



COMENTARIOS AL ESTATUTO DE ARBITRAJE NACIONAL E INTERNACIONAL

LEY 1563 DE 2012

Coordinadora Académica
NATHALIA FRANCS BARRERA



tirant
lo blanch

HOMENAJES
& CONGRESOS

**COMENTARIOS AL ESTATUTO DE ARBITRAJE
NACIONAL E INTERNACIONAL. LEY 1563 DE 2012**

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG

*Catedrática de Filosofía del Derecho
de la Universidad de Valencia*

ANA CAÑIZARES LASO

*Catedrática de Derecho Civil de
la Universidad de Málaga*

JORGE A. CERDIO HERRÁN

*Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho.
Instituto Tecnológico Autónomo de México*

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ

*Ministro en retiro de la Suprema
Corte de Justicia de la Nación y
miembro de El Colegio Nacional*

MARÍA LUISA CUERDA ARNAU

*Catedrática de Derecho Penal de la
Universidad Jaume I de Castellón*

CARMEN DOMÍNGUEZ HIDALGO

*Catedrática de Derecho Civil de la
Pontificia Universidad Católica de Chile*

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

*Juez de la Corte Interamericana
de Derechos Humanos*

Investigador del Instituto de

Investigaciones Jurídicas de la UNAM

OWEN FISS

*Catedrático emérito de Teoría del Derecho
de la Universidad de Yale (EEUU)*

JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED

JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC

*Catedrático de Derecho Penal de
la Universidad de Valencia*

LUIS LÓPEZ GUERRA

*Catedrático de Derecho Constitucional
de la Universidad Carlos III de Madrid*

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ

*Catedrático de Derecho Civil de
la Universidad de Sevilla*

RUTH ZIMMERLING

*Catedrática de Ciencia Política de la
Universidad de Mainz (Alemania)*

MARTA LORENTE SARIÑENA

*Catedrática de Historia del Derecho de
la Universidad Autónoma de Madrid*

JAVIER DE LUCAS MARTÍN

*Catedrático de Filosofía del Derecho y
Filosofía Política de la Universidad de Valencia*

VÍCTOR MORENO CATENA

*Catedrático de Derecho Procesal de la
Universidad Carlos III de Madrid*

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

*Catedrático de Derecho Penal de la
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

ANGELIKA NUSSBERGER

*Catedrática de Derecho Constitucional
e Internacional en la Universidad
de Colonia (Alemania)*

Miembro de la Comisión de Venecia

HÉCTOR OLASOLO ALONSO

*Catedrático de Derecho Internacional de la
Universidad del Rosario (Colombia) y
Presidente del Instituto Ibero-Americano
de La Haya (Holanda)*

LUCIANO PAREJO ALFONSO

*Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad Carlos III de Madrid*

CONSUELO RAMÓN CHORNET

*Catedrática de Derecho Internacional
Público y Relaciones Internacionales
de la Universidad de Valencia*

TOMÁS SALA FRANCO

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social de la Universidad de Valencia*

IGNACIO SANCHO GARGALLO

*Magistrado de la Sala Primera (Civil)
del Tribunal Supremo de España*

ELISA SPECKMANN GUERRA

*Directora del Instituto de Investigaciones
Históricas de la UNAM*

Fueron miembros de este Comité:

Emilio Beltrán Sánchez, Rosario Valpuesta Fernández y Tomás S. Vives Antón

Procedimiento de selección de originales, ver página web:
www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

COMENTARIOS AL ESTATUTO DE ARBITRAJE NACIONAL E INTERNACIONAL. LEY 1563 DE 2012

NATHALIA FRANCS BARRERA
COORDINADORA ACADÉMICA



Philippi
Prietocarrizosa
Ferrero DU
&Uría

El estudio iberoamericano

tirant lo blanch
Bogotá D. C., 2023

Copyright © 2023

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com.

