceptó incluyen una cláusula en tal sentido.
- d. Las partes estipulan en su pacto arbitral, que la controversia se decidirá exclusivamente con base en documentos y dictámenes periciales. Una de las partes sostiene que dicho pacto es nulo porque viola su derecho de defensa.
- e. Se profiere una sentencia judicial que resuelve una controversia. Como quiera que ninguna de las partes está satisfecha con la decisión acuerdan que dicho asunto será nuevamente decidido por árbitros. Cuando los árbitros profieren su decisión. La parte vencida sostiene que el pacto arbitral era invalido y que el laudo no es válido porque contraria una sentencia con fuerza de cosa juzgada.



## Autoevaluación

De las siguientes afirmaciones, indique cuales son verdaderas (V) y cuales son Falsas (F):

- a. A los procesos arbitrales les es aplicable el Código General del Proceso en todo lo que no sea contrario a la ley 1563 de 2012. ( )
- b. En los contratos de condiciones generales con consumidores el pacto arbitral no es válido. ( )
- c. El pacto arbitral incluido en un contrato de fiducia solo obliga a la fiduciaria y el fideicomitente. ( )
- d. El compromiso debe celebrarse por escrito, por ello no es válido el compromiso que resulte de un intercambio de mensajes por WhatsApp. ( )

## Jurisprudencia

J

### Corte Constitucional

Sentencia T 057 de 1995.  
Sentencia C 294 de 1995.  
Sentencia C 431 de 1995.  
Sentencia T 299 de 1996.  
Sentencia C 1436 de 2000.  
Sentencia SU 174 de 2007.  
Sentencia C 248 de 1999.  
Sentencia C 060 de 2001.  
Sentencia T 1224 de 2008.  
Sentencia T 058 de 2009.  
Sentencia C 300 de 2012.

### Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil. Sentencia del 1 de julio de 2009.  
Referencia: 11001-3103-039-2000-00310-01.

Sala de Casación Civil. Sentencia tutela. 17 de septiembre de 2013. Ref. exp. 1100102030002013-02084-00.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 9 de mayo de 2017.  
Radicación n° 11001-31-03-019-2008-00247-01.

### Consejo de Estado

Sección Tercera. Sentencia del 10 de agosto de 2000. (Radicación 17028).

Sección Tercera. Sentencia del 8 de julio de 2009. Radicación número: 11001-03-26-000-2009-00026-00(36478).

Sección Tercera 18 febrero de 2010. Exp. 37.004 Radicación: 110010326000200900058 00.

Sección Tercera. Sentencia del 18 de enero de 2012. Radicado 110010326000 2010 00078 00.

Sección Tercera. Sentencia del 12 de agosto de 2013. Radicación 5000232600020000133401 (28730).

Sección Tercera. 13 de abril de 2015 Radicación: 11001-03-26-000-2014-00162-00 (52.556).

Sección Tercera. 26 de noviembre de 2015. Referencia 07001233100020030001801 (28507).

Sección Tercera. Sentencia del 18 de abril de 2017. expediente 50001-23-33-000-2015-00667 01(58461).

Sección Tercera. Sentencia del 26 de abril de 2017. expediente 11001-03-26-000-2016-00047-00(56661).

Sección Tercera. Sentencia del 17 de agosto de 2017. Radicación 25000-23-26-000-2001-013377-02.

Sección Tercera, 27 de noviembre de 2017. Radicación 11001-03-26-000-2017-00122-00 (59913).

Superintendencia de Sociedades.

Auto 801-018280 de octubre 29 de 2013.

Sentencia 800-38/2015-800-165 de abril 28 de 2016.

**B**

## Bibliografía

Julio Benetti Salgar El Arbitraje en el Derecho Colombiano. 3<sup>a</sup> Ed Cámara de Comercio de Bogotá, 2009

Ramiro Bejarano Guzmán. Los Procesos declarativos, arbitrales y ejecutivos. Ed Temis, 2016

Comité Colombiano de Arbitraje. Estatuto Arbitral Colombiano. Ed Legis. Bogotá, 2013.

Jorge Hernán Gil Echeverry. Régimen Arbitral Colombiano. 2Ed Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá, 2017.

Hernán Fabio López Blanco. El Proceso Arbitral Nacional, Ed Dupre. Bogotá, 2013.

Fabricio Mantilla. Hernando Herrera. Arbitraje 360. El árbitro y la función arbitral. Tomo I. Vol I Naturaleza de la Función Arbitral. Tomo I. Vol II Régimen Obligacional. ed. Ibáñez. 2017.

Fabricio Mantilla. Hernando Herrera. Arbitraje 360. La práctica de litigio Arbitral. Tomo II Vol. I. Estructura del Proceso y estrategia del litigio. Tomo II Vol. II. Aspectos Contractuales y Procesales. 2017.

Eduardo Silva Romero, Fabricio Mantilla Espinosa (Coord.) EL Contrato de Arbitraje. Ed Legis. Universidad del Rosario. Bogotá. 2005

# CAPÍTULO 1

## Arbitraje Nacional

El Proceso Arbitral (el procedimiento y el laudo)

UNIDAD

# 2

# El Proceso Arbitral (el procedimiento y el laudo)

UNIDAD



## Objetivo General

Og

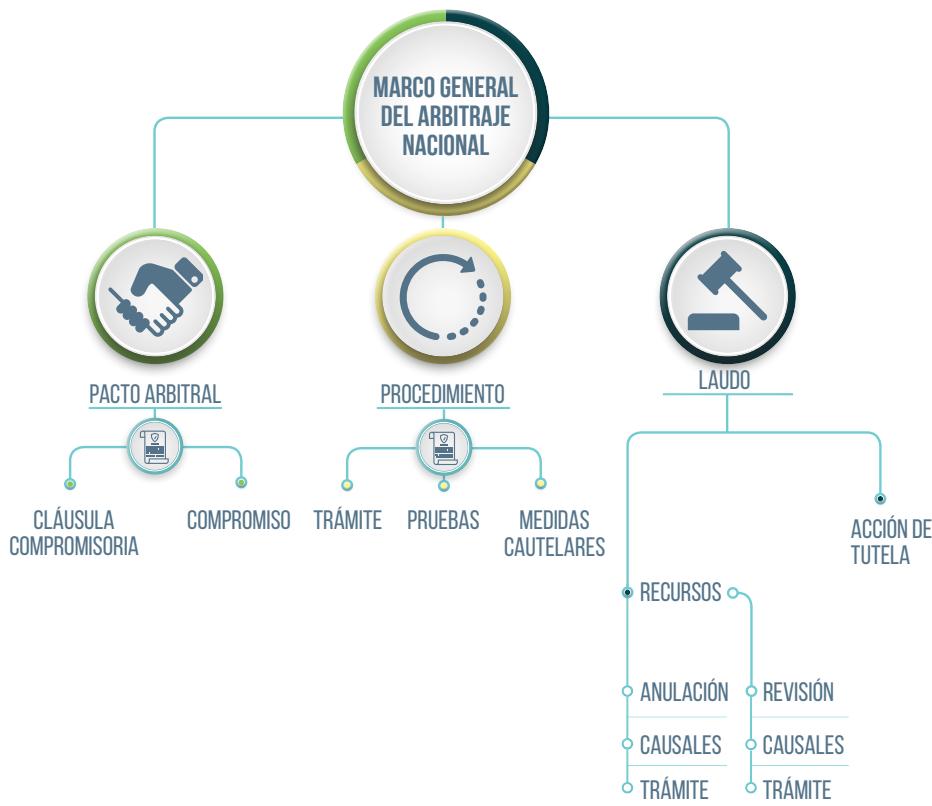
*Mostrar en detalle las etapas del proceso arbitral, con el fin de entender su desarrollo, características y establecer las diferencias con la justicia tradicional.*

Oe

## Objetivos Específicos

- *Estudiar el principio de competencia competencia, en el cual los tribunales arbitrales sustentan sus decisiones respecto de su propia competencia para conocer los asuntos que son excluidos por las partes de la justicia ordinaria.*
- *Observar el marco normativo en materia de medidas cautelares y pruebas, que sustentan la competencia del Tribunal para su práctica.*
- *Referenciar y desarrollar los recursos contra el laudo, en especial, lo que se refiere al recurso de anulación y cada una de sus causales.*
- *Referenciar la procedencia o no de la acción de tutela contra el laudo arbitral.*

## ARBITRAJE NACIONAL





## Unidad 2

<b>2. EL PROCESO ARBITRAL</b>	75
<b>2.1 El principio de la competencia-competencia y las relaciones con la rama judicial en materia de competencia</b>	75
<b>2.2 Las reglas de procedimiento del proceso arbitral</b>	80
<b>2.3 La inexistencia de requisitos de procedibilidad</b>	82
<b>2.4 Inicio del trámite Arbitral: Presentación de la demanda</b>	83
<b>2.4.1 Integración del Tribunal arbitral</b>	84
<b>2.4.1.1 Las calidades exigidas para ser árbitro</b>	86
<b>2.4.1.2 Deber de información</b>	87
<b>2.4.1.3 La recusación</b>	90
<b>2.4.2 Instalación del tribunal y trámite inicial</b>	91
<b>2.4.3 Primera Audiencia de Trámite. Declaratoria de competencia</b>	95
<b>2.4.4 Práctica de pruebas</b>	98
<b>2.4.5 Medidas cautelares</b>	99
<b>2.4.6 La posibilidad de acumular procesos arbitrales</b>	100
<b>2.4.7 Laudo</b>	100
<b>2.4.8 Aclaración, corrección o complementación del laudo</b>	103
<b>2.4.9 Efectos del laudo</b>	105
<b>2.4.10 Ejecución del laudo</b>	106
<b>2.5 Recursos contra el laudo</b>	107
<b>2.5.1 Recurso de anulación</b>	107
<b>2.5.2 La ley aplicable al recurso de anulación</b>	110
<b>2.5.3 Las causales de anulación</b>	110
<b>2.5.3.1 La inexistencia, invalidez o inoponibilidad del pacto arbitral</b>	111
<b>2.5.3.2 La caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia</b>	112
<b>2.5.3.3 No haberse constituido el tribunal en forma legal</b>	114

<b>2.5.3.4</b>	Estar el recurrente en alguno de los casos de indebida representación, o falta de notificación o emplazamiento, siempre que no se hubiere saneado la nulidad	116
<b>2.5.3.5</b>	Haberse negado el decreto de una prueba pedida oportunamente o haberse dejado de practicar una prueba decretada, sin fundamento legal, siempre y cuando se hubiere alegado la omisión oportunamente mediante el recurso de reposición y aquella pudiera tener incidencia en la decisión	116
<b>2.5.3.6</b>	Haberse proferido el laudo o la decisión sobre su aclaración, adición o corrección después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral	117
<b>2.5.3.7</b>	Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo	118
<b>2.5.3.8</b>	Contener el laudo disposiciones contradictorias, errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de estas siempre que estén comprendidas en la parte resolutiva o influyan en ella y hubieran sido alegados oportunamente ante el tribunal arbitral	121
<b>2.5.3.9</b>	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	123
<b>2.5.4</b>	Efectos de la interposición del recurso de anulación	124
<b>2.5.5</b>	Efectos de la decisión del recurso de anulación	124
<b>2.6</b>	<b>Procedencia de la acción de tutela contra las decisiones del tribunal y contra el laudo</b>	126
<b>2.7</b>	<b>Recurso extraordinario de revisión</b>	127
<b>Jurisprudencia</b>		130
<b>Actividades pedagógicas</b>		132
<b>Autoevaluación</b>		134
<b>Bibliografía</b>		136

# 2

# EL PROCESO ARBITRAL

## 2.1 El principio de la competencia-competencia y las relaciones con la rama judicial en materia de competencia

Uno de los principios en materia arbitral es el principio de la competencia-competencia, el cual significa que el tribunal arbitral es juez de su propia competencia. Así dispone el artículo 29<sup>47</sup> de la Ley 1563 de 2012, que el árbitro es juez de su propia competencia y que su decisión prevalece sobre la de un juez al que se someta el asunto. En todo caso la decisión del árbitro de declararse competente puede ser cuestionada, pero ello será a través del recurso de anulación contra el laudo que ponga fin al proceso. Por el contrario, la decisión del tribunal de declararse no competente sólo puede ser objeto de recurso de reposición. En la medida en que de conformidad con el artículo 29 de la Ley 1563, la decisión del árbitro sobre su competencia prevalece sobre la del juez ordinario o contencioso administrativo, si el árbitro se declara incompetente, no podría el juez determinar que no es competente por la existencia del pacto arbitral.

El principio de la competencia-competencia determina entonces las relaciones entre los tribunales arbitrales y los jueces permanentes.

Si se inicia un proceso ante la justicia ordinaria o contenciosa y una de las partes invoca un pacto arbitral, a través de la excepción previa de compromiso o cláusula compromisoria, el juez debe remitir a la parte al arbitraje.

Por el contrario, cuando a pesar de que existe un pacto arbitral, ninguna de las partes lo invoca, en principio el proceso debe continuar ante el juez. En estos casos se entiende que existe una renuncia al pacto arbitral en el caso concreto (artículo

<sup>47</sup> "El tribunal de arbitraje es competente para resolver sobre su propia competencia y su decisión prevalece sobre cualquier otra proferida en sentido contrario por un juez ordinario o contencioso administrativo. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el recurso de anulación".

21 de la ley). En este punto la ley consagró la jurisprudencia tradicional, la cual por lo demás es congruente con lo que dispone la Convención de Nueva York sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras de 1958, la que si bien no se aplica al arbitraje doméstico en todo caso suministra un criterio técnico sobre el punto. Como la renuncia se entiende hecha para el caso concreto, si posteriormente se inicia otro proceso entre las partes, podrá invocarse el pacto arbitral<sup>48</sup>. Para determinar cuál es el caso concreto deberá partirse de los tres elementos que de acuerdo con el Código General del Proceso permiten identificar la existencia de la cosa juzgada, esto es, que se trate del mismo objeto, la misma causa e identidad jurídica de partes. Por consiguiente, si en la controversia que se plantea no existe dicha identidad con la litis que se sometió a los jueces permanentes, será aplicable el pacto arbitral.

Si bien el Consejo de Estado<sup>49</sup> había acogido la misma tesis de la Corte Suprema de Justicia, en el sentido que la no invocación del pacto implica la renuncia al mismo, recientemente la modificó y ha sostenido para casos sujetos a la legislación anterior a la Ley 1563 de 2012, que el hecho de que una parte no haya invocado el pacto arbitral no permite concluir que el mismo deja de producir efectos. A tal efecto, el Consejo de Estado se fundó en varias consideraciones<sup>50</sup>: de una parte en que los contratos estatales son solemnes, por lo que no es posible modificar el pacto arbitral por el sólo hecho de que una de las partes no invoque el pacto, y de otro lado, en el principio de planeación, que impide hacer cesar los efectos del pacto por el sólo hecho de no invocarlo, pues en virtud del mencionado principio las decisiones de contratación debe ser analizadas y evaluadas por la entidad.

Adicionalmente el Consejo de Estado invocó el principio del paralelismo de formas, es decir que las cosas se deshacen como se hacen, sin embargo, este principio es discutido internacionalmente. En tal sentido la doctrina Alemana<sup>51</sup> y Suiza<sup>52</sup> ha señalado que las formalidades exigidas para celebrar un contrato no necesariamente se aplican al acto dirigido a ponerle fin. Lo anterior porque las formalidades buscan proteger el consentimiento en obligarse que es distinto al consentimiento que se expresa para deshacer el vínculo jurídico. Lo anterior es además coherente con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que, respecto de contratos de promesa (que en materia civil requieren la solemnidad de un escrito) ha señalado que si ninguna de las partes comparece a celebrar el

<sup>48</sup> En tal sentido sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 26 de abril de 2017 expediente 11001-03-26-000-2016-00047-00(56661).

<sup>49</sup> Sección Tercera. Sentencia del 16 de junio de 1997, expediente 10883, 16 de marzo de 2005, expediente 27.934 y 23 de junio de 2010, expediente 18.395.

<sup>50</sup> Sección tercera. Sentencia de 18 de abril de 2013, expediente 85001-23-31-000-199800135-01 (17859).

<sup>51</sup> Werner Flume. El Negocio Jurídico. P. 301.

<sup>52</sup> Andrea Von Thur. Tratado de las Obligaciones P. 138.

contrato prometido se entiende que existe un mutuo disenso de la formalidad omitida.

Es pertinente, señalar que la tesis del Consejo de Estado fue adoptada respecto de casos anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 1563 y dicha Corporación ha precisado que respecto de procesos iniciados a partir de la vigencia de la Ley 1563 de 2012, debe aplicarse la renuncia tácita al pacto arbitral que consagra el artículo 21 de la Ley 1563 de 2012<sup>53</sup>.

### **La ley precisa que, si el tribunal arbitral se declara competente, dicha decisión prevalece sobre la de cualquier otro juez ordinario o contencioso administrativo.**

Cuando en un proceso judicial se invoca la existencia de un pacto arbitral surge la pregunta de cuál es el control que debe hacer el juez en cada caso, es decir si simplemente debe limitarse a verificar prima facie la existencia del pacto o si puede entrar a examinar su validez y oponibilidad.

La ley precisa que, si el tribunal arbitral se declara competente, dicha decisión prevalece sobre la de cualquier otro juez ordinario o contencioso administrativo (artículo 29). Por consiguiente, si cuando se plantea el problema ante el juez, el tribunal arbitral ya había adoptado o adopta una decisión sobre su competencia, el juez no puede apartarse de la decisión del tribunal arbitral, por ser este último el único que inicialmente puede decidir si es o no competente.

Incluso ha señalado la Corte Suprema de Justicia que si se invoca la existencia de pacto arbitral y el juez la niega, la parte podrá “hacer valer-antes de la sentencia de primera instancia-la cláusula compromisoria disponiendo los mecanismos de inicio del trámite arbitral mediante la conformación del tribunal correspondiente”<sup>54</sup>. En este caso en la medida en que la decisión del tribunal arbitral sobre su competencia prevalece, el juez permanente no podría continuar conociendo del proceso.

Más complejo es el asunto cuando no se ha iniciado el proceso arbitral o el tribunal arbitral no se ha pronunciado sobre su competencia. En este caso cabe la pregunta hasta dónde puede llegar el análisis del juez ante quien se plantea la excepción de cláusula compromisoria o compromiso. En diversos países se considera que el juez debe verificar simplemente la existencia prima facie, es decir a primera vista, del

<sup>53</sup> Sección tercera. Sentencia del 18 de abril de 2017 expediente 50001-23-33-000-2015-00667 01(58461).

<sup>54</sup> Sala de Casación Civil, Sentencia del 9 de mayo de 2017, Radicación n° 11001-31-03-019-2008-00247-01.

pacto arbitral y sólo podría declararse competente si el pacto es manifiestamente nulo o inaplicable<sup>556</sup>.

En derecho colombiano existen dos precedentes jurisprudenciales que deben destacarse. El primero es de la Corte Constitucional, que en sentencia de tutela T-511 de 2011, al referirse a una cláusula que generó la discusión acerca de si las partes habían acordado someterse a arbitraje, expresó: “a menos de que no sea razonablemente posible deducir la intención de las partes de someterse al arbitramento, el juez debe propender por dotar de plenos efectos al pacto arbitral, sin detenerse en reparar por deficiencias de redacción o falta de precisión en el alcance de la habilitación, ya que de lo contrario desconocería indebidamente la libre decisión de los contratantes de poner fin de manera pacífica a sus disputas a través de dicho mecanismo alternativo de resolución de controversias”. Así mismo, la Sección Tercera del Consejo de Estado en un caso en el cual las partes habían pactado un arbitraje en una institución que no prestaba este servicio, consideró que era aplicable el pacto arbitral excluyendo la referencia a dicha institución y aplicando las normas supletivas de la Ley 1563 de 2012<sup>57</sup>.

Como quiera que el juez está obligado a remitir a las partes a arbitraje si hay pacto arbitral, en principio él debe verificar que el pacto exista. Por consiguiente, si ello no es así, no hay obligación de remitir las partes al arbitraje. En todo caso, el juez debe tener en cuenta si existe una voluntad de someter la controversia a arbitraje, pues si ella existe, aunque haya deficiencias de redacción o patologías, salvo que ellas sean insalvables, debería remitir a las partes a arbitraje. Por otra parte, si lo que se invoca es que el pacto es nulo la nulidad debe ser declarada y el competente para ello sería el tribunal arbitral, en la medida en que es uno de los extremos que debe determinar para definir su competencia, por lo cual en principio el juez debería remitir las partes al arbitraje. Igualmente, cuando exista una discusión acerca del alcance del pacto arbitral, el juez debe remitir a las partes al arbitraje, salvo que sea manifiesto que el pacto arbitral no incluye dicha controversia.

<sup>55</sup> El artículo 1448 del Código de Procedimiento Civil Francés establece que cuando un litigio que corresponde a un pacto arbitral, se someta a la jurisdicción del estado “esta se declarará incompetente, salvo que el tribunal arbitral no haya sido constituido y la convención arbitral sea manifiestamente nula o manifiestamente inaplicable”

<sup>56</sup> El Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París igualmente prevé en su artículo 6º que cuando haya discusión en el trámite inicial acerca de la existencia del pacto arbitral, el arbitraje proseguirá si la corte de arbitraje de la CCI está convencida “*prima facie, de la posible existencia de un acuerdo de arbitraje*”. La Corte de Apelaciones de Singapur, en un fallo del 2015 (*Tomolugen Holdings Ltd and another v Silica Investors Ltd and other appeals*) consideró que la corte permanente del estado no debía conocer de una controversia, cuando se establezca prima facie, esto es a primera vista, que hay un acuerdo arbitral, la disputa se encuentra en el campo de aplicación del pacto, y el pacto arbitral no es nulo o imposible de poner en ejecución.

<sup>57</sup> Decisión del 26 de noviembre de 2015. Referencia 20152003-00018/28507

Cuando hay llamamiento en garantía en un proceso judicial puede ocurrir que al contestar el llamamiento, el llamado invoque la existencia de compromiso o cláusula compromisoria. En tal caso, si el juez encuentra acreditada la existencia del pacto, en la forma ya indicada, debe declarar probada la excepción y el proceso continuará sin en el llamado.

Un punto complejo puede presentarse cuando en un proceso hay pluralidad de demandantes o demandados y el pacto arbitral sólo exista entre algunos de ellos. En esta materia deberá hacerse la distinción entre los casos en los que existe un litisconsorcio facultativo o necesario. Cuando el litisconsorcio es facultativo, la excepción de cláusula compromisoria o compromiso sólo prosperará respecto de las partes en el pacto arbitral. Cuando el litisconsorcio es necesario, la excepción de compromiso o cláusula compromisoria no puede prosperar, porque para decidir es necesario que estén en el proceso todos los integrantes del litisconsorcio y las normas del proceso arbitral establecen que cuando exista dicha forma de litisconsorcio y no sea posible notificar oportunamente a alguno de los litisconsortes, que no forman parte del pacto arbitral, o alguno o algunos de ellos no adhieren al pacto arbitral el proceso arbitral no puede continuar (artículo 36 de la Ley 1563 de 2012).

Ahora bien, si el juez declara que prospera la excepción previa de compromiso o cláusula compromisoria dispone el Código General del Proceso que se decretará la terminación del proceso y se devolverá al demandante la demanda con sus anexos. En este caso de conformidad con el artículo 95 del mismo Código, el demandante tiene un término de veinte días hábiles, contados a partir de la ejecutoria del auto que de por terminado el proceso para iniciar el proceso arbitral, para que se mantenga la interrupción de la prescripción o no opere la caducidad por razón de la demanda inicialmente presentada.

**En esta materia deberá hacerse la distinción entre los casos en los que existe un litisconsorcio facultativo o necesario.**

Ha precisado la Corte Suprema de Justicia que la existencia de un pacto arbitral no genera nulidad por falta de jurisdicción pues es incoherente sostener que “*la falta de jurisdicción genera una nulidad insanable, declarable de oficio, y simultáneamente entender que el silencio del convocado tenga la virtualidad de prorrogar la jurisdicción del juez*”, como ocurre cuando no se invoca la excepción de compromiso o cláusula compromisoria, por lo que en este caso se está ante una falta de competencia. De esta manera, cuando se niega ilegalmente la excepción de compromiso o cláusula compromisoria, se produce un fenómeno de “falta de competencia objetiva *ratione materia*”, lo que por vía de la causal quinta puede ventilarse en casación<sup>58</sup>.

<sup>58</sup> Sala de Casación Civil, Sentencia del 9 de mayo de 2017, Radicación n° 11001-31-03-019-2008-00247-01

Por otra parte, se puede presentar que una parte inicie un proceso ejecutivo con el fin de que se pague una cláusula penal incorporada en un contrato que contiene un pacto arbitral y la parte contraria inicie un proceso arbitral en el cual se discute la validez del contrato. En un caso concreto que conoció la Corte Constitucional, la misma consideró que en “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”. Por ello consideró que el tribunal superior que consideró que la jurisdicción permanente del Estado era competente, incurrió en un defecto sustantivo, pues en virtud de la competencia-competencia no se podía continuar el proceso ante la rama jurisdiccional del poder público.

## 2.2 Las reglas de procedimiento del proceso arbitral

Como consecuencia del principio de habilitación en materia arbitral, la ley estatutaria de la administración de justicia<sup>59</sup> permite en los procesos arbitrales en que no sea parte el Estado o alguna de sus entidades, pactar el procedimiento aplicable, directamente o por referencia al reglamento de un centro de arbitraje, siempre y cuando ello no viole los principios constitucionales que integran el debido proceso. Una regla semejante consagra el artículo 58 de la Ley 1563 de 2012,<sup>60</sup> la cual además precisa que se deben respetar los principios constitucionales que integran el debido proceso, el derecho de defensa y la igualdad de las partes.

80

De esta manera la facultad de pactar el procedimiento está sujeta a dos límites, el primero referido a los sujetos en el proceso y el segundo, a los principios constitucionales.

En cuanto se refiere al primer límite, la ley no permite pactar reglas especiales en aquellos arbitrajes en que sea parte el estado o algunas de sus entidades. La expresión alguna de las entidades del estado no es precisa. A este respecto se podría considerar que este concepto hace referencia a las entidades públicas que define el parágrafo del artículo 104 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo

<sup>59</sup> El artículo 13 de la Ley 270, tal como fue modificado por la Ley 1285 de 2009, establece: “... Trátese de arbitraje, en el que no sea parte el estado o alguna de sus Entidades, los particulares podrán acordar las reglas de procedimiento a seguir, directamente o por referencia a la de un Centro de Arbitraje, respetando, en todo caso los principios Constitucionales que integran el debido proceso”.

<sup>60</sup> “En los arbitrajes en que no sea parte el Estado o alguna de sus entidades, los particulares podrán acordar las reglas de procedimiento a seguir, directamente o por referencia a las de un centro de arbitraje, respetando, en todo caso los principios constitucionales que integran el debido proceso, el derecho de defensa y la igualdad de las partes. En el evento en que las partes no establecieren reglas o el centro seleccionado para adelantar el trámite no tuviere reglamento de procedimientos debidamente aprobado, se aplicarán las reglas establecidas para cada caso en la presente ley”.

Contencioso Administrativo<sup>61</sup>. En efecto, dicha definición incluye tanto aquellas entidades que son totalmente públicas, como aquellas en las que el Estado tiene una participación igual o superior al 50%.

En cuanto al segundo límite, es de destacar que el mismo está constituido por los principios constitucionales y no por las reglas legales. Por consiguiente, la norma de la ley estatutaria y de la Ley 1563, permite a las partes apartarse de las reglas legales contenidas en la Ley 1563 y Código General del Proceso, siempre que ello no viole los principios constitucionales mencionados.

### Dentro de las reglas que podrían adoptar las partes podría ser que el proceso arbitral tuviera una doble instancia. En efecto, tal solución no es desconocida en el mundo.

Por lo anterior sólo en la medida en que el procedimiento adoptado violara una de estas reglas fundamentales, dicho procedimiento sería invalido. Así ocurriría si se establece un procedimiento en que la parte no tiene derecho a presentar pruebas, o no puede contradecir las que se presenten en su contra o no puede en general presentar su caso. Igualmente, no podría pactarse un procedimiento que no diera igual trato a las partes.

Dentro de las reglas que podrían adoptar las partes podría ser que el proceso arbitral tuviera una doble instancia. En efecto, tal solución no es desconocida en el mundo, pues en diversos países la ley contempla la posibilidad de recursos de apelación contra laudos arbitrales ante los jueces estatales (es el caso de Francia y Chile cuando se trata de arbitrajes nacionales o domésticos), o los reglamentos lo consagran ante otro tribunal arbitral (por ejemplo, el reglamento del ICDR<sup>62</sup> o el de la Corte Española de Arbitraje<sup>63</sup>) o finalmente ha sido previsto en tratados celebrados por Colombia para arbitrajes de inversión (el artículo 10.20 del TLC con los Estados Unidos contempla la posibilidad de que en un futuro se cree un órgano de apelaciones de laudos arbitrales en materia de inversión). En todo caso la autonomía de la voluntad no puede crear un recurso de apelación ante un juez, en la medida en que las competencias de los jueces deben ser definidas por la ley, pero si ante otro tribunal arbitral.

<sup>61</sup> Parágrafo. Para los solos efectos de este Código, se entiende por entidad pública todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación; las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital; y los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50%.

<sup>62</sup> Optional Appellate Arbitration Rules.

<sup>63</sup> Artículo 39 del Reglamento

Debe además anotarse que las partes pueden pactar un procedimiento propio, lo que no es común, o más generalmente pueden pactar que se aplique el reglamento de un centro de arbitraje, el que normalmente incluye un procedimiento. Dichos reglamentos deben ser aprobados por el Ministerio de Justicia y del Derecho.

En la práctica a veces ocurre que en los pactos arbitrales se estipulan reglamentos de entidades internacionales como es el de la Cámara de Comercio Internacional de París. La referencia a dicho reglamento a nivel internacional no ofrece reparos, pero se ha discutido si es posible en arbitrajes nacionales. Para algunos ello no es posible, porque cuando la ley en la sección cuyo objeto es el arbitraje nacional hace referencia a centros de arbitraje se refiere a los que autoriza el Ministerio de Justicia (artículo 50). Otros consideran que si las partes pueden diseñar su propio reglamento como lo tengan a bien, pueden adoptar por referencia el de una entidad internacional, siempre que cumpla los principios constitucionales.

Finalmente, cuando el procedimiento de las partes o algunas de sus reglas no se ajustan al artículo 58 de la Ley 1563 de 2012, podría aplicarse lo dispuesto por el artículo 13 del Código General del Proceso, que prohíbe modificar o sustituir las normas procesales salvo autorización expresa de la ley (la que se encuentra en el artículo 58 de la Ley 1563) por lo cual las estipulaciones que desconocen los principios constitucionales se tendrán por no escritas.

## 2.3 La inexistencia de requisitos de procedibilidad

La ley arbitral no consagra requisitos de procedibilidad para iniciar el trámite arbitral. Así mismo no es necesario acudir previamente a la conciliación, pues la ley no lo contempló.

Por otra parte, a menudo en los contratos se incluyen lo que se ha denominado cláusulas escalonadas de solución de controversias, en virtud de las cuales las partes estipulan diversas etapas o mecanismos para la solución de sus controversias. Así se acuerda que si hay un conflicto, inicialmente el mismo se someterá a los funcionarios de mayor rango en cada una de las partes, para que ellos intenten resolver el conflicto directamente; si no hay un acuerdo en un determinado plazo, se acudirá a conciliación; si no se logra una solución en determinado plazo por esta vía, se nombrará un amigable componedor, y finalmente, si este no decide el conflicto o una parte considera que la decisión del amigable componedor no se ajusta a lo pactado, la controversia se someterá a árbitros.

Este tipo de cláusulas se pactan para evitar acudir al arbitraje que implica un proceso que genera confrontación y supone tiempo y costos, y son reconocidas en

muchos países del mundo como vinculantes siempre que sean claras y precisas (por ejemplo, en USA, España, Francia, etc.).

En Colombia la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>64</sup> consideró que dichas cláusulas eran ilegales porque afectaban el derecho de acceso a la administración de justicia. Por el contrario, la Corte Constitucional en la sentencia T-058 de 2009 consideró que una cláusula en este sentido debía cumplirse. El Tribunal Superior de Bogotá<sup>65</sup> ha adoptado la misma posición del Consejo de Estado. Finalmente, el artículo 13 del Código General del Proceso las tiene por no escritas.

## 2.4 Inicio del trámite Arbitral: presentación de la demanda

El trámite arbitral se inicia con la solicitud de arbitraje que debe reunir los requisitos de una demanda (artículo 12 de la ley). En la demanda en principio pueden acumularse pretensiones en los términos del Código General del Proceso. Sin embargo, en todo caso debe tenerse en cuenta que las mismas deben estar incluidas en el alcance del pacto arbitral, pues de otro modo el tribunal arbitral no sería competente para conocer de ellas. Ahora bien, cabe preguntarse si se pueden acumular pretensiones que correspondan a contratos con diversos pactos arbitrales. Esta situación se presentó en el pasado y la conclusión a la que se llegó es que la acumulación era posible, siempre que los pactos arbitrales fueran compatibles. Así, por ejemplo, no podría haber acumulación si el pacto arbitral aplicable respecto de unas pretensiones prevé que el tribunal debe ser designado por un centro de arbitraje, y el pacto referido a otras establece que el nombramiento debe ser hecho por el juez o por un centro de arbitraje distinto.

La solicitud de arbitraje debe presentarse ante el centro de arbitraje pactado, en su defecto, esto es si no se hubiere pactado, o el pactado ya no operara, se puede presentar ante un centro de arbitraje del domicilio del demandado, y si no hubiere uno, el más cercano. Cuando son varios los demandados el demandante podrá presentar la solicitud en cualquiera de los centros.

Pueden presentarse conflictos de competencia en esta materia, cuando una de las partes convoca un tribunal arbitral en un sitio y la otra en otro sitio o se opone a la constitución del tribunal por considerar que el centro no es competente, o cuando

<sup>64</sup> Por ejemplo, Sección Tercera. Sentencia de 4 diciembre 2006, Exp. 32.871 y Sentencia del 10 de junio de 2009, Expediente Radicado al No. 1100 103260002008-00032-00 (35.288), en el proceso arbitral del Patrimonio Autónomo de Remanentes de Telecom y Sus Teleasociadas- Par contra Plescom Ltda

<sup>65</sup> Sentencia del 10 de marzo de 2010 referencia. 00-09-01082-00. Laudo Arbitral de Edificio Centro de Comercio Internacional contra Inhisca

dos centros consideran que no son competentes para tramitar el arbitraje. En tales casos la ley dispone que le corresponde al Ministerio de Justicia y del Derecho resolver la controversia.

Como ya se indicó, cuando el tribunal es ad-hoc la solicitud no se presenta ante un centro de arbitraje, sino que se dirige a la otra parte. Además, dicha solicitud no debe reunir los requisitos de la demanda, porque en materia de arbitraje ad-hoc la ley previó que la demanda se presentaría con posterioridad a la instalación del tribunal.

#### 2.4.1 Integración del tribunal arbitral

Presentada la solicitud le corresponde al centro respectivo darle el trámite inicial. La Corte Constitucional<sup>66</sup> ha señalado que los centros de arbitraje no pueden cumplir funciones jurisdiccionales, por ello sus actuaciones se limitan a adelantar el trámite inicial para integrar el tribunal. En todo caso, el centro de arbitraje debe ser competente, y por ello si no lo es debe remitir la actuación al competente.

En principio la integración del tribunal corresponde a las partes (artículo 8 de la Ley 1563). Ellas pueden ponerse de acuerdo en los nombres de los árbitros o pueden haber delegado a un tercero la designación total o parcial de los árbitros. Cuando las partes nombran pueden escoger a quien consideren adecuado, siempre y cuando cumpla los requisitos legales para ser árbitro.

Las partes pueden delegar la designación en un centro de arbitraje, lo que puede resultar de su acuerdo de sujetarse al reglamento del centro. En este caso la ley exige que la designación se haga por sorteo dentro de la especialidad respectiva y asegurando una distribución equitativa entre los árbitros.

Tradicionalmente se ha entendido que en materia de arbitraje nacional no es posible que las partes estipulen que cada una de las partes designe un árbitro, y que estos dos designen al tercero, como lo autoriza la ley para el arbitraje internacional.

Sin embargo recientemente un tribunal superior de distrito negó una solicitud de anulación de un laudo arbitral proferido por un tribunal arbitral integrado de esta manera, por considerar que la ley no prohíbe este pacto y que “esta posibilidad se fundamenta en el principio de voluntariedad o habilitación que gobierna la materia arbitral, el cual permite que las partes, de manera libre pacten las fórmulas relativas a la escogencia de los árbitros en caso de ser necesaria la constitución de un Tribunal”. Dicha decisión fue objeto de una acción de tutela que decidió la Corte Suprema de Justicia por sentencia del 23 de agosto de 2017 en la cual expresó que “... como bien lo dilucidó la Corporación acusada, la forma en que se dispuso confor-

<sup>66</sup> Sentencia C-1038 de 2002.

mar el tribunal de arbitramento no contraviene el artículo 122 del Decreto 1818 de 1998, el cual reza que, «[l]as partes conjuntamente nombrarán y determinarán el número de árbitros, o delegarán tal labor en un tercero, total o parcialmente. En todo caso el número de árbitros será siempre impar. Si nada se dice a este respecto los árbitros serán tres (3), salvo en las cuestiones de menor cuantía en cuyo caso el árbitro será uno solo», ya que las partes en conjunto decidieron cómo ello se haría, esto es, tanto en la forma como en el número de árbitros que lo integrarían; de ahí que el hecho de que cada una hubiera escogido uno y el tercero la Cámara de Comercio de Cartagena, no cobra la relevancia necesaria que dé lugar al motivo de anulación pretendido por este puntual aspecto.”

Por otra parte, tratándose de arbitrajes en que es parte una entidad estatal debe observarse que en la Directiva Presidencial 04 de 2018, se reguló un procedimiento para elaborar las listas de candidatos que la entidad pública pretende postular para nombrar árbitros. Ahora bien, cabe la discusión de si se afecta la constitución del tribunal si no se cumple dicho procedimiento. La respuesta parece ser negativa por cuanto el procedimiento de constitución de un tribunal es el pactado por las partes o el establecido en la ley.

Finalmente establece la ley que en defecto de la designación por las partes o por el delegado la misma corresponde al juez civil del circuito. De esta manera, la posibilidad de acudir al juez civil del circuito para la designación puede operar en los siguientes supuestos: cuando las partes no designan y no han previsto un mecanismo para que un tercero designe, o cuando el mecanismo previsto por las partes por alguna razón no opera.

**Es pertinente destacar que la ley atribuyó la competencia para realizar el nombramiento al juez civil del circuito. No contempló la ley en esta materia la intervención del juez administrativo.**

Es pertinente destacar que la ley atribuyó la competencia para realizar el nombramiento al juez civil del circuito. No contempló la ley en esta materia la intervención del juez administrativo.

Establece la ley que en tal caso el juez civil circuito designa el o los árbitros a solicitud de cualquiera de las partes y dicha designación debe hacerse de plano y por sorteo de la lista de árbitros del centro en donde se haya radicado la solicitud.

Aunque la ley no lo dice, en la medida en que las listas de los centros a menudo están divididas por especialidades, el juez debería tomar en consideración dichas especialidades y por consiguiente sortear el nombre de la respectiva especialidad.

Como el nombramiento se hace de plano, ello significa que no existe ningún trámite particular.

Por consiguiente, una vez que el juez recibe la solicitud debe proceder a fijar una fecha para realizar el sorteo. A dicho sorteo pueden asistir las partes. Una forma común de realizar dicho sorteo consiste en colocar los nombres o números que identifiquen los nombres en una bolsa y sacarlos al azar.

La ley prevé que deben designarse tanto principales como suplentes. Por lo anterior si el tribunal es de tres personas, deberían nombrarse por lo menos tres principales y tres suplentes. Los suplentes deberían ser numéricos para de esta manera asegurar que el tribunal se pueda integrar.

En la medida en que los árbitros deben ser designados de plano, no cabe allí un debate acerca de la existencia, validez y oponibilidad del pacto arbitral. El juez en todo caso debe proceder a hacer la designación y serán los árbitros quienes deben evaluar dicha situación cuando les corresponda pronunciarse sobre su competencia.

Cuando se trata de un tribunal ad-hoc la solicitud de arbitraje se dirige a la otra parte para que se proceda a la designación de los árbitros y si esta no colabora o guarda silencio, la solicitante puede acudir al juez civil de circuito para que proceda a nombrar árbitro ad-hoc para lo cual debe acompañar pruebas sumaria de que ha cumplido con el trámite anterior (artículo 58 de la ley de arbitraje). La ley no prevé la forma de designar árbitros. En todo caso una forma en la que podría proceder el juez consiste en solicitar la lista de árbitros de un centro de arbitraje con competencia en el lugar donde se adelanta el trámite para sortear los árbitros de dicha lista. Si la controversia fuera relativa a un tema especializado, lo más apropiado sería recurrir a un centro en cuya lista de árbitros exista dicha especialidad. Es claro que en este caso también los árbitros deberían ser designados de plano.

#### 2.4.1.1 Las calidades exigidas para ser árbitro

En materia de arbitraje nacional para determinar las calidades requeridas para los árbitros debe distinguirse, por una parte, entre arbitraje en equidad y arbitraje en derecho, y por la otra, entre arbitrajes entre particulares y arbitrajes en que es parte una entidad pública.

Por lo que se refiere a arbitrajes en equidad la ley exige para ser árbitro ser colombiano y ciudadano en ejercicio; no haber sido condenado por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos, ni estar inhabilitado para ejercer cargos públicos o haber sido sancionado con destitución.

Cuando se trata de arbitrajes en derecho, además de las calidades mencionadas, el árbitro debe cumplir los requisitos exigidos para ser magistrado de tribunal superior de distrito judicial, lo que implica que debe ser colombiano de nacimiento, con título de abogado y con experiencia profesional no inferior a ocho años.

De otra parte, cuando se trata de arbitrajes en los que intervenga como parte una entidad pública o quien ejerza funciones administrativas en los conflictos relativos a estas ningún árbitro o secretario podrá desempeñarse simultáneamente como tal, en más de cinco (5) tribunales.

El artículo 14 de la Ley 1682 de 2013, establece que ningún árbitro, amigable componedor o secretario podrá desempeñarse simultáneamente como tal, en más de tres (3) tribunales o amigable componedor en que intervenga como parte una entidad pública objeto de dicha ley, o en los conflictos relativos a estas. Comoquiera que dicha ley se refiere a proyectos de infraestructura de transporte, dicha limitación se aplicará a tribunales que tengan por objeto controversias sobre dichos proyectos.

#### 2.4.1.2 Deber de información

Con el fin de brindar mayor transparencia en el arbitraje y tomando en cuenta que a diferencia del juez, el árbitro es una persona que normalmente es un activo abogado que puede por ello tener relaciones con las partes y sus apoderados, el legislador previó un deber de información por parte de aquella persona que ha sido designado árbitro o secretario. A tal efecto el artículo 15 de la ley impone a la persona a quien se comunique su nombramiento como árbitro o secretario informar si ha coincido con alguna de las partes o sus apoderados en cualquier proceso o asunto profesional en los últimos dos años.

Es importante destacar que el deber de revelación incluye también los asuntos en que haya participado un miembro de la oficina de abogados a la que pertenezca o haya pertenecido la persona que es designada árbitro o secretario. La norma podría interpretarse en el sentido de que la persona designada como árbitro debe revelar una relación con una de las partes que tiene actualmente un abogado de la oficina de abogados de la cual fue parte antes de que dicho contacto se presentara. Sin embargo, tal interpretación parece exagerada porque como se verá, el objeto de la revelación es que las partes puedan expresar dudas justificadas sobre la imparcialidad e independencia del árbitro, por lo que no tiene sentido revelar circunstancias que no podrían tener tal alcance. Si se parte del objeto de la norma debería entenderse que cuando la persona designada como árbitro o secretario pertenece o ha pertenecido a una oficina de abogados, la coincidencia que se debe revelar es aquella de la parte o su apoderado con un abogado de dicha oficina en la época en que formaba parte de la misma la persona designada árbitro o secretario.

Por otra parte, la ley también impone “*indicar cualquier relación de carácter familiar o personal que sostenga con las partes o sus apoderados*”. Como se puede apreciar mientras que cuando se trata de coincidencia en asuntos profesionales se toman en cuenta los asuntos en los que la persona designada árbitro o secretario coincide o haya coincidido en los dos últimos años con las partes o sus apoderados, en lo familiar o personal sólo se toma en cuenta la relación que se “sostenga”. Lo anterior indica que la ley no exige revelar relaciones personales pasadas. Sin embargo, no es muy clara la razón por la cual no lo exige, pues relaciones personales pasadas pueden ser importantes.

Cuando se trata de situaciones familiares o personales es necesario hacer algunas precisiones adicionales. En primer lugar, por lo que se refiere a las primeras el legislador no hace precisión acerca de hasta dónde va dicho vínculo. Este vacío debe llenarse teniendo en cuenta que en materias análogas se tiene en cuenta la existencia de un vínculo de matrimonio o de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

**Por el contrario, el hecho de que el apoderado de una de las partes y el árbitro sean socios del mismo club o de la misma asociación profesional, no genera por sí mismo una duda sobre la imparcialidad o independencia del árbitro.**

Por lo que se refiere a las relaciones personales cabe la duda acerca de qué alcance tiene dicho concepto. Como quiera que el objeto de la revelación es que las partes puedan expresar dudas fundadas acerca de la imparcialidad o independencia de la persona designada como árbitro o secretario, lo que se debe revelar son situaciones personales que pueden dar lugar a tales dudas. Tal es el caso cuando haya una relación afectiva entre el árbitro y una de las partes o sus apoderados. Por

el contrario, el hecho de que el apoderado de una de las partes y el árbitro sean socios del mismo club o de la misma asociación profesional, no genera por sí mismo una duda sobre la imparcialidad o independencia del árbitro. Distinta sería la situación si, por ejemplo, el apoderado de una de las partes y el árbitro son compañeros de juego de golf o tenis. En esta materia pueden ser útiles las Directrices IBA sobre conflictos de interés en el arbitraje comercial internacional, que si bien se emplean en el arbitraje internacional pueden ser útiles en el arbitraje nacional.

Dispone la ley que igualmente debe revelarse con posterioridad y sin demora cualquiera circunstancia sobrevenida, que pudiere generar en las partes dudas sobre la imparcialidad e independencia de un árbitro.

Establece la ley que la no revelación determina que el árbitro por ese solo hecho queda impedido y así debe declararlo so pena de ser recusados.

La regla parece muy sencilla, sin embargo, genera algunas dudas:

Así puede ocurrir que el árbitro sea nombrado por acuerdo de las dos partes y el árbitro no reveló un hecho que las dos partes conocían. Si las dos partes conocían tal hecho no parece correcto que, a la luz de la buena fe, las mismas puedan recusar al árbitro.

Por otra parte, si las partes están de acuerdo en que el árbitro continúe actuando a pesar de que omitió hacer una revelación, debería concluirse que tal hecho no puede dar lugar al retiro del árbitro, porque la conducta de las partes implica que tal hecho no afecta su imparcialidad e independencia. Si las partes, pueden nombrarlo de nuevo, igualmente pueden aceptar que continúe.

Puede suceder que, aunque ninguna de las partes acepte expresamente que el árbitro continúe, lo cierto es que después de que conocen el hecho omitido por el árbitro no formulan recusación. A este respecto debe observarse que no es conforme a la buena fe que la parte no haga manifestación y pretenda después aprovecharse de las circunstancias.

En estos aspectos podría aplicarse las reglas del Código General del Proceso que dispone que *"No podrá recusar quien sin formular la recusación haya hecho cualquier gestión en el proceso después de que el juez haya asumido su conocimiento, si la causal invocada fuere anterior a dicha gestión, ni quien haya actuado con posterioridad al hecho que motiva la recusación. En estos casos la recusación debe ser rechazada de plano"*.

Establece la ley que hecha la revelación si alguna de las partes manifiesta dudas justificadas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro y su deseo de relevar al árbitro, el árbitro puede renunciar, caso en el cual se procede a su reemplazo.

Si el árbitro no renuncia se procede de la siguiente forma:

Si el tribunal está compuesto de varios árbitros y sólo se expresan objeciones respecto de uno de ellos, corresponderá a los restantes árbitros decidir si existen razones que justifican su reemplazo. Lo anterior implica que los árbitros determinen si las circunstancias invocadas y probadas realmente generan dudas justificadas sobre la imparcialidad o independencia del árbitro. Es importante precisar que lo que debe evaluarse no es si el árbitro es imparcial o es independiente, sino si la duda sobre la imparcialidad o independencia es justificada, es decir si una tercera persona razonable al observar la situación podría tener una duda justificada.

Cuando se trate de un árbitro único o cuando la objeción se refiere a la mayoría o a la totalidad de los árbitros, le corresponderá decidir al juez civil del circuito del

lugar en que funcione el arbitraje. En este caso, como en el anterior, no se trata de establecer que el árbitro es imparcial o es independiente, sino si a la luz de las circunstancias las dudas planteadas son justificadas. Para este efecto, el análisis debe hacerse desde la perspectiva de una persona razonable, es decir, debe evaluarse si esta habría concluido a la luz de las circunstancias que es posible que el árbitro no es independiente o que no sea imparcial.

Como ya se indicó para ello podrían tomarse como criterio las Directrices IBA sobre conflictos de interés en el arbitraje comercial internacional<sup>67</sup> que identifican diferentes situaciones que agrupa en categorías y que si bien han sido desarrollada para el arbitraje internacional y han sido tomadas en consideración por la Corte Suprema de Justicia para tal efecto, podrían también recibir aplicación en el arbitraje nacional.

La ley no regula la forma como el juez debe decidir estos casos desde el punto de vista del procedimiento. Existe pues un vacío que de conformidad con el artículo 12 del Código General del Proceso debe llenarse teniendo en cuenta las reglas que la propia ley dispone para decidir la recusación de los árbitros, pues la situación que se examina corresponde sustancialmente a este mismo tema. Por consiguiente, en estos casos no es necesario tramitar un proceso, sino que debe decidirse de plano.

#### 2.4.1.3 La recusación

De conformidad con el artículo 16 de la ley, el árbitro es recusable por las mismas causales previstas en el Código General del Proceso para los jueces. Debe entenderse que estas causales son predicables de los árbitros en la misma forma que lo son de los jueces, por ello, debe aplicarse la regla que establece dicho Código en el sentido que no habrá lugar a recusación cuando la causal se origine por cambio de apoderado de una de las partes, a menos que la formule la parte contraria.

Adicionalmente, cuando en el proceso arbitral sea parte el Estado o alguna de sus entidades serán también aplicables las causales de recusación del artículo 130 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Así mismo, de conformidad con el artículo 16 de la ley, el árbitro puede ser recusado por razón de las inhabilidades, prohibiciones y conflictos de interés señalados en el Código Disciplinario Único. A este respecto deberán entonces tomarse en cuenta las inhabilidades que consagra el artículo 38 de la Ley 734.

---

<sup>67</sup> Disponible en:

[https://www.ibanet.org/Publications/publications\\_IBA\\_guides\\_and\\_free\\_materials.aspx#Practice%20Rules%20and%20Guidelines](https://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#Practice%20Rules%20and%20Guidelines)

En cuanto al procedimiento de recusación, la ley distingue entre las causales preexistentes y las causales sobrevivientes.

En cuanto a las causales preexistentes, la ley sólo permite la recusación cuando quien nombró al árbitro fue el juez o un tercero, como podría ser un centro de arbitraje. A tal efecto la ley fija un plazo de cinco días siguientes a la comunicación de aceptación para formular la recusación.

Cuando se trata de árbitros nombrados por las partes, la ley no permite la recusación por causales preexistentes.

La recusación de un solo árbitro en un tribunal compuesto por varios árbitros le corresponde decidirla a los otros dos árbitros.

En los casos en que la recusación se refiere a un árbitro único, o en el evento en que se recusen la mayoría o la totalidad de los miembros del tribunal, la decisión de la recusación corresponde al juez civil del circuito del lugar en donde funcione el arbitraje.

La ley dispone que la recusación debe decidirse de plano, lo que implica que no se tramita un proceso. En todo caso pueden existir discusiones en los casos en que sea necesario probar los hechos en que se funda la recusación. En estos casos parece más afortunada la redacción del artículo 143 del Código General del Proceso que dispone que se decidirá la recusación de plano “*si considera que no se requiere la práctica de pruebas*”. Realmente debe entenderse que la norma arbitral no reguló cómo debe procederse cuándo para decidir la recusación es necesario practicar pruebas. Por consiguiente, existe un vacío en la ley arbitral que debe llenarse teniendo en cuenta el artículo 143 del Código General del Proceso. Por consiguiente, si para decidir la recusación de un árbitro es necesario practicar pruebas, el juez debe decretarlas.

Si se declara fundada la recusación el árbitro recusado debe ser reemplazado. El reemplazo corresponderá a quien había designado el árbitro, si el árbitro había sido designado por el juez y prospera la recusación se remite al juez civil de circuito que lo designó las piezas procesales para que designe el reemplazo.

#### 2.4.2 Instalación del tribunal y trámite inicial

Una vez integrado el tribunal el mismo se instala. En la audiencia de instalación el tribunal designa presidente de entre sus miembros y así mismo secretario, el cual debe pertenecer a la lista de secretarios del centro. En dicha audiencia el tribunal debe decidir sobre la admisión de la demanda.

La demanda debe cumplir los requisitos que establece el Código General del Proceso. Así mismo, el tribunal arbitral debe proceder a inadmitir o rechazar en los

casos contemplados en dicho Código. Adicionalmente la Ley 1563, establece como causal de rechazo que no se acompañe la prueba de la existencia del pacto arbitral, salvo que el demandado invoque el pacto arbitral para los efectos previstos en el parágrafo del artículo 3º.

De esta manera, cuando el demandante afirme en su demanda la existencia del pacto arbitral, el tribunal no podría inadmitir la demanda por falta de mismo, pues debe admitirla para que el demandado pueda asumir una posición.

Si se rechaza la demanda, por las causales previstas en el Código General del Proceso, o por la falta de pacto arbitral y la ausencia de afirmación de la existencia del mismo, el demandante tiene 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.

Si se admite la demanda de la misma se da traslado por el término de veinte días hábiles. Si se contesta la demanda, se corre traslado al demandante por el término de cinco días para que pueda pedir pruebas adicionales relacionadas con los hechos en que se fundan las excepciones de mérito. Así mismo, si es del caso se corre traslado de la objeción al juramento estimatorio realizado.

Una vez vencido el término de traslado de las excepciones de mérito propuestas contra la demanda inicial o contra la de reconvenCIÓN, o contestada la demanda sin que se hubieran propuesto excepciones o vencido sin contestación el término de traslado de la demanda, se señala día y hora para celebrar la audiencia de conciliación. Si hay acuerdo en la audiencia, el tribunal aprueba la conciliación si cumple con los requisitos legales. Cuando se trata de entidades pública, antes de aprobarla el tribunal debería darle un término al Ministerio Público para pronunciarse, pues es labor de los mismos rendir concepto en estas materias.

En caso de que la conciliación haya sido total termina el proceso arbitral. Si es parcial o no hay conciliación en la misma audiencia el tribunal fija honorarios y gastos.

Para la fijación de los honorarios y gastos el tribunal debe tener en cuenta las normas reglamentarias (artículos 2.2.4.2.6.2.1. a 2.2.4.2.6.2.5 del Decreto 1069 de 2015, que derogó el decreto 1819 de 2013), el reglamento del respectivo centro, lo pactado en el acuerdo de arbitraje y lo que las partes hayan acordado antes del nombramiento de los árbitros y hayan comunicado a estos (artículo 25 de la ley). La ley establece que para calcular la cuantía del proceso se tomará en cuenta el valor de las pretensiones de la demanda, determinada de conformidad con las reglas del Código General del Proceso. Si existe demanda de reconvenCIÓN, se tomará el valor de las

pretensiones de la demanda o de la demanda de reconvención, la que sea mayor. Aunque las normas no regulan cómo debe procederse en el caso de intervención ad-excludendum, en principio debería aplicarse el mismo criterio, esto es, tomar la cuantía mayor.

Dichos honorarios deberán ser pagados por las partes dentro de los diez días siguientes. De acuerdo con la ley cada parte debe pagar lo que a ella corresponda. Cuando la parte este integrada por varias personas, las mismas son solidarias (parágrafo del artículo 27 de la ley). Corresponde al tribunal determinar cuánto ha de pagar cada parte. Lo normal es que los tribunales distribuyan los honorarios por partes iguales.

Cuando hay llamamiento en garantía o intervención ad excludendum, el tribunal debe fijar las sumas que debe pagar el llamado en garantía o el interveniente ad excludendum. Lo más adecuado es que dichos montos se fijen en la misma oportunidad en que se determinen los honorarios y gastos del proceso. La ley no fija un criterio para establecer el monto de los honorarios que se causan en caso de llamamiento en garantía. Dichos honorarios deberían ser fijados teniendo en cuenta el trabajo adicional que puede implicar el llamamiento en garantía y su cuantía.

Los honorarios deben entregarse al Presidente, ello podría hacerse en cheque para que el mismo abra una cuenta para el efecto, o se le transfieren electrónicamente. Los recursos deben ser administrados en una cuenta especial abierta en una entidad sujeta a la vigilancia de la Superintendencia Financiera.

**Cuando hay llamamiento en garantía o intervención ad excludendum, el tribunal debe fijar las sumas que debe pagar el llamado en garantía o el interveniente ad excludendum.**

Si una de las partes no consigna lo que le corresponde, la otra podrá pagar la parte correspondiente a quien no consignó dentro de los cinco días hábiles siguientes (artículo 27 de la Ley 1563 de 2012).

En la práctica a veces ocurre que una parte no paga dentro del plazo original de diez (10) días, por razones operativas, pero desea pagar. Como quiera que el derecho a realizar el pago de las sumas no canceladas oportunamente corresponde a la otra parte, la parte que no pago oportunamente podrá pagar en el plazo adicional de cinco días si la otra parte está de acuerdo.

Si no se produce la consignación, la ley establece que “*el tribunal mediante auto declarará concluidas sus funciones y extinguidos los efectos del pacto arbitral para el caso*”.

Es pertinente destacar que el pacto solo deja de producir efectos en el caso concreto, por lo que, si surge otra controversia, podrá acudirse a arbitraje. Para definir en qué casos procedería adelantar otro tribunal deberá determinarse si existe la triple identidad necesaria para la cosa juzgada (artículo 303 del Código General del Proceso).

La ley no prevé, como si lo hace en otros casos de terminación del proceso arbitral, que en caso de no pago de la totalidad de los honorarios, el demandante puede presentar su demanda en un determinado plazo frente al juez permanente para conservar los efectos de la demanda inicial. La solución a esta inquietud es fundamental pues ella puede determinar que opere la prescripción o la caducidad. El silencio de la ley puede dar lugar a dos tesis:

La primera sostiene que existe un vacío en el régimen arbitral, y que por ello debe aplicarse la misma solución que prevé la ley para otros casos, como es, por ejemplo, el rechazo de la demanda, o que el tribunal se declare no competente, en los cuales la demanda puede presentarse ante el juez permanente dentro de los veinte días hábiles siguientes, conservando los efectos de la presentación inicial de la demanda en materia arbitral.

La segunda considera que en este caso el demandante no tiene un plazo para volver a presentar la demanda ante los jueces, conservando los efectos de la presentación oportuna de la demanda para dar inicio al trámite arbitral, pues la ley no lo previó y ello es así, porque finalmente es la conducta del demandante que no paga la que da lugar a la extinción de los efectos del pacto para el caso concreto.

94

Esta última tesis es en principio la correcta, pues es una consecuencia de no cumplir con las obligaciones que asumió por el pacto arbitral.

En todo caso puede preguntarse cuál debe ser la solución en aquellos eventos en los cuales el demandante no sufraga la totalidad de los honorarios porque no está en capacidad de hacerlo. De acuerdo con la ley arbitral, si el demandante no cuenta con los recursos para atender el proceso puede invocar el amparo de pobreza. Lo anterior implica de acuerdo con la ley, que el *"amparado quedará exonerado del pago de los honorarios y gastos del tribunal arbitral, sin que le corresponda a su contraparte sufragar lo que al amparado le hubiese correspondido pagar"*. Ahora bien, en dicha hipótesis puede presentarse que el demandado no pague su parte. Ante tal situación lo normal, es que el amparado por pobre no pueda cancelar la parte que le corresponda al demandado. En tal evento podría discutirse si ante la ausencia de una conducta reprochable del demandante en el no pago de honorarios que le corresponde pagar a la demandada, puede presentarse posteriormente la demanda ante los jueces conservando los efectos de la presentación oportuna ante el tribunal arbitral.

En este punto la respuesta debería ser positiva porque no existe una conducta reprochable del amparado por pobre, y por el contrario, si la hay por parte del demandado. En efecto, las partes se obligaron por el acuerdo arbitral a someter sus diferencias a arbitraje y asumir los costos correspondientes. El demandado al no pagar incumple su obligación. En este contexto el incumplimiento de su pacto por el demandado no puede tener consecuencias favorables para el mismo, pues ello sería contrario a los principios más fundamentales de los contratos.

Por ello ha de entenderse que en este caso existe un vacío legal, y por consiguiente, cuando el demandante está amparado por pobre, y termina el proceso por no pago de los honorarios y gastos del tribunal, debe aplicarse la regla que el legislador establece en el sentido de que la demanda puede presentarse ante el juez permanente del Estado dentro de los veinte días hábiles siguientes para que conserve los efectos de la presentación en materia arbitral.

Por otra parte, si una parte paga lo que corresponde a otra, la ley prevé que aquella que ha pagado podrá iniciar la ejecución ante la justicia ordinaria, con base en una certificación expedida por el presidente del tribunal con la firma del secretario, una vez quede en firme la providencia por la cual el tribunal se declare competente. En la medida en que la ley establece que para adelantar la ejecución “bastará” la certificación mencionada, no es necesario acompañar otros documentos para efectos de acreditar el título ejecutivo. En el proceso ejecutivo sólo se podrá invocar la excepción de pago.

En todo caso dispone la ley que, de no mediar ejecución, la suma que una parte ha pagado por la otra se tendrá en cuenta en el laudo para efectos de la condena.

#### 2.4.3 Primera audiencia de trámite. Declaratoria de competencia

Si los honorarios son pagados, el tribunal debe realizar la primera audiencia de trámite. El objeto de dicha audiencia es doble, en primer lugar, que el tribunal se pronuncie sobre su competencia, y si declara que tiene competencia total o parcialmente se pronuncie sobre las pruebas solicitadas.

Para determinar los asuntos que deben examinarse por el tribunal al pronunciarse sobre su competencia, es pertinente tener en cuenta las causales de anulación del laudo que establece la ley, en la medida en que para que algunas de ellas sean procedentes se requiere que quien la invoca haya interpuesto recurso de reposición por esta circunstancia contra el auto por el cual el tribunal se declara competente (artículo 41 de la ley). Lo anterior implica, por consiguiente, que este aspecto debe ser analizado en el auto que decide la competencia.

De esta manera, el tribunal debe pronunciarse, en primer lugar, sobre la existencia de jurisdicción y competencia. La ley no precisa claramente qué es falta de jurisdicción

y que es falta de competencia como causal de anulación. La referencia a las dos partió de la base de las discusiones que podían existir sobre el tema y para evitar controversias sobre el alcance de una y otra se prefirió hacer referencia a ambas. Con todo es posible discernir un criterio para distinguir la falta de jurisdicción y la falta de competencia. Podría sostenerse que hay falta de jurisdicción cuando el asunto no puede someterse a árbitros. Por el contrario, hay falta de competencia cuando el asunto legalmente puede ser sometido a un tribunal arbitral, pero de hecho el pacto arbitral no cobija esta materia. En sentencia del 13 de mayo de

**Por el contrario, hay falta de competencia cuando el asunto legalmente puede ser sometido a un tribunal arbitral, pero de hecho el pacto arbitral no cobija esta materia.**

2015 el Consejo de Estado señaló <sup>68</sup>que la falta de jurisdicción se produce cuando el pacto arbitral no existe o cuando el asunto o materia que se somete a la decisión de los árbitros no es de aquellos que la ley autoriza sean resuelto por arbitraje. Hay falta de competencia cuando el tribunal se pronuncia sobre algún asunto que por voluntad de las partes no se encontraba sometido a su decisión.

En este punto es muy importante la interpretación sobre el alcance del pacto arbitral. Si el pacto arbitral es específico, en principio los árbitros solo serán competentes para lo incluido en el pacto. Por el contrario, si es genérico podría entenderse que cobija todas las controversias derivadas del contrato que incluye la cláusula compromisoria. El hecho de que el pacto contenga una enumeración no significa necesariamente que la competencia esté limitada a los aspectos enumerados, pues la enumeración puede no ser taxativa. En estos casos lo que procede es interpretar la voluntad de las partes teniendo en cuenta los criterios de interpretación de los contratos.

Un punto que generó discusión es si los árbitros podían conocer de la nulidad del contrato, cuando el pacto arbitral no la incluye expresamente. A este respecto debe observarse que para que un juez pueda condenar al cumplimiento de un contrato es necesario que el negocio sea válido, por lo que la validez del contrato es una materia que en principio queda incluida entre los temas que debe decidir quien deba pronunciarse sobre el cumplimiento del contrato.

Por otra parte, al decidir su competencia el tribunal arbitral también debe pronunciarse sobre la existencia, validez y oponibilidad del pacto arbitral. Al respecto el pacto arbitral podría no existir, como sucede cuando la cláusula compromisoria consta en un documento separado el cual no identifica las partes ni el contrato al

<sup>68</sup> Radicación: 11001-03-26-000-2014-00162-00 (52.556)

que se refiere. Por otra parte, el pacto arbitral será nulo por las causas generales de invalidez de los actos jurídicos. En este punto deberá el tribunal examinar si la materia a la que se refiere el pacto arbitral es disponible. Igualmente, el tribunal deberá examinar si existen causales de nulidad relativa del pacto y si ellas han sido invocadas por las personas que lo puedan hacer. Así mismo deberá examinar si existe una causa de inoponibilidad que haya sido alegada por el sujeto legitimado para ello, esto es, por ejemplo, el poderdante que no confirió al apoderado facultad expresa para suscribir un pacto arbitral.

Igualmente, el tribunal debe examinar si existe una caducidad de la acción. El tribunal ha de pronunciarse sobre la caducidad en esta etapa en la medida en que la ley establece que cuando se invoca como causal de anulación del laudo la caducidad, ella debió ser alegada frente al auto por el cual el tribunal se declaró competente. En este punto debe observarse que en ocasiones la caducidad no es clara por lo que los tribunales arbitrales, siguiendo en esto pronunciamientos del Consejo de Estado en ocasiones se abstienen de pronunciarse sobre ella, para decidirla posteriormente en el laudo.

En tercer lugar, el tribunal arbitral debe verificar que haya sido debidamente integrado, lo que implica verificar que quienes fueron designados como árbitros reúnen las calidades para actuar como tales y que han sido designados correctamente. En todo caso en este punto habrá de tenerse en cuenta si frente a la integración del tribunal han existido reparos de las partes. En efecto, si los árbitros no cumplen una condición pactada en el acuerdo arbitraje, pero ello fue revelado a las partes oportunamente y estas no hicieron manifestación alguna, se entiende que aceptaron tal situación y no podrían reclamar posteriormente.

Si el tribunal declara que no es competente, para que se puedan conservar los efectos derivados de la presentación de la demanda ante el tribunal arbitral, el demandante deberá presentar la demanda ante el juez permanente con todos sus requisitos dentro de los veinte días hábiles siguientes. Para efectos de que se reconozcan los efectos de la interrupción de la prescripción o la no operancia de la caducidad, debería acompañarse la copia de la decisión del tribunal.

Prevé la ley que si el tribunal se declara competente por mayoría de votos el árbitro que haya salvado voto cesará en sus funciones y será reemplazo en la forma señalada en la ley. Puede ocurrir que no se cumpla esta disposición legal. En este caso, si las partes no formularon reparo, dicha irregularidad se entiende saneada.

Si el tribunal se declara competente debe pronunciarse sobre las pruebas solicitadas.

Concluida la audiencia comienza a contarse el término del proceso. A este respecto debe recordarse que el término del proceso será el que hayan pactado las partes, y si ellas no lo hicieron “el término será de seis meses”. Dicho término puede ser prorrogado por las partes por una o varias veces, sin que el total de la prórroga exceda de seis meses.

#### 2.4.4 Práctica de pruebas

Las pruebas deben ser practicadas en pleno por el tribunal arbitral. La ley no contempla la posibilidad de que se disponga que uno de los árbitros practicará las pruebas. Tampoco está previsto que los árbitros comisionen a un juez.

En todo caso dispone la ley que el tribunal arbitral y las partes tienen las mismas facultades y deberes previstos por el Código General del Proceso.

En materia arbitral se aplican entonces las mismas reglas del Código General del Proceso sobre pruebas. No obstante, es necesario señalar que en materia pericial el artículo 31 de la Ley 1563, contiene algunas disposiciones particulares, como es la fijación provisional de los honorarios del perito en la audiencia de posesión los que deberán ser consignados tanto por *“la parte que solicitó la prueba, como la que formuló preguntas adicionales dentro del término que al efecto le señale el tribunal, so pena de que se entienda desistida la prueba respecto de la parte que no hizo la consignación”*. Como se puede apreciar esta regla parte de la base de que la prueba pericial puede ser solicitada por una de las partes en el trámite arbitral.

En esta materia han existido dos interpretaciones. Algunos consideran que como en materia probatoria las facultades del tribunal y de las partes son las que señala el Código General del Proceso, la prueba pericial debe seguir las reglas de este Código y por ello la misma debe ser aportada por las partes. Otros, por el contrario consideran, que dada la redacción del artículo 31, es posible decretar la prueba pericial a petición de una parte, pues se trata de una norma especial.

Cuando las pruebas deban practicarse en el exterior se aplicarán los tratados vigentes sobre la materia y las normas del Código General del Proceso, por lo que los árbitros podrían acudir a los mecanismos previstos por el artículo 41 del Código General del Proceso y acudir a una carta rogatoria por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores o comisionar directamente al cónsul o agente diplomático de Colombia.

Vale la pena aclarar que la ley establece que cuando una prueba ha de practicarse en el exterior el tribunal arbitral podrá suspender el proceso arbitral mientras se practique la misma.

Como quiera que en muchos países se reconoce a los tribunales arbitrales la capacidad de practicar pruebas, sin limitación, es posible para un tribunal arbitral en

Colombia practicar pruebas en el exterior. Así, por ejemplo, es común que tribunales arbitrales reciban declaraciones de personas en el exterior a través de video conferencias.

## 2.4.5 Medidas cautelares

En materia de medidas cautelares la Ley 1563 adopta un criterio sencillo que consiste aplicar las normas que deberían tenerse en cuenta si el proceso se tramitara ante la jurisdicción ordinaria o contencioso administrativa por no existir pacto arbitral.

Por consiguiente, cuando el proceso habría debido tramitarse ante la jurisdicción ordinaria se pueden decretar las medidas cautelares que consagra el Código General del Proceso. Si el proceso habría debido tramitarse ante la jurisdicción contencioso administrativa, se aplicarán las medidas cautelares consagradas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Adicionalmente prevé la ley expresamente la posibilidad de decretar medidas cautelares atípicas conforme con reglas que coinciden fundamentalmente con las consagradas por el Código General del Proceso.

En este punto una discusión que se presenta es si es posible decretar como medidas atípicas aquellas previstas en el ordenamiento para un supuesto distinto.

Así, por ejemplo, en procesos arbitrales en ocasiones se solicitan medidas de embargo o secuestro, señalando que dichas medidas son atípicas para el proceso declarativo en primera o única instancia, y por ello son procedentes como tales.

99

Diversos tribunales arbitrales han considerado que la medida cautelar atípica es la que no está regulada por la ley. Por consiguiente, un embargo o secuestro no es una medida atípica y por ello por regla general no procede en un proceso arbitral, como proceso declarativo. Igual solución se ha dado a solicitudes orientadas a que se ordene a un Banco congelar los fondos en una cuenta, o no permitir al cuenta habiente disponer de ellos, pues en el fondo dicha medida equivale a un embargo de la cuenta.

Es pertinente precisar que en la medida en que algunos procesos declarativos, como el proceso de restitución de tenencia, procede el embargo y secuestro, dicha medida será procedente cuando el proceso se adelanta por un tribunal arbitral.

Dado que el tribunal arbitral cesa en sus funciones cuando queda ejecutoriado el laudo, en materia de medidas cautelares se puede presentar el problema de que el tribunal puede haber decretado una medida cautelar y la misma no fue cancelada en el laudo. Es por ello que la ley determina que, si el tribunal omite levantar las

medidas cautelares, las mismas caducan automáticamente transcurridos tres (3) meses desde la ejecutoria del laudo o de la providencia que decida definitivamente el recurso de anulación. Se puede presentar que se hayan decretado medidas cautelares y el tribunal arbitral termine por una causa distinta a la ejecutoria del laudo, como podría ser por vencimiento del término del proceso o porque las partes le han querido poner fin. En tal caso la ley no dispone qué sucede con las medidas cautelares. Como existe un vacío legal el mismo puede ser resuelto aplicando las normas que regulan casos semejantes. Por consiguiente, debería entenderse que en tal caso la medida cautelar que se decretó caduca automáticamente transcurridos tres meses desde la terminación del proceso arbitral. En todo caso esta solución puede ser controvertida dado el carácter excepcional de esta norma.

La ley prevé que, para la práctica de las medidas cautelares decretadas por un tribunal arbitral, el mismo puede comisionar al juez civil municipal o de circuito donde debe practicarse la medida. Sería el caso por ejemplo de la práctica de un secuestro en un proceso de restitución de tenencia. Si en el proceso es parte una entidad pública o quien ejerce funciones administrativas, se puede comisionar para practicar la medida al juez administrativo.

#### 2.4.6 La posibilidad de acumular procesos arbitrales

La Ley 1563 de 2012 no establece ninguna regla sobre la posibilidad de acumular procesos arbitrales. Se ha sostenido que dicha acumulación es posible en los casos previstos por el Código General del Proceso. En este punto debe tenerse en cuenta que, por virtud del pacto arbitral, las partes han convenido que su conflicto sea resuelto por árbitros que han de ser designados por ellas o por un tercero. Por consiguiente, si las partes han designado dos tribunales arbitrales con diferentes árbitros, sería contrario a su voluntad que dichos procesos arbitrales se acumulen.

Ahora bien, es pertinente agregar que los reglamentos de algunos centros de arbitraje establecen la posibilidad de acumular procesos arbitrales en determinados casos. En tal situación solo es posible la acumulación en dichos eventos.

#### 2.4.7 Laudo

Una vez practicadas las pruebas decretadas, el tribunal cita a las partes a una audiencia para que puedan alegar. En dicha audiencia el tribunal fija la fecha para la audiencia de laudo.

El laudo dice la ley (artículo 1º) “*es la sentencia que profiere el tribunal de arbitraje*”. En esta medida el laudo debe adoptar el contenido de una sentencia. Por consiguiente, debe contener un pronunciamiento sobre las pretensiones de la demanda principal, y la demanda de reconvenCIÓN, si existe, y cuando corresponda, sobre las excepciones que hayan sido formuladas. La legislación anterior establecía que en

el laudo debía incluirse la liquidación de cualquier condena contenida en el laudo (artículo 155 del Decreto 1818 de 1998). La ley actual no lo contempla. En todo caso debe aplicarse el artículo 306 del Código General del Proceso de acuerdo con el cual cuando “la ley autorice imponer en la sentencia condena en abstracto, una vez ejecutoriada la providencia que la concrete, se aplicarán las reglas de los incisos anteriores”. De esta manera la regla general es que el laudo debe contener condenas en concreto, porque la ley no autoriza condenas en abstracto en esta materia.

**La ley establece que el laudo se acordará por mayoría de votos y debe ser firmado por los árbitros, pero igualmente precisa que el hecho de que uno de los árbitros no firme el laudo no lo invalida.**

La ley establece que el laudo se acordará por mayoría de votos y debe ser firmado por los árbitros, pero igualmente precisa que el hecho de que uno de los árbitros no firme el laudo no lo invalida. La falta de firma del laudo por el árbitro da lugar a que pierda la segunda mitad de sus honorarios (artículo 48).

El laudo puede ser en derecho o en equidad. La regla general es que si no se pacta otra cosa el laudo debe ser en derecho. Adicionalmente, dispone la ley que cuando intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, si las controversias han surgido por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, el laudo deberá proferirse en derecho. La redacción de la norma plantea la duda acerca de si es posible pactar que el laudo es en equidad en aquellos procesos en los que se pretende la responsabilidad extracontractual del estado. Si bien no es común que se adelante un proceso de responsabilidad extracontractual del estado ante un tribunal arbitral, tal hipótesis no se excluye por cuanto se trata de una materia disponible y por ello susceptible de ser sometida a arbitraje.

A diferencia del régimen anterior en el que la ley establecía una definición acerca de en qué consiste un laudo en derecho, la legislación actual no lo hace, por lo que es necesario recurrir a la jurisprudencia del Consejo de Estado. A este respecto el Consejo de Estado ha señalado<sup>69</sup> por ejemplo que el fallo es en derecho cuando “*la decisión estuvo fundada en un marco eminentemente jurídico-normativo aplicable al caso y no fue el resultado de la libre apreciación de los árbitros o de su leal saber y entender -ex aequo et bono*”. Igualmente tradicionalmente ha dicho<sup>70</sup> “sólo cuando

<sup>69</sup> Sección Tercera. Sentencia del 10 de noviembre de 2017. Radicación número: 11001-03-26-000-2016-00064-00(56800).

<sup>70</sup> Sección Tercera. Sentencia del 7 de noviembre de 2002. Referencia: Expediente número 21943 Radi-

*el fallo que se dice en derecho deje de lado, en forma ostensible, el marco jurídico que deba acatar para basarse en la mera equidad podrá asimilarse a un fallo en conciencia".* De esta manera, el laudo es en derecho cuando el mismo se funda en el ordenamiento jurídico, así el razonamiento contenido en el mismo sea equivocado.

Por otra parte, el laudo puede ser en equidad, lo que implica que el mismo no tiene que fundarse en normas y principios jurídicos pues se puede fundar en consideraciones de equidad o justicia.

**Por otra parte, el laudo puede ser en equidad, lo que implica que el mismo no tiene que fundarse en normas y principios jurídicos pues se puede fundar en consideraciones de equidad o justicia.**

En cuanto al concepto de equidad, en esta materia vale la pena señalar que el mismo puede ser entendido en diversas formas. Para algunos cuando el árbitro puede decidir en equidad, ello significa que el árbitro falla teniendo en cuenta lo que él considera justo. Para otros el fallo en equidad significa que el árbitro puede apartarse de las normas legales en aquellos casos en que considera que las mismas no brindan una solución justa para el caso concreto.

En la medida en que el ordenamiento no precisa el alcance del fallo en equidad, le corresponderá a las partes precisarlo, pero si no lo hacen debería entenderse que los árbitros pueden adoptar la decisión que consideren justa.

102

Es pertinente anotar que el hecho de que el fallo deba ser en equidad no significa que el mismo pueda dictarse sin motivación o que el mismo pueda dictarse sin previamente agotar el procedimiento.

En efecto, todo laudo debe ser motivado. Ello se deriva de las reglas del Código General del Proceso que exigen la motivación de la sentencia y de la jurisprudencia de la Corte Constitucional que considera que el derecho de acceso a la justicia implica que el laudo sea motivado<sup>71</sup>. En este punto es pertinente destacar que la ley contempla como causal de anulación que el laudo se dicten en conciencia, lo que como se verá más adelante se puede entender referido a que el laudo se dicte sin motivación. No sobra señalar además que la Corte Constitucional ha reconocido que las decisiones en equidad violan la Constitución Política cuando "carecen de motivación material, o son manifiestamente irrazonables, tornándose así en arbitrarias"<sup>72</sup>

cación No. 11001032600020010066 01

<sup>71</sup> Sentencia C-145-98

<sup>72</sup> SU-174 de 2007

Por otra parte, en cuanto al procedimiento ha de observarse que la ley distingue entre el que debe seguirse para dictar el laudo y el contenido del mismo. En efecto, si no se pactan otras reglas en desarrollo del artículo 58 de la ley, en el proceso arbitral debe seguirse el procedimiento establecido en la Ley 1563. Otra cosa es que el laudo sea en derecho o en equidad. Por ello puede ocurrir que no se pacte nada sobre el procedimiento, pero se establezca que el fallo será en equidad. En tal caso debe seguirse el procedimiento previsto en la ley, pero el laudo será en equidad. Igualmente puede ocurrir que se pacte que se aplicará el procedimiento de un centro de arbitraje, pero que no se indique nada sobre el laudo. En tal caso el proceso seguirá las reglas del centro, pero el laudo debe ser en derecho.

El laudo se adopta a través de un proceso de deliberación, que la jurisprudencia de otros países ha señalado que es confidencial.

El laudo debe resolver sobre la condena en costas. Como quiera que la ley arbitral no contiene ninguna regulación sobre costas, deben aplicarse las disposiciones del Código General del Proceso.

Igualmente, el laudo debe pronunciarse sobre las medidas cautelares dictadas.

#### **2.4.8 Aclaración, corrección o complementación del laudo**

El artículo 39 de la Ley 1563, prevé que dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación, el laudo podrá ser aclarado, corregido y complementado de oficio; asimismo, podrá serlo a solicitud de parte, formulada dentro del mismo término.

Lo primero que ha de observarse es que, en materia arbitral la ley no precisa cuál es el alcance de la aclaración, corrección o complementación de los laudos arbitrales. Por tal razón, en virtud del artículo 1º del Código General del Proceso debe acudirse a dicho estatuto para precisar tales conceptos.

Adicionalmente debe partirse del principio que sienta el Código General del Proceso en el sentido que la sentencia una vez pronunciada no puede ser modificada por el juez que la dictó.

Por consiguiente, de conformidad con el artículo 285 del Código General del Proceso la aclaración de un laudo arbitral procederá cuando contenga conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutiva de la sentencia o influyan en ella. En este punto la jurisprudencia reiterada de las Cortes ha señalado *“la aclaración permitida es sobre aquellas frases que verdaderamente encierren motivo de duda, ante una deficiente redacción y que en especial estén contenidas en la parte resolutiva. Más, so pretexto de una aclaración no se puede pretender, y le está vedado al juez, alterar o modificar el*

contenido de la decisión, pues ello sería tanto como admitir que el propio juez puede revocar su sentencia. Tampoco es de recibo que la parte pretenda aclaración acerca de la valoración de las pruebas, o de las conclusiones, tomadas con relación a los hechos debatidos, o sobre la legalidad o ilegalidad de la decisión; es decir, no puede la providencia entrar a analizar lo que la ley establece”<sup>73</sup>. En el mismo sentido la Corte Suprema de Justicia “que los conceptos o frases que le abren paso a dicho correctivo, ‘no son los que surjan de las dudas que las partes aleguen acerca de la oportunidad, veracidad o legalidad de las afirmaciones del sentenciador; sino aquellos provenientes de redacción ininteligible o del alcance de un concepto o de una frase en concordancia con la parte resolutiva del fallo’”<sup>74</sup>

Es pertinente precisar que cuando se habla de aclaraciones en la parte motiva, se hace referencia a aquellos apartes de la motiva que son necesarios para determinar el significado de la parte resolutiva, pero no aquellas otras consideraciones pues en tal caso lo que se busca es cuestionar el razonamiento del fallador.

**Tampoco es de recibo que la parte pretenda aclaración acerca de la valoración de las pruebas, o de las conclusiones, tomadas con relación a los hechos debatidos, o sobre la legalidad o ilegalidad de la decisión; es decir, no puede la providencia entrar a analizar lo que la ley establece**

Por lo que se refiere a la corrección deberá aplicarse el artículo 286 del Código General del Proceso, por lo que este remedio procesal procede cuando se trata de un error puramente aritmético o de un error por omisión o cambio de palabras o alteración de estas siempre que estén contenidas en la parte resolutiva o influyan en ella. En este aspecto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia precisó<sup>75</sup> que el concepto de error aritmético no es sólo el error en una operación aritmética, “pues la aritmética estudia las propiedades elementales de los números, por lo cual cualquier error en un número, sea consecuencia de una operación aritmética o una mala cita es un error aritmético”. El Consejo de Estado ha adoptado esta misma orientación<sup>76</sup> e igualmente ha precisado que procede la corrección en el caso del error material, es decir un error de la formación de la idea o en la construcción de la formula. A tal efecto el Consejo de Estado<sup>77</sup> cita a Chiovenda quien señalaba

<sup>73</sup> Sentencia del 7 de septiembre 2001 Radicación número: 25000-23-26-000-2000-0619-01 ACU-935.

<sup>74</sup> Sentencia del 24 de junio de 1992.

<sup>75</sup> Sala de Casación Civil. Auto del 14 de julio de 1983.

<sup>76</sup> Sección Tercera. sentencia del 6de junio de 2002 Referencia 20634.

<sup>77</sup> Ibidem.

sobre la corrección de la sentencia por omisiones o errores que no producen su nulidad, que no se “*trata de impugnar el juicio del juez ni su actividad, sino únicamente de hacer corresponder la expresión material de ella, con lo que el juez ha querido efectivamente, decir y hacer*”<sup>78</sup>.

Finalmente, la complementación hace referencia a la adición de la sentencia, la cual de conformidad con el artículo 287 del Código General del Proceso procede cuando la sentencia omita resolver sobre “*cualquiera de los extremos de la litis o sobre cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento.*” Ello ocurrirá cuando no se ha decidido alguna pretensión o una excepción que debió ser objeto de pronunciamiento. Dicho remedio procesal no procede cuando lo que ocurre es que quien pretende la adición lo que realmente busca es una modificación de la decisión del juez.

La Ley 1563 prevé que la solicitud de aclaración, corrección o complementación debe ser presentada dentro de los cinco días siguientes a la notificación del laudo arbitral.

Igualmente precisa que la aclaración, corrección o complementación puede hacerse de oficio en el mismo término.

Lo anterior implica una diferencia con el régimen del Código General del Proceso en materia de corrección del error aritmético. En efecto de conformidad con el artículo 286 de dicho estatuto el error aritmético o el error por omisión o cambio de palabras o alteración de estas puede ser corregido por el juez en cualquier tiempo. En materia arbitral dicha posibilidad de corrección sólo existe a solicitud de parte presentada dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la providencia o de oficio dentro del mismo término. Lo anterior obedece al carácter transitorio de la jurisdicción del tribunal arbitral.

Lo anterior implica que, si la solicitud no se presenta oportunamente, ni el tribunal advierte el error, el mismo no podrá ser corregido<sup>79</sup>.

Finalmente es de destacar que como se desprende del Código General del Proceso, la aclaración o corrección se hacen por auto, en tanto que la complementación o adición deben hacerse a través de un laudo.

#### 2.4.9 Efectos del laudo

Una vez ejecutoriado el laudo, como toda sentencia judicial, hace tránsito a cosa juzgada. Por consiguiente, si se iniciara un nuevo proceso ante la jurisdicción

<sup>78</sup> Principios de derecho procesal civil. Madrid. Ed. Reus S.A., 1977. p. 513.

<sup>79</sup> Consejo de Estado. Sala de Consulta y del Servicio Civil. Concepto C.E. 1408 de 2002.

permanente del Estado o ante un tribunal arbitral, y existiera la triple identidad a que se refiere el artículo 303 del CGP cabría invocar la excepción de cosa juzgada. Igualmente, si existiera un proceso en curso en las mismas condiciones el mismo debería terminar.

#### 2.4.10 Ejecución del laudo

En la medida en que el tribunal cesa en sus funciones por la ejecutoria del laudo arbitral, no es posible que el propio tribunal ejecute el laudo.

De la ejecución del laudo conoce la jurisdicción ordinaria por regla general y excepcionalmente la jurisprudencia contenciosa. Esta regla es precisada por el artículo 306 del Código General del Proceso que señala que *“La jurisdicción competente para conocer de la ejecución del laudo arbitral es la misma que conoce del recurso de anulación, de acuerdo con las normas generales de competencia y trámite de cada jurisdicción.”* El artículo 104 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece que la jurisdicción de lo contencioso administrativo conoce de los procesos *“ejecutivos ... provenientes de laudos arbitrales en que hubiere sido parte una entidad pública”*. En este punto debe observarse que de conformidad con la Ley 1563 de 2012, la jurisdicción contenciosa es competente para conocer del recurso de anulación de los laudos proferidos en procesos en que ha sido parte una entidad pública o un particular que cumple funciones administrativas. Por consiguiente, teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 306 del Código General del Proceso, la jurisdicción de lo contencioso administrativa conoce de los recursos de anulación de laudos proferidos en procesos arbitrales en que es parte una entidad pública o un particular que cumple funciones administrativas.

106

En materia civil la competencia corresponderá al juez civil del circuito o al juez municipal según la cuantía de la condena, y en materia territorial se aplicarán las reglas del Código General del Proceso.

En lo administrativo la competencia corresponderá al tribunal administrativo o al juez administrativo según la cuantía (artículos 152.7 y 155.7 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo)

En cuanto a la competencia territorial, el artículo 156.9 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo dispone que *“las ejecuciones de las condenas impuestas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo o de las obligaciones contenidas en una conciliación aprobada por esta jurisdicción, será competente el juez que profirió la providencia respectiva”*. Esta regla claramente no puede ser aplicada en materia de laudos arbitrales, dado el carácter transitorio de los tribunales arbitrales los cuales se extinguen por la ejecutoria del laudo arbitral. Por ello para determinar la competencia para la ejecución de

laudos relativos a contratos podría aplicarse el criterio fijado por el numeral 4 del artículo 156 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que dispone que la competencia territorial en los procesos “*ejecutivos originados en contratos estatales se determinará por el lugar donde se ejecutó o debió ejecutarse el contrato*”.

En materia contencioso administrativo existen reglas particulares en relación con la oportunidad procesal. Así el artículo 299 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece que “*Las condenas impuestas a entidades públicas consistentes en la liquidación o pago de una suma de dinero serán ejecutadas ante esta misma jurisdicción según las reglas de competencia contenidas en este Código, si dentro de los diez (10) meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia la entidad obligada no le ha dado cumplimiento.*”

Por otra parte de conformidad con el artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo el término para solicitar la ejecución será de cinco (5) años contados a partir de la exigibilidad de la obligación<sup>80</sup>.

A este respecto es pertinente recordar que en materia civil y comercial será aplicable el artículo 2536 del Código Civil, tal como fue modificado por la Ley 791 de 2002, que dispone que la “*acción ejecutiva se prescribe por cinco (5) años*”.