© Varios autores y autoras

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
Calle 11 # 2-16 (Bogotá D.C.)
Telf.: 4660171
Email: tlb@tirant.com
Librería virtual: www.tirant.com/co/
Universidad El Bosque
Editorial Universidad El Bosque
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Av. Cra 9 n.º 131A-02, Bloque A
+57 (601) 648 9000
editorial@unbosque.edu.co
www.investigaciones.unbosque.edu.co/editorial
ISBN: 978-84-1169-893-1

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: http://www.tirant.net/Docs/RSC_Tirant.pdf

Índice

| | |
|--|-----|
| <i>Nota de los autores</i> | 9 |
| <i>Principio de voluntariedad o habilitación</i> | 11 |
| SANTIAGO CRUZ FELIPE GONZÁLEZ | |
| <i>Pacto arbitral</i> | 33 |
| SANTIAGO CRUZ FELIPE GONZÁLEZ | |
| <i>Pacto arbitral patológico</i> | 61 |
| SANTIAGO CRUZ FELIPE GONZÁLEZ | |
| <i>Competencia del tribunal arbitral: mecanismos para hacer valer la competencia del tribunal arbitral</i> | 85 |
| MARIO ALONSO PÉREZ TORRES RICARDO VALENCIA RAMÍREZ | |
| <i>Tipos de arbitraje y centros de arbitraje: funciones y límites</i> | 101 |
| LAURA MARÍA LAMO BLANCO PABLO GÜETE ÁLVAREZ | |
| <i>La constitución del tribunal arbitral: modalidades de constitución y la garantía de imparcialidad e independencia del tribunal arbitral</i> | 111 |
| LAURA LAMO ANABELLA PACHECO | |
| <i>Integración del contradictorio e intervención de otras partes y terceros en el arbitraje nacional</i> | 129 |
| REBECA HERRERA | |
| <i>Anulación del laudo nacional y anulación del laudo internacional</i> | 145 |
| HÉCTOR HERNÁNDEZ SANTIAGO ROMERO | |
| <i>La acción tutela contra decisiones arbitrales en el arbitraje nacional: perspectiva de las Altas Cortes</i> | 163 |
| NATHALIA FRANCS BARRERA | |
| <i>Medidas cautelares en arbitraje nacional e internacional</i> | 175 |
| JUAN SEBASTIÁN ARIAS MARÍA ALEJANDRA PALLARES | |

| | |
|---|------------|
| <i>Generalidades del arbitraje internacional en Colombia.....</i> | <i>193</i> |
| HÉCTOR HERNÁNDEZ BOTERO BLANCA MARÍA BELTRÁN | |
| <i>Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros en Colombia.....</i> | <i>209</i> |
| JULIO CESAR GONZÁLEZ ARANGO ESTEBAN LAGOS-GONZÁLEZ | |
| <i>El abuso del derecho en materia societaria: el papel del arbitraje y la jurisprudencia de la delegatura de procedimientos mercantiles.....</i> | <i>229</i> |
| FELIPE CUBEROS DE LAS CASAS DAVID BELTRÁN DÁVILA | |

Nota de los autores:

Este libro recoge una aproximación de los autores sobre diferentes temas del Estatuto de Arbitraje, Ley 1563 de 2012, tanto desde la perspectiva del arbitraje doméstico como del arbitraje internacional.

Los artículos que componen este libro se han escrito de forma sencilla y de fácil comprensión para aquellos que inician el estudio de las materias que aquí son abordadas. Lo anterior, por supuesto, sin renunciar al rigor necesario desde la perspectiva jurídica de una institución tan importante en el mundo del derecho como lo es el arbitraje.

En esta obra, los autores abordan diversos temas relacionados con el arbitraje que van desde su génesis y la importancia del pacto arbitral a temas como la intervención de terceros, el recurso de anulación del laudo, las medidas cautelares, el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros en Colombia y el arbitraje en materia societaria, entre otros. En fin, los autores buscan que los lectores tengan una visión integral de esta institución jurídica, entendiendo que la mayoría de los destinatarios de estos artículos son estudiantes universitarios de derecho con un especial interés en el mundo del arbitraje.

Los comentarios y consideraciones realizados por los autores no pretenden pontificar o ser la única verdad sobre las materias objeto de estudio. En cambio, su vocación es la de invitar a la reflexión y al estudio riguroso de esta interesante área del derecho. Los autores esperan que este libro cumpla el propósito de generar gran interés por la materia y sirva como herramienta de estudio y conocimiento.

Principio de voluntariedad o habilitación

SANTIAGO CRUZ^{1*}

FELIPE GONZÁLEZ^{2**}

En reiterada jurisprudencia³, el Consejo de Estado, la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia (las “Altas Cortes”) han sostenido que el *principio de voluntariedad o habilitación* rige y es una característica esencial de la justicia arbitral⁴. En el presente capítulo se estudiará el sustento constitucional y legal de este principio, así como su concepto, características, y límites.

^{1*} Asociado principal del equipo de Resolución de Conflictos de Philippi Prietocarrizosa Ferrero Du & Uría. Su ejercicio profesional se centra en arbitraje internacional y doméstico, los litigios y los mecanismos alternativos de resolución de disputas. Tiene experiencia en asuntos relativos a ingeniería y construcción, petróleo y gas, minería, venta y distribución de mercaderías y tecnología y redes sociales, entre otros. Ha participado en arbitrajes comerciales como abogado de parte, árbitro y secretario bajo reglamentos de diferentes instituciones arbitrales, incluyendo la CCI y el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Es árbitro de los centros de arbitraje de la Superintendencia de Sociedades y de la Cámara de Comercio de Cali, así como secretario del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá.

^{2**} Asociado del equipo de Resolución de Conflictos de Philippi Prietocarrizosa Ferrero Du & Uría. Su ejercicio profesional se centra en litigios, arbitrajes y mecanismos alternativos de resolución de conflictos. Miembro del Colegio de Abogados Rosaristas. Ha ejercido como monitor académico para las asignaturas de Derecho Procesal Civil Especial y Contratos Civiles y Mercantiles.

³ La jurisprudencia uniforme ha establecido las siguientes como características de la justicia arbitral: (a) es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, (b) es una institución de orden procesal, (c) es temporal, (d) es un mecanismo excepcional y (e) se rige por el principio de voluntariedad o habilitación. Véase sentencias de la Corte Constitucional C-170 de 2014, MP. Alberto Rojas Ríos, C-330 de 2000, MP. Carlos Gaviria Díaz y, del Consejo de Estado, Sentencia del 20 de noviembre de 2020, Radicado 65494, CP. José Roberto Sáchica Méndez, entre otras.

⁴ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-466 del 29 de octubre de 2020. Magistrada ponente: Cristina Pardo Schlesinger.

1. SUSTENTO CONSTITUCIONAL Y LEGAL

El principio de habilitación tiene reconocimiento constitucional expreso. El artículo 116 de la Constitución Política de Colombia⁵ establece como regla general que las Altas Cortes, tribunales y jueces, entre otros, administran justicia. No obstante, se incluyen dos excepciones: la primera, cuando por atribución legal determinadas autoridades administrativas ejercen funciones jurisdiccionales en materias precisas o cuando particulares son investidos como jurados (en causas criminales) o conciliadores y, la segunda, como consecuencia de una *habilitación* de las partes en conflicto, al investir a particulares como administradores de justicia, designados como árbitros en una controversia particular. Por lo anterior, el reconocimiento constitucional del principio de voluntariedad conlleva consecuencias determinantes en la debida aplicación e interpretación del régimen normativo del arbitraje, en cuanto su vulneración puede resultar directa o indirectamente inconstitucional.