El título ejecutivo para adelantar la ejecución es la copia del laudo expedida por el secretario del tribunal en el cual se deje constancia de su notificación y de que el laudo está ejecutoriado o puede ser ejecutado. Si el laudo fue aclarado, corregido o adicionado, debe acompañarse copia de la correspondiente providencia.

## 2.5 Recursos contra el laudo

Contra el laudo arbitral proceden dos recursos extraordinarios: el recurso de anulación y el recurso de revisión.

### 2.5.1 Recurso de anulación

El recurso de anulación es el que la mayoría de los sistemas jurídicos establecen para efectuar el control de laudos arbitrales. La importancia del recurso de anulación debe ser destacada, pues si bien el fondo de la decisión del árbitro es definitiva, la misma puede ser cuestionada demostrando que existieron los yerros a que hace referencia el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

<sup>80</sup> Dispone el Código General del Proceso “*Cuando la ley autorice imponer en la sentencia condena en abstracto, una vez ejecutoriada la providencia que la concrete, se aplicarán las reglas de los incisos anteriores*”.

El recurso de anulación es un recurso extraordinario, porque procede por causales taxativas señaladas por la ley (aunque la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido como causal no prevista por la ley, la no solicitud de interpretación prejudicial al tribunal andino de justicia o el desconocimiento de la misma) y así mismo porque el control que ejerce el juez de anulación es limitado.

La ley establece un plazo de 30 días hábiles para interponer el recurso de anulación, contados a partir de la notificación del laudo o la providencia que resuelva la solicitud de aclaración, corrección o complementación. Dicho recurso se interpone ante el tribunal arbitral. Lo anterior ha llevado al Consejo de Estado a tomar en cuenta el reglamento del centro de arbitraje para determinar la oportunidad en la presentación del recurso. Así ha considerado<sup>81</sup> que de acuerdo con el Código General del Proceso los recursos se entienden presentados oportunamente cuando lo son antes del cierre del despacho. Agregó que como en los tribunales arbitrales no hay despacho, debe tomarse en consideración el reglamento del centro en el cual se tramita el proceso. Como en el caso que analizó el Consejo el reglamento dispone que “*salvo pacto en contrario, las comunicaciones, notificaciones y actuaciones por medio electrónicos podrán realizarse durante las 24 horas del día*”, concluyó el Consejo de Estado que el recurso presentado a las 5:12 era oportuno.

El recurso debe ser sustentado con indicación de la causal. En algunas providencias ha señalado por el Consejo de Estado que la sustentación debe ser real, por lo que no podría ser simplemente la expresión genérica de la causal o de frases de cajón que no hacen referencia a la situación concreta. Ha señalado que “*la sustentación del recurso no consiste en la sola indicación del texto legal que consagra una determinada causal, como tampoco en que, al amparo de la mención de alguna o de varias de las causales enlistadas en la ley, se aduzcan argumentaciones que en verdad no configuran ninguna de las previstas por el legislador*”<sup>82</sup>. Igualmente ha dicho que la sustentación debe ser de cada causal.

108

De dicho recurso se da traslado por la secretaría del tribunal arbitral a la otra parte por quince días hábiles.

Como quiera que la ley no prevé un plazo especial para el traslado al ministerio público, el mismo podrá pronunciarse dentro del mismo plazo previsto para el traslado a la contraparte<sup>83</sup>. Igualmente, en ese plazo podrá pronunciarse, cuando sea del caso, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

<sup>81</sup> Sección Tercera. Auto del 2 de marzo de 2018. Radicación 11001-03-26-000-2018-00011-00(60716)

<sup>82</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de febrero 21 de 2011, reiterada en la sentencia del 24 de abril de 2017 Radicación: 11001-03-26-000-2017-00007-00 (58.527)

<sup>83</sup> Así lo entiende la Procuraduría según se desprende del artículo 6º de la Resolución 104 de 2017 del Procurador General de la Nación.

Una vez cumplido el traslado se debe remitir al juez de anulación.

El juez competente para la anulación según la ley es en principio el tribunal superior de distrito del lugar donde funcionó el tribunal de arbitraje. Sin embargo, de conformidad con el artículo 46 de la Ley 1563 en los procesos arbitrales en “que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, será competente la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado”. La expresión que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas no es clara porque podría interpretarse que basta que una entidad pública haya intervenido a título para que el juez competente sea el Consejo de Estado. Ello incluiría entonces el caso en que una entidad pública interviene a título de coadyuvante.

Sin embargo, si se tiene en cuenta el objeto de la función contencioso administrativa puede señalarse que realmente no existe razón para que ella deba intervenir en los casos en los cuales la entidad pública no actúa como demandante ni demandada, ni ha sido llamada en garantía, pues es en estos casos no se van a juzgar “litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa”, lo que constituye el objeto de la jurisdicción contencioso administrativa (artículo 104 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo)

**Por otro lado, cabe la discusión acerca del alcance de la regla en virtud de la cual el Consejo de Estado conoce del recurso de anulación cuando en el proceso arbitral haya intervenido una persona que desempeña funciones administrativas.**

Por otro lado, cabe la discusión acerca del alcance de la regla en virtud de la cual el Consejo de Estado conoce del recurso de anulación cuando en el proceso arbitral haya intervenido una persona que desempeña funciones administrativas.

Así podría discutirse si corresponde al Consejo de Estado la competencia para conocer de un recurso de anulación contra un laudo dictado en un proceso en el que participó una entidad fiduciaria que administraba un patrimonio autónomo creado con recursos públicos, o en los que intervino la Federación Nacional de Cafeteros en su calidad de administradora del Fondo Nacional del Café.

La dificultad en esta materia resulta del alcance del concepto de función administrativa, esto es si se debe interpretar en un sentido amplio o en un sentido restringido. Podría entenderse que dicha expresión se refiere a la función administrativa en sentido estricto que se concreta en la expedición de actos administrativos, que son actos

jurídicos unilaterales a través de los cuales el estado modifica la situación del administrado. Por ello no incluye los casos en los que simplemente existe un particular que participa en la administración de recursos públicos, sin ejercer funciones administrativas, esto es, aquella en virtud de la cual se pueden expedir actos administrativos.

### 2.5.2 La ley aplicable al recurso de anulación

El Consejo de Estado ha sostenido que de conformidad que la ley aplicable 1563 de 2012, la ley aplicable al recurso de anulación es la vigente cuando se inició el proceso arbitral<sup>84</sup>. A tal efecto el Consejo de Estado se ha fundado en el artículo 119 de la ley y ha hecho énfasis en que la anulación es un recurso y no una acción.

En todo caso es de destacar que el artículo 119 de la Ley 1563 de 2012, dispone que dicha “ley sólo se aplicará a los procesos arbitrales que se promuevan después de su entrada en vigencia” y que “Los procesos arbitrales en curso a la entrada en vigencia de esta ley seguirán rigiéndose hasta su culminación por las normas anteriores”. De dichos textos se infiere la voluntad del legislador de que la ley no se aplique a procesos arbitrales iniciados con anterioridad, lo que debe incluir el trámite del recurso de anulación, sobre todo si se tiene en cuenta que en el nuevo régimen el recurso de anulación se interpone ante el propio tribunal arbitral y el secretario del mismo debe dar traslado de él. Aplicar estas reglas a procesos anteriores iría en contra del propósito del legislador en el sentido que tales procesos se sujeten exclusivamente a las reglas anteriores.

### 2.5.3 Las causales de anulación

Las causales de anulación en el régimen legal son solo las que consagra la ley. Sin embargo, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que igualmente existe otra causal de anulación que es la falta de solicitud de interpretación prejudicial por parte del Tribunal Andino, o el no sujetarse a dicha interpretación.

De conformidad con el artículo 42 de la ley al decidir el recurso el juez no se pronuncia sobre el fondo de la controversia, ni califica o modifica los criterios, motivaciones, valoraciones probatorias o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral. Por lo anterior, no debe prosperar un recurso de anulación, cuando realmente lo que se cuestiona son las valoraciones probatorias que hizo el tribunal<sup>85</sup>. El recurso de anulación se refiere a errores in procedendo. Los errores in iudicando no son objeto del recurso<sup>86</sup>.

<sup>84</sup> Sección Tercera. Sentencia del 6 de junio de 2013 Expediente 11001-03-26-000-2013-00003-00(45922) y Sentencia del 10 de diciembre de 2015. Expediente 11001-03-26-000-2015-00031-00.

<sup>85</sup> Sección Tercera. Sentencia del 27 de noviembre de 2017. 11001-03-26-000-2017-00122-00 en la que señala que los cargos lo que expresan son “múltiples quejas sobre la manera en que el Tribunal se aproximó y valoró el acervo probatorio que alimentó la causa [pero no que prescindió de éste], lo que inmediatamente los ubica fuera del radio de acción del recurso de anulación”.

<sup>86</sup> Sección Tercera. Sentencia del 23 de abril de 2018 Radicación número: 11001-03-26-000-2017-00106-00 (59731).

Adicionalmente ha señalado el Consejo de Estado que en el recurso de anulación no le es permitido al juez “establecer cuál es la causal que el recurrente invoca<sup>87</sup>, ni interpretar lo expresado por el recurrente para entender o deducir la causal invocada y, menos aún, pronunciarse sobre aspectos no contenidos en la formulación y sustentación del correspondiente recurso extraordinario de anulación<sup>88</sup>, por lo que, deberá rechazar de plano el recurso cuando las causales que se invoquen o propongan no correspondan a alguna de las señaladas en la ley”<sup>89</sup>.

A continuación, se hace una revisión de las causales de anulación.

#### **2.5.3.1 La inexistencia, invalidez o inoponibilidad del pacto arbitral**

Para determinar el alcance de estas causales de anulación deben tenerse las reglas que rigen los actos o negocios jurídicos.

En cuanto a la inexistencia el artículo 898 del Código de Comercio establece que ella se presenta cuando se celebra el acto sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato, y cuando falte alguno de sus elementos esenciales.

Así en cuanto a la inexistencia por falta de solemnidades sustanciales debe distinguirse entre la cláusula compromisoria y el compromiso. Por lo que se refiere a la cláusula compromisoria, como ya se indicó puede hablarse de inexistencia, cuando la misma no consta en el contrato mismo sino en otro documento, y este último no identifica el contrato y las partes del mismo. El compromiso será inexistente sino consta en un documento.

Por lo que se refiere a la nulidad, si bien la ley sólo contempló como causal de anulación la invalidez absoluta, la Corte Constitucional por sentencia C-572A de 2014 declaró inconstitucional dicha expresión, por lo cual se puede invocar como causal de anulación tanto nulidad absoluta como la relativa, siempre y cuando no haya sido saneada.

La nulidad absoluta se presentará en los casos previstos por la ley sustancial, esto es, cuando el pacto arbitral fue celebrado por un incapaz absoluto, o cuando el mismo tiene objeto ilícito, lo que ocurrirá cuando la materia no es disponible. Igualmente, el pacto arbitral puede tener causa ilícita cuando se demuestra que

<sup>87</sup> Sección Tercera, Sentencia del 26 de febrero de 2004, Expediente 25094, entre otras,

<sup>88</sup> Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2006, Exp. 32871. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 26 de febrero de 2004, Exp. 25094, entre otras.

<sup>89</sup> Sección Tercera. Sentencia del 23 de abril de 2018 Radicación número: 11001-03-26-000-2017-00106-00 (59731).

el pacto arbitral tiene una finalidad contraria al orden público, como podría ser que el propósito del arbitraje sea realizar lavado de activos obtenidos ilícitamente.

La nulidad relativa podrá provenir de la incapacidad relativa, los vicios del consentimiento, o la falta de cumplimiento de requisitos exigidos en consideración a la calidad de las personas.

Finalmente, puede darse el caso de la inoponibilidad en el caso de que el pacto arbitral haya sido suscrito por una persona actuando como apoderado de otra, pero sin tener la facultad de celebrar un compromiso.

Debe señalarse que de conformidad con la ley para que puedan invocarse estas causales, las mismas deben haberse hecho valer mediante recurso de reposición contra el auto de competencia.

De esta manera, si el pacto arbitral no existía, pero no se invocó tal circunstancia, el laudo no puede ser anulado. Ello además es congruente con el párrafo del artículo 3 de la Ley 1563.

En todo caso debe observarse que una duda puede surgir cuando el pacto arbitral está viciado de nulidad absoluta por objeto o causa ilícita, pues dicha nulidad no puede ser saneada, excepto por la prescripción, y puede ser declarada de oficio. No parece lógico concluir que un laudo arbitral que decide sobre el estado civil no puede ser anulado si la causal no se invocó a través de un recurso de reposición contra el auto que decide la competencia. Así mismo, que tampoco puede ser anulado el laudo que se pronuncia sobre un acto administrativo que decreta la caducidad de un contrato estatal por no haberse interpuesto recurso de reposición contra el auto por el cual el tribunal se declaró competente. Igualmente, tampoco es razonable concluir que, si se acredita que el proceso arbitral tenía por propósito realizar un lavado de activos, y ello no se invocó por la vía de recurso de reposición el laudo no pueda ser anulado.

En realidad, cuando se trata de causales de anulación que no pueden ser subsanadas, las mismas deben poderse invocar aun cuando no se haya interpuesto recurso de reposición contra el auto por el cual el tribunal se pronuncia sobre su competencia. En efecto, sostener lo contrario implica reconocer a la voluntad de las partes un alcance que no les permite el ordenamiento.

### 2.5.3.2 La caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia

De conformidad con la ley es causal de anulación la caducidad de la acción. Esta causal consagra una jurisprudencia del Consejo de Estado que consideró que cuan-

do había caducidad de la acción, se entendía que el tribunal no podía pronunciarse<sup>90</sup>. De esta manera, si equivocadamente el tribunal consideró que no había caducidad, el laudo puede ser anulado.

Es importante aclarar que el Consejo de Estado ha precisado que el hecho de que el tribunal considere que hay caducidad equivocadamente, no constituye una causa de nulidad<sup>91</sup>.

**Es importante aclarar que el Consejo de Estado ha precisado que el hecho de que el tribunal considere que hay caducidad equivocadamente, no constituye una causa de nulidad.**

La ley exige que se invoque la causal a través de recurso de reposición contra el auto por el cual el tribunal se pronuncia sobre su competencia. Lo anterior plantea la posibilidad de que exista caducidad pero que no se haya invocado a través de un recurso de reposición. En este punto cabrá la discusión si en todo caso podría anularse el laudo, pues la caducidad no es renunciable. Como ya se señaló, aceptar que en este caso no procede la causal de anulación implica reconocer a las partes una facultad que no les otorga el ordenamiento y es disponer sobre la caducidad. Por otra parte, teniendo en cuenta la diferencia entre caducidad y prescripción es claro que el hecho de que el tribunal no haya declarado una prescripción no constituye una causal de anulación. Lo anterior dada la naturaleza de la prescripción y el hecho de que ello implicaría un pronunciamiento sobre el fondo por el juez de anulación.

Por otra parte, la ley hace referencia a la falta de jurisdicción o competencia. La ley no precisa claramente cuando existe una u otra. Como ya se dijo podría señalarse que hay falta de jurisdicción cuando el asunto no puede someterse a arbitraje. El Consejo de Estado ha dicho que ello también ocurre cuando no hay pacto arbitral. Sin embargo, en materia de anulación la ley distingue entre falta de jurisdicción e inexistencia del pacto arbitral.

Esta causal puede presentarse cuando hay una cláusula compromisoria amplia. En tal caso debe entenderse que la cláusula arbitral sólo cubre las materias que pueden someterse a arbitraje. Por consiguiente, si se somete arbitraje un asunto que no puede ser sometida a arbitraje habría falta de jurisdicción y el laudo podría ser anulado.

<sup>90</sup> Sección Tercera. Sentencia del 18 febrero de 2010 Exp. 37.004 Radicación: 110010326000200900058 00

<sup>91</sup> Ibídem y 10 de junio de 2009. Expediente Radicado No. 1100 103260002008-00032-00 (35.288)

En esta hipótesis como en las anteriores, el problema que se plantea es si ninguna de las partes invoca tal circunstancia a través de un recurso de reposición contra el auto de competencia, pues de acuerdo con la ley la causal no podría invocarse posteriormente. Sin embargo, la falta de jurisdicción no puede sanearse. Dicha duda debería resolverse en el sentido ya anotado.

#### **2.5.3.3 No haberse constituido el tribunal en forma legal**

Esta causal se refiere a la constitución del tribunal. Ella puede presentarse cuando el mecanismo de integración del tribunal no se ajustó a lo pactado o a la ley.

La indebida integración del tribunal también puede presentarse porque las personas designadas como árbitros no reúnen las calidades exigidas por la ley o las pactadas.

Así podría ocurrir cuando los árbitros no cumplen las condiciones exigidas por la ley para ser árbitros en tribunales en derecho. Por ejemplo, los árbitros no son abogados, no son colombianos o no tienen la experiencia requerida para ser magistrado de tribunal superior de distrito judicial.

Igualmente podría ocurrir que las partes no cumplieran con los requisitos fijados en el pacto arbitral, por ejemplo, en relación con la experiencia requerida.

**Igualmente podría ocurrir que las partes no cumplieran con los requisitos fijados en el pacto arbitral, por ejemplo, en relación con la experiencia requerida.**

Así mismo podría presentarse esta causal cuando el árbitro escogido por el juez no haya sido seleccionado de la lista de árbitros del centro en el cual se presentó la solicitud de arbitraje, o no haya sido seleccionado por sorteo.

También podría suceder que el árbitro se encuentra en una causal de recusación que las partes no conocen y no la revela ni se declara impedido o ha violado el deber de información.

De igual manera podría presentarse esta causal cuando un árbitro es designado en un tribunal excediendo el número permitido por la ley.

Igualmente podría presentarse esta causal cuando el tribunal se integra por un número par de árbitros, pues el artículo 7º de la ley exige que el número de árbitros sea impar. En este punto puede suceder que el pacto prevea sólo dos miembros del tribunal, pero que las partes designen uno o tres árbitros, caso en el cual no existirá ningún vicio.

Tradicionalmente se ha visto esta causal desde la perspectiva de la debida integración al momento de constituirse el tribunal, sin embargo, esta causal puede tener un alcance mayor. En efecto puede ocurrir que durante el curso del tribunal uno de los árbitros fallezca, renuncie o por cualquier otra razón deje de ser árbitro. En tal caso dicho árbitro debe ser reemplazado. Desde esta perspectiva es claro que cuando se nombra el nuevo árbitro, si este no reúne las condiciones requeridas, y sin embargo actúa como parte del tribunal, existe una indebida integración del mismo.

Igualmente puede ocurrir que inicialmente el árbitro cumple con todas las condiciones requeridas por la ley y por las partes, y sin embargo, durante el trámite del arbitraje deja de cumplirlas, por ejemplo, se encuentra en una situación que constituye una causal de recusación o que implica un deber de revelación y no se cumple, o deja de asistir al tribunal en dos o más ocasiones sin justa causa o en tres o más con justa causa (artículo 34).

Desde esta perspectiva podría plantearse que esta causal debe analizarse al momento en que el tribunal profiere el laudo, pues es en ese momento es fundamental que los árbitros cumplan los requisitos legales y contractuales.

También cabe plantearse si igualmente no debería proceder esta causal cuando la decisión se adopta por dos árbitros sin la participación del tercero. En efecto, como ya se vio, el laudo puede ser adoptado por mayoría, sin embargo, ello no puede significar que el laudo se pueda adoptar por dos de los árbitros sin que el tercero pueda deliberar con sus compañeros para exponer sus puntos de vista

A este respecto debe observarse que recientemente en derecho español se anuló una laudo por violación del principio de colegialidad<sup>92</sup>, esto es, porque se tomó la decisión por dos de los árbitros sin la participación del tercero. Adicionalmente se condenó a los dos árbitros a indemnizar a las partes los costos de los honorarios de los árbitros<sup>93</sup>.

Ahora bien, esta solución no es novedosa porque ya en el derecho romano se señalaba que si se nombraban tres árbitros la decisión debía ser discutida por todos<sup>94</sup>. Igualmente en Colombia la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 9 de septiembre de 1921 anuló una decisión en un caso semejante<sup>95</sup>.

<sup>92</sup> Sentencia de 10 de junio de 2.011, dictada por la Sección 28.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid

<sup>93</sup> Sentencia del 15 de febrero de 2017 del Tribunal Supremo de España.

<sup>94</sup> Tal era la opinión de Celso ver Digesto 4, 8, 17, 7.

<sup>95</sup> G.J. tomo XXIX, P. 27.

Si se acepta esta perspectiva de que pueden presentarse hechos sobrevinientes que afectan la integración del tribunal, se podría indicar que al disponer el legislador que para que pueda invocarse la causal se requiere que se reclame por la vía del recurso de reposición contra el auto de competencia, se refirió a la hipótesis usual, esto es, que los defectos se presentan desde un principio, pero ello no excluye que los defectos pueden aparecer posteriormente. En tal caso debería entenderse que debe reclamarse inmediatamente el tribunal actúa sin estar debidamente constituido.

#### **2.5.3.4 Estar el recurrente en alguno de los casos de indebida representación, o falta de notificación o emplazamiento, siempre que no se hubiere saneado la nulidad**

Lo primero que debe precisarse es a qué se refiere la ley cuando alude a la falta de notificación. Es claro que esta causal debe interpretarse en armonía con las causales de nulidad, pues la ley señala que ella puede invocarse siempre no se hubiere saneado la nulidad. Por consiguiente, la causal opera cuando no se ha notificado debidamente el auto admisorio de la demanda. En este punto es pertinente destacar que el artículo 3º de la Ley 1563 de 2012, permite que se notifique por medios electrónicos el auto admisorio de la demanda. Para tal efecto deberá tenerse en cuenta cuál es la dirección electrónica establecida para recibir notificaciones judiciales. En los casos previstos en el artículo 293 del Código General del Proceso procederá el emplazamiento y si es del caso al nombramiento del curador ad litem.

Si se dicta un laudo contra una persona que no estuvo debidamente representada, o que no fue notificada o emplazada legalmente, se le viola su derecho de defensa. Por ello esta circunstancia da lugar a la nulidad del laudo, salvo que el vicio haya sido saneado.

#### **2.5.3.5 Haberse negado el decreto de una prueba pedida oportunamente o haberse dejado de practicar una prueba decretada, sin fundamento legal, siempre y cuando se hubiere alegado la omisión oportunamente mediante el recurso de reposición y aquella pudiera tener incidencia en la decisión**

Esta causal se refiere igualmente al derecho de defensa y para que ella opere es necesario que existe una negativa de una prueba, sin fundamento legal, o una omisión en su práctica. Además, se requiere que se haya reclamado por la vía del recurso de reposición y que la prueba pudiera tener incidencia en la decisión.

Los anteriores requisitos implican que cuando la negativa de la prueba se funda en una causa legal no procede la causal de anulación. Igualmente es necesario que la negativa tenga trascendencia.

Esta causal fue invocada en un caso en que un tribunal arbitral para poder proferir una decisión decidió solicitar al perito en el proceso que procediera a efectuar unos

cálculos adicionales. Sin embargo, dado que las partes no accedieron a prorrogar el plazo, el tribunal no corrió traslado del dictamen formalmente a las partes, sino que simplemente se los puso el conocimiento. El laudo que se dictó se fundó en los cálculos del perito. El Tribunal Superior de Bogotá determinó que el laudo era nulo, porque no se cumplieron los pasos necesarios para practicar debidamente la prueba, y la misma fue trascendente. Es de anotar que dicha decisión fue invalidada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, actuando como juez de tutela, pero a su turno la decisión de dicha Sala fue revocada por la Sala de Casación Laboral. Finalmente, la Corte Constitucional se pronunció sobre la tutela y sentó los principios que se deben seguir en relación con los efectos de la anulación de laudos arbitrales<sup>96</sup>.

#### **2.5.3.6 Haberse proferido el laudo o la decisión sobre su aclaración, adición o corrección después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral**

En la ley colombiana se establece que el proceso arbitral tiene un término de duración, el cual resulta de lo que dispongan las partes, o a falta de acuerdo sobre este punto, a lo que dispone la ley, que al efecto fija un plazo de seis meses contados a partir de la terminación de la primera audiencia de trámite, prorrogable por un plazo máximo de seis meses. Así mismo la ley establece que la suspensión del proceso por las partes o sus apoderados no puede exceder de ciento veinte días hábiles.

Cuando la ley regula el número máximo de suspensiones que pueden realizar los apoderados se refiere a las suspensiones que se producen durante el término del tribunal, el cual comienza a correr una vez termina la primera audiencia de trámite. Ello se desprende del artículo 11 que prevé que “las partes o sus apoderados no podrán solicitar la suspensión del proceso por un tiempo que, sumado, exceda de ciento veinte (120) días”, pero en esa misma disposición el legislador señala que “Al término del proceso se adicionarán los días de suspensión, así como los de interrupción por causas legales”. Lo anterior claramente indica que cuando el legislador regula el límite de suspensiones lo hace teniendo en cuenta el término del proceso, el cual solo comienza a correr a partir de la primera audiencia.

En esta materia el legislador exigió que en el término del proceso no sólo se dicte el laudo, sino también la providencia que lo aclare, corrija o complemente.

Ahora bien, de acuerdo con el texto de la ley si se dicta un laudo a tiempo, pero la providencia que decide la aclaración, corrección o complementación se profiere extemporáneamente el laudo debería ser anulado.

<sup>96</sup> Sentencia T-1031 de 2.007

La aplicación literal de la ley puede ser exagerada por cuanto el tribunal pudo haber dictado el laudo en tiempo y realmente no existe nada que aclarar, corregir o complementar.

En este punto demás debe observarse que cuando el laudo es objeto de recurso de anulación y debe ser corregido o complementado, porque el tribunal incurrió en un error aritmético u omitió decidir ciertos aspectos, el legislador no dispone que el laudo deba ser anulado, sino que debe ser corregido o complementado por el juez de anulación.

Es entonces incongruente aceptar que se anule un laudo porque se niegue la aclaración, corrección o complementación, y no se anule porque no se haga dicha aclaración, corrección o complementación siendo procedente hacerla y en su lugar se corrija el laudo.

La tesis que conduce a sostener que el laudo se anula siempre que la corrección, aclaración y complementación se realiza fuera del término, conduce a sacrificar el laudo, cuando el mismo no tiene una irregularidad, o esta es menor y el propio ordenamiento establece que ella debe ser corregida por el juez de anulación. Por ello debería concluirse que, si se dictó el laudo oportunamente y se decide la aclaración, corrección o complementación fuera del término, el laudo es válido, pero no lo son las decisiones de aclaración, corrección o complementación.

Finalmente, la ley establece que la causal de vencimiento del término sólo podrá ser alegada en anulación por quien la hizo valer oportunamente ante el tribunal arbitral una vez expirado el término. Esta causal desarrolla el principio de buena fe en el proceso, pues busca evitar que una parte conozca que existe esta causal de anulación y no la invoque esperando el resultado del proceso, para invocarla cuando dicho resultado le es desfavorable.

#### **2.5.3.7 Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo**

La ley no define qué significa haberse fallado en conciencia o en equidad debiendo ser en derecho.

La expresión fallar en conciencia puede tener dos significados pues puede entenderse referida tanto al hecho de fallar de acuerdo con las convicciones de la propia conciencia, como al hecho de decidir sin motivación, como lo hace el jurado de conciencia. Para determinar el alcance que debe darse a esta expresión en este caso es pertinente recordar que antes de que se presentara el proyecto de ley que se convertiría en la Ley 1563, el Consejo de Estado en sentencia del 21 de febrero de

2011<sup>97</sup> expresó que la causal de anulación prevista en el Decreto 1818 de 1998 que era fallar en conciencia debiendo ser en derecho se presentaba “cuando: a) *El laudo es conciencia, esto es, cuando los árbitros se apoyan en su íntima convicción y por lo tanto no dan razones de su decisión o prescinden de toda consideración jurídica o probatoria; b) Debiendo ser el laudo en derecho, los árbitros inaplican la ley al caso concreto porque consideran que ella es inicua o que conduce a una iniquidad o también cuando buscan por fuera del ámbito de la ley una solución al caso controvertido.*” En vigencia de la Ley 1563 de 2012, el Consejo de Estado ha reiterado dicha postura<sup>98</sup>.

Por ello puede considerarse que cuando la ley hace referencia tanto al fallo en conciencia como en equidad, alude a estos conceptos. A lo anterior puede agregarse que si se considerara que al referirse el legislador al fallo en conciencia se refirió a la decisión de acuerdo con la opinión de lo que es justo, se encuentra que ello corresponde al sentido del fallo en equidad. De esta manera la referencia al fallo en conciencia carecería de sentido propio, lo que contradice el criterio de interpretación que parte de la base que el legislador no emplea expresiones superfluas o inútiles. Por consiguiente, ha de entenderse que fallar en conciencia se refiere a decidir sin motivación.

Por consiguiente, la ley colombiana prohíbe tanto fallar en equidad, apartándose del derecho porque se considera inicuo, como fallar sin motivación.

En cuanto a lo que cobija el fallo en equidad el mismo se produce cuando el tribunal arbitral al decidir se aparta del ordenamiento porque lo considera inequitativo. Por consiguiente, si lo que hace el tribunal arbitral es aplicar mal la ley ello no constituye un fallo en equidad, sino en derecho.

En este punto debe señalarse que en algunos fallos, como por ejemplo, la sentencia del 7 de febrero de 2008<sup>99</sup>), el Consejo de Estado señaló que el fallo en conciencia de acuerdo con la jurisprudencia podría presentarse en los siguientes casos: “*Primero, para que pueda hablarse de un fallo en conciencia se ha debido omitir la referencia el régimen jurídico aplicable a la controversia*”... “*El segundo presupuesto legal que configura del fallo en derecho y no en conciencia, consiste en que las normas en que él se apoya deben estar vigentes*”... “*El tercer supuesto planteado por la jurisprudencia se presenta cuando las pruebas que deberían ofrecer convicción a los árbitros carecen de soporte valorativo normativo*”. Agregó el Consejo de Estado que para este último requisito se presente es necesario “que

<sup>97</sup> Radicación: 11001-03-26-000-2010-00025-00 (38.621).

<sup>98</sup> Sección Tercera . Sentencia del 27 de noviembre de 2017, Radicación 11001-03-26-000-2017-00122-00 (59913).

<sup>99</sup> Sección Tercera. Radicación 11001032600020070001700 Referencia: 33.811.

*los árbitros estimen y asuman las pruebas y su apreciación con absoluto desdén, capricho o desconocimiento de las reglas básicas que el derecho ofrece para su valoración, convirtiéndose, auténticamente, en una violación al deber de fallar según las reglas jurídicas, expresadas a través de los medios de convencimiento de que disponen los árbitros”.*

En la práctica puede ser discutible aplicar los dos primeros criterios por si solos para determinar la existencia del fallo en equidad o en conciencia, pues claramente la determinación del régimen legal aplicable puede ser el resultado del análisis jurídico del árbitro y no de un deseo de sustraerse de la aplicación de la ley. Igual puede ocurrir con el régimen vigente. En tales casos si la conclusión del árbitro es errada, y por ello aplica unas reglas legales que no son las aplicables o las que están vigentes, hay un fallo en derecho aunque sea equivocado. Para que se aplique esta causal debe poderse apreciar claramente que el árbitro quiso sustraerse del ordenamiento jurídico y aplicar un criterio distinto. El Consejo de Estado ha dicho que para fallar esta causal no se puede entrar a examinar si la decisión “*se ajustó o no a derecho o si la decisión que tomó se fundamentó en una interpretación que no estaba acorde con las normas sustantivas, porque reiteramos no puede el juez de la anulación, so pretexto de estudiar la causal o causales invocadas, proceder a decretar la nulidad del laudo procediendo a hacer una interpretación diferente a la realizada por el árbitro*”<sup>100</sup>.

**Es por ello que para que opere esta causal el haber procedido en equidad o conciencia debiendo ser en derecho debe aparecer en forma manifiesta, por lo que no debe requerir un análisis profundo del laudo.**

120

Es por ello que para que opere esta causal el haber procedido en equidad o conciencia debiendo ser en derecho debe aparecer en forma manifiesta, por lo que no debe requerir un análisis profundo del laudo.

En sentencia del 5 de julio de 2012 el Consejo de Estado<sup>101</sup> precisó que la equidad no está excluida de los laudos arbitrales, porque el artículo 230 de la Constitución Política la establece como un criterio auxiliar de la actividad judicial<sup>102</sup>. Por ello los árbitros pueden acudir a ella siempre que se trate de un criterio auxiliar, como ocurre cuando se trata de determinar el monto de la indemnización por daños

<sup>100</sup> Sección Tercera. Sentencia 24 de abril de 2017. Radicación: 11001-03-26-000-2017-00007-00 (58.527)

<sup>101</sup> Sección Tercera. Referencia 110010326000 2011 00019 01 expediente 40718

<sup>102</sup> En igual sentido, Sección Tercera, sentencia del 21 de febrero de 2011. Radicación: 11001-03-26-000-2010-00025-00 (38.621)

morales, pero no para sustituir la apreciación de derecho en lo que corresponda. En tal caso no se configura la causal de anulación.

### **2.5.3.8 Contener el laudo disposiciones contradictorias, errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén comprendidas en la parte resolutiva o influyan en ella y hubieran sido alegados oportunamente ante el tribunal arbitral**

Lo primero que debe destacarse de esta causal es que los errores a los que ella se refiere deben estar en la parte resolutiva o influir en ella. Esta última expresión implica que cuando el error está en la parte motiva, el mismo debe ser determinante para establecer el alcance de la parte resolutiva. Así, por ejemplo, cuando en la parte resolutiva se hace una condena de acuerdo con la liquidación de la parte motiva. Por consiguiente, no procede la causal cuando se trata de un error en la parte motiva, pero la parte resolutiva es clara y en ella no hay error.

El concepto de error aritmético fue delineado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia<sup>103</sup>, dicho criterio ha sido seguido en algunos casos el Consejo de Estado<sup>104</sup>. De acuerdo con este criterio, el error no se limita a un yerro en una operación aritmética, sino que incluye cualquier error en un número. Así mismo procede esta causal cuando existen errores materiales por cambio de palabras u omisión de estas.

Para determinar cuándo se está en presencia de este tipo de errores debe recordarse que en estos casos se trata de corregir un error en la expresión del juez frente a lo que quiso decir o hacer. En este sentido Chiovenda, citado por el Consejo de Estado, afirmaba sobre la corrección de la sentencia por omisiones o errores que no se “*trata de impugnar el juicio del juez ni su actividad, sino únicamente de hacer corresponder la expresión material de ella, con lo que el juez ha querido efectivamente, decir y hacer*”.

No obstante en algunas providencias recientes el Consejo de Estado ha adoptado una interpretación más restrictiva, pues ha señalado que el error aritmético se refiere a un error en una de las cuatro operaciones aritméticas<sup>105</sup>.

Por otra parte, en cuanto hace referencia a la causal de anulación por contener el laudo disposiciones contradictorias debe destacarse que la contradicción debe

<sup>103</sup> En auto de 14 de julio de 1983 la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia consideró sobre el error aritmético “*Aritmético es lo relativo a la aritmética, es decir, lo relacionado con la ciencia que estudia las propiedades elementales de los números racionales. Cualquier discordancia en un número, sea la consecuencia de una operación aritmética o una mala cita es un error aritmético*”

<sup>104</sup> Sección Tercera. Sentencia del 6 de junio de 2002. Referencia 20634

<sup>105</sup> Sección Tercera. Sentencia del 27 de noviembre de 2017. Radicación: 11001-03-26-000-2017-00122-00 (59913)

ser en la parte resolutiva. No importa si hay contradicción en la parte motiva o esta no es armónica con la parte resolutiva. En esta materia la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>106</sup> ha tomado criterios semejantes a los de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia que en sentencia del 11 de junio de 1999 expresó “( ) para que sea próspero el cargo que se apoye en dicha causal, deben darse los siguientes supuestos: a) Pluralidad de decisiones contenidas en la sentencia que es objeto del recurso de casación; y b) Contradicción recíproca advertible entre dichas decisiones, de modo tal que se haga imposible su cumplimiento o ejecución simultáneas ( )”<sup>107</sup>. El ejemplo clásico de un fallo contradictorio es que declara la nulidad y ordena su cumplimiento.

Establece la ley que estos defectos deben haber sido alegados oportunamente ante el tribunal arbitral. Lo anterior implica que se haya solicitado al tribunal la correspondiente corrección del error aritmético o de cambio de palabras. En relación con la contradicción, la ley también exige que se haya reclamado ante el tribunal arbitral, el Consejo de Estado al referirse a este requisito señala que debe haberse pedido “la aclaración o complemento de las disposiciones contradictorias o de los errores por omisión”<sup>108</sup>. Lo anterior porque el tribunal arbitral no puede cambiar su decisión, pero puede ocurrir que la contradicción realmente sea aparente y por ello pueda superarse con una aclaración. Ha precisado el Consejo de Estado que la petición de aclaración puede ser hecha por una parte, y el recurso de anulación puede ser presentado por alguien distinto, como es el Ministerio Público, y el requisito se entiende cumplido.<sup>109</sup>

Adicionalmente, ha señalado el Consejo de Estado que si el error se produce en la decisión que resuelve sobre la aclaración, corrección o complementación, puede formularse el recurso de anulación, sin que sea necesario intentar previamente el reclamo ante el tribunal<sup>110</sup>.

Es claro que como esta causal busca corregir una discordancia entre lo que expresa formalmente el fallo y lo que realmente quiso decir el juez, la misma no procede en aquellos casos en que se cuestiona la decisión misma del árbitro. Así ha dicho el Consejo de Estado que “no es procedente que invocando esta causal, a juicio de

<sup>106</sup> Sección Tercera. Sentencia del 27 de noviembre de 2017. Radicación: 11001-03-26-000-2017-00122-00 (59913).

<sup>107</sup> En igual sentido sentencia de la Sala de Casación Civil del 22 de julio de 2009. Radicación: 110010326000200800064 00 Expediente: 35.564.

<sup>108</sup> Sección Tercera. Sentencia del 27 de noviembre de 2017. Radicación 11001-03-26-000-2017-00122-00 (59913).

<sup>109</sup> Sección Tercera. Sentencia del 27 de noviembre de 2017. Radicación: 11001-03-26-000-2017-00122-00 (59913).

<sup>110</sup> Sección Tercera. Sentencia del 6 de junio de 2002 Expediente No 11001-03-26-000-2001-0034-01 (20.634).

*la sala, se busque la corrección de una tasa de interés, (la comercial a cambio de la legal), como quiera que se trata de yerros conceptuales o de criterio, que no tienen cabida dentro del marco estricto o limitado del recurso de anulación”.*

### **2.5.3.9 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**

Bajo la ley anterior esta causal fue invocada por el Consejo de Estado cuando el tribunal arbitral no tenía competencia o se pronunciaba sobre materias que no eran arbitrables. Actualmente, dichas circunstancias corresponden a otra causal, por lo que la que se examina procede en casos de incongruencia<sup>111</sup>, esto es, cuando el laudo incluye cuestiones que no están sujetas a la decisión de árbitros, porque no están comprendidas en las pretensiones, excepciones o en general no están incluidas en aquellas materias sobre las cuales el tribunal debe pronunciarse.

Igualmente cabe esta causal cuando se concede más de lo pedido o cuando se omite decidir algún aspecto que está incluido en la litis bien porque fue objeto de una pretensión o una excepción, o bien porque por ley se trata de una materia que debe ser objeto de pronunciamiento. Así por ejemplo, en un caso concreto el Consejo de Estado consideró que un tribunal arbitral debía declarar una nulidad absoluta del contrato, como cualquier juez, a pesar de que las pretensiones no incluían dicha petición<sup>112</sup>. En general ha dicho el Consejo de Estado que el árbitro debe reconocer oficiosamente las excepciones de fondo que encuentre demostradas con las excepciones de prescripción, compensación y nulidad relativa<sup>113</sup>.

Ha señalado el Consejo de Estado que el examen de esta causal es puramente formal, y supone un ejercicio comparativo entre el pacto arbitral, el objeto del litigio y lo resuelto, pero no puede implicar un examen sustancial, en la medida en que *los errores in iudicando o sustanciales son en sí mismos impropios del recurso de anulación*<sup>114</sup>. Por lo “que la resolución del cargo no se hace posible sin revisar la controversia o las consideraciones acogidas en el laudo, se impone como regla de decisión despachar en sentido desfavorable el cargo”<sup>115</sup>.

<sup>111</sup> Sección Tercera. Sentencia del 27 de noviembre de 2017. Radicación: 11001-03-26-000-2017-00122-00 (59913).

<sup>112</sup> Sección Tercera. Sentencia del 25 de noviembre del 2004. Radicación número: 11001-03-26-000-2003-0055-01(25560).

<sup>113</sup> Sección Tercera. Sentencia del 27 de noviembre de 2017. Radicación: 11001-03-26-000-2017-00122-00 (59913).

<sup>114</sup> Corte Constitucional SU-556 de 2016. En sentido semejante Consejo de Estado sentencia del 23 de abril de 2018, Radicación número: 11001-03-26-000-2017-00106-00 (59731).

<sup>115</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 27 de noviembre de 2017. Radicación: 11001-03-26-000-2017-00122-00 (59913).

## 2.5.4 Efectos de la interposición del recurso de anulación

La interposición del recurso de anulación no impide la ejecución del laudo recurrido. La única excepción que consagra la ley se refiere al evento en que el laudo ha condenado a una entidad pública, en tal caso esta última puede solicitar la suspensión del laudo arbitral.

Lo anterior implica que la suspensión no es automática, sino que procede es a solicitud de la parte.

La ley no precisa en qué momento procesal puede solicitarse la suspensión del laudo arbitral. El Consejo de Estado ha considerado que como la ley sólo prevé la intervención de las partes en el recurso en dos momentos, esto es al interponer el recurso y al descorrer el traslado del mismo, y el legislador busca agilizar el trámite del recurso, es sólo en esas oportunidades procesales en que se puede solicitar la suspensión del laudo<sup>116</sup>.

Por otra parte, en algunas decisiones el Consejo de Estado ha considerado que la entidad pública al solicitar la suspensión debe motivar su decisión<sup>117</sup>. Sin embargo, en otras decisiones el Consejo de Estado ha precisado que la petición de suspensión no requiere sustentación pues la ley no lo exige<sup>118</sup>.

Finalmente, la ley no le exige a la entidad pública que constituya una garantía del cumplimiento del laudo.

## 2.5.5 Efectos de la decisión del recurso de anulación

Si se niega el recurso de anulación, dispone la ley que debe condenarse en costas a quien lo interpuso. La única excepción es cuando el recurso fue interpuesto por el ministerio público.

Por el contrario, si el recurso prospera, sus consecuencias varían en función de la causal que dio lugar a la anulación. La determinación de los efectos de la anulación se funda en dos aspectos fundamentales: de una parte, la voluntad del legislador de limitar los efectos de la anulación a lo que es estrictamente necesario, y de otra parte, la posibilidad de convocar o no un nuevo tribunal arbitral.

En primer lugar, hay casos en los que los vicios no deben conducir a anular el laudo sino a su corrección. Tal es caso de las causales 8 y 9, esto es, que el laudo

<sup>116</sup> Sección Tercera. 21 de julio de 2016, Expediente: 55.477 y 31 de octubre de 2016 expediente 1001-03-26-000-2016-00099-00(57422)A

<sup>117</sup> Sección Tercera. 21 de julio de 2016, Expediente: 55.477 y 31 de octubre de 2016 expediente 1001-03-26-000-2016-00099-00(57422)A

<sup>118</sup> Auto de la Sección tercera del 23 de enero de 2018, Exp. 11001-03-26-000-2017-00058-00(59216)

incurrió en error aritmético, en falta de pronunciamiento sobre algún aspecto que debió decidir el tribunal, contiene disposiciones contradictorias, o incurrió en incongruencia. En todos estos casos el laudo no se anula sino se corrige.

Cuando la causal que prospera no impide convocar un nuevo tribunal, se anula el laudo y el interesado puede convocar un nuevo tribunal, en el cual conservarán validez las pruebas debidamente practicadas y en lo posible las actuaciones que no hubieren resultado afectadas por la anulación, esto es, por el vicio que da lugar a ella. Lo anterior se presenta en el caso de las causales 3 a 7, esto es, indebida integración del tribunal, falta de notificación o indebida representación, vencimiento del plazo del tribunal y la omisión en el decreto y práctica de pruebas.

Como quiera que de acuerdo con el artículo 43 conservan validez las actuaciones que no hubieren resultado afectadas por la anulación, debe examinarse en cada caso la causal de anulación que prosperó y su origen. Así cuando la causal que operó fue la nulidad por vencimiento del término, todas las actuaciones que se realizaron hasta el vencimiento del plazo mantienen su validez. Ello en muchos casos simplemente significa que se integra un nuevo tribunal que lo único que tiene que hacer es dictar el laudo.

Por el contrario, si se anula porque el tribunal fue indebidamente integrado, en principio dicha causal afecta todo el trámite, salvo las pruebas debidamente controvertidas. En este caso el tribunal debe integrarse por solicitud de una de las partes, pero dicha solicitud no puede ser diferente a la que ya había sido formulada, pues la demanda no se ve afecta por la anulación.

**Como quiera que de acuerdo con el artículo 43 conservan validez las actuaciones que no hubieren resultado afectadas por la anulación, debe examinarse en cada caso la causal de anulación que prosperó y su origen.**

Cuando la causal que se invoca impide convocar un nuevo tribunal, el proceso debe ser resuelto por la jurisdicción permanente. Ello ocurre cuando el pacto arbitral era inexistente, nulo o inoponible, el tribunal no era competente o carecía de jurisdicción. La ley prevé que en tal caso el expediente se remite al juez que corresponda para que continúe el proceso a partir del decreto de pruebas. Por consiguiente, la ley le otorga validez a todo el trámite previo de admisión de la demanda, traslado, contestación, y traslado de las excepciones formuladas y de la eventual objeción al juramento estimatorio. Lo que corresponderá al juez es decretar pruebas. Pero en todo caso se mantiene la validez de las pruebas practicadas, obviamente con respecto del derecho de contradicción. En este punto se puede observar que esta solución

pudo también aplicarse a los casos en los que puede convocarse un nuevo tribunal arbitral por una causal que se presenta desde el origen (por ejemplo, indebida integración del tribunal), pero la ley no lo previó así.

Por otra parte, en algunos eventos la anulación de un laudo puede conducir a que los árbitros pierdan la totalidad o parte de sus honorarios. Así cuando se anula por la indebida integración del tribunal, indebida representación o falta de notificación, omisión en materia probatoria o fallo en conciencia o en equidad, los árbitros pierden la segunda mitad de sus honorarios. Si la causal de anulación es el vencimiento del término, los árbitros no sólo pierden la segunda mitad de sus honorarios, sino que deben restituir el primer cincuenta por ciento que hayan recibido.

## 2.6 Procedencia de la acción de tutela contra las decisiones del Tribunal y contra el laudo

En la medida en que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que los árbitros ejercen función jurisdiccional y el laudo arbitral equivale a una sentencia judicial, contra el laudo procede acción de tutela. Igualmente se ha admitido la acción de tutela contra otras decisiones del tribunal arbitral.

Ahora bien, la jurisprudencia ha precisado<sup>119</sup> que en principio se aplican i) los requisitos de procedibilidad de carácter general de la acción de tutela y ii) los requisitos o causas especiales que determinan la eventual prosperidad de la acción frente a las providencias judiciales. Sin embargo, también ha precisado que el carácter especial de la justicia arbitral implica que se debe hacer un examen de procedibilidad más estricto, lo anterior porque “se está en un escenario en el cual se ha expresado la voluntad de los sujetos de apartarse de la jurisdicción ordinaria y someterse a la decisión que adopte un tribunal de arbitramento”.

Añadió la Corte que la “decisión de apartarse de la justicia ordinaria, irradia la facultad de permanencia de la decisión adoptada por el tribunal, la cual no podría verse condicionada a una posterior ratificación o cuestionamiento por parte de la jurisdicción a la cual las partes han renunciado originalmente”. Agregó igualmente la Corte que “si el mismo legislador ha restringido las vías judiciales para controvertir los laudos arbitrales, a su vez la acción de tutela, en principio, no resultaría procedente para controvertir circunstancias propias del proceso arbitral que las partes decidieron resolver paralelamente a la justicia ordinaria”. Igualmente señaló la Corte que “la excepcionalidad de la acción de tutela para controvertir, tanto

<sup>119</sup> Sentencia SU-500 de 2015 que reitera la jurisprudencia anterior. En un sentido semejante sentencia SU-033 de 2018.

*los laudos arbitrales, como los recursos que puedan conocer de ellos, debe tener en cuenta '(i) la estabilidad jurídica de los laudos arbitrales; (ii) el carácter excepcional y transitorio de la resolución de conflictos mediante el arbitraje; (iii) el respeto por la voluntad de las partes de someter la resolución de sus controversias a un particular específicamente habilitado para ello y no a los jueces estatales y (iv) el respeto por el margen de decisión autónoma de los árbitros, que no ha de ser invadido por el juez de tutela y le impide a éste, pronunciarse directamente sobre el fondo del asunto sometido a arbitramento'"<sup>120</sup>.*

La Corte Constitucional igualmente reiteró su pronunciamiento en la Sentencia SU-174 de 2007, en la que señaló que la acción de tutela exige una vulneración directa de derechos fundamentales.

La Corte Constitucional ha señalado (SU- 500 de 2015) que, si bien la acción de tutela es subsidiaria del recurso de anulación, puede acudirse directamente a ella "en aquellos casos en que el recurso de anulación sea ineficaz por tratarse de asuntos externos a las causales de solicitud del recurso..." .

A pesar de que este límite parece claro, la realidad muestra que puede haber situaciones complejas, pues puede haber casos en los que el juez constitucional considera que no procede el recurso de anulación, en tanto que el juez de anulación considera que dicho recurso procede en esos casos.

Un caso de anulación que ha generado controversia es el decidido en sentencia SU 556 de 2016, en la cual la Corte Constitucional después de reiterar su jurisprudencia en la materia invalidó un laudo a través de una acción de tutela. La Corte consideró que en ese caso la tutela era procedente y consideró que había un defecto sustantivo y procesal vinculado a la interpretación de una póliza de seguros, pues en opinión de la Corte no se dio una interpretación de conjunto, lo que condujo a concluir que la estipulación contractual era ambigua y por ello a aplicar el artículo 1624 inciso primero del Código Civil. Lo anterior constituyó una violación al debido proceso.

## 2.7 Recurso extraordinario de revisión

El recurso extraordinario de revisión procede contra los laudos arbitrales o contra las sentencias que deciden el recurso de anulación. De dicho recurso conoce en principio la Corte Suprema de Justicia. Cuando en el proceso haya intervenido una entidad pública o un particular que ejerce funciones administrativas del recurso de revisión conoce la Sección Tercera del Consejo de Estado.

<sup>120</sup> Sentencia SU-500 de 2015.

Las causales que pueden ser invocadas son las previstas en el Código General del Proceso. Lo anterior incluso si del recurso conoce la jurisdicción de lo contencioso administrativo

En cuanto se refiere a la causal de indebida representación o falta de notificación establece la ley que la misma no puede ser invocada por quien tuvo la oportunidad de interponer el recurso de anulación. Lo anterior porque desde el punto de vista de procedimiento, atentaría contra los principios del mismo que quien puede interponer un recurso, si no lo hace pudiera invocar otro. Por consiguiente, la falta de notificación o indebida representación sólo puede ser alegada por quien no estuvo en el proceso en el que se profirió el laudo.

Vale la pena señalar que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia no puede interponerse recurso de anulación contra un laudo arbitral invocando como causal de nulidad la originada en la sentencia, pues dicha causal procede cuando contra esta no procede recurso alguno y contra el laudo arbitral procede recurso de anulación<sup>121</sup>.

Igualmente ha existido discusión acerca de la posibilidad de atacar a través de recurso de revisión la sentencia de un tribunal superior que decide un recurso de anulación, por incompetencia funcional cuando excede el marco en el que debe decidir la anulación. En sentencia del 21 de julio de 2005<sup>122</sup> reiterando jurisprudencia anterior la Corte indicó que la nulidad de la sentencia por incompetencia funcional “puede en efecto derivar de un exceso injustificado en el ejercicio de las atribuciones que al juzgador le es dado cumplir en dicho acto, y esto es justamente lo que pasa cuando un Tribunal Superior que conoce del recurso de anulación interpuesto contra un laudo arbitral... franquea los precisos límites de una competencia legal estricta”. Recientemente la Corte Suprema de Justicia ha adoptado una posición distinta y ha considerado que en estos casos no procede el recurso de revisión<sup>123</sup>.

128

La ley aclara el tratamiento que debe darse en caso de que prospere el recurso extraordinario de revisión, previendo al efecto que en tal caso la autoridad judicial dictará la sentencia que en derecho corresponda.

Así las cosas, a pesar de que exista un pacto arbitral, el legislador para lograr la eficiencia en la administración de justicia, previó que el juez de la revisión dictaría

<sup>121</sup> Sala de Casación Civil. Providencia del 20 de junio de 2018 Radicación n.º 11001-02-03-000-2017-02098-00

<sup>122</sup> Referencia.: Expediente No. 1101-02-03-000-2004-00034-01

<sup>123</sup> Sala de Casación Civil. Providencia del 10 de octubre de 2016, Radicación n.º 11001-02-03-000-2013-02839-00

la sentencia de reemplazo. Es importante destacar que el laudo que se revisa puede ser en derecho o en equidad, no obstante, en todo caso la ley precisa que el juez de revisión dictará la sentencia que en derecho corresponda.

Por lo demás igualmente de acuerdo con el Código General del Proceso en la sentencia que invalide la revisada se resolverá sobre las restituciones, cancelaciones, perjuicios, frutos, mejoras, deterioros y demás consecuencias de dicha invalidación.



## Jurisprudencia

### Corte Constitucional

Sentencia C-145-98.  
 Sentencia C-1038 de 2002.  
 Sentencia SU-174 de 2007.  
 Sentencia T-1031 de 2007.  
 SU- 500 de 2015.  
 SU-556 de 2016.

### Corte Suprema de Justicia

Sentencia del 9 de septiembre de 1921 G.J. tomo XXIX, página 27.  
 Sala de Casación Civil. Auto del 14 de julio de 1983.  
 Sentencia del 24 de junio de 1992.  
 Sala de Casación Civil del 22 de julio de 2009.  
 Radicación:110010326000200800064 00 Expediente: 35.564.  
 Sala de Casación Civil. 19 de diciembre de 2011. Ref: Exp. 1100102030002008-01760-00.  
 Sala de Casación Civil, Sentencia del 9 de mayo de 2017,  
 Radicación n° 11001-31-03-019-2008-00247-01.

### Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil sentencia del 21 de julio de 2005. Ref.: Expediente No. 1101-02-03-000-2004-00034-01.  
 Sala de Casación Civil. Providencia del 10 de octubre de 2016,  
 Radicación n.º11001-02-03-000-2013-02839-00.  
 Sala de Casación Civil. Providencia del 20 de junio de 2018.  
 Radicación n.º 11001-02-03-000-2017-02098-00.

### Consejo de Estado

Sección Tercera. Sentencia del 16 de junio de 1997, expediente 10883.  
 Sección Tercera. Sentencia del 7 de septiembre 2001  
 Radicación número: 25000-23-26-000-2000-0619-01 ACU-935.  
 Sección Tercera. Sentencia del 6 de junio de 2002 Referencia Expediente No 11001-03-26-000-2001-0034-01 20634.  
 Sala de Consulta y del Servicio Civil. Concepto C.E. 1408 de 2002.  
 Sección Tercera, Sentencia del 26 de febrero de 2004,  
 Expediente 25094.  
 Sección Tercera. Sentencia del 25 de noviembre del 2004.  
 Radicación número: 11001-03-26-000-2003-0055-01(25560).  
 Sección Tercera. Sentencia de 4 diciembre 2006, Exp. 32.871.  
 Sección Tercera. Sentencia de 16 de marzo de 2005, expediente 27.934.  
 Sección Tercera. 7 de febrero de 2008 Radicación 11001032600020070001700 Referencia: 33.811.  
 Sección Tercera. Sentencia del 18 febrero de 2010 Exp. 37.004  
 Radicación: 110010326000200900058 00.

Sección Tercera. Sentencia de 23 de junio de 2010, expediente 18.395.

Sección Tercera Sentencia del 10 de junio de 2009, Expediente Radicado al No.1100 103260002008-00032-00 (35.288).

Sección Tercera. 21 de febrero de 2011. Radicación: 11001-03-26-000-2010-00025-00 (38.621).

Sección Tercera. 5 de julio de 2012. Referencia 110010326000 2011 00019 01 expediente 40718.

Sección tercera. Sentencia de 18 de abril de 2013, expediente 85001-23-31-000-199800135-01 (17859).

Sección Tercera. Sentencia del 6 de junio de 2013 expediente 11001-03-26-000-2013-00003-00(45922).

Sección Tercera. Sentencia del 10 de diciembre de 2015. Expediente 11001-03-26-000-2015-00031-00.

Sección Tercera. Sentencia del 13 de mayo de 2015. Radicación: 11001-03-26-000-2014-00162-00 (52.556).

Sección Tercera. 21 de julio de 2016, Expediente: 55.477 y 31 de octubre de 2016 expediente 1001-03-26-000-2016-00099-00(57422)A.

Sección tercera. Sentencia del 18 de abril de 2017 expediente 50001-23-33-000-2015-00667 01(58461).

Sección Tercera. Sentencia del 26 de abril de 2017 expediente 11001-03-26-000-2016-00047-00(56661).

Sección Tercera. Sentencia del 24 de abril de 2017 RADICACIÓN: 11001-03-26-000-2017-00007-00 (58.527).

Sección Tercera. Sentencia del 27 de noviembre de 2017. 11001-03-26-000-2017-00122-00.

Sección Tercera. Auto del 23 de enero de 2018, Exp. 11001-03-26-000-2017-00058-00(59216).

Sección Tercera. Auto del 2 de marzo de 2018. Radicación 11001-03-26-000-2018-00011-00(60716).

Sección Tercera. Sentencia del 23 de abril de 2018 Radicación número: 11001-03-26-000-2017-00106-00 (59731).

#### Tribunal Superior de Bogotá

Sentencia del 10 de marzo de 2010 referencia 00-09-01082-00.



## Actividades pedagógicas

### Discuta los siguientes casos:

- a. Se inicia un proceso ejecutivo para cobrar una cláusula penal prevista en un contrato. En el proceso ejecutivo se invoca la excepción de cláusula compromisoria. Durante el traslado, la demandante no hace manifestación alguna. Considera que ¿debe prosperar la excepción? Si se niega la excepción y posteriormente se acredita que el demandado ha iniciado un proceso arbitral, ¿Qué debe ocurrir con el proceso ejecutivo?
- b. Las partes de común acuerdo nombran como árbitro único a una persona que en cumplimiento del deber de información revela que hace año y medio fue profesor en un posgrado al cual era alumno uno de los apoderados en el proceso arbitral. La contraparte manifiesta que ello afecta la imparcialidad e independencia del árbitro. Ante tal situación, el centro de arbitraje remite la actuación a la oficina de reparto de Bogotá. ¿Qué trámite debe darse a dicha manifestación?, ¿Cómo debe decidir el juez a quien corresponda?
- c. En un proceso iniciado por un contratista contra un ministerio las partes nombran el árbitro único de común acuerdo. El árbitro manifiesta que no tiene nada que revelar. La demandada sostiene que el árbitro está impedido porque no reveló que él es demandante en un proceso contra la Nación. ¿Considera usted que el árbitro incumplió con los deberes propios de los artículos 15 y/o 16 de la Ley 1563 de 2012?
- d. En un proceso iniciado por un concesionario contra la Agencia Nacional de Infraestructura, las partes no llegan a un acuerdo para designar árbitros. El centro de arbitraje donde se presentó la solicitud remite copia de la misma para su reparto entre los jueces administrativos. ¿Qué trámite debe seguirse?, ¿Qué sucede si la ANI sostiene que la controversia no puede someterse a arbitraje porque no está incluida en el pacto arbitral o que el pacto arbitral es nulo?
- e. Se presenta una demanda ante un juez administrativo. En dicha demanda se señala que en el contrato a la que la misma se refiere, se pactó una cláusula compromisoria. Así mismo se indica que por ello se presentó una solicitud de arbitraje y se invocó el amparo de pobreza. Se agrega que constituido el tribunal arbitral el mismo admitió la demanda, reconoció el amparo de pobreza. La entidad demandada contestó la demanda. Durante el término previsto para consignar los honorarios, ninguna de las partes lo hizo. El Demandante manifestó que no lo hacía

porque estaba amparado por pobre y carecía de recursos para ello. A la fecha de presentación de la demanda ante el juez administrativo se acaba de cumplir el término de caducidad. La Demandante sostiene que debe reconocerse la fecha en que presentó la demanda arbitral.

- f. En un proceso arbitral en que se discute el incumplimiento de un contrato de construcción y se reclama el pago de la cláusula penal, se solicita se decrete como medida cautelar atípica el embargo y secuestro de la maquinaria en la obra. El tribunal decreta la medida cautelar y comisiona al juez civil municipal para su cumplimiento. Durante la diligencia el Demandado se opone señalando que esa medida cautelar no puede decretarse en un proceso arbitral. ¿Cómo debe procederse?
- g. Se profiere un laudo arbitral en un proceso iniciado por la ANI en el cual se condena al contratista y a sus socios. ¿Cómo se puede ejecutar este laudo?, ¿Ante qué juez?, ¿Qué sucede si uno de los socios condenados formula como excepción que el laudo no le es aplicable porque él nunca fue notificado en el proceso arbitral?

## Autoevaluación

**Ae**

Selección múltiple, marque con una X la respuesta que considere correcta:

1. Una persona nombrada como árbitro omite revelar que en los dos (02) últimos años, estuvo en una reunión profesional en que intervino uno de los apoderados de las partes. En el curso del proceso durante una audiencia un testigo revela este hecho.
  - a. La omisión no tiene trascendencia.
  - b. La omisión implica que el árbitro está impedido y puede ser recusado.
  - c. La omisión da lugar a que cuando se conozca se puedan formular dudas sobre su imparcialidad o independencia.
  - d. La omisión da lugar a la nulidad del laudo.
2. En un proceso iniciado por un contratista contra una entidad estatal el árbitro único omite revelar que hace un año su hijo terminó una relación sentimental que tenía con la apoderada de la entidad pública. Cuando se conoce, una de las partes formula una recusación. La recusación debe ser decidida:
  - a. Por el Centro de Arbitraje y Conciliación donde se presentó la solicitud.
  - b. Por el juez civil del circuito.
  - c. Por el juez administrativo.
  - d. Por el juez civil municipal.
3. En una cláusula compromisoria pactada en un contrato entre una entidad estatal y un particular se estipula que el arbitraje se desarrollará de conformidad con el Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de (la ciudad donde se desarrolle la dinámica). Las partes no llegan a un acuerdo para nombrar el árbitro único. El árbitro debe ser nombrado:
  - a. Por el juez civil del circuito del domicilio del demandado.
  - b. Por el juez civil del circuito del centro de arbitraje y conciliación que se pactó en el contrato.
  - c. Por el juez civil municipal del centro de arbitraje y conciliación que se pactó en el contrato.
  - d. Por el juez administrativo del centro de arbitraje que se pactó en el contrato,

4. No puede ser nombrado por las partes árbitro para decidir en derecho:
  - a. Un abogado de nacionalidad venezolana con tarjeta profesional expedida por el Consejo Superior de la Judicatura.
  - b. Un abogado que no aparece en la lista de árbitros del centro de arbitraje donde se presentó la solicitud.
  - c. Un abogado titulado pero que no ha obtenido la tarjeta profesional.
  - d. Un abogado mayor de sesenta y cinco años.
5. Cuando se expide una póliza de cumplimiento para asegurar un contrato que contiene una cláusula compromisoria:
  - a. La cláusula solo vincula a las partes en el contrato.
  - b. La cláusula vincula a la aseguradora.
  - c. La cláusula vincula a la aseguradora cuando es llamada en garantía.
  - d. La cláusula vincula a la aseguradora salvo que ella manifieste que no acepta.
6. Se inicia un proceso arbitral. La demandada inicia un proceso ejecutivo ante un juez civil para reclamar el pago de la cláusula penal
  - a. Los dos procesos pueden desarrollarse hasta su finalización.
  - b. El proceso en que primero se haya notificado el auto admisorio o el mandamiento de pago prevalece.
  - c. El proceso ante la jurisdicción ordinaria prevalece cuando el tribunal superior haya confirmado la competencia del juez civil.
  - d. El proceso arbitral prevalece cuando los árbitros se hayan declarado competentes.
7. Los jueces pueden en relación con el arbitraje:
  - a. Practicar pruebas en desarrollo de la comisión conferida por el tribunal arbitral
  - b. Practicar medidas cautelares en desarrollo de la comisión conferida por el tribunal arbitral.
  - c. Ejecutar los laudos arbitrales.
  - d. Todas las anteriores.

## Bibliografía

Julio Benetti Salgar El Arbitraje en el Derecho Colombiano. 3<sup>a</sup> Ed Cámara de Comercio de Bogotá, 2009.

Ramiro Bejarano Guzmán. Los procesos declarativos, ejecutivos y arbitrales. Ed. Temis. 2016.

Ramiro Bejarano Guzmán. Aida Patricia Hernández Silva. Pablo Moreno Cruz. Recurso de Anulación de Laudos Arbitrales. Ed Universidad Externado de Colombia. 2016.

Comité Colombiano de Arbitraje. Estatuto Arbitral Colombiano. Ed Legis. Bogotá 2013.

Jorge Hernán Gil Echeverry. Régimen Arbitral Colombiano. 2Ed Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá 2017.

Hernando Herrera Mercado. La impugnación de los laudos arbitrales. Ed Universidad del Rosario. Cámara de Comercio de Bogotá y Legis. 2014.

Hernán Fabio López Blanco. El Proceso Arbitral Nacional, Ed Dupre. Bogotá 2013.

Fabricio Mantilla. Hernando Herrera. Arbitraje 360. El árbitro y la función arbitral. Tomo I. Vol I Naturaleza de la Función Arbitral. Tomo I. Vol II Régimen Obligacional. Ed Ibáñez. 2017.

Fabricio Mantilla. Hernando Herrera. Arbitraje 360. La práctica de litigio Arbitral. Tomo II Vol. I. Estructura del Proceso y estrategia del litigio. Tomo II Vol. II. Aspectos Contractuales y Procesales. 2017.

Eduardo Silva Romero, Fabricio Mantilla Espinosa (Coord.) EL Contrato de Arbitraje. Ed Legis. Universidad del Rosario. Bogotá. 2005.

# CAPÍTULO 2

## Arbitraje Internacional

Marco General del Arbitraje Internacional

UNIDAD

1

# UNIDAD

Marco General del Arbitraje Internacional

**Og**

## Objetivo General

*Mostrar el marco conceptual y teórico del arbitraje internacional, con el fin que los estudiantes entiendan la figura y sus diferencias con la justicia tradicional y el arbitraje nacional.*

**Oe**

## Objetivos Específicos

- *Conocer el desarrollo jurídico y jurisprudencial en Colombia entorno al arbitraje internacional.*
- *Entender el alcance del principio de la autonomía de la voluntad en materia de arbitraje internacional.*
- *Estudiar el pacto arbitral y las cláusulas patológicas con el fin de entender su funcionamiento y limitaciones.*
- *Entender los criterios con los cuales se califica un arbitraje internacional.*

## ARBITRAJE INTERNACIONAL



<b>1. MARCO GENERAL DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL</b>	143
<b>1.1 Criterios para determinar cuándo un arbitraje es internacional</b>	143
1.1.1 La aplicación de los criterios de internacionalidad y el tránsito de la legislación en el tiempo	144
1.1.2 Los criterios para determinar la internacionalidad	146
1.1.2.1 Primer criterio. El domicilio de las partes	146
1.1.2.2 Segundo criterio. El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, está situado fuera del Estado en el cual las partes tienen sus domicilios	148
1.1.2.3 Tercer criterio: La controversia sometida a decisión arbitral afecte los intereses del comercio internacional	150
<b>1.2 Clases de arbitraje internacional</b>	152
1.2.1 Arbitraje entre estados, arbitraje comercial internacional, arbitraje de inversión	152
1.2.2 Arbitraje Institucional y arbitraje ad hoc	152
<b>1.3 El marco normativo</b>	153
<b>1.4 Los criterios de interpretación de la ley</b>	157
<b>1.5 El papel de la autonomía privada</b>	158
<b>1.6 El pacto arbitral</b>	158
1.6.1 La ley aplicable al pacto arbitral	158
1.6.2 Elementos del pacto arbitral	160
1.6.2.1 Capacidad	161
1.6.2.2 Consentimiento	161
1.6.2.3 Objeto	162
1.6.3 La interpretación del pacto	166
1.6.4 Cláusulas patológicas	164
1.6.5 Efectos del pacto arbitral.	169
1.6.5.1 Efectos entre las partes y frente a terceros	169
1.6.5.2 Efectos frente a los jueces	169
<b>1.7 Regulación del proceso arbitral</b>	170
1.7.1 El régimen de la Ley 1563 de 2012	170

<b>1.7.2</b> Inaplicabilidad del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y del Código General del Proceso	171
<b>1.8 La sede del arbitraje</b>	171
<b>1.9 Integración del tribunal arbitral</b>	172
<b>1.9.1</b> Deberes de los árbitros	173
<b>1.9.2</b> La recusación del árbitro	174
<b>1.10</b> Principio de la competencia	178
<b>Jurisprudencia</b>	181
<b>Actividades pedagógicas</b>	182
<b>Autoevaluación</b>	183
<b>Bibliografía</b>	186

# MARCO GENERAL DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL

1

## 1.1 Criterios para determinar cuándo un arbitraje es internacional

En la medida en que la Ley 1563 de 2012, consagró un sistema dualista en materia arbitral, estableciendo unas reglas para el arbitraje nacional y otras para el arbitraje internacional, es necesario distinguir cuando un arbitraje es nacional o internacional.

A tal efecto la ley estableció tres criterios para determinar cuándo el arbitraje es internacional, los cuales tienen dos orígenes: los dos primeros provienen de la ley modelo de Uncitral, en tanto que el último es tomado del derecho francés.

Por lo que se refiere a los criterios de la ley modelo de Uncitral la ley no tomó en cuenta todos los criterios propuestos por aquella. Lo anterior teniendo en cuenta la sentencia C-347 de 1997, en la cual la Corte declaró la inconstitucionalidad de una parte del artículo 4º de la Ley 315 de 1996, señaló que no se puede acudir a un arbitraje internacional “sin que exista en la controversia un elemento extranjero”<sup>124</sup>

El artículo 62 de la ley establece que el arbitraje es internacional cuando se cumple uno de los tres criterios incluidos en este artículo. Lo anterior implica que no cabe la posibilidad de que las partes pacten que el arbitraje es internacional, si no se cumplen los supuestos de la ley. Así mismo, no se puede excluir el carácter internacional de un arbitraje por la voluntad de las partes si se cumplen los criterios que establece la ley.

La circunstancia de que las partes no puedan acordar cuál es el carácter del arbitraje, es sin perjuicio de que ellas acuerden el procedimiento aplicable. Así, por ejemplo, en un arbitraje nacional, en que ninguna de las partes sea una entidad

<sup>124</sup> La ley no incluyó los siguientes criterios: que el arbitraje sea internacional porque la sede del arbitraje esté situada fuera del Estado en que las partes tienen su domicilio o que las partes han convenido expresamente que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado. Lo anterior porque en estos casos el carácter internacional depende de la voluntad de las partes y no de la presencia real de un elemento extranjero.

pública, sería posible por acuerdo de las partes aplicar el procedimiento previsto por la propia ley para el arbitraje internacional. Igualmente, en un arbitraje internacional las partes pueden acordar que el procedimiento del arbitraje se sujete a las normas de la Ley 1563 para el arbitraje nacional. Tal situación ya se ha presentado en Colombia<sup>125</sup>. En todo caso, el arbitraje seguirá siendo nacional o internacional, según su naturaleza, y por ello, la intervención del juez competente se hará de conformidad con las normas correspondientes. Por consiguiente, si el arbitraje nacional se tramita como si fuera internacional, en todo caso es nacional y por ello, las causales del recurso de anulación serán las previstas para el arbitraje nacional y el juez competente será el tribunal superior de distrito de la sede del arbitraje. Si el arbitraje es internacional y se trasmító bajo las normas del arbitraje nacional, las causales del recurso de anulación serán las del arbitraje internacional y el juez competente será la Corte Suprema de Justicia.

Adicionalmente, en el arbitraje nacional lo que pueden pactar las partes es el procedimiento aplicable, pero no la norma sustancial aplicable, que será la ley Colombiana. Por el contrario, en el arbitraje internacional la norma sustancial aplicable será la que convengan las partes y si no lo hacen la que determine el tribunal arbitral.

### 1.1.1 La aplicación de los criterios de internacionalidad y el tránsito de la legislación en el tiempo

Uno de los problemas que han surgido en materia de arbitraje internacional es la aplicación de la ley en el tiempo de los criterios que establece la Ley 1563 de 2012, particularmente si se tiene en cuenta que, si bien la ley anterior establecía criterios semejantes a los que consagra la Ley 1563, disponía igualmente que el arbitraje era internacional cuando se hubiere pactado. La Ley 1563 no exige que se pacte.

Es claro que si el pacto arbitral se celebra con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1563 y se cumplen los criterios de internacionalidad el arbitraje será internacional, sin que se requiera que las partes así lo hayan estipulado.

Sin embargo, ha existido discusión cuando el pacto arbitral se celebró con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1563 de 2012. En este punto se oponen dos tesis. La primera que parte de la base de la naturaleza convencional del pacto arbitral, y la segunda que se funda en el carácter procesal del procedimiento arbitral.

<sup>125</sup> Así en sentencia del 18 de abril de 2017 (Radicación n° 11001-0203-000-2016-01312-00) la Corte Suprema de Justicia decidió un recurso de anulación contra un laudo internacional que se profirió en un proceso en el cual en el pacto arbitral se había estipulado según señala la sentencia de la Corte que "no existiendo norma imperativa en la sección tercera del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, «se aplicarán de manera subsidiaria las normas del arbitraje local contenidas en la Ley 1563 de 2012, y en su defecto las del Código General del Proceso, siempre y cuando no pugnen con los principios generales que rigen el arbitraje internacional»".

De conformidad con la primera, en la medida en que el pacto arbitral es un negocio jurídico, el mismo se sujet a la ley vigente cuando se celebró. Por consiguiente, si en la época en que se celebró el pacto para que el mismo diera lugar a un arbitraje internacional era necesario una estipulación en tal sentido, debe entenderse que, si no se dijo nada, el arbitraje es nacional.

Por el contrario, la visión procesal parte de la base que el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, dispone que “*En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración*”, pero al mismo tiempo establece una excepción en el numeral 1º para “*Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato,...*”, las cuales se sujetan entonces al principio del efecto general inmediato de la ley, como lo dispone el artículo 40 de la citada Ley 153 de 1887, que fue modificado por el artículo 624 del Código General del Proceso. Por consiguiente, como el arbitraje es el modo de reclamar los derechos el mismo debe sujetarse a la ley vigente cuando se adelanta, por lo que, si se inicia bajo la vigencia de la Ley 1563 de 2012, y se cumplen las condiciones que establece la ley para calificar el arbitraje de internacional, son dichas reglas las que deben aplicarse.

### **De conformidad con la primera, en la medida en que el pacto arbitral es un negocio jurídico, el mismo se sujet a la ley vigente cuando se celebró.**

La solución que se adopte es importante por las consecuencias que tiene el que un arbitraje sea nacional o internacional. En efecto, las diferencias se refieren, entre otras, a quienes pueden ser árbitros y apoderados; cómo se integra el tribunal arbitral; si hay plazo legal para la duración del proceso arbitral; cuál es el contenido de la solicitud arbitral y cuándo se presenta la demanda; cuál es el trámite mismo del proceso; en qué hipótesis se puede de acudir al juez para diferentes propósitos; la prueba; las medidas cautelares; las causales del recurso de anulación y el juez competente para ello.

La Corte Suprema de Justicia en sentencia del 15 de enero de 2019<sup>126</sup> se pronunció sobre dicho punto y precisó que en los procesos arbitrales que se iniciaran a partir de la Ley 1563 de 2012 no se puede exigir que en el pacto mencionado se haya indicado que el arbitraje es internacional, lo anterior como “*consecuencia del alcance procesal que tiene la norma en cita, es claro que perdió vigencia con la expedición de la Ley 1563, la cual entró a gobernar de manera inmediata la materia*”. Por otra parte, en todo caso aclaró que, bajo la ley anterior, la Ley 315 de 1997, no podía entenderse que dicho requisito fuera necesario para la eficacia del pacto arbitral, pues no se trataba de una norma sustancial sino adjetiva.

<sup>126</sup> Radicación n.º 11001-02-03-000-2016-03020-00

## 1.1.2 Los criterios para determinar la internacionalidad

### 1.1.2.1 Primer criterio. El domicilio de las partes

El artículo 62 de la Ley 1563, establece que el arbitraje es internacional cuando:

*"a) Las partes en un acuerdo de arbitraje tengan, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus domicilios en Estados diferentes;"*

Agrega que *"1. Si alguna de las partes tiene más de un domicilio, el domicilio será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje."* (se subraya) Así mismo señala que *"2. Si una parte no tiene ningún domicilio, se tomará en cuenta su residencia habitual"*.

Lo primero que debe observarse es que la Ley 1563 en este punto modificó la redacción de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de Uncitral (en adelante la ley modelo).

La ley modelo dispone en lo pertinente que un arbitraje es internacional si: *"a) las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes".* Agrega la ley modelo que *"a) si alguna de las partes tiene más de un establecimiento, el establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje; b) si una parte no tiene ningún establecimiento, se tomará en cuenta su residencia habitual"* (se subraya).

De esta manera, hay una diferencia entre el texto de la ley colombiana y la ley modelo, pues la primera se refiere a que las partes tengan su domicilio en estados diferentes, al paso que la segunda alude a que las partes tengan sus establecimientos en estados distintos.

Si se examina la historia de la ley se encuentra que dicho cambio no obedeció al deseo de modificar la regulación de la ley. Así en la ponencia para primer debate del proyecto de ley consta que se consideró *"lo más prudente y sensato, acoger los estándares internacionales sobre la materia con el fin de prevenir inconsistencias o asimetrías frente a las disposiciones generalmente aceptadas a nivel internacional en otras jurisdicciones"*. La explicación del cambio de la expresión establecimiento por domicilio obedecería al hecho de que la ley colombiana se refiere al concepto de establecimiento de comercio, el cual tiene una noción específica que no corresponde al concepto de establecimiento empleado por la ley modelo. No sobra señalar que la Ley 315 de 1996, al definir los criterios de internacionalidad, ya había utilizado también la expresión domicilio en lugar de establecimiento, y bajo dicha ley se había señalado como una explicación del cambio el hecho de que la Ley 315 no restringía su campo de aplicación a las controversias comerciales, como lo hace la ley modelo, por lo cual se dijo, se sustituye el concepto de establecimiento, "que es de contenido comercial, por haber eliminado la restricción, y en

su lugar se adoptó el concepto de domicilio, que es general y comprende tanto lo civil como lo comercial”<sup>127</sup>.

Si no se quiso entonces cambiar el concepto básico, debe partirse del concepto de establecimiento en la ley modelo. Ahora bien, la historia de la misma muestra que se quiso adoptar el concepto de establecimiento el criterio de la Convención de Viena sobre compraventa internacional. Esta solución de la ley modelo en materia de arbitraje busca la coherencia del régimen de derecho internacional privado, pues si una compraventa es internacional porque se celebra entre personas que tienen sus establecimientos en estados diferentes. Igualmente, el arbitraje que se adelanta para resolver una controversia sobre dicho contrato debe considerarse internacional

En relación con este aspecto la doctrina internacional<sup>128</sup> precisa que el establecimiento es el lugar donde está localizado el centro de la actividad de negocios, lo que se vincula con el Estado en el cual el negocio es dirigido, siempre que quien está allí tenga un poder autónomo, elemento clave en la definición. Si se revisan las decisiones judiciales sobre estos criterios se aprecia que bajo la perspectiva de la Convención de Viena no se considera un establecimiento las oficinas de una empresa que no tienen la capacidad de decidir el negocio y contratar, y tampoco las instalaciones meramente transitorias.

Por lo demás el concepto de domicilio del Código Civil implica una estabilidad y no una presencia transitoria. En efecto, de conformidad con el artículo 76 el domicilio es la residencia, acompañada del ánimo de permanecer en ella, o es el lugar donde un individuo “ejerce habitualmente su profesión u oficio, determina su domicilio civil o vecindad” (artículo 78). No lo es el lugar donde se está de manera accidental. Además se presume “el ánimo de permanecer y avecindarse en un lugar, por el hecho de abrir en él tienda, botica, fábrica, taller, posada, escuela y otro establecimiento durable, para administrarlo en persona;...” (artículo 80 ibidem). En el caso de las sociedades las mismas tienen un domicilio principal, pero igualmente tienen un domicilio en sus sucursales. En particular las sociedades extranjeras con negocios permanentes deben abrir una sucursal con domicilio en Colombia (artículo 471 del Código de Comercio).

Ahora bien, puede ocurrir que una persona tenga varios domicilios, unos en Colombia y otros en el exterior, y surge entonces la pregunta acerca de cuál debe

<sup>127</sup> Marco Gerardo Monroy Cabra. Arbitraje Comercial Nacional e Internacional. 2º ed. Legis, Bogotá, 1998, P. 252.

<sup>128</sup> Allison E. Butler “Place of Business”: Comparison between Provisions of the CISG (Article 10) and Counterpart Provisions of UNIDROIT (Article 1.10) August 2004. Disponible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles/uni10.html>. Schechtriem. Uniform Sales Law - The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods disponible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem-10.html>. John O. Honnold, Uniform Law for International Sales, 3rd ed., Kluwer (1999) P. 132.

tomarse en cuenta para determinar si el arbitraje es internacional. Algunas personas han sostenido que en el caso de sucursales en Colombia debe tomarse en cuenta el domicilio principal de la sociedad, lo que conduciría a que los arbitrajes de contratos que se celebren con sucursales de empresas extranjeras con personas colombianas siempre se consideraran internacionales.

Sin embargo, tal no parece ser el criterio de la ley, por cuanto el artículo 62 de la ley expresamente contempla la posibilidad de que una parte tenga más de un domicilio y a tal efecto dispone que “*el domicilio será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje*”. La ley no impone tomar en cuenta el domicilio principal.

En este punto debe destacarse que existe una diferencia entre el criterio de la Convención de Viena sobre compraventa internacional y el de la ley modelo de arbitraje cuando hay varios establecimientos, pues el primero (artículo 10 de la Convención, Ley 518 de 1999) hace referencia al establecimiento que tiene relación más estrecha con el contrato y su cumplimiento, en tanto que el segundo (artículo 62 de la Ley 1563 de 2012) alude a la relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje, lo que implica tomar en cuenta exclusivamente su celebración.

De esta manera, en materia de arbitraje cuando hay varios establecimientos o domicilios para determinar aquel que tiene la más estrecha relación se toma en cuenta el lugar donde se toman las decisiones y se celebra el acuerdo de arbitraje, y no se toman en cuenta aquellas oficinas que simplemente sirven de enlace o representación. Tampoco se parte de la base que el establecimiento tiene que ser el lugar de constitución o incorporación de la empresa.

Por consiguiente, en un contrato entre una empresa colombiana y una extranjera, si el pacto arbitral se celebró con las oficinas principales de la empresa extranjera en el exterior, a la luz de la Ley 1563 el arbitraje es internacional, así el contrato se ejecute en Colombia

#### **1.1.2.2 Segundo criterio. El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, está situado fuera del Estado en el cual las partes tienen sus domicilios**

El artículo 62 en lo pertinente establece como segundo criterio para calificar de internacional un arbitraje que “*b) El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, está situado fuera del Estado en el cual las partes tienen sus domicilios;*”

En relación con este criterio lo primero que debe observarse es que el mismo contiene dos reglas distintas: la primera, que “*el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones...está situado fuera del Estado en el cual las partes tienen sus domicilios*”, y la segunda, que “*el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, está situado fuera del Estado en el cual las partes tienen sus domicilios*”.

En cuanto se refiere a la primera regla en el Reporte de la Secretaría General de Uncitral sobre el proyecto de ley modelo se señaló<sup>129</sup> que este elemento puede presentarse en el caso en el que dos partes ubicadas en un país concluyen un acuerdo para distribución en un mercado extranjero o cuando un contratante emplea a un subcontratista para ejecutar ciertas partes de un proyecto de construcción en el exterior. Agregó la Secretaría que como el acuerdo arbitral puede cubrir cualquier disputa vinculada con la relación no es necesario que la disputa misma se refiera al elemento internacional.

La segunda regla que se deriva del criterio que se analiza toma en cuenta que el “*lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, está situado fuera del Estado en el cual las partes tienen sus domicilios*”. En este caso es posible que la parte sustancial de las obligaciones derivadas del contrato se ejecute en el mismo lugar en que las partes tienen sus establecimientos, pero la controversia se refiera al cumplimiento de una obligación que no era la parte sustancial del contrato y la misma tiene una relación más estrecha con otro estado, porque se ejecutó allí. En tal caso la controversia sobre este asunto dará lugar a un arbitraje internacional.

**Finalmente, en relación con los criterios de la ley modelo se debe señalar que el elemento internacional debe tener importancia en el caso concreto.**

Finalmente, en relación con los criterios de la ley modelo se debe señalar que el elemento internacional debe tener importancia en el caso concreto.

En este sentido la Corte Suprema de Justicia de Chile en un fallo del 28 de julio de 2008 señaló<sup>130</sup>: “*no todo elemento extranjero transforma el caso en internacional, sino que es menester que las consecuencias de los hechos demanden una reglamentación que corresponda a su carácter internacional. Por consiguiente, para que se trate de un auténtico caso de derecho internacional, ese elemento extranjero debe ser relevante, esto es, importante o significativo*”.

<sup>129</sup> Report of the Secretary-General (A/CN.9/264) P. 13.

<sup>130</sup> Marlex Limitada con European Industrial Engineering, Corte Suprema de Chile, Rol 2026-2007, 28 de julio de 2008. Disponible en <http://adipri.cl/v1/wp-content/uploads/2014/07/CS2026-2007.pdf>. Consultada el 1 de febrero de 2019.

### 1.1.2.3 Tercer criterio: La controversia sometida a decisión arbitral afecte los intereses del comercio internacional

El tercer criterio adoptado por la Ley 1563 consiste en que “c) *La controversia sometida a decisión arbitral afecte los intereses del comercio internacional*”.

Este criterio es tomado del derecho francés, donde inicialmente fue formulado por la jurisprudencia<sup>131</sup> y posteriormente adoptado por el legislador<sup>132</sup> y ha sido criticado entre nosotros por su vaguedad. Sin embargo, si se examina la jurisprudencia francesa se encuentra que en la mayoría de los casos su aplicación es muy clara.

Ha señalado la jurisprudencia francesa que el criterio que se analiza hace referencia a una “definición exclusivamente económica del arbitraje internacional de conformidad con la cual es suficiente que el litigio sometido al árbitro se refiera a una operación que no se desarrolla económicamente en un solo estado”<sup>133</sup>.

Así mismo se ha dicho que “el carácter internacional del arbitraje debe ser determinado en función de la realidad económica del proceso con ocasión del cual se pone en marcha; a este respecto es suficiente que la operación económica realice una transferencia de bienes, servicios o fondos a través de las fronteras; la nacionalidad de las partes, la ley aplicable al contrato o al arbitraje, así como el lugar del arbitraje son por el contrario inoperantes”<sup>134</sup>.

Por consiguiente, lo que importa es que la controversia objeto del arbitraje se refiere a una operación que implica una transferencia de bienes, servicios o fondos a través de una frontera.

150

Ahora bien, en un caso concreto pueden existir elementos que afecten el comercio internacional y otros que no lo hagan. En la medida en que la ley sólo exige que la controversia afecte los intereses del comercio internacional, y no que lo haga exclusivamente, pueden existir otros elementos de carácter nacional en la controversia, que no impiden que el arbitraje sea internacional. Así lo ha resuelto

<sup>131</sup> El criterio aparece por primera vez en 1927 en las conclusiones del abogado general Matter en el proceso Pélissier du Besset v. The Algiers Land and Warehouse Co. Ltd., D.P., Pt. I, at 25 en el que se dijo sobre un contrato internacional: “Para que pueda ser así calificado, es necesario que el contrato produzca un movimiento de flujo y reflujo más allá de las fronteras, de consecuencias reciprocas en un país y en otro”. Posteriormente la jurisprudencia va a dejar de exigir el flujo y reflujo a través de las fronteras, para limitarse a una transferencia.

<sup>132</sup> El artículo. 1492 del Nuevo Código de Procedimiento Civil Francés dispone: “Es internacional el arbitraje que pone en juego los intereses del comercio internacional”.

<sup>133</sup> Sentencias de la Corte de Apelaciones de Paris, del 17 de enero de 2002, Revue d’arbitrage 2002. P. 391, nota J.-B. Racine, y 14 junio de 2001, Revue d’arbitrage 2001. P. 805, 9e esp., obs. Y. Derains. En el mismo sentido sentencia del 22 de noviembre de 2007.

<sup>134</sup> Corte de Apelaciones de Paris (1re Ch. suppl.) del 14 de marzo de 1989, Société Murgue Seigle v. société Coflexip.

la jurisprudencia francesa la que por ejemplo se pronunció en relación con un arbitraje que versaba sobre tres contratos de coproducción de películas, dos de ellos calificados de internacionales. Por acuerdo de las partes se adelantó un solo arbitraje. La Corte consideró que se trataba de un arbitraje internacional, a pesar de que uno de los contratos no era internacional. Señaló la Corte que un arbitraje sólo puede ser objeto de una calificación sea la de internacional o interno<sup>135</sup>.

Sin embargo, el hecho de que exista un elemento internacional no le otorga tal carácter al arbitraje, cuando tal elemento carece de relevancia.

Es importante destacar que en la aplicación del criterio que se examina no tiene consecuencias que el contrato no haya sido ejecutado o que el movimiento de servicios o fondos a través de la frontera realmente no haya tenido lugar. Lo importante es que la operación controvertida envolviera una transferencia de esa clase.

Cuando se trata de un contrato que forma parte de un grupo de negocios jurídicos la calificación de internacional de la operación puede resultar del conjunto<sup>136</sup>.