Por su parte, el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional (Ley 1563 de 2012, en adelante “Estatuto de Arbitraje”) establece en el artículo primero la definición, modalidades y principios del arbitraje como aquel “mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice”⁶. De esta forma, la ley expresamente dispone que sean las partes quienes previamente habiliten a los árbitros el conocimiento de una controversia, como si se tratase de un elemento esencial del pacto arbitral.

2. CONCEPTO

Si bien el principio de habilitación goza de reconocimiento constitucional y legal, ninguna norma lo define. De hecho, ha sido la jurisprudencia de las Altas Cortes la que lo ha conceptualizado y dotado de contenido.

Por una parte, la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el principio de habilitación tanto en ejercicio de control constitucional como de tutela. En primer lugar, ha afirmado que la habilitación “implica la suscripción voluntaria de un contrato o negocio jurídico, por medio del cual las

⁵ Artículo 116, Constitución Política de Colombia. *Gaceta Constitucional*. N° 116. (1991).

⁶ Ley 1563, 12 de julio de 2012, por el cual se expide Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial*, 48, 489.

partes renuncian a la jurisdicción ordinaria y acuerdan someter la solución de cuestiones litigiosas [...] a la decisión de árbitros”⁷. En el mismo sentido, ha establecido en Sentencia C-098/01 que la habilitación es la decisión autónoma y voluntaria de extraer las controversias del conocimiento de los jueces del Estado, a favor de particulares que asumen la competencia, para dar solución a las diferencias⁸. Es decir, la habilitación es “la determinación voluntaria de acudir a una forma alternativa de resolver conflictos”⁹. Y, por último, como juez de tutela, en Sentencia SU-174/07¹⁰, la Corte afirmó que es en virtud de este principio que las partes acuerdan la intención de llegar a una decisión justa, pronta y sin formalismos innecesarios.

Por otra parte, el Consejo de Estado también ha conceptualizado el principio de habilitación. Como juez de anulación, esta corporación ha afirmado que en virtud de este principio “son las partes quienes, en ejercicio de la autonomía dispositiva, otorgan la competencia a un juez arbitral para resolver las controversias”¹¹. Asimismo, en Sentencia del 20 de noviembre de 2020¹², el Consejo de Estado consideró que la voluntariedad es lo que determina el carácter convencional que se le ha reconocido al arbitramento, toda vez que las partes pueden definir las materias, reglas y asuntos sobre los cuales se pronunciarán los árbitros, según lo expresado en el pacto arbitral. Por lo tanto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido que, en virtud del principio de voluntariedad, los árbitros tienen competencia excepcional y transitoria de conocer una determinada controversia, ya que se encuentran habilitados por una *convención* de las partes denominada pacto arbitral.

De lo anterior se concluye que el principio de habilitación parte de la libertad contractual y la autonomía privada, en virtud de las cuales las partes celebran un negocio jurídico llamado pacto arbitral, bajo el cual acuerdan

⁷ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-163 del 17 de marzo de 1999. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.

⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-098 del 31 de enero de 2001. Magistrada ponente: Martha Victoria Sáchica Méndez.

⁹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-961 del 22 de noviembre de 2006. Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.

¹⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-174 del 14 de marzo de 2007. Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinoza.

¹¹ Consejo de Estado. Sentencia del 18 de diciembre de 2020. Expediente 62573. Magistrado ponente: Nicolás Yepes Corrales.

¹² Consejo de Estado. Sentencia del 20 de noviembre de 2020. Expediente 65494. Consejero ponente: José Roberto Sáchica Méndez.

dar competencia excepcional y transitoria a los árbitros para solucionar sus controversias, por lo cual sustraen la competencia de la justicia estatal.

3. CARACTERÍSTICAS DEL PRINCIPIO DE HABILITACIÓN

El principio de voluntariedad se caracteriza por (i) tener reconocimiento constitucional, (ii) ser intrínseco al arbitraje, (iii) habilitar la competencia de los árbitros (iv) de forma transitoria, (v) al materializarse en el pacto arbitral, (vi) en ejercicio de quienes ostentan la posición jurídica de parte, (vii) posibilita la regulación de la formación y procedimiento del tribunal, (viii) sin ser absoluto.

3.1. *Tiene sustento-reconocimiento constitucional*

Como se expuso, bajo la Constitución Política es permitido que las partes habiliten a particulares para que ejerzan la función de administrar justicia de forma excepcional y transitoria.

En desarrollo de lo anterior, en varios pronunciamientos la Corte Constitucional ha considerado que el reconocimiento constitucional del principio de habilitación es trascendental. En primer lugar, reiteradamente la jurisprudencia ha reconocido que el principio es en sí mismo una característica propia de la justicia arbitral¹³. Por otro lado, la Corte ha considerado que la habilitación “ha sido uno de los ejes cardinales de la doctrina constitucional sobre el arbitramento”¹⁴. En tercer lugar, también ha afirmado que dicho principio es un imperativo para la procedencia del arbitraje y que, además, materializa el régimen participativo y democrático que busca la Constitución¹⁵. Siendo así, desde una perspectiva constitucional, este principio es tanto una base como un requisito para la procedencia del arbitraje, por ser intrínseco a esa institución y por estar relacionado con la satisfacción del marco democrático y participativo determinado en el preámbulo y los artículos primero y segundo de la Constitución.

En sentido similar se pronunció recientemente el Consejo de Estado al conocer el recurso de anulación del laudo arbitral entre Inversiones Hernán-

¹³ Sentencia C-466 del 29 de octubre de 2020 (véase N.º 4).

¹⁴ Sentencia SU-174 del 14 de marzo de 2007 (véase N.º 10).

¹⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-170 del 19 de marzo de 2014. Magistrado ponente: Alberto Rojas.

dez y otros en contra de la Cooperativa de Transportes del César y La Guajira (Cootracegua) y la Superintendencia de Puertos y Transporte. En el caso concreto, el Consejo de Estado consideró que el “constituyente reconoce bajo criterios de modernidad y confianza, la capacidad de las partes comprometidas en un conflicto, de inscribir la resolución de sus disputas al conocimiento de los árbitros”¹⁶ y, habiendo encontrado probado que la Superintendencia de Puertos y Transporte nunca se adhirió al pacto arbitral, la corporación encontró que no se habilitó la competencia del Tribunal y, consecuentemente, declaró la nulidad del laudo, por configurarse la causal de falta de jurisdicción o de competencia. De esta forma, el Consejo de Estado ha considerado el rango legal y constitucional del principio de habilitación en el conocimiento de recursos extraordinarios de anulación contra laudos arbitrales acusados de haberse proferido en inobservancia de dicho principio.

3.2. Es intrínseco y esencial al arbitraje

El principio de habilitación es intrínseco y esencial al arbitraje. Por un lado, la Corte Constitucional ha entendido que la voluntad de las partes es el elemento esencial que sirve de base para la implementación del arbitraje. Ha concluido la Corte Constitucional, al pronunciarse sobre la constitucionalidad de la norma legal que establecía que las cláusulas compromisorias que se incluyeran en los contratos de estabilidad jurídica para inversionistas en Colombia debían regirse exclusivamente por leyes colombianas, que el fundamento del arbitraje es la voluntad libre de las partes de acudir a los árbitros, en cuanto es el acuerdo de aquellas lo que habilita a estos para actuar, por lo cual no puede haber arbitraje obligatorio¹⁷. En el caso en concreto, se declaró la exequibilidad del artículo 7 de la Ley 963 de 2005, ya que no se inobservó el principio de habilitación por ser facultativo a las partes la inclusión o no de la cláusula compromisoria, siendo lo legalmente obligatorio que, incluida la cláusula, se sometiese el tribunal a la regulación de las leyes colombianas. En ese sentido, ha afirmado la Corte en otras providencias que la voluntad de las partes es un elemento medular del sistema de arbitramento¹⁸ e, incluso, un

¹⁶ Sentencia del 20 de noviembre de 2020. Expediente 65494 (véase N.º 12).