De esta manera se ha considerado que hay arbitraje internacional en numerosos casos en los que se venden bienes de un país otro; se prestan servicios en otro país; se arrienda un inmueble que estaba destinado a permitir el ejercicio en Francia de la actividad de una compañía aérea extranjera; se celebra un contrato de obra por una entidad pública con una empresa nacional y otra extranjera y financiado por un tercer país<sup>137</sup>; o se celebra un contrato de licencia de transferencia de know how al exterior<sup>138</sup>.

En todo caso de acuerdo con el tercer criterio no es internacional un litigio relativo a las condiciones de ejecución y terminación de un contrato celebrado en Francia para la explotación de un establecimiento de comercio hotelero situado en París entre dos sociedades francesas, aun cuando las mismas pertenecían a grupos extranjeros, porque la operación no implica en ella misma el movimiento de bienes, servicios ni ningún pago a través de las fronteras y no pone en juego los intereses del comercio internacional<sup>139</sup>.

---

<sup>135</sup> Corte de Apelaciones de París 29 marzo 2001, Carthago Films c/ Babel Productions, Rev. arb. 2001. 543, nota D. Bureau.

<sup>136</sup> Corte de Apelaciones de París. Courrèges Design c/André Courrèges et autres, Revue d'arbitrage 1992. P. 110

<sup>137</sup> Ministère tunisien de l'Equipement v. société Bec Frères, Corte de Apelaciones de Paris (1Ch. C), 24 de febrero de 1994, Revue de l'Arbitrage, 1995, P. 277 – 289.

<sup>138</sup> Société Casco Nobel France v. Sico inc. et Kansa, Corte de Apelaciones de Paris (1Ch. suppl.), 13 de noviembre de 1992 Revue d'arbitrage 1993, P. 632.

<sup>139</sup> Société CN France v. société Minhal France, Corte de Apelaciones de Paris (1Ch. C), 28 de noviembre de 1996.

## 1.2 Clases de arbitraje internacional

El arbitraje internacional puede corresponder a diversas categorías.

### 1.2.1 Arbitraje entre estados, arbitraje comercial internacional, arbitraje de inversión

En primer lugar, el arbitraje internacional puede desarrollarse entre Estados. Es una forma muy antigua para resolver controversias entre los sujetos de derecho internacional público. Es de destacar, por ejemplo, que parte de los límites entre Colombia y Venezuela fueron definidos a través de un laudo arbitral que profirió la reina de España María Cristina de Austria el 16 de marzo de 1891.

Igualmente, un arbitraje entre estados puede desarrollarse para resolver controversias originadas por el tratamiento otorgado en un estado a un nacional de otro estado. Lo anterior en razón de la protección diplomática que un estado brinda a sus nacionales. Es el caso del laudo proferido por el presidente Cleveland de los Estados Unidos el 2 de marzo de 1897, por virtud del acuerdo celebrado entre Colombia y el Reino de Italia, para resolver la controversia surgida por razón de la privación de las propiedades del señor Cerruti en Colombia.

En estos casos el arbitraje busca resolver controversias de derecho internacional público.

Por otra parte, el arbitraje puede buscar resolver controversias relativas al comercio internacional, entendido por tal el intercambio de bienes o servicios. Este arbitraje puede desarrollarse entre dos personas de carácter particular, o puede ser parte en el mismo un estado o una entidad pública, que ha celebrado un contrato para adquirir bienes o servicios o para que se ejecute una obra pública. En estos casos la controversia se vincula al derecho internacional privado. Es el arbitraje más común.

Finalmente, más recientemente ha surgido una tercera modalidad que es el arbitraje de inversión. Dicha modalidad se caracteriza porque el arbitraje se desarrolla entre un particular, nacional de un estado, y otro estado en el cual tiene inversiones, y tiene por objeto establecer si el estado incumplió sus obligaciones en materia de protección a la inversión. En estos casos las controversias que se discuten están vinculadas al derecho internacional público, en la medida en que se trata de establecer la responsabilidad internacional del estado por incumplimiento de sus obligaciones internacionales.

### 1.2.2 Arbitraje institucional y arbitraje ad hoc

Por otra parte, el arbitraje internacional puede ser institucional y ad-hoc, según que el arbitraje se desarrolle en una institución que se encarga de administrar el arbitraje, o se desarrolla al margen de cualquier institución.

El más común es el arbitraje institucional. Existen diversas instituciones en el mundo que prestan sus servicios en materia arbitral. En Colombia las más conocidas son la Cámara de Comercio Internacional, que tiene su sede en París, el ICDR, esto es el International Center for Dispute Resolutions, que es una parte de la American Arbitration Association, el CIAC, esto es la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional, creada por la Convención de Panamá, y el CIADI, esto es el Centro Internacional para Arreglo de Disputas relativas a Inversión (también conocido por su sigla en inglés ICSID), creado por la Convención de Washington. A lo anterior se agrega que los principales centros de arbitraje del país han establecido reglas de arbitraje internacional. Es el caso de los Centros de Arbitraje de las Cámaras de Comercio de Bogotá, Medellín y Cali.

Por otra parte, existe el arbitraje ad-hoc, que no es administrado por una entidad. Normalmente dichos arbitrajes ad-hoc se adelantan conforme a las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el desarrollo del Comercio Internacional (Cnudmi o Uncitral, por su nombre en inglés). Para resolver los problemas que se pueden presentar en el desarrollo de estos arbitrajes, es necesario designar una autoridad nominadora que, por ejemplo, nombre los árbitros cuando las partes no lo han hecho. Las reglas de Uncitral establecen (artículo 6) que, si no se pacta otra autoridad nominadora, tendrá tal carácter el Secretario General de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya.

### 1.3 El marco normativo

En materia de arbitraje internacional deben tenerse en cuenta los tratados internacionales y las normas locales, como se expone a continuación.

153

Existen varios tratados internacionales celebrados por Colombia que deben tomarse en consideración. Ellos son la Convención de Nueva York de 1958, la Convención de Panamá de 1975, la Convención de Washington de 1965 y la Convención de Montevideo de 1979.

En primer lugar, Colombia es parte de la Convención Nueva York de 1958 “sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras”. Esta Convención es una de las más importantes del mundo, pues son parte en la misma 159 estados (cifra a abril de 2018). Dicha Convención fue aprobada en Colombia por la Ley 39 de 1990.

El campo de aplicación de la Convención es definido por su artículo 1º, de conformidad con el cual se aplica en dos supuestos. El primero es que se aplica “al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución de

dichas sentencias, y que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas". De acuerdo con este criterio para la aplicación en Colombia de esta Convención lo que debe tenerse en cuenta es que el laudo arbitral se haya dictado en el exterior en un país que es parte de la Convención de Nueva York. A este respecto no tiene trascendencia que en ese otro país el laudo arbitral tenga carácter nacional o internacional. Así, por ejemplo, si se dictó un laudo en Francia en una controversia internacional, y se pide su reconocimiento en Colombia se aplicará la Convención de Nueva York. Igualmente se aplicará cuando se dicta un laudo en Francia o Chile (países en los cuales es distinto el régimen de arbitraje nacional y el doméstico) en un asunto entre nacionales franceses o chilenos, y se pide su reconocimiento en Colombia para efectos de su ejecución.

Por otra parte, existe un segundo supuesto en el que se aplica la Convención, el cual se refiere a los laudos arbitrales que aunque se dictan en un estado, no se consideran como sentencias nacionales en el estado. En este punto el artículo 111 de la Ley 1563 de 2012, establece que *"los laudos dictados en arbitrajes internacionales cuya sede sea Colombia se considerarán laudos nacionales y, por ende, no estarán sujetos al procedimiento de reconocimiento y podrán ser ejecutados directamente sin necesidad de este, salvo cuando se haya renunciado al recurso de anulación, caso en el cual será necesario su reconocimiento"*. Como se puede apreciar, la ley colombiana considera que un laudo dictado en un arbitraje internacional en Colombia no se considera nacional cuando se haya renunciado al recurso de anulación. Ahora bien, de acuerdo con la ley colombiana se puede renunciar al recurso de anulación cuando ninguna de las partes tenga su domicilio o residencia en Colombia.

154

Otro aspecto que debe destacarse de la Convención de Nueva York es la obligación que el artículo 2º de la misma impone a los estados de reconocer 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. Añade la Convención que el juez permanente de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo arbitral remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.

La Convención establece las reglas y causales aplicables al reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeras, que son básicamente las que incorpora la Ley 1563 de 2012.

Finalmente, la Convención de Nueva York no afecta otros acuerdos para el reconocimiento y ejecución de sentencias ni afecta el derecho que tuviera una parte

a hacer valer una sentencia arbitral de acuerdo con la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque. Lo anterior implica que lo dispuesto en la Convención de Nueva York es un mínimo, por lo que si un tratado o la ley establece reglas más favorables para el reconocimiento de un laudo las mismas serán aplicables.

Por otra parte, existe la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975 (aprobada en Colombia por la Ley 44 de 1986).

Dicha Convención no delimita su campo de aplicación, pero el mismo ha sido deducido de su contexto. En tal sentido se ha señalado que de conformidad con su título la misma se aplica al arbitraje comercial internacional.

La Convención de Panamá rige aspectos semejantes a la Convención de Nueva York, pero contiene algunas reglas particulares.

Es importante señalar que, si las dos convenciones son aplicables, porque los dos estados son partes de la Convención de Nueva York y la Convención de Panamá, debe aplicarse la Convención de Panamá. Lo anterior de una parte, porque si las dos partes lo son de las dos convenciones, la Panamá como acto posterior, debe prevalecer. A lo anterior se agrega que como ya se vio, la Convención de Nueva York establece claramente que la misma no impide invocar otro tratado más favorable<sup>140</sup>.

### Normalmente cuando el laudo se dicta en uno de los países americanos, el reconocimiento del laudo se sujetará a la Convención de Panamá.

155

Esta solución ha sido aplicada por los jueces norteamericanos. Por consiguiente, normalmente cuando el laudo se dicta en uno de los países americanos, el reconocimiento del laudo se sujetará a la Convención de Panamá.

Entre los aspectos particulares de la Convención de Panamá que deben destacarse se encuentra el artículo 3º de la misma que establece “*a falta de acuerdo expreso entre las partes, el arbitraje se llevará a cabo conforme a las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial.*”

<sup>140</sup> La sección 305 de la Federal Arbitration Act de los Estados Unidos Establece que si la mayoría de las partes en el acuerdo arbitral son ciudadanos de estados partes en la Convención de Panamá y miembros de la OEA se aplicará la Convención de Panamá. Esta regla ha sido criticada por John Bowman (Presentación realizada en el Congreso de Arbitraje Internacional en Panamá con motivo de los 40 años de la Convención de Panamá. 2015) quien considera que la Convención de Panamá sólo debía ser aplicable si todas las partes son ciudadanos de estados partes.

Por consiguiente, si se pacta un arbitraje internacional en un caso sujeto a la Convención de Panamá, sin precisión adicional, se aplica el reglamento de arbitraje de la CIAC.

Las causales para negar el reconocimiento de laudos arbitrales en la Convención de Panamá son las mismas de las consagradas en la Convención de Nueva York.

Por otra parte, existe la Convención de Washington “sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados” de 1965, que fue aprobada en Colombia por la Ley 267 de 1996. Dicha Convención busca facilitar la resolución de controversias relativas a inversión y evitar que se acuda a la protección diplomática.

La Convención de Washington creó el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. El artículo 25.1 de la misma previó que la jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante y el nacional de otro Estado Contratante, que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro.

Los arbitrajes que se tramitan con sujeción a las reglas del CIADI presentan varias características que deben destacarse.

En primer lugar, el acuerdo arbitral normalmente se celebra por la oferta de arbitraje que hace un estado en un tratado internacional, que puede ser un tratado de libre comercio (como el TLC con los EEUU) o un tratado bilateral de protección a las inversiones, en el que se expresa que las controversias relativas a inversión se resolverán por arbitral, la cual es aceptada por el inversionista al presentar su solicitud de arbitraje. Igualmente, la oferta de arbitraje puede estar contenida en una ley de protección a la inversión. En todo caso siempre es posible que se celebre un acuerdo arbitral específico para someter las controversias a un tribunal arbitral con sujeción a las reglas del CIADI.

Por otra parte, de conformidad con el artículo 54.1 de la Convención de Washington, el laudo dictado en estos casos se debe tratar como una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho estado, es decir en el caso Colombiano el laudo debe ser reconocido como si fuera una sentencia ejecutoriada del Consejo de Estado o la Corte Suprema de Justicia.

Adicionalmente, los laudos dictados al amparo del CIADI no pueden ser objeto de recurso de revisión o anulación ante los jueces de un estado. En efecto, en el caso de la revisión, la misma debe ser solicitada al CIADI, y ella se decide por el mismo tribunal, si ello es posible, y si no por un nuevo tribunal (artículo 51.1).

Por lo que se refiere a la anulación, la solicitud en este sentido es sometida a un comité ad-hoc integrado por el CIADI (artículo 52.1).

Finalmente, existe la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de Montevideo de 1979, la cual fue aprobada por Ley 16 de 1981. Debe destacarse que dicha Convención expresa que en el caso de laudos arbitrales ella se aplicará en lo no previsto en la Convención de Panamá. Desde este punto podría considerarse que la Convención de Montevideo se aplicará en relación con las formalidades requeridas para el reconocimiento de laudos arbitrales cuando ellos se hayan proferido entre partes que sean nacionales de los estados partes en esta última convención.

Es de señalar que las normas de la Ley 1563 de 2012 en materia de arbitraje internacional se aplican en principio a los arbitrajes internacionales cuya sede está en Colombia. Las normas de la Ley 1563 sobre arbitraje internacional sólo se aplican respecto de arbitrajes que se desarrollan en exterior cuando se trata del deber del juez colombiano de remitir a arbitraje cuando una de las partes lo solicita; el apoyo judicial en la práctica de pruebas en Colombia; el decreto de medidas cautelares en Colombia; la ejecución de medidas cautelares en Colombia, y el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales (artículo 62 de la ley).

## 1.4 Los criterios de interpretación de la ley

El artículo 64 de la ley establece que al interpretarla deberá tenerse en cuenta el carácter internacional del arbitraje y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y la observancia de la buena fe.

157

El carácter internacional del arbitraje implica, de una parte, que no deben tomarse en consideración las reglas que rigen los trámites nacionales y, de otra parte, que el arbitraje internacional es el punto de encuentro de personas que provienen de diferentes tradiciones jurídicas, razón por la cual los procedimientos en materia de arbitraje internacional deben tener en cuenta dicha circunstancia. Para tener en cuenta la internacionalidad del arbitraje y lograr la uniformidad en la aplicación se han adoptado diferentes guías por organizaciones como la International Bar Association, ello ha ocurrido en materia probatoria, en materia de criterios para establecer la imparcialidad e independencia o respecto de reglas de conducta de los abogados en los arbitrajes internacionales.

Adicionalmente, para promover la uniformidad en la aplicación de las normas sobre arbitraje internacional, los jueces o cortes locales al adoptar sus decisiones toman en cuenta los criterios que han seguido otras cortes en otros países del

mundo y la práctica internacional. Así ha ocurrido con la Corte Suprema de Justicia que en diversas sentencias ha hecho referencia a estándares internacionales<sup>141</sup>.

## 1.5 El papel de la autonomía privada

Al igual que en materia de arbitraje nacional el arbitraje internacional se funda en la autonomía de voluntad. Dicha autonomía se expresa en la posibilidad de someter a arbitraje las controversias que se presenten entre las partes; la posibilidad de determinar la forma de seleccionar los árbitros; los requisitos que deben cumplir los árbitros, así como la facultad de escogerlos ellos mismos; la posibilidad de determinar el procedimiento que debe seguirse, y la norma sustancial aplicable.

La autonomía se puede ejercer a través de la selección de un reglamento de un centro de arbitraje, al cual se le reconoce valor como reglas adoptadas por las partes, de tal manera que cuando la ley hace referencia a un acuerdo de las partes, ello incluye el reglamento pactado.

## 1.6 El pacto arbitral

El arbitraje internacional supone un pacto arbitral. El mismo puede estar contenido en una cláusula compromisoria o en un acuerdo posterior.

### 1.6.1 La ley aplicable al pacto arbitral

Lo primero que debe establecerse es cuál es la ley aplicable al pacto arbitral. A este respecto debe precisarse que el pacto arbitral es autónomo respecto del contrato que contiene la cláusula compromisoria. Lo anterior implica entonces que el pacto arbitral puede estar sujeto a una ley distinta a la aplicable al contrato.

Ahora bien, para determinar la ley aplicable al pacto arbitral es pertinente remitirse a la Convención de Nueva York, pues de ella se desprende cuál es dicha ley.

A tal efecto, el artículo 5 prevé entre las causales para negar el reconocimiento de un laudo la nulidad del pacto arbitral<sup>142</sup>. Ahora bien, para efectos de determinar

<sup>141</sup> Ver por ejemplo la sentencia del 30 de octubre de 2017 SC17655-2017 (Radicación nº 11001-02-03-000-2016-03300-00) en la que se hace constante referencia a la Guía relativa a la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de la Uncitral. Igualmente la sentencia del 15 de enero de 2019 (Radicación n.º 11001-02-03-000-2016-03020-00) en la que hace referencia a la necesidad de interpretar las causales de anulación de laudos internacionales siguiendo los criterios adoptados internacionalmente para la Convención de Nueva York.

<sup>142</sup> “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,”

la validez del pacto la Convención hace una distinción entre la ley que regula la capacidad para celebrar el pacto arbitral y el régimen del mismo.

En cuanto a la ley aplicable a la capacidad, la misma es según la Convención, la que les fuera aplicable a quienes lo suscriben. Ello obedece a que la ley aplicable a la capacidad de las personas no puede estar librada a la autonomía privada, pues para saber si la voluntad de una persona puede comprometerla, es necesario establecer si ella puede vincularse de ese modo, es decir si es capaz. En el derecho comparado la capacidad de una persona obedece a diferentes criterios. Así cuando se trata de personas naturales en algunos países la ley aplicable a la capacidad es la ley de la nacionalidad, mientras que en otros la ley aplicable es la del domicilio. Cuando se trata de personas jurídicas se aplica bien la ley de la incorporación, o la ley del domicilio o la ley de la sede efectiva de negocios, que en principio se presume es la ley del domicilio, según el sistema aplicable<sup>143</sup>.

En cuanto a los demás aspectos que inciden en la validez del pacto arbitral, la Convención hace referencia a la ley escogida por las partes. Una referencia igual se encuentra en la Ley 1563. De esta manera, en esta materia se reconoce la autonomía privada. Las partes pueden escoger la ley que consideren apropiada para el pacto arbitral. En este punto podría discutirse si se puede estipular que el pacto arbitral se someta a una norma jurídica que no tenga el carácter de una ley, como los principios Unidroit aplicables a los contratos comerciales internacionales, que constituyen una forma de soft-law. Aunque tanto la Convención de Nueva York, como la Ley 1563 al regular la anulación del laudo o su no reconocimiento, hacen referencia a una ley aplicable al pacto arbitral, el artículo 101 de dicha ley dispone que el tribunal arbitral “*decidirá de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes*”. Esta regla permite que las partes seleccionen como regla aplicable a su relación no sólo una ley sino otra norma de derecho, como serían los principios mencionados. Desde esta perspectiva no se encuentra una razón que justifique que se puede pactar que el contrato se sujeté a los principios de Unidroit, pero que dicho pacto no puede incluir la cláusula compromisoria. Realmente debe entenderse que la regla del artículo 101 se extiende al pacto arbitral.

**En cuanto a los demás aspectos que inciden en la validez del pacto arbitral, la Convención hace referencia a la ley escogida por las partes. Una referencia igual se encuentra en la Ley 1563.**

<sup>143</sup> En los sistemas del derecho continental la ley aplicable normalmente en materia de personas naturales es la ley que rige la capacidad es la ley de la nacionalidad, en tanto que en los sistemas de common law es la ley del domicilio. Cuando se trate de personas jurídicas, la ley aplicable normalmente en países continentales es la ley del domicilio social o en la common law la ley de incorporación. Ver sobre el particular Born, Gary, OB. Cit., P. 2784

En materia de norma aplicable al pacto la libertad de las partes es total, pues no tienen que escoger para que rija el acto, ni la norma que se aplica en el lugar donde se va a adelantar el arbitraje, ni la vigente en el domicilio de una de las partes.

Ahora bien, lo usual es que las partes no estipulen explícitamente cuál es la norma aplicable al pacto arbitral.

En algunos casos podría entenderse que cuando las partes han seleccionado la norma aplicable al contrato, entienden que ello incluye el pacto arbitral. En todo caso ello dependerá de la interpretación del acuerdo de las partes.

Ahora bien, si las partes no escogen la ley aplicable, la Convención dispone que se aplicará la ley de la sede del tribunal y por ello establece la Ley 1563 que en el caso de tribunales arbitrales con sede en Colombia se aplicará la ley colombiana.

Es interesante señalar que existen sistemas que van más allá para reconocer efectos en la medida de lo posible al pacto arbitral.

Así hay países en los que se reconoce la validez del pacto arbitral siempre que el mismo pueda serlo con una de varias alternativas. Así, por ejemplo, el artículo 178 de la ley federal suiza sobre derecho internacional privado establece que un acuerdo de arbitraje es válido si se ajusta a las condiciones establecidas por el derecho escogido por las partes, o por el derecho que rige el objeto del litigio y en particular el derecho aplicable al contrato, o en todo caso por el derecho suizo. Por consiguiente, basta que el pacto arbitral sea válido desde la perspectiva de uno de dichos ordenamientos para que se le reconozca efectos al pacto arbitral.

En otros sistemas, como el Francés, se señala que por virtud del principio de autonomía, el pacto arbitral no está sujeto a una ley determinada, por lo que se juzga con base en reglas generales que no dependen de la ley de un estado determinado<sup>144</sup>.

### 1.6.2 Elementos del pacto arbitral

Si la norma aplicable al pacto arbitral es la ley colombiana es pertinente señalar que como todo negocio el pacto arbitral requiere capacidad, consentimiento y objeto.

**144** Sentencia de la Corte de Casación Francesa del 20 de diciembre de 1993 en el caso Dalico. Journal de Droit International. 1994, P. 690. Dijo la Corte: "...en virtud de una regla material del derecho internacional de arbitraje, la cláusula compromisoria es independiente jurídicamente del contrato principal que la contiene directamente o por referencia y su existencia y eficacia se aprecia, bajo reserva de las reglas imperativas del derecho francés y del orden público internacional, de acuerdo con la voluntad común de las partes, sin que sea necesario referirse a la ley estatal"

### 1.6.2.1 Capacidad

Desde el punto de vista de derecho internacional la capacidad de una persona debe juzgarse en el caso de personas naturales según la ley de la nacionalidad o del domicilio, según el régimen legal aplicable, y en el caso de las personas jurídicas la ley del estado en que se incorporaron o la ley de su domicilio o su sede efectiva de negocios.

### 1.6.2.2 Consentimiento

Por otra parte, se requiere que exista consentimiento. La Ley 1563 sigue la convención de Nueva York y a tal efecto hace referencia a que el acuerdo arbitral debe constar por escrito. En todo caso la ley adopta una de las dos alternativas propuestas de la ley modelo para flexibilizar este requisito.

Así dispone la ley que el acuerdo de arbitraje consta por escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquiera forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, o mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio. Igualmente permite la ley que el acuerdo de arbitraje conste por escrito si es una comunicación electrónica accesible para su posterior consulta.

De esta manera, puede en realidad no haberse celebrado el pacto arbitral por escrito, pero para la ley habrá escrito si hay constancia del mismo, por ejemplo, a través de una grabación o videogramación o por un intercambio de mensajes. En este punto cabría discutir si se puede aceptar que existe escrito cuando lo que hay son declaraciones de testigos, por escrito, que afirman haber presenciado la celebración del acuerdo arbitral.

161

Igualmente, prevé la ley que el acuerdo de arbitraje puede resultar de un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra. En este punto la fórmula adoptada en materia de arbitraje internacional parece más afortunada que la que se contempla para el arbitraje nacional, pues en este último se hace referencia a que, si una parte en su demanda o contestación manifiesta que existe acuerdo de arbitraje y la parte contraria no se opone, se entiende probado el acuerdo de arbitraje. La expresión utilizada por el legislador en materia de arbitraje nacional genera la duda de si posteriormente podría ser posible probar lo contrario. Dicha duda no existe en el arbitraje internacional.

Así mismo, la ley permite el pacto arbitral por referencia que se presenta cuando en el acuerdo entre las partes se haga referencia a un documento que contiene el pacto arbitral, siempre que ello implique que hace parte del acuerdo arbitral. En esta materia nuevamente es más afortunada la fórmula del arbitraje internacional,

porque en el arbitraje nacional se exige que cuando la cláusula compromisoria se encuentra incluida en otro documento, el mismo debe indicar las partes y el contrato al que se refiere, lo que no se exige en el arbitraje internacional.

Finalmente debe observarse que en la Directiva Presidencial No 04 de 2018 se estableció que para la suscripción de pactos arbitrales de alcance internacional se debe contar con el concepto del Director de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. En este punto cabe discutir si la falta de cumplimiento de este requisito afecta la validez del pacto arbitral. La respuesta parece ser negativa, pues no se trata de un requisito establecido por la ley.

#### 1.6.2.3 Objeto

El pacto arbitral debe tener un objeto determinado, posible y lícito.

En cuanto a la determinación ha de observarse que el artículo 69 de la Ley 1563 establece que el “*acuerdo de arbitraje es aquel por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas o algunas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no*”.

Como se puede apreciar, la ley no permite un acuerdo por el cual las partes conviene que cualquier controversia que surja entre ellas, por cualquier causa, se someta a arbitraje, pues se exige que surja de una determinada relación jurídica.

Por otra parte, el objeto del pacto debe ser posible. De esta manera si por ejemplo el pacto se refiere a un conflicto que ya no existe, por ejemplo, porque fue resuelto por un acuerdo extrajudicial celebrado por un apoderado, o una sentencia ejecutoriada, dicho pacto no puede producir efectos.

Finalmente, en la sección internacional de la ley, la misma no define cuáles son las cuestiones arbitrables en materia internacional. La Corte Suprema de Justicia al decidir el reconocimiento de laudos extranjeros ha señalado que la causal para negar el reconocimiento porque la controversia no es arbitrable bajo la ley colombiana, se examina de conformidad con el artículo 1º de la Ley 1563 de 2012<sup>145</sup>. Agregó la Corte que el artículo 62 de la ley dispone “*que las normas del estatuto relativas al mismo no afectarán ‘ninguna otra ley colombiana en virtud de la cual determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje o se puedan someter a arbitraje únicamente de conformidad con disposiciones que no sean las de la presente ley’*”.

En este punto existe otra orientación posible y es considerar que la ley colombiana no define la arbitrabilidad en materia internacional y que no es posible acudir

<sup>145</sup> Sentencia del 30 de octubre de 2017 Radicación n° 11001-02-03-000-2016-03300-00, que reitera la SC8453-2016, rad. n° 2014-02243-00

al régimen de arbitraje nacional, que es el contenido en el artículo 1º , que forma parte de la Sección Primera de la ley que regula el arbitraje nacional, pues ninguna norma se remite a él y el artículo 64 de la ley establece que “*En la interpretación del arbitraje internacional habrán de tenerse en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe*”. Agrega la ley que “*Las cuestiones reguladas en materia de arbitraje internacional que no estén expresamente resueltas en ella se resolverán de conformidad con los principios generales que la inspiran*”.

Por consiguiente, bajo esta aproximación no es procedente aplicar las normas del arbitraje nacional, sino que debe acudirse a los principios que inspiran el arbitraje internacional.

**Por consiguiente, bajo esta aproximación no es procedente aplicar las normas del arbitraje nacional, sino que debe acudirse a los principios que inspiran el arbitraje internacional.**

En cualquier caso, en materia de arbitrabilidad se ha distinguido tradicionalmente entre inarbitrabilidad subjetiva e inarbitrabilidad objetiva.

La inarbitrabilidad es subjetiva, cuando no se permite someter a arbitraje una determinada controversia por razón de la calidad o naturaleza de las partes en conflicto. La inarbitrabilidad objetiva, se presenta cuando el conflicto en sí mismo no es susceptible de ser sometido a arbitraje.

La inarbitrabilidad subjetiva existe normalmente respecto de los estados o las entidades de derecho público que pueden encontrarse en imposibilidad de acudir al arbitraje por razón de normas legales que se lo prohíben o que establecen condiciones para ello. Desde un punto de vista conceptual podría plantearse si en estos casos se trata de un problema de capacidad para suscribir el pacto arbitral o de inarbitrabilidad. La doctrina actual se orienta en el sentido de considerar que, desde el punto de vista internacional, no es posible aceptar que el Estado, que tiene la capacidad de administrar los asuntos públicos, se encuentre en una situación de incapacidad. En efecto conceptualmente la incapacidad corresponde más bien al hecho de que es necesario proteger a una persona porque carece de la posibilidad de formar adecuadamente su consentimiento o de la experiencia y ponderación para hacerlo. En el caso que se analiza se trata más bien de que por razones de política legislativa el legislador no quiere permitir el arbitraje y por ello es una inarbitrabilidad desde el punto de vista subjetivo. Esta aproximación tiene la ventaja de evitar las discusiones que se pueden presentar por el hecho de que la capacidad se determina conforme a la ley personal.

A nivel de derecho comparado existe una tendencia a considerar que en esta materia existe una regla material de acuerdo con la cual a nivel internacional los estados o las entidades públicas pueden someter a arbitraje las controversias en las cuales son partes, sin que puedan invocar las limitaciones de su derecho interno. Dicha regla fue consagrada por la jurisprudencia<sup>146</sup> y ha sido incorporada en diversos ordenamientos, como la ley suiza<sup>147</sup>, la ley española<sup>148</sup> o la ley peruana<sup>149</sup>. Ella se funda en la idea de que a nivel internacional los estados son capaces, por lo que no tiene sentido que invoquen la falta de capacidad sosteniendo que su ley nacional no les permite arbitral. Adicionalmente también parte de considerar que quien suscribe un pacto arbitral y después pretende desconocerlo invocando las normas que lo rigen no está actuando de buena fe. Esta regla la consagra el artículo 62 de la ley. En efecto ella dispone que “*Ningún Estado, ni empresa propiedad de un Estado, ni organización controlada por un Estado, que sea parte de un acuerdo de arbitraje, podrá invocar su propio derecho para impugnar su capacidad para ser parte en un arbitraje o la arbitrabilidad de una controversia comprendida en un acuerdo de arbitraje*”. No sobra anotar que una autorizada doctrina ha controvertido dicha solución.<sup>150</sup>

Por otro lado, existe la arbitrabilidad en sentido objetivo. Se trata entonces de determinar qué materias son arbitrales. En el fondo se trata de establecer qué materias ha querido el legislador reservar a los jueces estatales.

**Por otro lado, existe la arbitrabilidad en sentido objetivo. Se trata entonces de determinar qué materias son arbitrales. En el fondo se trata de establecer qué materias ha querido el legislador reservar a los jueces estatales.**

164

Como ya se vio, existe una orientación, adoptada por la Corte Suprema de Justicia, que considera que la arbitrabilidad corresponde a lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 1563. Otra orientación considera que dicha norma no es aplicable y por ello no hay norma expresa que determine las materias que serían arbitrables en materia internacional. En este punto se advierte que la arbitrabilidad no tiene que ser igual en situaciones sujetas exclusivamente al derecho nacional y en aquellas que tienen relación con diversos ordenamientos. La posibilidad misma de aplicar diversos

<sup>146</sup> Inicialmente fue consagrada por tribunales arbitrales, posteriormente por diversas cortes. Así por ejemplo la Corte de Apelaciones de París en el caso Gatoil en 1991 y en el caso Bec Freres en 1994.

<sup>147</sup> Artículo 177.2 de la ley de derecho internacional privado.

<sup>148</sup> Artículo 2º Ley 60/2003.

<sup>149</sup> Artículo 2º Decreto legislativo N° 1071 de 2008.

<sup>150</sup> Eduardo Silva Romero “Requiem for the Rule or Article 177(2) of the Swiss Private International Law Act, publicado en Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution liber amicorum en homenaje a Robert Briner, P. 825 y siguientes.

ordenamientos impone una aproximación más flexible, es por ello que el concepto de orden público internacional es mucho más restringido que el de orden público interno. Por lo anterior en diversos países se considera que la arbitrabilidad se debe examinar bajo parámetros diferentes a nivel nacional y a nivel internacional<sup>151</sup>. Así ha ocurrido en el derecho norteamericano y en el derecho francés.

A nivel internacional la doctrina señala que la inarbitrabilidad de la materia raramente da lugar al no reconocimiento de laudos arbitrales<sup>152</sup>. En este sentido se afirma que en materia internacional la arbitrabilidad “es la norma y solo puede ser excluida si los derechos son fundamentalmente indisponibles o entran en conflicto con prerrogativas reservadas de manera exclusiva a los estados o a las autoridades competentes de los grupos de estados soberanos y de conformidad con las disposiciones relacionadas con el orden público internacional”.<sup>153</sup>

Lo anterior permitiría concluir que en principio todo tipo de controversias son arbitrables, salvo aquellas que expresamente excluye el ordenamiento en materia internacional o que por definición son incompatibles con el arbitraje. En cuanto a las materias que son inarbitrables por disposición del ordenamiento de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional (sentencia C-1436 de 2000) se encuentran los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades extraordinarias. En efecto, si se revisa la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en materia de exequátur, se advierte que la Corte en sentencia del 19 de diciembre de 2011,<sup>154</sup> señaló que las controversias dimanadas de los contratos estatales colombianos, no son del resorte exclusivo de sus jueces de lo contencioso administrativo, pero agregó que la facultad de esos terceros (árbitros) no puede ser omnímoda, como lo precisó la Corte Constitucional en la sentencia C-1436 de 2000, al concluir que “los árbitros nombrados para resolver los conflictos suscitados como consecuencia de la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación de contratos celebrados entre el Estado y los particulares, no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales”.

Lo anterior indica que para la Corte Suprema de Justicia un laudo no podría ser reconocido si hubiera versado sobre uno de estos actos administrativos. Igual deberá ocurrir en materia de anulación. En todo caso esta inarbitrabilidad sólo se refiere

<sup>151</sup> Por ejemplo, Bernard Hanotiau. L’arbitrabilité et la favor arbitrandum: un examen. *Journal du Droit International* 1994, página 929, P.923.

<sup>152</sup> Alvarez, Henri. Artículo V(2)(A) de la Convención de Nueva York. La arbitrabilidad como criterio para negar el reconocimiento y la ejecución, publicado en la obra de Tawil, Guido y Zuleta, Eduardo. El Arbitraje Comercial Internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario. Ed Universidad del Rosario. Facultad de Derecho, Uba. Abaledo Perrot, Buenos Aires, 2008, P. 599.

<sup>153</sup> Hanotiau, citado por Alvarez, P. 600.

<sup>154</sup> Fallo del 28 de enero de 1981, caso Industria Motora Rakovice v. Lynx Machinery Ltd.

a los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales por autoridades colombianas.

Adicionalmente en relación con las controversias que no son arbitrables por su naturaleza podría hacerse referencia a aquellos eventos en que las decisiones que se adoptan tienen efectos erga omnes, como es, por ejemplo, las relativas al estado civil. Dada la fuente del arbitraje internacional: un contrato, es claro que el arbitraje sólo puede tener efectos entre las partes.

Por otra parte, debe destacarse que no es posible sostener que una materia no es arbitrable porque toca con el orden público, pues precisamente, la ley sólo sanciona con la nulidad el laudo cuando viola el orden público internacional y no cuando se refiere a temas de orden público.

### 1.6.3 La interpretación del pacto

El pacto arbitral debe ser objeto de interpretación como negocio jurídico. En tal sentido ha dicho la Corte Suprema de Justicia que “*para determinar el alcance del pacto deberá acudirse a las reglas de interpretación del negocio jurídico, así como al principio pro-arbitraje, teniendo en cuenta su amplitud o limitación, al igual que la remisión que hagan las partes a las reglas que han de gobernarlos*”<sup>155</sup>. Es de destacar que la Corte ha señalado que debe hacerse una interpretación pro-arbitraje.

En relación con la interpretación puede ser muy importante la ley que rige el pacto arbitral, pues puede discutirse si la ley que rige el pacto arbitral es la que regula su interpretación. Lo anterior, porque los criterios de interpretación no son universales. Así por ejemplo, las reglas de interpretación bajo la ley inglesa son distintas a las que se aplicarían en Colombia.

### 1.6.4 Cláusulas patológicas

En materia arbitral se habla de cláusulas patológicas para hacer referencia a aquellas cláusulas que presentan dificultades para hacer efectiva la voluntad de las partes de someter la controversia a arbitraje. Este término fue acuñado por Frederic Eisemann quien señalaba que las funciones esenciales de una cláusula arbitral eran cuatro:

1. Producir consecuencias obligatorias para las partes,
2. Excluir la intervención de las cortes en la resolución de la controversia antes de que se profiera el laudo,

<sup>155</sup> Sentencia del 19 de diciembre de 2018. Expediente 11001-02-03-000-2017-03480-00

3. Darle poder a los árbitros para resolver las disputas que puedan surgir entre las partes y ,

4. Permitir establecer un procedimiento bajo el cual se pueda expedir un laudo e condiciones de eficiencia y rapidez que pueda ser ejecutado. Una cláusula es patológica cuando no permite lograr dichas finalidades<sup>156</sup>. En todo caso los defectos más graves son aquellos que afectan la primera y tercera función.

Para resolver muchas de las patologías<sup>157</sup> que se pueden presentar en las cláusulas arbitrales, el juez debe partir de que son negocios jurídicos y que por ello debe interpretarlas en el sentido buscado por las partes y en lo posible darle efectos.

Uno de los casos en que la cláusula puede ser patológica es cuando la misma establece que las partes “pueden” recurrir a arbitraje. En efecto, en este aspecto cabe discutir si la cláusula es obligatoria. De hecho uno de los casos en que intervino la Corte Constitucional la cláusula no era clara en su carácter obligatorio, sin embargo la corte le reconoció eficacia y señaló que “*a menos de que no sea razonablemente posible deducir la intención de las partes de someterse al arbitramento, el juez debe propender por dotar de plenos efectos al pacto arbitral, sin detenerse en reparar por deficiencias de redacción o falta de precisión en el alcance de la habilitación, ya que de lo contrario desconocería indebidamente la libre decisión de los contratantes de poner fin de manera pacífica a sus disputas a través de dicho mecanismo alternativo de resolución de controversias*”<sup>158</sup>.

Adicionalmente en esta materia se discute la posibilidad de las cláusulas opcionales, es decir que permiten a las partes o a una de ellas decidir si acude al arbitraje o al juez. En España se consideró valida una cláusula opcional en la medida en que daba la facultad a ambas partes<sup>159</sup>. En otros países como Francia e Italia se ha aceptado la validez de cláusulas que sólo conceden la opción de acudir el arbitraje a una sola parte<sup>160</sup>. En Colombia, el 80 Decreto 1829 de 2013, prevé expresamente que el pacto arbitral puede convenirse como opción, sin limitar dicha norma al arbitraje nacional

Otro evento en que la cláusula es patológica se presenta cuando hace referencia a un centro de arbitraje que no existe. Así ocurre cuando la cláusula menciona

<sup>156</sup> F. Eisemann, *La clause d’arbitrage pathologique*, Commercial Arbitration Essays in Memoriam Eugenio Minoli, U.T.E.T. 1974, citado por Benjamin G. Davis. *Pathological Clauses Frédéric Eisemann’s Still Vital Criteria*. Arbitration International. Vol 7 No 4, 1991, P. 365 y s.s.

<sup>157</sup> Ver sobre el particular: Luis Alfonso Gómez-Domínguez. *Cláusulas de arbitramento defectuosas: sus causas y consecuencias*. Revista Estudios Socio Jurídicos. Universidad del Rosario. Vol. 9, Núm. 2 (2007)

<sup>158</sup> Sentencia T-511 de 2011

<sup>159</sup> Corte de apelaciones de Madrid 30 de junio de 2014

<sup>160</sup> Ver por ejemplo, Simon Nesbitt; Henry Quinlan. *The Status and Operation of Unilateral or Optional Arbitration Clauses*. Arbitration International, Vol. 22 No. 1 (2006), pp. 133 - 149

la cámara de comercio internacional en Zúrich o en Londres. Esta redacción presenta el problema de que la Cámara de Comercio Internacional tiene sede en París. En estos casos se ha señalado que la cláusula debe interpretarse en el sentido que el arbitraje se desarrollará bajo las reglas de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional que tiene sede en París, pero la sede del tribunal será Zúrich o, Londres, etc.

En otros casos se hace referencia a la cámara de comercio oficial, por ejemplo la de París, entidad que no existe. Una corte francesa interpretó que como en París no había cámara oficial y la que se dedicaba a arbitraje era la internacional ella era la competente.

**En otros casos se hace referencia a la cámara de comercio oficial, por ejemplo la de París, entidad que no existe. Una corte francesa interpretó que como en París no había cámara oficial y la que se dedicaba a arbitraje era la internacional ella era la competente.**

Otro problema se presenta cuando hay contratos que prevén, de una parte, que la resolución de controversias será resuelta por un tribunal arbitral y, por otra parte, que los conflictos serán resueltos por los jueces. En esos casos para darle efectos a ambas estipulaciones de las partes se reconoció efectos a la cláusula arbitral y se señaló que correspondía a los jueces resolver las controversias relativas al arbitraje.

168

Uno de los problemas más graves que se pueden presentar ocurre cuando las partes simplemente disponen que las controversias derivadas del contrato se resolvrán por arbitraje. Como quiera que en materia internacional pueden estar en juego diversas legislaciones, la determinación de las reglas aplicables puede ser compleja.

En el caso en que se aplique la Convención de Panamá, porque el conflicto es entre personas que provienen de estados parte en dicha convención, la solución parece sencilla, porque en tal caso se aplica el reglamento del CIAC, lo que implica que, si no se indica nada distinto, el arbitraje será administrado por dicha entidad, bajo las reglas de la misma.

Finalmente, debe señalarse que puede haber pactos arbitrales escalonados, que contemplan la necesidad de agotar una serie de etapas para resolver el conflicto, la última de las cuales es el arbitraje. En derecho comparado se ha discutido dichas cláusulas, pero la tendencia es a reconocerlas siempre que sean claras y precisas<sup>161</sup>.

<sup>161</sup> Así ocurre en EEUU, España, Francia e Inglaterra. Ver CREMADES BERNARDO M. Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses. 14 ICC International Court of Arbitration Bulletin, No. 1

En derecho colombiano si bien dichas cláusulas no son eficaces a nivel interno de conformidad con el Código General del Proceso, no existe prohibición a nivel del arbitraje internacional, por lo que si las mismas son claras y precisas pueden ser obligatorias.

## 1.6.5 Efectos del pacto arbitral

### 1.6.5.1 Efectos entre las partes y frente a terceros

El pacto arbitral en principio obliga a las partes a acudir a arbitraje para resolver las controversias. Como consecuencia de su deber de acudir a árbitros, deben colaborar en el desarrollo del proceso arbitral y asumir, los costos correspondientes.

Por consiguiente, desde este punto de vista el pacto arbitral impone a las partes obligaciones de hacer y de dar.

Por otra parte, el pacto arbitral implica que cada una de las partes no puede acudir a los jueces permanentes para resolver la controversia. Por consiguiente, el pacto arbitral implica una obligación de no hacer.

### 1.6.5.2 Efectos frente a los jueces

El artículo 67 de la ley establece como principio que en materia de arbitraje internacional la intervención del juez sólo procede en los casos y para los propósitos que la ley consagra. De esta manera, la intervención del juez permanente es excepcional en materia de arbitraje internacional.

Entre los casos en que puede intervenir el juez se encuentra el evento en que se presente una demanda ante la rama jurisdiccional, a pesar de que exista un pacto arbitral. En tal caso dispone la ley que el juez debe remitir las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en la oportunidad para la contestación de la demanda.

Lo anterior implica que, si se presenta una demanda ante una autoridad judicial, la misma no puede en principio inadmitirla por razón de la existencia de un pacto arbitral, pues para que ello ocurra es necesario que una de las partes lo solicite.

Si ninguna de las partes invoca el pacto arbitral ha de entenderse que las dos han renunciado al arbitraje para el caso concreto y no procedería tampoco que posteriormente se anulara el proceso con el argumento de que la existencia del pacto arbitral impedía adelantarla.

Si una de las partes invoca el pacto arbitral, el juez debe remitir a las partes al arbitraje. En todo caso es importante destacar un cambio que presenta la ley arbitral colombiana frente a la ley modelo de Uncitral y frente a la Convención de

Nueva York. En efecto, tanto el artículo 8 de la ley modelo como el artículo 2.3 de la Convención de Nueva York prevén que, si una parte invoca el pacto arbitral, el juez debe remitir a las partes arbitraje, salvo que “*compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable*”.

Esta regla no se incluyó en la ley colombiana. Por consiguiente, en principio el juez está obligado a remitir a las partes al arbitraje, así una de ellas alegue que el acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable. Lo anterior porque el legislador considera que es el tribunal arbitral el que debe determinar la validez y eficacia del pacto arbitral. Lo anterior además, porque el pacto arbitral puede estar sujeto a una ley distinta a la colombiana y el tribunal arbitral que se desarrolle en virtud del pacto puede tener sede en el exterior.

En todo caso, la autoridad judicial debe partir de la base de un acuerdo de arbitraje, por lo que si el mismo no existe no podría remitir a arbitraje. Por ello la forma de conciliar la inexistencia de un control de fondo por el juez y la obligación de remitir a arbitraje si existe un pacto arbitral, consiste en que el juez debe verificar que prima facie aparentemente existe un pacto. No procede un análisis detallado. En otros países como Francia o Suiza los jueces permanentes se contentan con ejercer un control prima facie, es decir, si a la luz de lo que obra en el proceso existe un pacto arbitral válido, eficaz y aplicable<sup>162</sup>

## 1.7 Regulación del proceso arbitral

### 1.7.1 El régimen de la Ley 1563 de 2012

El régimen del arbitraje internacional está consagrado en la Sección Tercera de la Ley 1563 de 2012, la cual establece las reglas del procedimiento. Dichas reglas de procedimiento tienen dos grandes características, de una parte, fijan un marco general dentro del cual puede desarrollarse el proceso, ajustándose a las particularidades de cada caso. Por otra parte, las reglas normalmente son supletivas, por lo que las partes pueden modificar lo allí previsto o acordar reglas de procedimiento.

El acuerdo de las partes sobre el procedimiento puede expresarse diseñando reglas propias, lo que no es común, o conviniendo aplicar un determinado reglamento.

En todo caso hay un límite al régimen que las partes pueden pactar. En efecto el artículo 92 de la ley dispone que ellas pueden acordar el procedimiento conforme a las disposiciones de la sección tercera de la ley, las cuales en su gran mayoría prevén que lo dispuesto en los respectivos artículos puede ser modificado. Sin em-

<sup>162</sup> Emmanuel Gaillard, John Savage. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Ed Kluwer. 1999, párrafo 675

bargo, el artículo 91 de la ley establece que el tribunal arbitral debe tratar a las partes con igualdad y dar a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos y no permite a las partes estipular en contrario. Lo anterior implica que este es un límite al acuerdo de las partes, por lo que no pueden pactar un procedimiento que afecte la igualdad de las partes o impida presentar el caso.

### **1.7.2 Inaplicabilidad del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y del Código General del Proceso**

En cuanto se refiere al proceso arbitral en un arbitraje internacional, es pertinente destacar que el mismo no se sujeta a las reglas del Código General del Proceso, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo o la regulación del arbitraje doméstico<sup>163</sup>.

## **1.8 La sede del arbitraje**

En materia de arbitraje internacional la sede tiene un papel muy importante. Lo primero que debe aclararse es que la sede de un tribunal no implica la presencia física del tribunal, sino un vínculo jurídico. Por consiguiente, es perfectamente posible que un tribunal tenga una sede en una determinada ciudad y los árbitros nunca se reúnan en ese lugar. Sin embargo, para efectos jurídicos se considera que el tribunal arbitral funciona en ese lugar.

La sede del tribunal tiene varias consecuencias importantes. En primer lugar, la sede del tribunal determina la ley aplicable al arbitraje, es decir la *lex arbitri*. Ello puede ser muy importante pues dicha ley puede contener disposiciones imperativas que deben ser observadas o normas supletivas que deben guiar al tribunal a falta de acuerdo de las partes.

En segundo lugar, a falta de pacto de las partes, por regla general es la ley de la sede la que regula la validez del pacto arbitral, con excepción de lo relativo a la capacidad.

En tercer lugar, la sede del tribunal igualmente determina la competencia de los jueces en ciertas materias. Es así como es el juez de la sede el que debe actuar para lograr la integración del tribunal arbitral.

En cuarto lugar, la sede del tribunal determina el juez competente para conocer del recurso de anulación. Esta regla la precisó el Consejo de Estado al analizar las

<sup>163</sup> El artículo 92 de la Ley 1563 dispone en materia de procedimiento: “A falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado, con sujeción a lo dispuesto en la presente sección y sin necesidad de acudir a las normas procesales de la sede del arbitraje” (se subraya)

causales para negar el reconocimiento de laudos arbitrales en la Convención de Nueva York. En efecto, la Convención señala que se puede negar el reconocimiento de un laudo cuando haya sido anulado por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, haya sido dictado.

## 1.9 Integración del tribunal arbitral

En esta materia existe una gran diferencia entre el arbitraje nacional y el arbitraje internacional en relación con las personas que pueden ser árbitros.

En efecto, en el arbitraje doméstico el árbitro debe ser colombiano y ciudadano en ejercicio y, además, si el arbitraje es en derecho debe ser abogado y reunir los requisitos para ser magistrado de tribunal superior de distrito judicial, lo que implica además que debe ser colombiano de nacimiento. En el arbitraje internacional el árbitro no tiene que ser nacional colombiano. Además, aún si el arbitraje es en derecho, el árbitro no tiene que ser abogado.

En principio de acuerdo con ley de arbitraje el tribunal debe ser integrado en la forma como las partes hayan pactado. Cuando las partes estipulan que el arbitraje se desarrollará conforme a un reglamento, usualmente el mismo establece la forma como se integra el tribunal, y prevé que si las partes no designan el tribunal lo hará la institución que administra el arbitraje.

De conformidad con la ley, cuando las partes no han estipulado otra cosa si se ha pactado un árbitro único el mismo será designado de común acuerdo por aquellas, y si ellas no lo hacen dentro de los 30 días siguientes contados a partir de la solicitud de una de ellas, lo hará el juez.

Cuando el tribunal es de tres árbitros, la ley prevé que cada parte designa un árbitro y los dos designados nombrarán el tercero. Si una de las partes no nombra el árbitro que le corresponde dentro de los 30 días siguientes al recibo del requerimiento por la otra parte, o si los dos árbitros no se ponen de acuerdo, la designación debe ser hecha por la autoridad judicial a petición de cualquiera de ellas.

De conformidad con el artículo 68 de la ley el juez competente en esta materia es en principio el juez civil del circuito. Cuando en el trámite sea parte una entidad pública colombiana o quien ejerza funciones administrativas colombianas, el juez competente es el administrativo.

Establece la ley que al “nombrar un árbitro, la autoridad judicial tendrá en cuenta las condiciones de este requeridas por las partes y tomará las medidas necesarias

*para garantizar el nombramiento de persona independiente e imparcial. En el caso de árbitro único o del tercer árbitro, apreciará la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes”.*

En relación con el nombramiento de los árbitros por la autoridad judicial lo primero que debe precisarse es que no se está ante un proceso y por ello debe aplicarse el mismo criterio que sigue la ley en el arbitraje nacional, esto es, que el árbitro o árbitros deben ser nombrados de plano.

**Ahora bien, en la práctica la dificultad que tiene el juez es cómo lograr que se cumplan las condiciones que establece la ley.**

Ahora bien, en la práctica la dificultad que tiene el juez es cómo lograr que se cumplan las condiciones que establece la ley.

A este respecto el juez podría emplear un mecanismo semejante al que la ley contempla para nombrar árbitros nacionales. Esto es, podría acudir a solicitar al centro de arbitraje donde se presentó la solicitud o a un centro de arbitraje de su sede que le suministre su lista de árbitros internacionales, si la tiene. En los lugares donde no haya un centro de arbitraje con lista de árbitros internacionales, podría acudir a un centro arbitral cercano que si la tenga.

Para asegurarse que el árbitro cumpla las condiciones que han fijado las partes y que al mismo tiempo sea imparcial e independiente, el juez podría emplear la misma fórmula que utilizan los centros de arbitraje. Es decir, el juez podría escoger los árbitros, incluyendo principales y suplentes y solicitarles a los escogidos que remitan una manifestación en el sentido de si aceptan el encargo y si son imparciales o independientes y además si cumplen las condiciones fijadas por las partes.

### 1.9.1 Deberes de los árbitros

En el derecho comparado se ha concluido que al aceptar su designación se forma un contrato entre las partes y el árbitro. Este contrato implica derechos y obligaciones.

El árbitro debe ser imparcial e independiente y debe revelar cualquier circunstancia que pueda generar dudas sobre su imparcialidad e independencia.

El árbitro debe conducir el proceso en condiciones de igualdad dándole a cada parte la oportunidad de hacer valer sus derechos.

El árbitro debe proferir el laudo arbitral decidiendo el conflicto materia de arbitraje.

Finalmente, el árbitro tiene derecho a su remuneración.

En cuanto al deber de revelación del árbitro la ley adopta el criterio de que toda persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. Así mismo durante la actuación arbitral, el árbitro debe revelar oportunamente las circunstancias que sobrevengan que puedan generar dichas dudas.

### 1.9.2 La recusación del árbitro

La ley dispone en su artículo 75, que árbitro podrá ser recusado si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia, o si no posee las calidades convenidas por las partes.

En cuanto a estos aspectos deben precisarse que los conceptos de imparcialidad e independencia no son idénticos.

La imparcialidad hace referencia al hecho de que el juez no debe tener una opinión pre establecida acerca de la forma como ha de resolverse la controversia y por ello está en capacidad de analizar los argumentos de cada parte para tomar la decisión que corresponda.

La independencia alude a que el árbitro no tiene ningún vínculo con las partes que pueda comprometer su capacidad de decidir.

Como es muy difícil conocer el aspecto subjetivo de los árbitros, y como además lo que se busca es asegurar la confianza de las partes, la ley establece que lo que el árbitro debe revelar son las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia.

Las dudas a las que se refiere la ley no son las que puede tener el árbitro. No se trata de que el árbitro sea o se considere a sí mismo imparcial o independiente, sino que el análisis debe hacerse partiendo de la base de lo que una persona colocada en la situación de las partes podría considerar acerca de la independencia e imparcialidad del árbitro a la luz del hecho.

Como quiera que a diferencia de los jueces los árbitros normalmente son abogados en ejercicio, respecto de ellos pueden presentarse muchas circunstancias que no se dan en relación con los jueces. Por ello la ley no establece que se aplican unas determinadas causales de recusación, sino que hace referencia a las circunstancias que puedan afectar su imparcialidad o independencia. Además, los abogados pertenecen a firmas, por lo que la imparcialidad e independencia del árbitro debe tomar en consideración los vínculos de su firma.

Para facilitar la labor de precisar estas circunstancias la International Bar Association adoptó unas guías sobre conflictos de interés en el arbitraje internacional. La última versión es del año 2014.

A tal efecto, la Guías agrupan las circunstancias que pueden presentarse por categorías, que a su turno se agrupan por colores: rojo, naranja y verde.

La categoría roja a su turno tiene dos modalidades: la roja no renunciable y la roja renunciable.

Cuando se trata de la categoría roja no renunciable, en principio la persona que se encuentra en una de estas circunstancias no debería ser árbitro. Ello ocurre, por ejemplo, cuando hay una identidad entre la parte y el árbitro; el árbitro es representante legal o empleado de la parte, o miembro de su junta directiva o tiene el control de la parte o de una entidad que tiene un interés en el resultado en el laudo; el árbitro tiene un interés en el resultado del caso, o el árbitro o su firma de abogados regularmente aconseja a la parte o su firma deriva un ingreso financiero significativo de la misma.

Por otra parte, existe la categoría roja renunciable. En esos casos el árbitro sólo podría actuar si las partes expresamente están de acuerdo. Así ocurre, por ejemplo, cuando: el árbitro dio una opinión legal u opinión experta sobre la disputa a la parte; el árbitro tiene acciones en una de las partes, o en una parte vinculada con una de las partes, siempre que no se trate de una sociedad que se negocia en el mercado público; un pariente cercano del árbitro tiene un interés financiero en las resultados de la disputa, o el árbitro o un familiar cercano tiene una relación cercana con una persona que no es parte, pero puede ser responsable por una acción de la parte que no triunfe en la disputa. Igualmente, cuando el árbitro representa o aconseja a una de las partes o alguien vinculado a las partes.

Por otra parte, la lista naranja se refiere a circunstancias que pueden generar dudas justificadas sobre la imparcialidad o independencia de los árbitros. En estos casos el árbitro debe revelar la circunstancia y se entiende que las partes aceptan el árbitro si después de haberse hecho la revelación no se formularon objeciones oportunamente. Entre las circunstancias que se encuentra en esta lista, está por ejemplo, el hecho de que el árbitro dentro de los tres años anteriores haya actuado como apoderado de una de las partes o de una persona afiliada a una de ellas; o en los últimos tres años el árbitro ha servido como apoderado contra una de las partes o una afiliada de una de las partes, en una materia no relacionada con el caso; en los últimos tres años la persona recusada ha sido nombrado árbitro en dos o más ocasiones por una de las partes o por afiliados a dicha parte; o existe

una amistad estrecha o enemistad entre un árbitro y el administrador o director o miembro de la junta directiva de la parte, de una entidad que tiene un interés económico en el laudo o cualquier persona que tenga control o influencia; etc.

Finalmente, existe la lista verde que se refiere a circunstancias que se considera no generan apariencia de que el árbitro puede no ser imparcial o independiente y por ello las Guías consideran que no existe el deber de revelar tales circunstancias. Esta lista incluye, por ejemplo, las siguientes circunstancias: el árbitro expresó una opinión legal, en una revista o conferencia, sobre una materia que se presenta en el arbitraje; el árbitro pertenece a la misma asociación profesional o social de un apoderado de las partes; el árbitro y el apoderado han actuado previamente conjuntamente como árbitros; el árbitro enseña en la misma facultad del otro árbitro o apoderado de una de las partes o sirve como oficial de una asociación profesional o social con otro árbitro o el apoderado de una de las partes, etc.

De acuerdo con la ley una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de hecha la designación.

Cuando se produce una recusación la misma debe ser resuelta en primer lugar a través del procedimiento pactado por las partes. Lo anterior implica que cuando se ha pactado un reglamento de un centro de arbitraje, la decisión correspondiente usualmente le corresponde a dicho centro, pues así lo prevén los reglamentos.

Ahora bien, si las partes no han pactado un procedimiento, cuando se formula una recusación el árbitro y la otra parte tiene un término de diez días para pronunciarse. En tal caso puede ocurrir que la otra parte convenga en la recusación. En tal caso el árbitro no puede seguir actuando y se procederá a nombrar quien deba reemplazarlo salvo que existiera un suplente. Lo anterior porque ninguna de las partes está de acuerdo con que dicha persona continúe como árbitro.

De la misma manera se procede si el árbitro recusado renuncia.

Si la otra parte no conviene en la recusación y el árbitro la niega o no se pronuncia la ley distingue si se trata de un tribunal de un solo árbitro o de una pluralidad.

Si solo haya un árbitro, la recusación será resuelta por la entidad que lo haya designado, pero si no existiera, la recusación será resuelta por el juez.

Así mismo cuando el tribunal es plural, la ley prevé que la recusación será resuelta por los otros árbitros, por mayoría absoluta, pero si hay un empate, porque uno de los árbitros considera que la recusación debe prosperar y el otro tiene una opinión distinta, le corresponde decidir al presidente del tribunal, a menos que sea

el recusado. En este último caso resolverá la institución que lo hubiere nombrado y a falta de ella la institución que lo haya nombrado y a falta de esta la autoridad judicial.

Si se recusan varios árbitros por la misma causa, le corresponde resolver la recusación a la institución arbitral que hubiera efectuado el nombramiento, y a falta de ella la autoridad judicial.

**Si se recusan varios árbitros por la misma causa, le corresponde resolver la recusación a la institución arbitral que hubiera efectuado el nombramiento, y a falta de ella la autoridad judicial.**

Como se puede apreciar, la intervención del juez en materia de recusación es bastante limitada.

La decisión de la recusación no implica un proceso. Si bien en materia de arbitraje internacional no se aplican las normas del arbitraje nacional. En todo caso debe observarse que en materia nacional la ley dispone que la recusación debe resolverse de plano, es decir el legislador considera que en este no hay lugar a un proceso. El mismo criterio debería aplicarse en materia de arbitraje internacional. Por consiguiente, lo que procede es que el juez asuma el conocimiento del asunto y decida la recusación. Ahora bien, pueden presentarse casos en los que el juez considera que para decidir debe practicar pruebas. En tal caso podrá decretarlas de oficio. Para decidir el juez puede tomar en consideración los criterios de la IBA ya mencionados. En este punto es de destacar que la Corte Suprema de Justicia al decidir sobre el reconocimiento de laudos arbitrales igualmente ha aplicado dichos criterios<sup>164</sup>.

A diferencia de lo que ocurre en el arbitraje doméstico, en el internacional mientras se tramita la recusación el tribunal puede continuar con las actuaciones e incluso dictar el laudo (artículo 76). En todo caso si ello ocurre y finalmente existía fundamento para la recusación, el laudo podría ser impugnado a través del recurso de anulación, como se verá más adelante.

Finalmente establece la ley que la decisión de la recusación es definitiva y contra ella no procede recurso. En todo caso el tema puede ser revisado por el juez de anulación.

Otra situación que puede presentarse es que el árbitro esté impedido de ejercer sus funciones de iure o de facto, o que no las ejerza en un plazo razonable. En tal caso si

<sup>164</sup> Sentencia del 12 de julio de 2017. Radicación n° 11001-02-03-000-2014-01927-00

el árbitro no renuncia las partes pueden removerlo. Si hay desacuerdo cualquiera de las partes puede pedirle al juez que declare la cesión del encargo, decisión que no admite recurso (artículo 77). La ley no prevé cómo debe adelantarse esta actuación. En todo caso, cabe discutir si debe adelantarse un proceso. A este respecto podría discutirse si en este caso se puede acudir al proceso verbal sumario, en la medida en que, aunque la ley no lo dice expresamente, de ella se puede decir que el juez debe decidir breve y sumariamente.

La regla general es que en caso de que sea necesario nombrar un árbitro para reemplazar a otro, dicho nombramiento se hace siguiendo el procedimiento por el que se designó al árbitro a sustituir (artículo 78). Sin embargo, puede ocurrir que se haya acudido al juez para la designación inicial porque la parte no compareció al proceso y posteriormente lo hace. En tal caso, debería entenderse que si la parte quiere hacer la designación ella debería poder hacerla.

## 1.10 Principio de la competencia

Al igual que en el arbitraje doméstico, en el arbitraje internacional opera el principio de la competencia - competencia, por lo cual de conformidad con el artículo 79 de la ley el tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia. Lo anterior implica que su decisión prevalece sobre la de cualquier otro. Por lo anterior si se inicia un proceso ante la rama judicial y el juez considera que no existe pacto arbitral, pero se inicia un proceso ante un tribunal arbitral y el mismo considera que si es competente, su decisión prevalece.

178

Al decidir sobre su competencia el tribunal puede incluso pronunciarse sobre la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del acuerdo de arbitraje. Así mismo puede pronunciarse sobre las excepciones de prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquiera otra que tenga por objeto impedir la continuación de la actuación arbitral.

Es pertinente señalar que, por regla general, para que el tribunal deba pronunciarse sobre su competencia es necesario que una de las partes formule reparos sobre el particular, pues si ello no ocurre, se puede concluir que la parte acepta la competencia del tribunal, incluso si la materia no estaba incluida en el pacto arbitral, pues este puede entenderse ampliado por el intercambio de escritos de demanda y contestación.

A diferencia de lo que ocurre con el arbitraje nacional en el que el tribunal debe pronunciarse sobre su competencia en la primera audiencia de trámite. Cuando se trata de arbitraje internacional la ley (artículo 79) contempla dos posibilidades

que son: que se decida la competencia como cuestión previa o que se decida en el laudo sobre el fondo.

Si el tribunal decide la falta de competencia como cuestión previa y niega las excepciones de falta de competencia, la decisión del tribunal sólo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación contra el laudo que ponga fin al arbitraje. La anterior regla tiene por finalidad evitar que el arbitraje pueda ser perturbado durante su desarrollo por un recurso de anulación.

Por el contrario, si lo que ocurre es que el tribunal decide previamente y se declara no competente dicha decisión puede ser impugnada por la vía de un recurso de anulación. Si bien la ley no establece que la decisión que se adopta es un laudo arbitral, lo cierto es que al prever que contra ella procede el recurso de anulación le dio el tratamiento de laudo arbitral. De hecho, el reglamento del centro de arbitraje y conciliación de la cámara de comercio de Bogotá señala que tal decisión se adopta a través de un laudo (artículo 3.16.5). Lo anterior corresponde a la tendencia que existe en muchos países a considerar que la decisión de no competencia por un tribunal arbitral constituye un laudo arbitral. Así por ejemplo lo reconoce la jurisprudencia francesa.

Si lo que sucede es que el tribunal solo decide que no es competente o que ha excedido su mandato como cuestión previa respecto de ciertas materias, la ley establece que las actuaciones arbitrales continuarán sobre las otras materias y la decisión de no competencia o exceso en las actuaciones solo podrá ser impugnada mediante el recurso de anulación luego de emitirse el laudo por el cual se resuelve la controversia. Nuevamente en este caso el legislador quiere evitar la que la controversia pueda afectar el desarrollo del proceso arbitral y por ello solo permite el recurso de anulación una vez terminado el mismo.

Ahora bien, cuál causal debe invocarse para atacar la decisión de no competencia. En otros países se ha sostenido que la causal consiste en que el tribunal no se ajustó al pacto arbitral.

Finalmente es pertinente destacar que cuando se profiere un laudo arbitral el mismo puede ser objeto de recurso de anulación en el país de la sede del tribunal arbitral. Pero si el laudo se va a ejecutar en otro país, normalmente debe solicitarse su reconocimiento en ese país, lo que implica un control por parte de las autoridades judiciales de ese estado. De esta manera un laudo arbitral puede ser sometido a un doble control.

A este respecto se observa que la Convención de Nueva York contempla como causal para negar el reconocimiento de los laudos arbitrales que la materia a la que

se refiere el laudo no sea arbitrable de acuerdo con la ley del país en que se solicita el reconocimiento (artículo V.2.a.). Por consiguiente, podría ocurrir que el tribunal se declare competente y dicha decisión sea declarada válida cuando se impugne a través del recurso de anulación en el país de la sede, y que posteriormente, el juez competente del país en el cual se solicite el reconocimiento lo niegue porque la materia no es arbitrable a la luz de la legislación de ese país.

## *Jurisprudencia*

**J**

### Corte Constitucional

Sentencia C-347 de 1997.

Sentencia T-511 de 2011.

### Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil

Sentencia del 18 de abril de 2017 (Radicación n° 11001-0203-000-2016-01312-00).

Providencia de 2 de mayo de 2017 Radicación n.º 11001-02-03-000-2017-00079-00.

Sentencia del 12 de julio de 2017. Radicación n° 11001-02-03-000-2014-01927-00.

Sentencia del 30 de octubre de 2017 SC17655-2017 (Radicación n° 11001-02-03-000-2016-03300-00).

Sentencia del 19 de diciembre de 2018. Expediente 11001-02-03-000-2017-03480-00.

Sentencia del 15 de enero de 2019. Radicación n.º 11001-02-03-000-2016-03020-00.



## Actividades pedagógicas

### Discuta los siguientes casos:

- a. Una empresa española celebra un contrato con una empresa colombiana para desarrollar la construcción de una planta de tratamiento en Colombia. En dicho contrato se incluye una cláusula compromisoria. El contrato es firmado por la empresa española pero su ejecución se realiza por la sucursal de la empresa colombiana. ¿Hay arbitraje internacional?
- b. Una empresa colombiana celebra con otra empresa colombiana un contrato para que esta última construya una máquina, que será enviada a Quito para ser instalada en una planta que se está construyendo. En el contrato se pacta arbitraje. ¿El arbitraje es internacional?
- c. Se constituye una sociedad en Colombia en la cual participan cinco personas colombianas. En los estatutos se incluye una cláusula compromisoria. posteriormente dos de los socios transfieren sus acciones a dos sociedades panameñas. Surge un conflicto entre estos nuevos socios y los anteriores. ¿El arbitraje es internacional?
- d. Se celebra un contrato verbal entre una persona que vive en Bogotá y otra que vive en Miami, pero que está de paso por Bogotá. Las partes pactaron arbitraje. Dos testigos que presenciaron la negociación hicieron declaraciones extra juicio en las que declaran que se acordó verbalmente arbitraje. ¿Hay pacto arbitral?
- e. En proceso arbitral adelantado entre una empresa italiana y una empresa colombiana bajo las reglas del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, una de las partes encuentra que uno de los árbitros tuvo una relación sentimental con la representante legal de la otra parte y formula recusación contra el árbitro. ¿Quién decide esta recusación, qué procedimiento sigue y cómo debe decidirse la recusación y cómo debe decidirse?
- f. En un procedimiento adelantado entre una empresa mexicana y una empresa colombiana, un árbitro en el tribunal A actúa como apoderado de una de parte en el tribunal B, uno de los árbitros en el tribunal B es apoderado en el tribunal A de una de las partes. La otra parte en el tribunal A recusa al árbitro. ¿Quién decide esta recusación, que procedimiento sigue y cómo debe decidirse la recusación?
- g. En un proceso entre una empresa norteamericana y una empresa colombiana, uno de los árbitros sufre un desmayo y es hospitalizado. Después de una semana, una de las partes solicita la remoción del árbitro por estar impedido para ejercer sus facultades: ¿Quién puede decidir esta solicitud?, ¿cómo se tramita y cómo se decide?

## Autoevaluación

Ae

De las siguientes afirmaciones, indique cuales son verdaderas (V) y cuales son Falsas (F):

- a. A los procesos arbitrales les es aplicable el Código General del Proceso en todo lo que no sea contrario a la ley 1563 de 2012. ( )
- b. En los contratos de condiciones generales con consumidores el pacto arbitral no es válido. ( )
- c. El pacto arbitral incluido en un contrato de fiducia solo obliga a la fiduciaria y el fideicomitente. ( )
- d. El compromiso debe celebrarse por escrito, por ello no es válido el compromiso que resulte de un intercambio de mensajes por WhatsApp. ( )



## Autoevaluación

En los siguientes casos seleccione una respuesta:

- a. En el año 2011 una empresa colombiana y una empresa suiza celebran un contrato y pactan arbitraje de acuerdo con el reglamento del centro de arbitraje de la cámara de comercio de Bogotá. Se inicia un proceso arbitral en el 2018. Dicho proceso arbitral debe tramitarse:
  - a. Como arbitraje nacional, porque las partes no exigieron que fuera internacional como lo exigía la ley 315
  - b. Como arbitraje nacional, porque el reglamento de la Cámara de la Cámara de Comercio de 2011 no regulaba el arbitraje internacional.
  - c. Como arbitraje internacional de acuerdo con la ley 1563
- b. En un contrato entre una empresa alemana y una empresa colombiana se pacta arbitraje en derecho. Cuando cada una de las partes nombra un árbitro, una de ellas nombra un árbitro que es ingeniero.
  - a. El árbitro puede ser recusado por la otra parte porque no es abogado
  - b. El árbitro no puede ser recusado porque para ello se requiere que no sea imparcial e independiente.
  - c. No se puede recusar el árbitro.

- c. Se celebra un contrato entre una empresa oficial de Barataria (país ficticio) y una empresa colombiana y se pacta que la ley aplicable al contrato será la ley de Barataria, pero que el arbitraje se desarrollará en Colombia. La ley de Barataria establece que las entidades estatales solo pueden someterse a arbitraje cuando lo autorice la ley.

Se convoca un tribunal arbitral:

- a. El pacto arbitral es nulo porque la empresa de Barataria no era capaz.
  - b. El pacto arbitral es nulo porque viola una ley de orden público de Barataria.
  - c. El pacto arbitral es nulo porque así resulta de la ley de Barataria que es la pactada.
  - d. El pacto arbitral es válido porque la ley colombiana es aplicable para determinar la validez del mismo
- d. Se inicia un proceso judicial en Colombia por parte de una empresa colombiana contra otra empresa colombiana. La demandada al contestar invoca la existencia de un pacto arbitral en el que se dice que todas las controversias se decidirán por un tribunal arbitral con sede en Panamá:
    - a. La excepción debe prosperar.
    - b. La excepción no puede prosperar porque dicho pacto arbitral no es válido según la ley colombiana.
    - c. La excepción no puede prosperar porque no se ha acreditado que el tribunal se haya constituido.

**B**

## Bibliografía

Born, Gary. International Commercial Arbitration, Ed Kluwer Law International 2009.

Cremades, Bernardo M. Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses. 14 ICC International Court of Arbitration Bulletin, No.1

Gaillard, Emmanuel, Savage, John. Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration. Ed Kluwer. 1999.

Monroy Cabra, Marco Gerardo. Arbitraje Comercial Nacional e Internacional. 2<sup>a</sup> ed. Legis, Bogotá, 1998

Tawil, Guido y Zuleta, Eduardo. El Arbitraje Comercial Internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario. Ed Universidad del Rosario. Facultad de Derecho, Uba. Abaledo Perrot, Buenos Aires, 2008

# CAPÍTULO 2

## Arbitraje Internacional

Trámite Arbitral

UNIDAD

# 2

**UNIDAD**



Trámite Arbitral

## Objetivo General

Og

*Estudiar las principales etapas del trámite arbitral internacional, con el fin de entender sus efectos, validez jurídica y principales características.*

Oe

## Objetivos Específicos

- Diferenciar la práctica de pruebas en el arbitraje nacional y en el arbitraje internacional.
- Entender el rol y los momentos de interacción del arbitraje internacional con la justicia ordinaria.
- Ofrecer elementos conceptuales, jurisprudenciales y académicos al juez de control, que le permitan tomar decisiones en aquellos momentos que deban pronunciarse sobre los procesos arbitrales internacionales.
- Estudiar la práctica de las medidas cautelares en el trámite arbitral internacional.
- Dar una mirada al arbitraje de inversión, con el fin de entender sus diferencias y su régimen regulatorio respecto del arbitraje comercial internacional.

189

## ARBITRAJE INTERNACIONAL



## Objetivo General

Og

*Mostrar en detalle las etapas del proceso arbitral, con el fin de entender su desarrollo, características y establecer las diferencias con la justicia tradicional.*

## Objetivos Específicos

Oe

- *Estudiar el principio de competencia competencia, en el cual los tribunales arbitrales sustentan sus decisiones respecto de su propia competencia para conocer los asuntos que son excluidos por las partes de la justicia ordinaria.*
- *Observar el marco normativo en materia de medidas cautelares y pruebas, que sustentan la competencia del Tribunal para su práctica.*
- *Referenciar y desarrollar los recursos contra el laudo, en especial, lo que se refiere al recurso de anulación y cada una de sus causales.*
- *Referenciar la procedencia o no de la acción de tutela contra el laudo arbitral.*

191



## Unidad 2 188

### 2 TRÁMITE ARBITRAL 193

<b>2.1 La solicitud de arbitraje</b>	193
<b>2.2 Etapas del trámite</b>	194
<b>2.3 La prueba</b>	195
<b>2.4 Medidas cautelares</b>	197
<b>2.4.1</b> La ejecución de medidas cautelares decretadas por un tribunal arbitral internacional.	198
<b>2.4.2</b> El decreto de medidas cautelares por un juez en apoyo del arbitraje	200
<b>2.5 Laudo arbitral</b>	202
<b>2.6. Recursos contra el laudo</b>	204
<b>2.6.1</b> Posibilidad de renuncia al recurso	205
<b>2.6.2</b> Las personas que pueden interponer el recurso	206
<b>2.6.3</b> Forma y oportunidad de interponer el recurso	206
<b>2.6.4</b> Trámite del recurso	207
<b>2.6.5</b> La autoridad judicial competente	208
<b>2.6.6</b> Efectos de la interposición del recurso	208
<b>2.6.7</b> El alcance del control judicial	208
<b>2.6.8</b> Las causales	209
<b>2.6.8.1</b> Causales de anulación a solicitud de parte	210
<b>2.6.8.1.1</b> Invalidad del pacto arbitral	210
<b>2.6.8.1.2</b> Segunda Causal	210
<b>2.6.8.1.3</b> Tercera causal	215
<b>2.6.8.1.4</b> Cuarta causal	216
<b>2.6.8.2</b> Causales de oficio	218
<b>2.6.8.2.1</b> Causal primera de oficio	219
<b>2.6.8.2.2</b> Segunda causal que puede ser declarada de oficio	219
<b>2.6.9</b> Efectos de la interposición del recurso	223
<b>2.6.10</b> Reconocimiento de laudos	225
<b>2.6.11</b> El recurso de revisión	227
<b>2.6.12</b> Acción de tutela contra el laudo arbitral	227
<b>2.6.13</b> Ejecución de los laudos	229

<b>Actividades pedagógicas</b>	230
<b>Autoevaluación</b>	231
<b>Jurisprudencia</b>	232
<b>Bibliografía</b>	233

# TRÁMITE ARBITRAL

# 2

# E

l trámite del proceso arbitral se sujeta a las reglas de la Ley 1563, la que permite que las partes acuerden un procedimiento bien directamente o por referencia a un reglamento arbitral (artículo 92 de la ley)

Dispone la ley que en lo que no se encuentra regulado en la ley o no fue regulado por las partes directamente o por referencia a un reglamento de arbitraje, el Tribunal puede dirigir el proceso de la manera que le parezca más apropiada.

En todo caso, el artículo 61 de la ley establece que el tribunal debe tratar a las partes con igualdad y darles plena oportunidad de hacer valer sus derechos. Esta norma se ha considerado de orden público y por ello las partes no pueden acordar un procedimiento que desconozca la igualdad o que impida a una de las partes hacer valer sus derechos.

193

## 2.1 La solicitud de arbitraje

El trámite del arbitraje internacional normalmente se inicia por una solicitud que debe reunir los requisitos que establezca el respectivo reglamento, pero que a diferencia de lo que sucede con el arbitraje nacional, no tiene que cumplir los requisitos de la demanda.

Cuando el arbitraje esté sujeto al reglamento de un centro, la solicitud se presenta a dicho centro y el mismo da impulso al trámite.

Cuando no se ha pactado un centro, o no es aplicable el reglamento del CIAC, la solicitud de arbitraje debe ser dirigida por una parte a la otra.

**Cuando el arbitraje esté sujeto al reglamento de un centro, la solicitud se presenta a dicho centro y el mismo da impulso al trámite.**

## 2.2 Etapas del trámite

La solicitud de arbitraje es contestada por la convocada y se procede a integrar el tribunal.

La ley no regula en forma detallada el procedimiento que debe seguirse, porque considera que el arbitraje debe ser flexible para que las partes puedan adoptar el procedimiento más adecuado para su caso que les permita en forma rápida y eficiente resolver sus controversias. Si las partes no adoptan un procedimiento le corresponderá al tribunal arbitral hacerlo, teniendo siempre en consideración que debe dar un trato igualitario a ambas partes y darles la oportunidad de hacer valer sus derechos.

Lo que normalmente ocurre es que las partes han pactado un reglamento que en forma más precisa determina el procedimiento aplicable. Pero en todo caso los reglamentos de arbitraje suelen ser bastante amplios, de tal manera que tanto las partes, como el tribunal arbitral puedan acordar un procedimiento adecuado para cada caso y adelantar el proceso de la forma rápida y eficiente.

Para este efecto es bastante común en los arbitrajes que al inicio de los mismos las partes y los árbitros se reúnan físicamente o virtualmente y en esa reunión acuerden la forma como van a llevar el proceso. Como consecuencia de lo anterior usualmente se adoptan reglas sobre la presentación de escritos y pruebas y un calendario procesal que fija la época en que deben realizarse las distintas actuaciones. Normalmente el tribunal profiere un acto (a menudo denominado orden procesal) en el que se consagran tales reglas.

Una situación particular se presenta cuando se ha pactado que el arbitraje se adelantará de conformidad con el reglamento de la Cámara de Comercio Internacional, pues el mismo contempla que tan pronto reciben el expediente de parte de la CCI los árbitros debe elaborar un Acta de Misión que será firmada por ellos y las partes, la cual determina aspectos fundamentales del arbitraje, como son: la identificación de las partes y los árbitros, las pretensiones que se formulan, la sede del arbitraje y las normas aplicables. Esta Acta contiene en el fondo un verdadero pacto arbitral.

Usualmente la siguiente actuación prevista después de que se han fijado las reglas que se van a observar en el arbitraje es la presentación de la demanda, la cual debe indicar los hechos en que se funda, los puntos controvertidos y el objeto de ella. Dicha demanda debe contestarse por la otra parte en la oportunidad prevista en el calendario procesal.

Adicionalmente, el demandado puede en la oportunidad para contestar la demanda presentar demanda de reconvenCIÓN.

Es igualmente común que dentro del trámite se prevea la presentación de escritos adicionales sobre el fondo (dúplica por el demandante, y réplica con el demandado)

## 2.3 La prueba

Un aspecto muy importante en el proceso arbitral es el relativo a las pruebas. En relación con la prueba deben considerarse dos aspectos: las reglas aplicables a las pruebas y el apoyo judicial en la práctica de pruebas.

En el arbitraje internacional no se aplican las normas locales en materia de pruebas, es decir, si el arbitraje tiene sede en Colombia no se aplicará en derecho colombiano el Código General del Proceso. Le corresponde en principio al tribunal arbitral decidir la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas. Así lo establece el artículo 92 de la ley.

Lo anterior obedece al hecho de que en el arbitraje internacional intervienen personas provenientes de muy distintas culturas jurídicas que en materia de pruebas tienen orientaciones diversas y por ello las reglas probatorias deben buscar soluciones que sean coherentes para todos.

Es por ello que la International Bar Association adoptó unas guías en materia de prueba en el arbitraje internacional que a menudo son seguidas o tomadas en cuenta por los tribunales arbitrales. En dicha Guía se establecen entre otras las siguientes disposiciones:

En primer lugar, el deber del tribunal de consultar a las partes lo más rápidamente posible e invitarlas a consultarse mutualmente a fin de acordar un procedimiento eficiente, económico y equitativo en materia de pruebas.

En segundo lugar, se regula la presentación de documentos. En este punto es de destacar que uno de los aspectos que más controversia generan en arbitrajes internacionales es lo relativo a la exhibición de documentos. Ello porque hay múltiples aproximaciones sobre el particular en el derecho comparado.

Así en la common law y en particular en los Estados Unidos se conoce el Discovery, en virtud del cual previamente a adelantar el proceso, cada parte puede solicitar a la otra todos los documentos que tengan que ver con la controversia. En los EEUU ello incluye la posibilidad de interrogar funcionarios.

En otros países la posibilidad de solicitar documentos en poder de la otra parte es muy restringida.

Para solucionar estas diferencias de aproximación, las reglas de la IBA prevén que cada parte puede presentar a la otra una solicitud de exhibición de documentos en la época fijada por el tribunal arbitral, lo cual normalmente se determina en el calendario procesal. La solicitud debe contener una descripción de cada documento que permita identificarlo o una descripción de una concreta y específica de una categoría de documentos, así como una declaración de porque los documentos son relevantes; una declaración de que los documentos no se encuentran en poder de quien lo solicita, y una declaración de las razones por las cuales la parte supone que están en poder de la otra parte. Dentro del plazo que se haya fijado, la otra parte puede pronunciarse y finalmente el tribunal toma una decisión.

En tercer lugar, en materia de declaración testimonial las guías prevén que puede declarar como testigo la propia parte, un empleado o representante de la misma. Usualmente las declaraciones se presentan por escrito y los testigos solo comparcen a declarar personalmente cuando la parte contraria lo solicita para contradecir su testimonio. Usualmente cuando ello ocurre en la audiencia no se repite el testimonio, sino que se adelanta el contrainterrogatorio.

En cuarto lugar, en relación con la prueba pericial, se prevé tanto la posibilidad de que las partes aporten la prueba pericial, como que el tribunal decrete un peritaje.

#### **En cuarto lugar, en relación con la prueba pericial, se prevé tanto la posibilidad de que las partes aporten la prueba pericial, como que el tribunal decrete un peritaje.**

Por otra parte, el artículo 100 de la ley consagra la colaboración de las autoridades judiciales para la práctica de pruebas. A tal efecto, prevé la ley que un tribunal arbitral internacional, sea que tenga su sede en Colombia o fuera de ella, puede solicitar la colaboración de la autoridad judicial colombiana para la práctica de pruebas.

La autoridad judicial colombiana es el juez civil del circuito, salvo que se trate de un proceso en que sea parte una entidad pública colombiana o una persona que cumpla funciones administrativas de las autoridades públicas colombianas caso en el cual la competencia le corresponde al juez administrativo.

Dispone la ley que la autoridad judicial procederá con arreglo al régimen del respectivo medio probatorio, lo que implica que la prueba se debe practicar de

conformidad con las reglas del Código General del Proceso. Así mismo precisa la ley que en tal caso se procederá como si se tratará de una comisión judicial.

Igualmente prevé la ley que la solicitud de pruebas la puede hacer una de las partes en el arbitraje con aprobación del tribunal arbitral.

En todo caso es de destacar que la ley no contempla que dichas solicitudes deban hacerse por conductos diplomáticos, por consiguiente, es suficiente presentar la solicitud del tribunal arbitral, debidamente traducida si es del caso.

## 2.4 Medidas cautelares

En los procesos arbitrales internacionales es muy importante la posibilidad de pedir y decretar medidas cautelares.

De conformidad con la Ley 1563, que en esta materia sigue de cerca la ley modelo de Uncitral, los tribunales arbitrales pueden decretar medidas cautelares y por ellas se entiende *“toda medida temporal, decretada en forma o no de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo por el que se dirima definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordene a una de las partes...”*.

De esta definición vale la pena destacar que en el arbitraje internacional la medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral es una orden a las partes. Lo anterior implica que el tribunal no puede adoptar medidas que impliquen una orden a terceros. En este punto existe una diferencia entre las facultades en materia de medidas cautelares de un tribunal arbitral nacional y de uno internacional. El tribunal internacional no podría ordenar el embargo de una cuenta corriente.

El otro aspecto relevante es que las medidas cautelares se pueden adoptar por laudo. Dicha solución busca facilitar la ejecución de las medidas cautelares a través de la Convención de Nueva York. Sin embargo, hay diferentes aproximaciones sobre qué es un laudo de acuerdo con la Convención, pues esta no lo define, por lo que puede suceder que en un país no se considere que una decisión sobre medidas cautelares constituye un verdadero laudo para efectos de su reconocimiento de conformidad con la Convención de Nueva York.

En materia de arbitraje internacional el principio es que las medidas cautelares solo se decretan después de haber dado a la otra parte la oportunidad de pronunciarse sobre ellas. Sin embargo, como puede haber casos en los que el conocimien-

to por la otra parte de la solicitud de la medida cautelar puede afectar su eficacia, la ley prevé que en esos casos se puede emitir una orden preliminar por la cual se ordena a la otra parte que no frustre la medida.

En relación con las medidas cautelares hay dos aspectos que deben destacarse, y son la ejecución por el juez de las medidas cautelares decretadas por un tribunal y la posibilidad de que el juez decrete medidas cautelares en apoyo del arbitraje.

#### **2.4.1 La ejecución de medidas cautelares decretadas por un tribunal arbitral internacional**

El artículo 88 de la Ley 1563 de 2012, prevé que las medidas cautelares adoptadas por un tribunal arbitral internacional pueden ejecutarse a través de una autoridad judicial en Colombia.

Tal posibilidad aplica no sólo respecto de las que decretan tribunales con sede en Colombia, sino también de las ordenadas por tribunales arbitrales con sede fuera de Colombia. La ley no prevé que para obtener la ejecución en Colombia de una medida cautelar decretada en el exterior se requiera que la decisión haya sido objeto de reconocimiento por la Corte Suprema de Justicia.

En este punto ha de destacarse que en el arbitraje internacional se ha desarrollado la figura del árbitro de emergencia, que consagran diferentes reglamentos de arbitraje como el de la CCI. Dicha figura tiene por objeto designar un árbitro cuya única función es decretar una medida cautelar urgente, que no puede esperar a que se constituya el tribunal arbitral.

Para hacer cumplir una medida cautelar decretada por un tribunal arbitral dispone la ley que se debe proceder en la forma prevista por la ley para la ejecución de providencias ejecutoriadas proferidas por las autoridades judiciales colombianas. Lo anterior implica que para la ejecución se acude al proceso ejecutivo y el título ejecutivo estará conformado por la decisión del tribunal arbitral a través de la cual se decretó la medida cautelar.

Dentro de dicho proceso sólo proceden las excepciones que consagra el artículo 89 de la ley, que corresponden en buena medida a las causales para negar el reconocimiento de laudos arbitrales. Lo anterior implica que en la interpretación de dichas causales deberían tenerse en cuenta los criterios que ha decantado la Corte Suprema de Justicia sobre las causales de anulación.

Dichas causales son taxativas y están divididas en dos grupos. Unas causales que operan a petición de parte y otras que operan de oficio.

Las causales para negar la ejecución de la medida a petición de parte son las siguientes:

1. El pacto arbitral no es válido. Ello puede ocurrir porque la parte que invoca la causal estaba afectada por una incapacidad. Por otra parte, el pacto arbitral puede ser invalido de acuerdo a la ley a la que las partes lo han sometido o si no se hubiere indicado de acuerdo con la ley del país en que se decretó la medida. En relación con este punto se remite a lo examinado sobre la validez del pacto arbitral.
2. La parte no fue debidamente notificada de la iniciación de la actuación arbitral. Posteriormente se hará referencia a esta causal.
3. El tribunal no es competente, porque la decisión se refiere a una controversia que no está comprendida en el acuerdo de arbitraje o excede los términos del acuerdo de arbitraje. Esta causal será examinada al revisar las causales de anulación.
4. La composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, no se ajustaron a la ley del país donde se tramita el arbitraje. En este punto es importante destacar que la ley precisa que para que se pueda invocar un defecto en la composición del tribunal o en el procedimiento arbitral, es necesario que el mismo haya privado a una parte de su derecho de defensa. Ello puede ocurrir en los países en que se adopta la ley modelo cuando se decreta la medida sin darle a la parte la previa oportunidad de pronunciarse.
5. No se ha cumplido la decisión del tribunal arbitral sobre la prestación de la caución que corresponda a la medida cautelar decretada.
6. La medida cautelar haya sido revocada o suspendida por el tribunal arbitral o, en caso de que esté facultado para hacerlo, por una autoridad judicial del Estado en donde se tramite el procedimiento de arbitraje o conforme a cuyo derecho se decretó dicha medida. Esta regla destaca que la autoridad competente para privar de efectos una decisión de un tribunal arbitral, es la de la sede del arbitraje.