¹⁷ Sentencia C-961 del 22 de noviembre de 2006 (véase N.º 9).

¹⁸ Sentencia C-170 del 19 de marzo de 2014 (véase N.º 15).

presupuesto imperativo¹⁹, toda vez que “la fuente de las funciones jurisdiccionales de los árbitros no es un acto del Estado [...] sino un contrato o acuerdo de voluntades entre las partes en disputa, mediante el cual han *habilitado* a los árbitros”²⁰. La jurisprudencia de la Corte Constitucional permite concluir que la mera voluntad de las partes de *habilitar* a los árbitros es suficiente para que el arbitraje tenga aplicación y relevancia jurídica.

Por otro lado, el Consejo de Estado ha entendido que los conceptos de *voluntad* y *habilitación* están sometidos a una relación *causa-efecto* que explica el arbitraje, toda vez que componen la esencia de esta institución jurídica²¹. Bajo esta interpretación, el principio de *habilitación* supone “que la competencia de los árbitros para impartir justicia surge en virtud de un acuerdo de voluntades previo y libre entre las partes, en el sentido de sustraer la resolución de su controversia del sistema ordinario de administración de justicia”²². Debido a esto, la jurisprudencia y la doctrina hacen referencia a la *voluntad* y la *habilitación* indistintamente, en cuanto lo esencial e intrínseco es la voluntad en sí misma de extraer la competencia del juez estatal, en beneficio de la *habilitación* a favor de los particulares –árbitros– que, de forma transicional y excepcional, ejercen la función de administrar justicia.

3.3. Habilita la competencia de los árbitros para el caso concreto

La *habilitación* determina el marco que limita la competencia de los árbitros dentro del caso en concreto. En palabras de la Corte Constitucional, “es la voluntad de las partes en conflicto, potencial o actual, la que *habilita* a los árbitros para actuar”²³, con los mismos “deberes, poderes, facultades

¹⁹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-572A del 04 de julio de 2014. Magistrado ponente: Mauricio González Cuervo.

²⁰ Sentencia SU-174 del 14 de marzo de 2007 (véase N.º 10).

²¹ Sentencia del 20 de noviembre de 2020. Expediente 65494 (véase N.º 12).

²² Consejo de Estado. Sentencia del 18 de diciembre de 2020. Expediente 64270. Consejero ponente: Nicolás Yepes Corrales.

²³ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-294 del 06 de julio de 1995. Magistrado ponente: Jorge Arango Mejía.

y responsabilidades²⁴ del juez estatal. Es decir, los árbitros acceden a la función de administrar justicia únicamente por y en el marco de la habilitación de las partes²⁵, haciéndose esta imprescindible para la correcta formación de los presupuestos procesales de jurisdicción y competencia, en materia de arbitraje, y diferenciándose, así, de otras formas de administración de justicia, toda vez que “la fuente de la función judicial del árbitro no es un acto del Estado, sino un acuerdo de voluntades entre las partes”²⁶.

De manera que la observancia del principio supone la competencia de los árbitros y no la de los centros de arbitraje. La Corte Constitucional ha considerado que las funciones de los centros de arbitraje solo pueden ser de naturaleza administrativa, en cuanto “no pueden ser habilitados por la ley para tomar decisiones judiciales indisolublemente ligadas a la suerte del proceso arbitral”²⁷. En el caso de esta misma sentencia, las normas acusadas otorgaban funciones de carácter judicial a los centros de arbitraje en las etapas iniciales del proceso arbitral como, por ejemplo, en la determinación por el centro de arbitraje “sobre la admisión de la demanda, su traslado, la posibilidad de reconvenición, así como citar a la audiencia de conciliación”²⁸. La Corte concluyó que