Agrega la ley que no se podrán invocar los motivos 1 al 4 si la parte podía invocar este motivo ante el tribunal arbitral y no lo hizo.

Como quiera que estas causales operan a petición de parte, es a esta a quien corresponde acreditar los hechos en que se funda. Lo anterior implicará que será dicha parte la que deberá acreditar el pacto arbitral y los vicios del mismo, si considera que no es válido, o que la controversia no está incluida en el, o que la composición del tribunal o el procedimiento no se ajustaron a lo establecido en dicho negocio jurídico.

Por otra parte, la ley contempla unas causales para negar el reconocimiento de la medida cautelar que el tribunal puede decretar de oficio y que son las mismas que se pueden invocar para anular el laudo arbitral. Estas causales son:

- i. Según la ley colombiana el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje.
- ii. La ejecución de la medida sería contraria al orden público internacional colombiano. En relación con esta norma debe destacarse que la misma alude al orden público desde una perspectiva internacional, al cual se hará referencia más adelante.

Aclara la ley que la determinación a la que llegue la autoridad judicial respecto de cualquier motivo enunciado en el presente artículo será únicamente aplicable para los fines de la solicitud de ejecución de la medida cautelar. Precisa igualmente la ley el carácter restrictivo del control judicial pues señala que la autoridad judicial a la que se solicite la ejecución solo podrá pronunciarse sobre la existencia de las causales a las que se refiere este artículo y no sobre el contenido de la medida cautelar. Por consiguiente, la autoridad judicial a la que se solicite la ejecución de la medida cautelar no podrá alterarla.

#### 2.4.2 El decreto de medidas cautelares por un juez en apoyo del arbitraje

Dado que la integración de un tribunal arbitral puede demorarse, y que, por otro lado, para lograr el propósito que se persigue con las medidas cautelares no son suficientes las que la ley prevé para el arbitraje internacional, la ley permite que se soliciten medidas cautelares al juez.

La ley regula esta materia en dos artículos: el 71 y el 90.

Las dos disposiciones claramente prevén la posibilidad de que se soliciten medidas cautelares a la autoridad judicial con anterioridad al proceso arbitral o en curso del mismo y sin que ello afecte el proceso arbitral. El hecho de que se soliciten medidas cautelares al juez en manera alguna afecta el pacto arbitral.

La competencia en esta materia será normalmente del juez civil del circuito, pero corresponderá al juez administrativo cuando en el proceso arbitral sea parte una entidad pública colombiana o quien ejerza funciones administrativas colombianas.

Ahora bien, el artículo 90 precisa que la autoridad judicial ejercerá dicha competencia de conformidad con su propia ley procesal y teniendo en cuenta los rasgos distintivos del arbitraje internacional.

La primera parte de la norma es clara, el juez al decretar la medida cautelar debe tener en cuenta su propia ley procesal. Lo anterior implica que el juez no puede decretar medidas cautelares que no autorice su ley procesal. Así mismo, cabe la pregunta acerca de cuál es el procedimiento que debe seguir el juez para decretar la medida. Lo anterior porque la ley procesal colombiana no regula de manera general la facultad del juez de decretar medidas cautelares extraproceso.

A este respecto se observa que el artículo 589 del Código General del Proceso se refiere a las medidas cautelares extraprocesales y señala que, para los asuntos relacionados con violaciones a la propiedad intelectual, la competencia desleal y en los demás en que expresamente una ley especial permita la práctica de medidas cautelares extraprocesales, éstas podrán solicitarse, decretarse y practicarse en el curso de una prueba extraprocesal.

Como se puede apreciar, la ley permite dichas medidas cautelares cuando estén autorizadas por la ley, como ocurre en el presente caso, y señala que ellas pueden decretarse y practicarse en el curso de una prueba extraprocesal. Ahora bien, como quiera que las medidas cautelares en apoyo del arbitraje internacional no suponen una prueba extraprocesal ha de entenderse que simplemente se decretan siguiendo las reglas del artículo 589. En efecto, no parece razonable entender que si no se solicita una prueba extraprocesal no puede decretarse la medida cautelar, porque ello implicaría hacer prevalecer la forma sobre la sustancia.

**Como se puede apreciar, la ley permite dichas medidas cautelares cuando estén autorizadas por la ley, como ocurre en el presente caso, y señala que ellas pueden decretarse y practicarse en el curso de una prueba extraprocesal.**

La discusión que puede presentarse es si el decreto de la medida cautelar debe hacerse con o sin citación de la contraparte. Si se examina este aspecto desde la perspectiva de la ley colombiana se aprecia, que el principio en el Código General del Proceso es que la medida se decreta sin audiencia de la parte contraria. Por el contrario, cuando se trata del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, las medidas cautelares se decretan con citación de la parte contraria. Desde esta perspectiva podría sostenerse que todo dependerá de quien deba decretar la medida. Como quiera que lo normal es que se solicite la medida cautelar al juez civil, la misma se podrá decretar sin citación de la contraparte. Si la medida cautelar debe ser decretada por el juez administrativo, el mismo en principio deberá citar a la otra parte, salvo los casos de urgencia, de conformidad con lo previsto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

## 2.5 Laudo arbitral

No existe una definición universal de lo que constituye un laudo arbitral. En particular ni la Convención de Nueva York ni la Convención de Panamá definen el laudo arbitral. Tampoco lo hace la Ley 1563 en materia internacional.

A nivel internacional para efectos de la Convención de Nueva York la tendencia es a buscar una regla material teniendo en cuenta la materia o contenido y no su denominación. Desde esta perspectiva se ha considerado que los laudos para efectos de la Convención de Nueva York son “*aquellas decisiones proferidas por un tribunal arbitral, que, habiendo analizado los planteamientos y argumentaciones de las partes, resuelven de manera definitiva una o más controversias que le han sido sometidas o una parte de tales controversias, poniendo fin al procedimiento arbitral o a la cuestión litigiosa materia de la decisión*”<sup>165</sup>.

A diferencia de lo que ocurre con el arbitraje nacional en el que en principio solo se prevé un laudo que decide las pretensiones y excepciones formuladas, a nivel internacional puede haber varios laudos. Así, es común que muchos procesos arbitrales se bifurquen para que diversos aspectos sometidos al tribunal se decidan por separado. Lo anterior entonces da lugar a la existencia de laudos parciales. La propia ley prevé una primera forma de bifurcación que consiste en que el tribunal decide inicialmente sobre su competencia y posteriormente sobre el fondo. Otra forma de bifurcación bastante usual se presenta cuando se establece que inicialmente se decidirá a través de un laudo si existe o no incumplimiento y responsabilidad, para posteriormente decidir a través de otro laudo, cuál es el monto de la condena. Cada uno de estos laudos puede ser objeto de recurso de anulación.

202

Adicionalmente, el concepto de laudo no queda restringido a la providencia a través de la cual se deciden de fondo las pretensiones y las excepciones propuestas. En efecto, como ya se vio, la decisión que decide la competencia puede calificarse de laudo arbitral, y de hecho así lo precisa el Reglamento de Arbitraje Internacional de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Igualmente el artículo 103 de la Ley 1563 de 2012, contempla el laudo por acuerdo, que es el que se presenta cuando las partes resuelven ellas mismas la controversia y el tribunal, a solicitud de las partes, incorpora los términos del acuerdo en un laudo. Como se puede apreciar, a diferencia del derecho interno en el cual, en caso de una conciliación judicial, el juez la aprueba por auto, en materia de arbitraje internacional se puede dictar un laudo. Ello tiene como propósito permitir que

<sup>165</sup> Eduardo Zuleta. ¿Qué es una sentencia o laudo final? El laudo parcial, el laudo final y el laudo interino. Publicado en Publicado en Tawil, Guido y Zuleta, Eduardo. El Arbitraje Comercial Internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario. Ed Universidad del Rosario. Facultad de Derecho, Uba. Abaledo Perrot, P. 59.

dicho acuerdo pueda ser ejecutado en otros países como laudo conforme a las reglas de la Convención de Nueva York. Es pertinente señalar que los árbitros no están obligados a incorporar los términos del acuerdo en un laudo, pues pueden no estar de acuerdo en la legalidad del mismo. En tal caso, si las partes llegan a un acuerdo, se pondrá fin al proceso pero no habrá laudo.

Adicionalmente, el artículo 80 de la Ley 1563, establece que las medidas cautelares pueden decretarse a través de un laudo. La posibilidad que establece la ley de decretar las medidas cautelares a través de un laudo tiene por objeto facilitar su ejecución internacional.

**Adicionalmente, el artículo 80 de la Ley 1563 establece que las medidas cautelares pueden decretarse a través de un laudo. La posibilidad que establece la ley de decretar las medidas cautelares a través de un laudo tiene por objeto facilitar su ejecución internacional.**

Sin embargo, debe observarse que el artículo 89 de la ley contempla las causales por las cuales el juez colombiano puede negar la ejecución de las medidas cautelares decretadas por tribunal arbitral, las cuales coinciden en buena parte con las causales de anulación. Se plantea entonces la duda acerca de si procede la anulación del laudo que decreta medidas cautelares o si lo que procede es negar su ejecución.

Técnicamente son dos situaciones distintas. El recurso de anulación del laudo arbitral tiene por objeto ejercer un control sobre el mismo por parte de la autoridad judicial de la sede del tribunal. Por el contrario, la posibilidad de negar la ejecución de una medida cautelar busca impedir que la misma pueda hacerse cumplir en Colombia. Se trata entonces de instrumentos legales distintos. Así puede suceder que en Colombia se solicite una medida cautelar para que se decrete a través de un laudo para ser cumplida en el exterior. En tal caso el control en la ley colombiana se cumplirá a través del recurso de anulación. Por el contrario, si la medida cautelar se decreta en el exterior, lo que procede es la ejecución y ella podrá negarse por las cuales previstas por el artículo 89 de la ley.

Por otro lado, si se va a pedir en Colombia la ejecución de la medida cautelar decretada por un laudo en el país, la parte contra quien se invoca la medida puede oponerse a ella en virtud del artículo 89 de la ley. Cabría en todo caso preguntarse si cuando se podía solicitar la anulación y no se hizo, la parte podría oponerse a la ejecución por las mismas causales que procederían para la anulación. En efecto, al no haberse invocado oportunamente la anulación podía entenderse que se han convalidado los vicios que se podrían hacer valer a través del recurso

de anulación. Sólo podría entonces negarse la ejecución por las causas que puede aplicar de oficio el juez.

Por otra parte, el laudo puede ser en derecho o en equidad, pero la regla general es que es en derecho, salvo que se pacte otra cosa. En todo caso, dispone la ley que aun cuando sea en equidad el tribunal *“decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y teniendo en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso”*.

Las decisiones del tribunal y el laudo se adoptan por mayoría, salvo que las partes estipulen otra cosa. Adicionalmente precisa la ley que si no hay mayoría decide el árbitro presidente. Por otra parte, la ley exige que el laudo sea motivado, se profiera por escrito, se indique la fecha y la sede del arbitraje y sea firmado por el árbitro o los árbitros.

La ley sólo prevé que un laudo puede no ser motivado en dos casos: cuando se trata de un laudo por acuerdo, pues su contenido es sólo lo que las partes han convenido, y cuando las partes han acordado que el laudo no sea motivado, lo que la ley permite siempre y cuando ninguna de ellas tenga domicilio o residencia en Colombia. Esta regla obedece a que el legislador considera que las personas residentes en Colombia tienen derecho a una motivación de la decisión judicial, como una expresión del derecho de acceso a la justicia.

Establece la ley que la falta de firma de un árbitro no afecta la validez del laudo, pero precisa que se debe dejar constancia del motivo de la ausencia de firmas, lo que plantea la duda de qué sucede cuando no se indica dicha circunstancia.

204

Algunos reglamentos prevén reglas particulares para la expedición de los laudos. Así, por ejemplo, el Reglamento de la CCI establece que el laudo antes de su firma debe ser sometido a aprobación de la Corte de Arbitraje de la CCI. Lo anterior determina que cuando el laudo se profiere sin dicha aprobación el mismo puede ser anulado.

El laudo se notifica por la entrega de una copia firmada a cada parte. Cuando el arbitraje es institucional, dicha entrega normalmente se hace por conducto del centro de arbitraje.

## 2.6 Recursos contra el laudo

El artículo 107 de la Ley 1563 de 2012, dispone que el único recurso que procede contra el laudo en el arbitraje internacional es el recurso de anulación. Lo anterior implica, por consiguiente, que en materia de arbitraje internacional no cabe el

recurso extraordinario de revisión contra el laudo. Como se verá posteriormente, algunos de los supuestos a los que se refiere el recurso extraordinario de revisión pueden ser invocados a través del recurso de anulación.

Por otra parte, en materia internacional pueden existir otros recursos. Así, por ejemplo, puede llegar a existir un recurso de apelación. En efecto, por una parte, en el artículo 10.20 del Tratado de Libre Comercio de Colombia con los Estados Unidos de Norteamérica se pactó que si entre las partes entrara en vigencia un tratado multilateral que establezca un recurso de apelación para revisar laudos dictados por tribunales constituidos para conocer las controversias de inversión, las partes procurarán alcanzar un acuerdo para que dicho órgano revise los laudos dictados conforme al TLC. Por otra parte, en ciertos reglamentos de arbitraje se prevé la posibilidad de que el laudo arbitral sea apelable ante otro tribunal arbitral. Así en el Reglamento del ICDR (Internacional Center for Dispute Resolution de la Asociación Norteamericana de Arbitraje-AAA), que se ha pactado en algunos contratos celebrados en Colombia, se establece la posibilidad de pactar la apelación ante otro tribunal arbitral conforme a las reglas que establece el reglamento. Adicionalmente, e independientemente de un reglamento, las partes en ejercicio de la autonomía privada pueden pactar un arbitraje y establecer un mecanismo de apelación ante otro tribunal arbitral.

Al igual que en materia nacional el recurso de anulación es extraordinario, dado que sólo procede contra las providencias taxativamente señaladas en la ley y por las causales que la misma ley establece. Así, por lo demás, lo señala el artículo 109 de la ley.

### 2.6.1 Posibilidad de renuncia al recurso

Establece la ley en su artículo 107, que cuando ninguna de las partes tiene su domicilio o residencia en Colombia, ellas pueden mediante declaración expresa en el acuerdo de arbitraje o mediante un acuerdo posterior por escrito, excluir completamente el recurso de anulación, o limitarlo a una o varias de las causales contempladas taxativamente señaladas en la ley.

En este punto caben varias observaciones, en primer lugar, la ley permite no sólo la renuncia al recurso sino también limitar el alcance del recurso a algunas de las causales establecidas en la ley. Las partes no pueden, por consiguiente, crear nuevas causales de anulación. Por otra parte, cabe la pregunta de si en todo caso, en la medida en que la ley contempla dos causales que pueden ser declarables de oficio por la autoridad judicial que conoce del recurso, es posible excluir dichas causales. Si se renuncia al recurso, en principio la Corte no podría conocer del laudo y por lo mismo, no podría declarar de oficio la nulidad del laudo. Sin embargo, una situación distinta se presenta cuando no se ha renunciado al recurso, sino que se han limitado

las causales, evento en el cual, podría sostenerse que si bien la parte ha renunciado a invocar tales circunstancias, ello no impide que la Corte como juez de anulación las pueda declarar de oficio.<sup>166</sup> Lo anterior dado que las causales de anulación declarables de oficio se fundan en que la materia no es arbitrable o que se viola el orden público internacional, es decir aluden a límites fundamentales de la actividad arbitral que trascienden el interés privado, por lo cual la autoridad judicial no podría proferir una providencia que permitiera producir efectos un laudo que los viola.

Por otra parte, es claro que para que exista renuncia al recurso debe quedar claramente establecida la voluntad de las partes en tal sentido. Así por ejemplo, ha dicho la jurisprudencia suiza que no puede considerarse que hay una renuncia válida cuando se expresa que el laudo es final<sup>167</sup>, o que las partes se obligan a cumplir el laudo, pues ello es connatural a los laudos arbitrales.

### 2.6.2 Las personas que pueden interponer el recurso

En cuanto a las personas que pueden interponer el recurso, las mismas serán las partes que tengan interés para recurrir. También lo podrá hacer el Ministerio Público de conformidad con el numeral 5º del artículo 109 de la ley que establece que cuando el recurso no prospere y haya sido presentado por el Ministerio Público no se le condenará en costas. La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado podrá interponer el recurso cuando actúa a nombre de la entidad estatal. Sin embargo, cabe la discusión de si lo puede hacer cuando no actúa en tal calidad, pues la Ley 1563 no lo contempla.

### 2.6.3 Forma y oportunidad para interponer el recurso

206

En el arbitraje internacional el recurso se debe interponer ante la autoridad judicial competente (artículo 109) y no ante el propio tribunal como sucede en el arbitraje nacional. Adicionalmente el recurso debe interponerse debidamente suscitado, con indicación de las causales invocadas.

Dispone la ley que el recurso se debe interponer dentro del mes siguiente a la notificación del laudo. La Corte Suprema de Justicia ha entendido que como la ley dice que el término es de un mes contado a partir de la notificación, la fecha de vencimiento del término es el mismo día del mes siguiente a la fecha de notificación<sup>168</sup>.

<sup>166</sup> A nivel del reconocimiento se ha sostenido que las partes no pueden renunciar anticipadamente a las causales que pueden ser declaradas de oficio. Sobre el particular ver Nacimiento, Patricia Article V(1) (a) publicado en Kronke, Herbert y Nacimiento, Patricia Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention. Ed Kluwer Law International 2010. P. 216. Igualmente Gary Born Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards - D. Grounds for Refusing to Recognize International Arbitral Awards. Ed Kluwer Law International 2009. P. 2734

<sup>167</sup> Born, Gary, ob. Cit. P. 2735, quien cita casos de las cortes norteamericanas. Igualmente, el Tribunal Suizo en sentencia del 15 de febrero de 2010 referencia 4A\_464/2009.

<sup>168</sup> Providencia de 2 de mayo de 2017 Radicación n.º 11001-02-03-000-2017-00079-00

Precisa la ley que cuando haya solicitud de aclaración o corrección, el término se cuenta a partir de la notificación de la providencia que resuelva sobre la corrección o aclaración del laudo. Así mismo, establece que cuando se rechaza la solicitud de laudo adicional el término para interponer el recurso se cuenta a partir de la notificación de la providencia que adopta dicha determinación.

Aunque la ley no lo precisa debe entenderse que cuando se dicta un laudo adicional el término para interponer el recurso de anulación tanto respecto del laudo original, como del laudo complementario, corre a partir de la notificación del laudo o de la providencia que resuelva sobre su aclaración o corrección.

**Al igual que en el arbitraje nacional la ley establece la posibilidad de rechazo de plano del recurso cuando sea manifiesta su interposición extemporánea, que no fue oportunamente sustentado.**

Al igual que en el arbitraje nacional la ley establece la posibilidad de rechazo de plano del recurso cuando sea manifiesta su interposición extemporánea, que no fue oportunamente sustentado, o que las causales alegadas no corresponden a las establecidas en la ley. Es perfectamente posible igualmente el rechazo del recurso cuando el mismo carece evidentemente de una sustentación real.

#### **2.6.4 Trámite del recurso**

Al admitir el recurso se corre traslado por el término de un mes a la parte o partes opositoras para que presenten sus alegaciones. Dicho traslado es común. Como no se fijó un término de traslado especial para el ministerio público, el término que tiene el mismo para pronunciarse será el de la parte opositora.

207

Vencido el término, el negocio pasa al despacho para que se dicte sentencia dentro de los dos meses siguientes.

A diferencia del arbitraje nacional, respecto del cual claramente la ley establece que se envía al tribunal superior o al Consejo de Estado, según el caso, el recurso interpuesto, con su réplica y el expediente, en el caso del arbitraje internacional la ley no contempla si debe remitirse o no el expediente a la autoridad judicial que conoce de la anulación.

Lo anterior implica que a menos que el juez solicite el expediente, el mismo no tiene que remitirse al juez de anulación. El juez podrá requerirlo cuando lo considere necesario para decidir la causal que alega. Adicionalmente, puede haber casos en que la decisión del recurso de anulación suponga el decreto de pruebas adicionales. Es el caso, por ejemplo, de un vicio en el pacto arbitral, o la corrupción en el proceso.

La Corte Suprema de Justicia ha entendido que el recurso se decide de plano, por lo que no es posible que las partes soliciten pruebas<sup>169</sup>. Por consiguiente, la única posibilidad de que se decreten pruebas en el trámite del recurso es que ello se haga en virtud de la facultad oficiosa del juez.

### 2.6.5 La autoridad judicial competente

De conformidad con el artículo 68 de la ley, como regla general, la competencia para conocer del recurso de anulación es de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. No obstante, cuando en el proceso arbitral haya sido parte una entidad pública colombiana o quien ejerza funciones administrativas colombianas, la competencia para conocer del recurso de anulación previsto en el artículo 108, corresponderá a la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

Por otra parte, para que se pueda concluir que ha sido parte una entidad estatal en el proceso arbitral, debe entenderse que se requiere que dicha entidad haya sido parte principal, por lo que no podría tomarse en cuenta el evento en que haya sido coadyuvante. En efecto, la competencia del Consejo de Estado resulta de que el fallo puede afectar directamente a una entidad pública colombiana, en cuanto la condena o niega sus pretensiones o excepciones.

La calidad de entidad pública colombiana de una de las partes en el proceso arbitral debe determinarse con base en el párrafo del artículo 104 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

208

La competencia para conocer de recursos de anulación contra laudos proferidos contra entidades públicas extranjeras o internacionales, le corresponde a la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

### 2.6.6 Efectos de la interposición del recurso

Dispone la ley que la interposición y el trámite del recurso extraordinario de anulación no suspende el cumplimiento de lo resuelto en el laudo.

Es importante destacar que, a diferencia del arbitraje nacional, en el cual el legislador consagró una excepción permitiendo que se pueda suspender los laudos contra entidades públicas, en el arbitraje internacional no existe ninguna excepción.

### 2.6.7 El alcance del control judicial

El papel del juez del recurso de anulación no es resolver el litigio, sino anular una sentencia que desconoce principios fundamentales que se reflejan en las causales

de anulación. Por ello el objeto de su juicio está circunscrito a la decisión misma y no puede entrar en el fondo de la controversia ni al análisis de las pruebas o consideraciones del tribunal.

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que el recurso “tiene como finalidad esencial garantizar la protección efectiva al debido proceso”, sin que puedan plantearse errores de juzgamiento. Por ello *“al resolver el recurso, no podrá realizar un estudio de fondo de la situación debatida, de la valoración probatoria, o de los razonamientos jurídicos en que el tribunal soportó su determinación”*. Por ello el laudo “únicamente podrá enervarse cuando con ocasión de ellas se hubiere afectado el derecho al debido proceso por vicios procesales que afecten las garantías de las partes o por el desconocimiento del orden público”<sup>170</sup>.

Es por esta razón que en principio no es posible aceptar que por la vía de este control se puedan plantear nuevos hechos o nuevas pruebas. Lo anterior salvo excepciones que se presentan cuando por la naturaleza de la causal que se invoca es necesario acreditar hechos referidos no al fondo de la disputa sino a la violación de los principios que rigen el proceso, como, por ejemplo, la necesidad de probar la corrupción del tribunal o la falsedad de documentos, etc. En todo caso, en esta materia se observa que algunos procesos<sup>171</sup> la Corte ha considerado que el recurso debe decidirse de plano y que por ello no se pueden pedir pruebas porque además se trata pruebas que pudieron ser aportadas por la parte, porque además se trata pruebas que pudieron ser aportadas por la parte, por lo que solo cabe la posibilidad de que ella las demande de oficio. En algunas providencias parece admitirse la posibilidad de que la parte acompañe la prueba a su recurso .En otros procesos la Corte Suprema de Justicia ha negado el reconocimiento de laudos arbitrales internacionales señalando que la parte no cumplió con la carga de la prueba que le correspondía probando la ley extranjera, para lo cual debía aplicarse el Código General del Proceso por existir un vacío en la Ley 1563.<sup>172</sup>

### 2.6.8 Las causales

El artículo 108 de la ley contempla las causales del recurso de anulación que son básicamente las mismas que consagra la Convención de Nueva York para negar el reconocimiento de laudos arbitrales. Teniendo en cuenta el artículo 64 de la ley y con el objeto de preservar la uniformidad en la aplicación, al aplicar las diferentes causales de anulación debe tomarse en cuenta la práctica internacional. En particular la Corte Suprema de Justicia ha señalado<sup>173</sup> que como la ley modelo consagra

<sup>170</sup> Sentencia del 19 de diciembre de 2018. Radicación No: 11001-02-03-000-2017-03480-00

<sup>171</sup> Por ejemplo, auto 4 de julio de 2018 en el proceso el proceso 11001-02-03-000-2016-03020-00. Igualmente en el proceso con Radicación No: 11001-02-03-000-2017-03480-00

<sup>172</sup> Sentencia del 30 de octubre de 2017. Radicación n° 11001-02-03-000-2016-03300-00

<sup>173</sup> Sentencia del 15 de enero de 2019. Radicación n.º 11001-02-03-000-2016-03020-00

las causales de anulación teniendo en cuenta las causales de no reconocimiento de la Convención de Nueva York, dichas causales de anulación deben ser interpretadas teniendo en cuenta lo que se ha dicho respecto de la Convención, sin acudir a estándares locales<sup>174</sup>

En materia de arbitraje internacional hay dos grupos de causales de anulación: las que sólo pueden dar lugar a la nulidad a solicitud de parte, y las que pueden ser declaradas de oficio, como se analiza a continuación.

#### **2.6.8.1 Causales de anulación a solicitud de parte**

Las causales de anulación que sólo pueden ser declaradas a solicitud de parte suponen que la parte acredite el hecho en que se funda. Como lo señala la doctrina respecto de la Convención de Nueva York “*hay una presunción de validez de la sentencia arbitral*”<sup>175</sup>.

##### **2.6.8.1.1 Invalidez del pacto arbitral**

La primera causal se refiere a la invalidez del pacto arbitral. En este punto se distingue entre lo relativo a la capacidad de las partes para suscribir el pacto y los demás aspectos de validez del mismo.

Sobre este aspecto ya se hicieron consideraciones en otro aparte de este documento.

Por otra parte, en la medida en que la invalidez del pacto afecta la competencia del tribunal, podría considerarse que dicha causal de anulación queda saneada, cuando ello es posible, si no se invoca oportunamente durante el proceso. A este respecto la ley dispone al regular la competencia del tribunal arbitral en el artículo 79 que las excepciones u objeciones deberán proponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación de la demanda, sin que el hecho de haber nombrado o participado en el nombramiento de los árbitros impida oponerlas.

##### **2.6.8.1.2 Segunda causal**

La segunda causal consiste en que la parte “no fue debidamente notificada de la designación de un árbitro o de la iniciación de la actuación arbitral o no pudo, por cualquiera otra razón, hacer valer sus derechos; de este modo la causal se refiere a dos aspectos: la falta de notificación y a la imposibilidad de hacer valer los derechos”.

<sup>174</sup> Sentencia del 12 julio de 2017, rad. n.º 11001-02-03-000-2014-01927-00

<sup>175</sup> Giusti, Gilberto y Barradas, Marcelo. La taxatividad de los supuestos que obstan el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrables extranjeras y la carga de la prueba invertida: factores que convierten el artículo V en un triunfo de la Convención de Nueva York. Publicado en Tawil, Guido y Zuleta, Eduardo. El Arbitraje Comercial Internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario. Ed Universidad del Rosario. Facultad de Derecho, Uba. Abaledo Perrot, Buenos Aires, 2008, P. 383

En el arbitraje internacional las notificaciones no tienen que hacerse conforme a las reglas del Código General del Proceso, basta al respecto que se cumplan las normas de la Ley 1563, la cual sólo exige que se acredite la entrega bien en forma personal o en la dirección señalada en el contrato o en la residencia habitual o lugar de actividades principales o si no se puede determinar uno de estos lugares se acude a la última dirección o residencia habitual o lugar de actividades del destinatario.

Es pertinente observar que la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 19 de diciembre de 2011<sup>176</sup> al analizar la causal contemplada en la Convención de Nueva York en este sentido expresó: *“en torno a la forma de efectuar la citación, a la luz del referido instrumento internacional, la doctrina es insistente en que ‘no existe ningún requisito formal con carácter general’, por lo que ‘debe valer cualquier medio al que las partes hayan prestado su consentimiento’.*

La causal de nulidad exige que la parte no haya sido “*debidamente*” notificada. La expresión *debidamente* ha sido entendida referida no solo al hecho de que se entregue la notificación, sino también a que el contenido de la misma sea suficiente, de tal manera que la persona que la reciba conozca a que se refiere el proceso y por consiguiente pueda evaluar su situación.

**La causal de nulidad exige que la parte no haya sido “*debidamente*” notificada. La expresión *debidamente* ha sido entendida referida no solo al hecho de que se entregue la notificación, sino también a que el contenido de la misma sea suficiente.**

211

En cuanto se refiere a la notificación de la designación de los árbitros ella debe hacerse de manera que se conozca quien ha sido designado y si el mismo presentó información sobre sus calificaciones, imparcialidad e independencia, que la parte haya podido conocer dicha información, pues sólo en tal caso podrá la parte formular reparos. En efecto, ha dicho la Corte Suprema de Justicia que el conocimiento de la designación tiene por objeto “*constatar de manera liminar la existencia o no de alguna causal de impedimento o recusación que pueda afectar su desempeño*”<sup>177</sup>.

Por otra parte, la nulidad también se presenta cuando la parte que recurre no ha tenido la oportunidad de hacer valer sus derechos.

<sup>176</sup> Ref. Exp. 1100102030002008-01760-00

<sup>177</sup> Sentencia del 19 de diciembre de 2018. Expediente 11001-02-03-000-2017-03480-00

Esta causal debe interpretarse en armonía con el artículo 91 de la ley que dispone: “*El tribunal arbitral tratará a las partes con igualdad y dará a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos*”. El derecho a presentar el caso lleva entonces implícito que dicho derecho debe hacerse en condiciones de igualdad, por lo que la violación de tal principio afecta el derecho a presentar el caso.

**El derecho a presentar el caso lleva entonces implícito que dicho derecho debe hacerse en condiciones de igualdad, por lo que la violación de tal principio afecta el derecho a presentar el caso.**

Para que se pueda invocar que se viola el derecho a presentar su caso se requiere una violación sustancial de tal derecho. A este respecto la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 19 de diciembre de 2011 señaló<sup>178</sup> que deben tomarse en cuenta “*las garantías fundamentales del procedimiento*”. Por lo anterior señaló que “*Las garantías mínimas que se deben ofrecer en cualquier actuación que se surta en Colombia, se explicitan, naturalmente, en la jurisprudencia sobre derechos fundamentales; la sentencia C-641 de 2002, por ejemplo, indica ... ‘entre las garantías mínimas objeto de protección, el artículo 29 de la Constitución Política consagra, entre otras, (i) el derecho de acceso a la administración de justicia con la presencia de un juez natural; (ii) el derecho a ser informado de las actuaciones que conduzcan a la creación, modificación o extinción de un derecho o a la imposición de una obligación o sanción; (iii) el derecho de expresar libre y abiertamente sus opiniones; (iv) el derecho de contradecir o debatir las pretensiones o excepciones propuestas; (v) el derecho a que los procesos se desarrollen en un término razonable y sin dilaciones injustificadas y, por supuesto, (vi) el derecho a presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra’* (Corte Constitucional, sentencia de 13 de agosto de 2002)”.

212

En sentencia del 19 de diciembre de 2018, la Corte expresó que para la prosperidad de esta causal es imperativo “*que la afectación al debido proceso tenga un carácter sustancial, esto es, que sea de tal relevancia que ciertamente afecte dicha garantía, pudiendo calificarse de tales, a modo ilustrativo, el rechazo injustificado de pruebas pertinentes y útiles, la celebración de audiencias o diligencias en fechas distintas a las programadas, o no notificar oportuna y debidamente a las partes la fecha de su realización, impedir la contradicción de las pruebas arrimadas por las partes*”. Así mismo precisó que es imperativo que “*el yerro probatorio sea ostensible, flagrante, manifiesto e irrazonable, además debe tener una incidencia directa en la decisión*”.

<sup>178</sup> Ref: Exp. 1100102030002008-01760-00

El artículo 97 de la ley dispone que, salvo acuerdo en contrario de las partes, le corresponde al tribunal arbitral decidir si han de celebrarse audiencias para la presentación o práctica de pruebas o para alegatos orales, o si las actuaciones se sustanciarán sobre la base de documentos y demás pruebas. Agrega el artículo que salvo que las partes hubiesen convenido que no se lleven a cabo audiencias, el tribunal arbitral las celebrará a petición de cualquiera de ellas.

En todo caso el hecho de que se niegue una audiencia no implica por sí mismo que la parte no haya podido presentar su caso, por lo que debe examinarse en qué medida ello ha afectado dicha posibilidad.

La circunstancia que el tribunal debe otorgar a las partes el derecho a presentar su caso no significa que deba decretar todas las pruebas solicitadas. En efecto, de acuerdo con el artículo 92 de la ley en desarrollo de la facultad de dirigir el arbitraje del modo que le parezca más apropiado, el tribunal arbitral debe determinar la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas. Por consiguiente, el solo hecho de negar una prueba no es causal de anulación. La práctica internacional indica que la nulidad por razones probatorias solo ocurre en casos excepcionales, como cuando se puede apreciar que realmente era la única prueba de que se disponía<sup>179</sup>.

De ahí que se viola el derecho a presentar su caso cuando el tribunal se basa en una prueba que la parte no tuvo oportunidad de controvertir o cuando el tribunal cambia los requerimientos de prueba entre la audiencia inicial y la audiencia final<sup>180</sup>.

Otro aspecto que se ha planteado en relación con esta causal es el lenguaje del arbitraje. En general, las cortes son bastante restrictivas respecto de la posibilidad a privar de efectos un laudo por razón del idioma empleado en el proceso o en el laudo<sup>181</sup>. En sentencia del 27 de julio de 2011, la Corte Suprema de Justicia consideró que no se había violado el derecho a presentar el caso cuando el idioma inglés había sido pactado como el idioma del arbitraje.

Por regla general, los tribunales nacionales no consideran que se afecte el derecho a presentar el caso porque una parte sostiene que el término es muy corto. Además, en todo caso, si la parte no solicitó la ampliación del plazo, no podrá reclamar posteriormente.

<sup>179</sup> Jana, Ob. Cit., 249

<sup>180</sup> Sobre todos estos aspectos ver Jana, ob. Cit., P. 249

<sup>181</sup> La Corte de Apelaciones de París consideró que no cabía el reparo a un laudo cuando se alegó que el presidente no tenía las habilidades para escuchar y sentenciar un caso en francés. Sentencia del 10 de junio de 2004.

Tampoco la Corte Suprema de Justicia ha aceptado que una parte invoque sus dificultades económicas para pedir el no reconocimiento del laudo arbitral.<sup>182</sup>

También podría discutirse si podría pretenderse la nulidad del laudo por el hecho de que no todos los árbitros participaron en la deliberación del tribunal. En este punto debe observarse que la Ley 1563, establece en su artículo 102 que cuando haya más de un árbitro toda decisión del tribunal arbitral se adoptará, salvo acuerdo en contrario de las partes, por mayoría de votos de todos los miembros. Así mismo, el artículo 104 establece que cuando haya más de un árbitro bastará la firma del laudo por la mayoría de los miembros del tribunal arbitral o por la del árbitro presidente en su caso y se dejará constancia del motivo de la ausencia de una o más firmas. La falta de una o más firmas no afectará la validez del laudo arbitral. De esta manera, el hecho de que la decisión se adopte por mayoría o que el laudo no sea firmado por todos los árbitros no afecta su validez.

Sin embargo, cabe la discusión si lo anterior implica que no es necesario que todos los árbitros hayan podido participar en la deliberación. En efecto, podría discutirse si el derecho a presentar el caso implica que el tribunal conformado por todos los árbitros haya examinado los argumentos de las partes. En este punto hay jurisdicciones en las cuales se ha reconocido la posibilidad de invocar este vicio señalando cuando no se incurre en él. Así, por ejemplo, el tribunal federal suizo ha señalado que no se incurre en esta causal cuando el árbitro tenía la posibilidad de participar en la deliberación y no lo quiso hacer. En sentido semejante se ha pronunciado la Corte de Casación Francesa<sup>183</sup> al prever que no existe violación cuando al árbitro se le dio la posibilidad de participar en la deliberación<sup>184</sup>.

214

La audiencia de Madrid anuló un laudo, porque el mismo fue proferido por dos árbitros, que lo hicieron cuando el tercer árbitro se ausentó por un viaje.<sup>185</sup>

Se ha discutido si se puede invocar la falta de independencia o imparcialidad de los árbitros dentro de la causal que se refiere a no haber podido presentar el

<sup>182</sup> Sentencia del 27 de julio de 2011 .

<sup>183</sup> Fallo del 28 de enero de 1981 en el caso Industria Motora Rakovice v. Lynx Machinery Ltd.,

<sup>184</sup> Born, Gary P. 2757

<sup>185</sup> Sentencia de 10 de junio de 2011 de la Sección 28º de la Audiencia Provincial de Madrid - JUR 2011256573) posteriormente los árbitros son condenados a indemnizar a la empresa PUMA con las cantidades que percibieron de PUMA por el desempeño de su cometido (750.000 euros cada uno de ellos), puesto que tuvo que tramitarse otro procedimiento arbitral (toda vez que se había declarado nulo el laudo en el que los dos árbitros excluyeron de las deliberaciones al árbitro designado por PUMA). El 15 de febrero de 2017, el Tribunal Supremo ha confirmado la condena de los dos árbitros que, en palabras del Tribunal Supremo, "han violentado de forma palpable las reglas arbitrales", condenándoles nuevamente al pago de las costas procesales.

caso<sup>186</sup>. Lo anterior bajo el argumento de que, si un tribunal no es imparcial, la parte no tiene una verdadera oportunidad de presentar su caso. Sin embargo, podría sostenerse que este hecho corresponde más bien a un vicio en la composición del tribunal.

La Corte Suprema de Justicia tampoco ha aceptado que invocando esta causal se pretenda anular un laudo sosteniendo que existieron errores en la apreciación de las pruebas<sup>187</sup>. En esta causal el artículo 66 de la ley establece que cuando una parte prosiga el arbitraje conociendo que no se ha cumplido alguna disposición de la ley en materia de arbitraje internacional de la que las partes puedan apartarse o algún requisito del acuerdo de arbitraje y no exprese su objeción a tal incumplimiento tan pronto sea posible o, si se prevé un plazo para hacerlo, dentro de este, no podrá formular objeción alguna posteriormente. De esta manera se contempla la posibilidad de sanear este vicio. Por consiguiente, si inicialmente no fue debidamente notificada y actuó en el proceso sin reclamar, dicho vicio se entiende saneado. De igual manera, si no pudo hacer valer sus derechos en algún momento del proceso, pero no formuló reparo alguno, no podrá invocar la causal.

#### **2.6.8.1.3 Tercera causal**

La tercera causal consiste en que “el laudo versa sobre una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje. No obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas”.

Existen dos aproximaciones a esta causal. Para algunos esta causal sólo opera cuando el tribunal decide por fuera del marco señalado por el pacto arbitral<sup>188</sup>. Por consiguiente, no se incurre en ella cuando se exceden las pretensiones formuladas. Pero se aclara que cuando hay términos de referencia, como el acta de misión en el sistema de la CCI, que en sí mismo constituyen un acuerdo arbitral, el haber fallado por fuera de los mismos constituye esta causal<sup>189</sup>. Otros consideran que esta causal también cobija los eventos en que el tribunal decide por fuera de las pretensiones de la demanda<sup>190</sup>.

<sup>186</sup> Born, Gary, P. 2755

<sup>187</sup> Sentencia del 19 de diciembre de 2018. Expediente 11001-02-03-000-2017-03480-00

<sup>188</sup> Gaillard and Savage. Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration , Kluwer (1999), P. 988

<sup>189</sup> Ibidem

<sup>190</sup> Born, Gary, ob. Cit.,2798. Azeredo da Silveira, Mercédeh y Lévy, Laurent “Transgression of the Arbitrators’ Authority: Article V(1)(c) of the New York Convention,” publicado en Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards - The New York Convention in Practice. Dirigida por Emanuel. Gaillard y Domenico Di Pietro Cameron May, 2008, P. 644

La Corte Suprema de Justicia ha considerado que esta causal solo se aplica cuando se exceden los términos del acuerdo arbitral y no cuando se exceden las pretensiones formuladas<sup>191</sup>. Es decir, no procede cuando lo que hay es un laudo incongruente frente a las pretensiones de la demanda.

Es claro que, si una parte no controvierte oportunamente la arbitrabilidad de una disputa, puede aplicarse los artículos 69 y 79. Este último precepto dispone que las excepciones u objeciones deberán proponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación de la demanda, sin que el hecho de haber nombrado o participado en el nombramiento de los árbitros impida oponerlas. Agrega la ley que la excepción u objeción basada en que el tribunal arbitral ha excedido el ámbito de su competencia, deberá oponerse tan pronto como sea planteada, durante las actuaciones arbitrales, la materia que supuestamente excede su competencia. Precisa además que el tribunal arbitral solo podrá admitir excepciones u objeciones planteadas con posterioridad si la demora resulta justificada.

Igualmente ha expresado la Corte que esta causal se configura cuando se profiera fallo en equidad, sin autorización de las partes<sup>192</sup>. En todo caso ha precisado la Corte que ella no se produce si el tribunal invocó las reglas para apreciación probatoria y señaló las pautas obligatorias para valorar los daños, sin explicar si aparecen señalados tales fundamentos legales, habría de estimarse que la respectiva decisión no fue en derecho<sup>193</sup>.

Finalmente, la ley prevé la posibilidad de que la anulación sea parcial cuando las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están.

216

#### 2.6.8.1.4 Cuarta causal

La cuarta causal dispone “que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta sección de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se ajustaron a las normas contenidas en esta sección de la ley”.

Esta causal se refiere de una parte a la composición del tribunal y de otra al procedimiento arbitral.

En cuanto a la composición del tribunal, la causal podrá operar cuando no se constituyó el tribunal conforme a las reglas pactadas. Así, por ejemplo, cuando el

<sup>191</sup> Sentencia del 18 de abril de 2017, Radicación nº 11001-0203-000-2016-01312-00

<sup>192</sup> Sentencia del 19 de diciembre de 2018. Expediente 11001-02-03-000-2017-03480-00

<sup>193</sup> Sentencia del 18 de abril de 2017 Radicación nº 11001-0203-000-2016-01312-00

número de árbitros no es el estipulado o carecen de las calidades acordadas o no se siguió el procedimiento pactado para nombrar el presidente.

Por lo que se refiere al procedimiento arbitral, lo primero que debe tomarse en cuenta son las reglas acordadas por las partes. Cuando las partes se refieren a un reglamento de arbitraje, es este el procedimiento aplicable por voluntad de las partes (artículo 92 de la ley). Debe observarse que la ley no contempla la posibilidad de que las partes se refieran a una ley extranjera para que la misma rija el proceso arbitral en Colombia.

### **Por lo que se refiere al procedimiento arbitral, lo primero que debe tomarse en cuenta son las reglas acordadas por las partes.**

Ha precisado la Corte que esta causal solo se configura “cuando el tribunal desatiende injustificadamente aquellas pautas de procedimiento fijadas por las partes, bien por definición directa o por remisión a un reglamento arbitral, siempre que la omisión recaiga sobre todo el trámite y no de una actuación determinada, o que con ello se haya vulnerado el derecho de contradicción y defensa y, pese a ser puesto en conocimiento del tribunal por el afectado, no se hubieran adoptado las medidas para superar la vulneración, caso contrario, si estas no hacen manifestación alguna en relación con la mecánica procesal, no habrá lugar a cuestionamientos posteriores”<sup>194</sup>. En este sentido la Corte Suprema de Justicia no aceptó que pudiera anularse un laudo, porque un testigo que declaró por escrito no compareció a la audiencia a la que fue citado, cuando se había previsto que si los testigos no comparecían su declaración no se tendría en cuenta, salvo que el tribunal considerara que había una justa causa. Señaló la Corte que en el caso concreto no existió una “una afrenta total al procedimiento convenido, máxime cuando la decisión, como ya se dijo, se soportó en múltiples pruebas, sin que se haga una mención expresa a la que el recurrente aduce mal valorada”<sup>195</sup>. Por lo demás, la Corte precisa que lo que se cuestiona son los documentos aportados por el testigo y que el tribunal tuvo en cuenta y no la declaración y se trata de dos pruebas distintas.

Bajo esta causal podría llegar a anularse un laudo que es incongruente con las pretensiones de la demanda. Así por ejemplo se acude al sistema de la CCI, se observa que en él se elabora un acta de misión en la cual se determinan las cuestiones que van a ser sometidas a arbitraje y de acuerdo con el Reglamento de la CCI nuevas reclamaciones no pueden ser presentadas si no es con autorización del tribunal

<sup>194</sup> Sentencia del 19 de diciembre de 2018. Expediente 11001-02-03-000-2017-03480-00

<sup>195</sup> Sentencia del 19 de diciembre de 2018. Expediente 11001-02-03-000-2017-03480-00

arbitral. Por consiguiente, si el tribunal excede dichas cuestiones viola el acuerdo de arbitraje y por ello podría invocarse la causal de que no se ajusta al procedimiento pactado.

Esta causal también podría aplicarse cuando las partes o el reglamento a la que las mismas se refieren establece un plazo para dictar el laudo y el mismo se vence sin que se haya proferido el laudo. Lo anterior sin embargo no impide tomar en cuenta la buena fe y el deber de no actuar en forma contradictoria. Así, por ejemplo, cabría discutir si puede invocar dicha causal aquella parte que actúa una vez vencido el término sin invocarla. Igualmente podría sostenerse que a semejanza de lo que ocurre con el arbitraje nacional, la parte que quiere invocar esta circunstancia debe advertirla tan pronto se presenta y no esperar a conocer la decisión del laudo.

Igualmente, esta causal puede presentarse cuando el tribunal acumula o consolida el proceso con otros violando el acuerdo de las partes. A este respecto debe observarse que, a diferencia de otras legislaciones en materia de arbitraje, la ley colombiana no previó la posibilidad de acumular procesos arbitrales. Sin embargo, el reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá si lo establece. Por consiguiente, en este caso la acumulación sólo daría lugar a nulidad si se violó dicho reglamento.

Adicionalmente, es igualmente posible acudir a esta causal para cuestionar el laudo por la falta de independencia e imparcialidad de los árbitros. A este respecto debe observarse que cuando las partes se remiten a un reglamento de arbitraje, el mismo normalmente consagrará la regla de que el árbitro debe ser imparcial e independiente. Adicionalmente hay quienes consideran que la independencia e imparcialidad es un aspecto esencial de la función de impartir justicia, por lo cual la falta de la misma puede invocarse por violación al orden público internacional<sup>196</sup>.

En todo caso debe tenerse en cuenta que la causal no opera cuando el procedimiento pactado por las partes contraviene normas imperativas. Ello ocurrirá cuando las reglas de procedimiento acordadas son contrarias a los principios fundamentales que rigen el debido proceso. Así cuando las reglas acordadas impiden realmente a una parte presentar su caso o establecen un trato claramente desequilibrado entre las partes.

#### 2.6.8.2 Causales de oficio

La ley, siguiendo la Convención de Nueva York, consagra dos causales que se pueden declarar de oficio por el juez de la anulación. Lo anterior no significa que la parte no pueda alegar dichas causales, sino que el juez puede reconocerlas de oficio.

Dichas causales son las siguientes:

<sup>196</sup> Born, Gary, Ob. Cit, P. 2805, quien cita sentencias suizas, alemanas e italianas

### 2.6.8.2.1 Causal primera de oficio

La primera causal que puede ser declarada de oficio es que, según la ley colombiana, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje.

Esta causal es independiente de la validez del pacto arbitral. El pacto arbitral puede ser válido, pero la controversia puede no ser arbitrable a la luz de la ley colombiana. Tal podría ser el caso de un contrato estatal en el que existieran cláusulas exorbitantes y se hubiera pactado la aplicación de una ley extranjera.

Debe observarse que al decidir una solicitud de reconocimiento de un laudo extranjero, la Corte Suprema de Justicia analizó esta causal, y señaló que la arbitrabilidad se analiza de acuerdo con la ley del país en que se solicita el reconocimiento, por lo cual se refirió al artículo 1º de la Ley 1563 de 2012<sup>197</sup>.

### 2.6.8.2.2 Segunda causal que puede ser declarada de oficio

La segunda causal que puede ser declarada de oficio es que el laudo sea contrario al orden público internacional de Colombia.

La ley precisa que la violación debe ser del orden público internacional, que, por consiguiente, se distingue del orden público interno.

El concepto de orden público internacional no se identifica con la norma imperativa ni tampoco con el concepto de orden público nacional. Lo anterior en la medida en que estos casos se está frente a una situación internacional que por su naturaleza tiene contacto o relación con diversos ordenamientos. Por consiguiente, el concepto de orden público internacional sólo puede referirse a aquellos aspectos en los que el ordenamiento no puede aún en situaciones internacionales, permitir la aplicación de una regla distinta.

En este sentido la Corte Suprema de Justicia ha dicho que el concepto de orden público internacional<sup>198</sup> “se limita a los principios básicos o fundamentales de las instituciones, a lo cual servirían de ilustración: la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos, la buena fe, la imparcialidad del tribunal arbitral y el respeto al debido proceso. Por lo tanto, en principio, el desconocimiento de una norma imperativa propia del ‘foro’ del juez del exequáтур, per se, no conlleva un ataque al mencionado instituto, lo será, si ello trae como consecuencia el resquebrajamiento de garantías de linaje superior, como las antes enunciadas”.

<sup>197</sup> Sentencia del 30 de octubre de 2017 Radicación n° 11001-02-03-000-2016-03300-00, que reitera la SC8453-2016, rad. n° 2014-02243-00

<sup>198</sup> Sentencia de 27 de julio de 2011, expediente 2007-01956, igualmente la sentencia del 30 de octubre de 2017 que reitera la sentencia SC5207-2017, rad. n° 2016-01312-00

Igualmente ha dicho la Corte Suprema de Justicia que “*Integran el orden público internacional los derechos fundamentales, los bienes jurídicos tutelados por los tipos penales, el principio de la buena fe, la prohibición de abuso del derecho, y otros estándares que salvaguardan un mínimo de moralidad en la sociedad*”<sup>199</sup>.

Por otra parte, la ley se refiere al orden público internacional de Colombia. Lo anterior permite aclarar que en este caso no se trata de un orden público transnacional, sino a un orden público que corresponde al ordenamiento jurídico de cada estado y por ello puede variar de un Estado a otro.

En todo caso ha señalado la Corte Suprema de Justicia que el concepto de orden público “*no puede tornarse en un medio para destruir la integración regional, la cooperación entre los diferentes pueblos y los procesos de unificación justificando nacionalismos falsos, egoístas y aislacionistas. Por ello la Sala, también tiene explicado que la cuestión debe encararse desde un criterio de orden público dinámico, tolerante y constructivo que reclama la comunidad internacional en el mundo contemporáneo*”<sup>200</sup>.

Ahora bien, este orden público puede ser de carácter sustutivo o de carácter procesal. Así consta en la historia de la ley modelo de Uncitral que es el antecedente de la ley colombiana.<sup>201</sup>

En el reporte final de la Asociación de Derecho Internacional sobre la materia<sup>202</sup> se incluyeron los siguientes principios de orden público desde un punto de vista sustancial: el principio del no abuso de los derechos; el principio de la buena fe, el principio de la fuerza obligatoria del contrato; la prohibición de expropiación sin indemnización<sup>203</sup>; así como la prohibición de actividades contrarias a las buenas costumbres como la proscripción de la piratería, el terrorismo, el genocidio, la esclavitud, el contrabando, el tráfico de drogas y la pedofilia.

220

Cuando se trata de determinar si hay una violación al orden público internacional por razón de la transgresión de tales principios debe actuarse con cautela, pues

<sup>199</sup> Sentencia del 7 de septiembre de 2016. Rad. 2014-02737-00, reiterada el 15 de enero de 2019. Radicación n.º 11001-02-03-000-2016-03020-00

<sup>200</sup> Sentencia del 7 de septiembre de 2016. Rad. 2014-02737-00, reiterada el 19 de diciembre de 2018. Expediente 11001-02-03-000-2017-03480-00

<sup>201</sup> Reporte de la Comisión sobre la ley modelo y nota explicativa del proyecto de ley uniforme.

<sup>202</sup> Informe Final de la Asociación de Derecho Internacional Público acerca del orden público como una prohibición a la ejecución de laudos arbitrales internacionales.

<sup>203</sup> Con fundamento en esta idea el Tribunal Suizo en decisión del 9 de enero de 2006 consideró que teóricamente se podría violar el orden público en el caso de una condena en costas que sería fuera de toda proporción con los gastos de defensa de sus derechos, al punto de afectar de manera chocante los principios más esenciales del orden jurídico. En el caso concreto el Tribunal no encontró que ello hubiera ocurrido.

por esta vía podría terminar ejerciéndose un control que no le corresponde al juez estatal. En efecto, cualquier discrepancia acerca de si el árbitro debió o no hacer cumplir el contrato, puede pretender convertirse en un debate acerca del principio de la fuerza obligatoria del contrato. Sin embargo, a menos que se desconozca el principio general de que el contrato tiene fuerza obligatoria no podría sostenerse que se viola el principio, pues en derecho existen muchas circunstancias que pueden determinar que un contrato no sea obligatorio. Por consiguiente, no se puede entrar a sostener que los argumentos del laudo son equivocados sobre si el contrato es válido o está vigente, o era obligatorio. Lo que se debe analizar es si a pesar de que se reconoce la existencia del contrato se le priva sin razón de sus efectos obligatorios<sup>204</sup>.

Por otra parte, se considera que por regla general permitir que se obtengan beneficios por corrupción afecta el orden público internacional.

Igualmente, la protección de la persona humana conduce a concluir que el cuerpo humano no puede ser explotado como mercancía, por lo cual podría ser invalidado el laudo que da efectos a un contrato de trata de blancas o de comercio del cuerpo humano, así como aquellos que tienen por objeto la explotación de niños o el proxenetismo.

La Corte Suprema ha señalado que entre los principios que constituyen el orden público internacional “*se pueden mencionar los que refieren al orden social y político del propio Estado, las libertades públicas...*”<sup>205</sup>

**La Corte Suprema ha señalado que entre los principios que constituyen el orden público internacional “*se pueden mencionar los que refieren al orden social y político del propio Estado, las libertades públicas...*”**

Desde un punto de vista procesal el laudo debe ser anulado si viola principios fundamentales del derecho de defensa. En efecto, la Corte Suprema de Justicia ha dicho que entre los principios del orden público internacional está “*el derecho del ciudadano a tener un proceso con plenas garantías que le permita utilizar todos los medios de prueba pertinentes para su defensa*”<sup>206</sup>. Por consiguiente, dicho principio se viola cuando en el proceso existió corrupción o se emplearon documentos falsificados o testimonios falsos y ello claramente afectó el laudo. Se

<sup>204</sup> En tal sentido el fallo del Tribunal Federal Suizo 4A\_4/2010 del 10 de marzo de 2010

<sup>205</sup> Sentencia del 19 de diciembre de 2018. Expediente 11001-02-03-000-2017-03480-00

<sup>206</sup> Sentencia del 19 de diciembre de 2018. Expediente 11001-02-03-000-2017-03480-00

trata de situaciones en las que se atenta la noción básica de un proceso judicial. En esta materia se ha considerado que se puede violar el orden público por el desconocimiento de la cosa juzgada o res judicata<sup>207</sup>. En todo caso las simples irregularidades procesales no permiten la anulación del laudo.

Un laudo internacional puede ser contrario al orden público internacional de un Estado cuando viola lo que se denominan sus leyes de policía. Así lo señaló la Asociación de Derecho Internacional Público<sup>208</sup>. En este sentido el profesor Pierre

**Un laudo internacional puede ser contrario al orden público internacional de un Estado cuando viola lo que se denominan sus leyes de policía. Así lo señaló la Asociación de Derecho Internacional Público .**

Mayer señala que una ley es de policía cuando “es aplicable aun si el orden jurídico al cual pertenece no es designado por la regla de conflicto, cuando el estado que la ha dictado considera necesario aplicarla a las situaciones que presentan con dicho estado un vínculo”<sup>209</sup>. De esta manera, la ley de policía es una norma imperativa que se aplica aun a litigios internacionales teniendo en cuenta el objetivo que persigue<sup>210</sup>.

Desde esta óptica se ha considerado que son leyes de policía las reglas de protección a la competencia. En tal sentido la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas ha dicho que el juez nacional debe anular una sentencia arbitral contraria al derecho comunitario de la competencia<sup>211</sup>. En sentido análogo se han pronunciado los jueces de diversos países europeos (por ejemplo, de Alemania, Austria y Francia). Así mismo en el caso Mitsubishi, al admitir la posibilidad de que existieran tribunales arbitrales que examinaran temas relacionados con el derecho de la competencia, los jueces norteamericanos señalaron que al ejercer el control sobre la sentencia se debería examinar si las normas sobre competencia se tuvieron en cuenta. Sin embargo, en este punto debe destacarse la posición reciente del Tribunal Suizo que considera que estas normas no hacen parte del orden público internacional<sup>212</sup>.

<sup>207</sup> Born, Gary, P. 2856

<sup>208</sup> Lo anterior a pesar de que ha habido siempre discusión acerca de qué leyes de policía debe aplicar el árbitro.

<sup>209</sup> Citado por Christophe Seraglini. Lois de police et justice arbitrale internationale, P. 2

<sup>210</sup> Citado por Seraglini, Lois de police.

<sup>211</sup> Revista de Derecho Comunitario Europeo de julio de 1999, P. 519 y siguientes

<sup>212</sup> En decisión del 8 de marzo de 2006 el Tribunal Suizo señaló que las normas de protección a la competencia son un principio importante del derecho suizo, que inclusive es reconocido por la Constitución, sin embargo, agrega que sería presuntuoso considerar que las concepciones europeas o suizas en materia de derecho de la competencia deberían aplicarse en todo el planeta.

También se ha considerado que puede haber violación al orden público cuando el reconocimiento del laudo implicaría desconocer obligaciones internacionales. Así las normas internacionales que imponen un bloqueo a un Estado por parte de la comunidad internacional y que son obligatorias para Colombia.

Adicionalmente, en Colombia cabe discutir si un laudo internacional que se produjera sin haber realizado la solicitud de interpretación prejudicial por parte del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina debería ser anulado, tal y como lo hizo el Consejo de Estado en las sentencias del 9 de agosto de 2012<sup>213</sup>.

El control no puede llevar a la autoridad que conoce del recurso a convertirse en el juez que va a decidir de nuevo el litigio. El papel de la autoridad que conoce del recurso no es resolver el litigio, sino evitar el reconocimiento de una sentencia que viola el orden público internacional. Por ello el objeto de su juicio está en principio circunscrito a la decisión misma. Es por esta razón que en principio no es posible aceptar que por la vía de este control se puedan plantear nuevos hechos o nuevas pruebas. Sin embargo, cuando se examinan las causas que pueden dar lugar a que se considere una decisión como contraria al orden público, se encuentra que algunas de ellas pueden conducir a probar hechos. Es el caso de las violaciones del orden público procesal y particularmente los casos en que se han falsificado pruebas o el propio Tribunal ha incurrido en actos de corrupción. Por consiguiente, sólo en casos excepcionales en los que por su naturaleza hay que probar otros hechos, puede aceptarse que se le presenten a la autoridad judicial que conoce del recurso, hechos y pruebas nuevos.

Es pertinente destacar que la violación del orden público debe existir cuando se decide la anulación. Por consiguiente, si en el momento en que se desarrolló la situación litigiosa o incluso cuando se profiere el laudo, la solución de la controversia no es conforme al orden público que se analiza, pero si lo es respecto del orden público existente cuando se decide la anulación, no se puede afirmar que la sentencia viole el orden público.

## 2.6.9 Efectos del recurso

A semejanza de lo que ha ocurrido con legislaciones recientes, la ley regula los efectos del recurso de anulación.

Si la causal que prospera es la invalidez del pacto arbitral, se declara la nulidad y por consiguiente, ante la desaparición del pacto, las partes pueden acudir a la autoridad judicial.

<sup>213</sup> Sentencias de la Sala Plena de la Sección Tercera del 9 de agosto de 2012 en los siguientes expedientes: Radicación: 11 001 03 26 000 2012 00020 00 (43281), 11001032600020120001800 (43.195) Radicación: 110010326000201200013 00 (43.045)

Si prosperan las demás causales que deben ser invocadas, esto es falta de notificación, imposibilidad de presentar su caso, desconocimiento del pacto arbitral en cuanto al alcance del mismo o en cuanto al procedimiento, se declara nulo el laudo, pero precisa la ley que ello es sin que perjudique el acuerdo de arbitraje. Por consiguiente, en tales casos podrá convocarse un nuevo tribunal arbitral para que decida.

Por lo demás, como ocurre en el arbitraje nacional lo que se invalida en principio es el laudo, y en consecuencia, las actuaciones del tribunal que no se vean afectadas por la anulación se mantienen.

Igualmente precisa la ley que cuando se invalida por las causales señaladas en el numeral 2 (falta de arbitrabilidad, violación del orden público) se declara la nulidad del laudo. En este caso queda la duda de que sucede, pues la ley no lo precisa.

En este punto es necesario distinguir si el laudo es anulado porque la materia no es susceptible de arbitraje, es claro que no podrá adelantarse un proceso arbitral y por ello las partes podrán acudir ante los jueces.

### **Por el contrario, cuando el laudo es anulado por violación del orden público, tal circunstancia no afecta el pacto arbitral y por ello mismo se puede acudir al arbitraje.**

Por el contrario, cuando el laudo es anulado por violación del orden público, tal circunstancia no afecta el pacto arbitral y por ello mismo se puede acudir al arbitraje.

224

Por lo demás precisa la ley que en cualquiera de dichos casos las pruebas practicadas en el curso del trámite arbitral podrán ser apreciadas bien por tribunal arbitral o bien por la autoridad judicial. Lo anterior implica que la prueba no queda viciada por la anulación del laudo. Esta consecuencia supone que el vicio no haya afectado la prueba misma. Así no podrá ser tomada en cuenta la prueba que no haya sido objeto de contradicción, a menos que se subsane este defecto.

Puede ocurrir que la causal que prospere no afecte la totalidad de las decisiones contenidas en el laudo arbitral, en tal caso la nulidad del laudo debe ser parcial. Si bien la ley sólo prevé esta consecuencia para la causal 3<sup>a</sup>, es claro que ella puede predicarse de las otras. Así puede suceder que el laudo se pronuncie sobre cuestiones que no son arbitrables y sobre otras que, si lo son, o que la violación del derecho de presentar el caso se refiera a una pretensión específica. En tales casos la nulidad no tiene por qué afectar la totalidad del laudo, si es posible separar las decisiones.

Por otra parte, si el recurso no prospera, se condenará en costas al recurrente, salvo que dicho recurso haya sido presentado por el Ministerio Público.

Agrega la ley que contra la decisión sobre el recurso de anulación no procede recurso alguno.

### 2.6.10 Reconocimiento de laudos

Para que los laudos proferidos en el exterior puedan producir efectos en Colombia se requiere su reconocimiento. Señala la Corte Suprema de Justicia que el “*«reconocimiento» constituye un mecanismo judicial que tiene como finalidad dotar de eficacia al «laudo arbitral extranjero», para efectos de habilitar su ejecución o cumplimiento en un Estado distinto de aquel donde tuvo la sede el tribunal de arbitramento que lo profirió.*”<sup>214</sup>

A tal efecto, es necesario distinguir entre reconocimiento y ejecución. El reconocimiento hace referencia a admitir la providencia proferida en el exterior para que produzca efectos en Colombia. Lo anterior es importante incluso si no se solicita la ejecución de la sentencia.

El reconocimiento procede en dos casos: cuando se trata de laudos proferidos en el exterior, o de laudos proferidos en Colombia respecto de los cuales se ha renunciado al recurso de anulación porque ninguna de las partes tiene su domicilio o residencia en Colombia.

La autoridad competente para el reconocimiento es la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. Pero cuando en el proceso haya sido parte una entidad pública colombiana o quien ejerza funciones administrativas colombianas, la competencia para el reconocimiento corresponderá a la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que “*para resolver la solicitud de «reconocimiento del laudo arbitral extranjero», se deben tomar en cuenta los siguientes aspectos: la no revisión del fondo de la decisión arbitral; la especificidad de las causales de denegación; la carga de la prueba del convocado en cuanto a los motivos invocados para solicitar la desestimación de la citada petición; la existencia de causales que permiten de oficio declarar la improcedencia del reconocimiento pretendido y la posibilidad excepcional de conferir el reconocimiento y ejecución de la «sentencia arbitral extranjera» a pesar de configurarse alguno de los motivos para su rechazo.*

Los motivos para negar el reconocimiento son los mismos motivos que consagra ley como causales de recurso de anulación.

<sup>214</sup> Sentencia del 30 de octubre de 2017. Expediente 11001-02-03-000-2016-03300-00

De conformidad con el artículo 114 el reconocimiento de un laudo, se sujeta exclusivamente la Ley 1563 de 2012 y las disposiciones contenidas en los tratados suscritos y ratificados por Colombia, lo que implica aplicar las disposiciones de la Convención de Nueva York y la de Panamá. La ley precisa, además, que no debe acudirse al Código General del Proceso.

Para solicitar el reconocimiento se debe presentar el laudo original o una copia. Agrega la ley que cuando el laudo no estuviere redactado en español, la autoridad judicial competente podrá solicitar a la parte que presente una traducción del laudo a este idioma.

**En este aspecto la Ley 1563, es más favorable que la Convención de Nueva York, pues la misma exige que se acompañe no solo el laudo o copia del mismo, sino igualmente el original del acuerdo arbitral o una copia del mismo.**

En este aspecto la Ley 1563, es más favorable que la Convención de Nueva York, pues la misma exige que se acompañe no solo el laudo o copia del mismo, sino igualmente el original del acuerdo arbitral o una copia del mismo. Así mismo prevé que si el laudo no está en el idioma oficial del país en que se solicita el reconocimiento debe presentarse una traducción hecha por un traductor oficial.

La ley colombiana no exige copia del acuerdo arbitral y tampoco requiere en todos los casos traducción oficial.

226

La ley no prevé la posibilidad de decretar pruebas en el curso del trámite de reconocimiento, pero claramente puede haber casos en que debe adelantarse una actividad probatoria para establecer los hechos que se invocan como causal de anulación.

Así, por ejemplo, la falta de capacidad. En tal caso cabe la duda de si la parte podría solicitar pruebas, dado que tiene la carga de acreditar la causal que invoca. Como ya se dijo, la Corte ha negado la práctica de pruebas en el trámite de la anulación de laudos internacionales, porque considera que debe decidirse de plano el recurso, ya que la ley no prevé trámite. En todo caso cabría la posibilidad de acudir a la prueba de oficio.

Finalmente, es importante señalar que en el mundo se ha discutido si un laudo anulado en un país puede ser reconocido en otro. En Francia la jurisprudencia ha reconocido que un laudo internacional anulado en un estado puede ser reconocido en Francia si no viola el orden público internacional francés, porque dado su carácter internacional, el laudo sigue existiendo a pesar de su anulación. En Estados Unidos las cortes han reconocido laudos anulados en otros países, para lo cual se fundan en que la Convención de Nueva York establece que un laudo puede

no ser reconocido si ha sido anulado, lo que implica un margen de decisión en esta materia. En Colombia la Corte Suprema de Justicia no ha enfrentado ningún caso, pero en algunas sentencias ha expresado “*la posibilidad excepcional de conferir el reconocimiento y ejecución de la «sentencia arbitral extranjera» a pesar de configurarse alguno de los motivos para su rechazo*”<sup>215</sup>.

La posibilidad de reconocer un laudo anulado en otro estado obedece a que puede ocurrir que un laudo sea anulado por razones que no son razonables y que en particular no se ajustan al propósito de la Convención de Nueva York, que es el reconocimiento de los pactos y de los laudos arbitrales, salvo las razones que la misma Convención señala.

### 2.6.11 El recurso de revisión

La ley no prevé la posibilidad de intentar un recurso de revisión contra laudos arbitrales internacionales. Ello obedece a que los problemas más graves que podrían justificar un recurso de revisión podrían resolverse a través del recurso de anulación, pues podrían considerarse una violación del orden público internacional procesal.

Por otra parte, contra la sentencia que decide la anulación o el reconocimiento de un laudo extranjero procede el recurso de revisión por las causales establecidas por el Código General del Proceso, pero en todo caso dicho recurso no puede ser usado para controvertir el análisis de la Corte al realizar el reconocimiento. Ha dicho la Corte que “*La nulidad originada en la sentencia se refiere, de manera exclusiva, a la ausencia de alguno de los requisitos formales que la ley exige para la constitución de ese acto procesal, visto únicamente desde una perspectiva procedural; es decir por faltar el presupuesto adjetivo que se requiere para que dicho fallo produzca los efectos jurídicos que la ley instrumental le atribuye. De ahí que pueda ser considerado como una nulidad procesal y no como un error en la argumentación, pues esto último podrá ser objeto de casación por vicios in judicando en los casos en los que hubiere lugar, pero no de revisión*

<sup>216</sup>. ”

### 2.6.12 Acción de tutela contra el laudo arbitral

La Corte Constitucional ha admitido que cabe acción de tutela respecto de laudos proferidos en arbitrajes internacionales con sede en Colombia. En efecto, en la sentencia SU 500 de 2015, la Corte se pronunció sobre una acción de tutela contra una sentencia del Consejo de Estado que había negado un recurso de anulación, así como contra el laudo arbitral internacional que había sido objeto de la anulación. La Corte no cuestionó la posibilidad de intentar un recurso de anulación y por

<sup>215</sup> Sentencia del 30 de octubre de 2017. Expediente 11001-02-03-000-2016-03300-00

<sup>216</sup> Sentencia del 24 de mayo de 2017. Expediente.: 11001-02-03-000-2012-02952-00

el contrario reiteró su jurisprudencia sobre la procedencia de la acción de tutela contra laudos arbitrales.

Por su parte el Consejo de Estado<sup>217</sup> examinó un caso en que se intentó una acción de tutela contra un laudo internacional en un litigio en que era parte una entidad estatal. En la acción se sostenía en que se había tramitado el proceso como arbitraje internacional, desconociendo la voluntad de las partes que no pretendieron que fuera internacional, además desconocieron las normas sobre contratación estatal. El Consejo de Estado consideró que no cabía acción de tutela por falta de relevancia constitucional, porque lo que se cuestionaba era la competencia del tribunal para resolver si el tribunal era internacional y lo relativo al cumplimiento o incumplimiento contractual, lo que implica continuar con el debate jurídico que fue resuelto por el tribunal. Añadió que respecto del laudo en que se decidió que el tribunal era internacional no se cumplió el requisito de inmediatez pues la tutela se interpuso pasados más de seis meses de la fecha del laudo. En cuanto al incumplimiento ello no reviste relevancia constitucional.

En todo caso se ha discutido si realmente la acción de tutela debería proceder contra laudos internacionales.

A tal efecto, se hace referencia al hecho de que a diferencia de lo que ocurre con los laudos nacionales, en los laudos internacionales los problemas que busca resolver la acción de tutela pueden ser atendidos con el recurso de anulación. A tal efecto se ha señalado que, el juez que conoce del recurso de anulación puede anular el laudo arbitral porque el mismo es violatorio del orden público internacional de Colombia. Desde esta perspectiva se señala que las reglas constitucionales sobre derechos constitucionales fundamentales forman parte del orden público internacional de Colombia, por lo que si el laudo es violatorio de un derecho constitucional fundamental el mismo puede ser anulado. Lo anterior conduciría a que la acción de tutela no procedería directamente contra el laudo arbitral.

Por otra parte, se ha advertido que a diferencia a lo que puede sostenerse respecto del arbitraje nacional, en el arbitraje internacional la facultad de los árbitros internacionales de resolver la controversia no surge del ordenamiento jurídico colombiano. Para aclarar lo anterior se puede señalar el siguiente ejemplo: una empresa ecuatoriana acuerda someter sus diferencias con una empresa norteamericana a un tribunal arbitral con sede en Colombia compuesto por un mexicano, un norteamericano y un ecuatoriano. En tal caso no es posible sostener que la capacidad de los árbitros de resolver dicha diferencia surge del ordenamiento

<sup>217</sup> Sección Cuarta. Sentencia del 26 de julio de 2018, radicado 11001-03-15-000-2018-00604-00

jurídico colombiano. Por ello podría controvertirse que en tales casos procediera la acción de tutela.

### **2.6.13 Ejecución de los laudos**

Los laudos proferidos en arbitrajes con sede en Colombia pueden ser ejecutados en el país sin necesidad de reconocimiento. Por otra parte, cuando el laudo es proferido en el extranjero para que se pueda solicitar su ejecución en Colombia se requiere su previo reconocimiento.

La ejecución de un laudo debe hacerse a través de un proceso ejecutivo de un título judicial.

El juez competente de conformidad con la Ley 1563, es el juez civil del circuito. Pero cuando en el proceso ha participado como parte una entidad pública colombiana o una persona que cumple funciones administrativas colombianas, el juez competente es el juez administrativo.

## Actividades pedagógicas



### Analice los siguientes casos:

1. Se presenta copia de una orden procesal proferida por un tribunal arbitral con sede en Londres en la cual se dispone recibir como prueba el testimonio de una persona que se encuentra en Bogotá y se solicita la colaboración de los jueces colombianos para recibir dicha declaración. En la solicitud se indican las partes en el proceso y las personas que la representan. ¿Cómo debe procederse?, ¿Si se cita al testigo y el mismo no comparece qué debe hacerse?
2. Se presente una orden procesal proferida por un tribunal con sede en Bogotá para resolver una controversia entre una empresa colombiana y una empresa española, en la cual se solicita la colaboración de los jueces del circuito de una ciudad colombiana para recibir unos testimonios.
3. Se presenta una demanda ejecutiva acompañando copia de un documento titulado Laudo Arbitral proferido por un tribunal arbitral con sede en Paris en el cual se establece la obligación para la Demandante, que es una empresa colombiana, de otorgar bien una garantía bancaria por US\$2.500.000 a órdenes del tribunal para efectos de garantizar el pago de la eventual condena a la Demandada o bien depositar US\$2.500.000 a órdenes del Tribunal Arbitral en una cuenta bancaria que se identifica.
4. Se presenta un memorial en el cual una persona manifestando actuar a nombre de otra quien actúa como demandante en un proceso arbitral con sede en Miami solicita que se decrete el embargo de un monto de US\$500.000 en una cuenta corriente para garantizar el pago del eventual laudo arbitral. La parte contraria presenta un memorial en que se opone a la medida porque considera que dicha medida sólo la puede decretar el tribunal arbitral y que además dicha medida viola el orden público colombiano.
5. Se solicita a la Corte Suprema el reconocimiento de un laudo proferido por un tribunal arbitral con sede en Miami en desarrollo de una cláusula compromisoria contenida en un contrato de venta una empresa en Colombia entre dos empresas colombianas, en la cual se pactó que cualquier controversia sería decidida por un tribunal arbitral conforme a las reglas de la CCI con sede en Miami.

## Autoevaluación

Ae

Indique cuáles de estas afirmaciones son verdaderas (V) y cuáles son falsas:

- Un tribunal arbitral con sede en el exterior solo puede solicitar a la autoridad judicial colombiana la colaboración en la práctica de pruebas, cuando no pueda practicarlas él mismo. ( )
- Un juez colombiano sólo podría decretar medidas cautelares para apoyar un arbitraje internacional en USA si así lo solicita el tribunal arbitral. ( )
- Un tribunal arbitral internacional con sede en Colombia podría decretar las mismas medidas cautelares que podría decretar un juez colombiano. ( )



## Jurisprudencia

### Corte Suprema de Justicia

Sentencia de 27 de julio de 2011, expediente 2007-01956.

Sentencia del 7 de septiembre de 2016. Rad. 2014-02737-00.

Sentencia del 18 de abril de 2017, Radicación n° 11001-0203-000-2016-01312-00.

Sentencia del 24 de mayo de 2017. Exp.: 11001-02-03-000-2012-02952-00.

Sentencia del 12 julio de 2017, rad. n.º 11001-02-03-000-2014-01927-00.

Sentencia del 30 de octubre de 2017. Radicación n° 11001-02-03-000-2016-03300-00.

Sentencia del 19 de diciembre de 2018. Radicación No: 11001-02-03-000-2017-03480-00.

Sentencia del 15 de enero de 2019. Radicación n.º 11001-02-03-000-2016-03020-00.

Auto del 16 de diciembre de 2018. Radicación 11001-02-03-000-2016-03020-00.

### Consejo de Estado

Sentencias de la Sala Plena de la Sección Tercera del 9 de agosto de 2012 en los siguientes expedientes: Radicación: 11 001 03 26 000 2012 00020 00 (43281), 11001032600020120001800 (43.195) Radicación: 110010326000201200013 00 (43.045).

Sección Cuarta. Sentencia del 26 de julio de 2018, radicado 11001-03-15-000-2018-00604-00.

## Bibliografía

B

- Born, Gary. International Commercial Arbitration, Ed Kluwer Law International 2009.
- Gaillard, Emmanuel y Savage, John. Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration. Ed Kluwer. 1999
- Tawil, Guido y Zuleta, Eduardo. El Arbitraje Comercial Internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario. Ed Universidad del Rosario. Facultad de Derecho, Uba. Abaledo Perrot



# CAPÍTULO 2

## Arbitraje Internacional

Arbitraje de Inversión  
**UNIDAD**  
**3**

**UNIDAD**

**3**

**Arbitraje de Inversión**

## *Objetivo General*

**Og**

Dar una mirada al arbitraje de inversión, con el fin de tener clara la diferencia con el arbitraje comercial internacional, y estudiar los aspectos más relevantes respecto de su régimen jurídico y su trámite.

## *Objetivos Específicos*

**Oe**

- Entender el trámite del arbitraje de inversión desde su inicio hasta su culminación con el laudo arbitral.
- Referenciar el régimen jurídico del arbitraje de inversión.

## ARBITRAJE INTERNACIONAL





<b>Unidad 3</b>	236
<b>3 ARBITRAJE DE INVERSIÓN</b>	239
<b>3.1 Objeto del arbitraje de inversión</b>	239
<b>3.2 Régimen del arbitraje de inversión</b>	240
<b>3.3 Procedimiento</b>	240
<b>3.4 Laudo</b>	241
<b>3.5 Recursos contra el laudo</b>	241
<b>3.6 Efectos del laudo</b>	242
<b>Actividades pedagógicas</b>	245
<b>Autoevaluación</b>	246
<b>Jurisprudencia</b>	247
<b>Bibliografía</b>	247



# 3

# ARBITRAJE DE INVERSIÓN

## 3.1 Objeto del arbitraje de inversión

Como ya se dijo, el arbitraje de inversión tiene por objeto resolver una controversia entre un inversionista y un estado que surge porque el inversionista considera que el Estado ha violado sus obligaciones en materia de inversión.

Normalmente en los tratados de protección a la inversión se establecen disposiciones por las cuales el estado se obliga a garantizar los inversionistas extranjeros un trato igual a los nacionales, un trato justo y equitativo, protección y seguridad, y se prohíbe la expropiación o medidas equivalentes sin indemnización.

La violación del Estado de sus obligaciones internacionales le genera responsabilidad.

Dicha violación puede provenir de los diferentes órganos del estado, tanto la rama ejecutiva, sea en el nivel central, o en el descentralizado territorialmente o por servicios, como la judicial, o la legislativa.

Así, por ejemplo, la responsabilidad internacional puede surgir del hecho de que después de que un inversionista ha obtenido todas las autorizaciones para realizar una inversión una autoridad le impide desarrollar el proyecto<sup>218</sup>. Igualmente puede surgir de la denegación de justicia, cuando se produce una decisión arbitraria

241

<sup>218</sup> Ver por ejemplo el laudo del 18 de abril de 2013 en el caso Abengoa, S.A. y COFIDES, S.A. v. Estados Unidos Mexicanos (Caso Ciadi No. ARB(AF)/09/2), disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3187.pdf> (consultado el 7 de febrero de 2019) y el laudo del 30 de noviembre de 2017 Bear Creek Mining Corporation c. República del Perú (Caso CIADI No. ARB/14/21) disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9382.pdf> (consultado el 7 de febrero de 2019)

que causa un perjuicio a un inversionista y se agotan los recursos internos<sup>219</sup> o de que las autoridades no brinden seguridad física de acuerdo con lo previsto en el tratado.

## 3.2 Régimen del arbitraje de inversión

Los arbitrajes de inversión pueden desarrollarse bajo diversas reglas.

Así puede adelantarse bajo las reglas del CIADI, o de Cnudmi (UNCITRAL) o de un centro de arbitraje. Así por ejemplo, el TLC celebrado entre Colombia y los Estados Unidos contempla<sup>220</sup> la posibilidad de acudir al CIADI, a Cnudmi (UNCITRAL) o cualquier otras reglas de arbitraje que acuerden el demandante y el demandado.

Por lo que se refiere al CIADI pueden existir dos modalidades. La primera se presenta cuando tanto el estado en el que se realizó la inversión, como el estado del inversionista, son partes en la Convención de Washington. En tal caso el tribunal se desarrollará de acuerdo con las reglas de dicha Convención y el reglamento.

Pero aun si uno de los dos estados no es parte del CIADI, es posible acudir al mismo, bajo las reglas del mecanismo complementario. En tal caso si bien el arbitraje se desarrollará bajo las reglas del CIADI, no se aplicarán las reglas específicas de la Convención de Washington, como es el hecho de que el laudo que se dicte tendrá igual valor que una sentencia proferida por los jueces del estado y que por ello no requiere reconocimiento. Por consiguiente, debe procederse a obtener el reconocimiento del laudo. Así mismo procederá el control del laudo a través del recurso de anulación.

242

Por otra parte, cuando se acude a un arbitraje bajo las reglas de Cnudmi (UNCITRAL) o de otro centro de arbitraje, los laudos proferidos no se sujetan a las disposiciones particulares de la Convención de Washington y por ello pueden ser objeto de recurso de anulación ante el juez de la sede del tribunal y para que se puedan hacer efectivos en un país distinto de aquel en que se profirieron se requiere su reconocimiento.

## 3.3 Procedimiento

Las reglas de procedimiento de los arbitrajes de inversión en principio no difieren fundamentalmente de las reglas del arbitraje comercial internacional.

<sup>219</sup> En el laudo del 30 de agosto de 2018 proferido en el caso de Chevron y Texaco contra Ecuador, el tribunal consideró que había denegación de justicia porque se profirió una sentencia contra Chevron por fraude, soborno y corrupción, disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9934.pdf> (consultado el 7 de febrero de 2019)

<sup>220</sup> Artículo 10.16.3

Ello obedece a que el arbitraje de inversión surge con posterioridad al arbitraje comercial internacional, lo cual condujo a que el arbitraje de inversión adoptara las prácticas del arbitraje comercial internacional.

Sin embargo, ha de destacarse que en la medida en que en el arbitraje de inversión siempre hay una parte estatal, y adicionalmente, en ellos se discuten materias relevantes para el interés público, la tendencia es adoptar reglas que hagan que estos tribunales sean transparentes.

Para tal efecto, la Cnudmi (Uncitral) elaboró en 2013 el *"Reglamento de la Cnudmi sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado"*, el cual fue adoptado por la Asamblea General de la ONU por la Resolución 68/109, y entró en vigencia el 1º de abril de 2014. Así mismo se adoptó la Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado (Nueva York, 2014) ("Convención de Mauricio sobre la Transparencia").

## 3.4 Laudo

El laudo en materia de arbitraje internacional de inversión sigue las reglas de un laudo tradicional.

## 3.5 Recursos contra el laudo

Cuando el arbitraje se adelanta conforme a las reglas de la Convención de Washington son aplicables reglas particulares.

A tal efecto la Convención contempla, de una parte, la revisión del laudo cuando se produce el descubrimiento de algún hecho que hubiera podido influir decisivamente en la decisión y que desconocía el tribunal. En tal caso la petición de revisión deberá presentarse dentro de los 90 días siguientes al día en que fue descubierto el hecho, y, en todo caso, dentro de los tres años siguientes a la fecha de dictarse el laudo.

En principio la revisión debe someterse al mismo tribunal que dictó el laudo y sólo si ello no es posible, se constituye un nuevo tribunal. Ello ocurrirá, por ejemplo, cuando uno de los árbitros ha fallecido o está incapacitado.

Por otra parte, el laudo dictado con sujeción a las reglas de la Convención de Washington puede ser objeto de un recurso de anulación. A tal efecto, el artículo 52.1 de la Convención establece las causales de anulación, las cuales son:

- a) Que el tribunal se hubiere constituido incorrectamente;
- b) Que el tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades;
- c) Que hubiere habido corrupción de algún miembro del tribunal;
- d) Que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento, o
- e) Que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde.

Ahora bien, el recurso de anulación lo decide una comisión ad-hoc integrada por tres personas seleccionadas de la lista de árbitros del CIADI.

Si el laudo es anulado, la diferencia se somete, a petición de cualquiera de las partes, a un nuevo tribunal arbitral.

Cuando el arbitraje de inversión se desarrolló conforme a las reglas de Cnudmi (Uncitral) o de otro centro de arbitraje, contra el laudo procederán los recursos previstos en el régimen ordinario.

### 3.6 Efectos del laudo

En materia de efectos del laudo hay que distinguir nuevamente entre los dictados conforme a las reglas de la Convención de Washington y los que han sido dictado bajo otras reglas como son las de Cnudmi (Uncitral) o las de la CCI.

244

Cuando se trata de un laudo dictado en desarrollo de las reglas de la Convención de Washington el mismo se debe reconocer como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal del estado. Es decir que en Colombia debería tratarse como una sentencia ejecutoriada del Consejo de Estado y no se requiere reconocimiento.

En principio en la medida en que de acuerdo con Convención contra el laudo no procede recurso alguno, contra el laudo de un tribunal arbitral dictado al amparo de las reglas de la Convención de Washington no procedería acción de tutela.

Cuando el laudo es dictado conforme a las reglas de Cnudmi (Uncitral) o de otro centro de arbitraje para la ejecución del laudo proferido por un tribunal con sede fuera de Colombia se requiere su reconocimiento.

## Actividades pedagógicas

Ap

### Discuta los siguientes casos:

- a. Al amparo del tratado suscrito entre Colombia y España se dicta un laudo bajo las reglas del CIADI en Washington que condena a Colombia. Dicho laudo, ¿puede ser anulado por el juez norteamericano?, ¿para ser ejecutado debe ser reconocido en Colombia por el Consejo de Estado?, ¿Contra el mismo podría intentarse una acción de tutela?
- b. Al amparo del tratado entre Colombia y EEUU se dicta un laudo bajo las reglas de la CNUDMI en París. Dicho laudo, ¿Podría ser objeto de anulación ante el juez colombiano?, ¿Podría ser objeto de anulación ante el juez francés?, ¿Para ser ejecutado en Colombia debe ser reconocido por el Consejo de Estado?
- c. Al amparo del tratado entre Colombia y México se dicta un laudo en Washington conforme a las reglas del mecanismo complementario del CIADI. Dicho laudo, ¿podría ser objeto de anulación ante el juez colombiano?, ¿podría ser objeto de anulación ante el juez norteamericano?, ¿Debe ser reconocido por el Consejo de Estado para ser ejecutado en Colombia?
- d. Se dicta una medida cautelar en Colombia contra la filial de una empresa francesa que es claramente contraria al Código General del Proceso. La parte contra quien se dicta la medida recurre la providencia a través de reposición y apelación y la medida es confirmada. La medida es ejecutada y causa que la empresa no pueda seguir operando. ¿Podría haber responsabilidad del estado colombiano?, ¿Cómo se haría efectiva?

## Autoevaluación



Responda las siguientes preguntas:

1. La ejecución en Colombia de laudos dictados conforme a las normas del CIADI, ¿requiere reconocimiento por el Consejo de Estado?
2. La ejecución en Colombia de laudos dictados en materia de inversión bajo las reglas de la CNUDMI, ¿Requiere reconocimiento del Consejo de Estado?
3. Un laudo de inversión dictado en Colombia bajo las reglas de la CNUDMI contra Chile, ¿Podría ser anulado por la Corte Suprema de Justicia de conformidad con la ley 1563?
4. Para que proceda una acción por denegación de justicia en un caso de inversión, ¿se requiere haber agotado los recursos internos?

## Jurisprudencia

J

Lauto del 18 de abril de 2013 en el caso Abengoa, S.A. y COFIDES, S.A. v. Estados Unidos Mexicanos (Caso Ciadi No. ARB(AF)/09/2), disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3187.pdf> (consultado el 7 de febrero de 2019).

Lauto del 30 de noviembre de 2017 Bear Creek Mining Corporation c. República del Perú (Caso CIADI No. ARB/14/21) disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9382.pdf> (consultado el 7 de febrero de 2019).

Lauto del 30 de agosto de 2018 proferido en el caso de Chevron y Texaco contra Ecuador, el tribunal consideró que había denegación de justicia porque se profirió una sentencia contra Chevron por fraude, soborno y corrupción, disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9934.pdf> (consultado el 7 de febrero de 2019).

## Bibliografía

B

Christian Sommer. Laudos Arbitrales del Ciadi. Ed. Astrea 2016

Francisco González de Cossio. Arbitraje de Inversión. Ed. Porrúa. México 2009.

Gary Born. International Commercial Arbitration, Ed Kluwer Law International 2009.

# RUTA DEL ARBITRAJE NACIONAL ➤



# ◀ RUTA DEL ARBITRAJE NACIONAL



# RUTA DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL ►

## ETAPAS DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL



**ETAPA 1**  
PRESENTACIÓN DE  
LA SOLICITUD DE  
INICIO DEL ARBI-  
TRAJE INTERNA-  
CIONAL



**INTERACCIÓN  
CON LA JUSTICIA  
ORDINARIA**  
○.....○



**ETAPA 2**  
INTEGRACIÓN  
DEL TRIBUNAL  
ARBITRAL

**INTERACCIÓN  
CON LA JUSTICIA  
ORDINARIA**  
○.....○

# RUTA DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL



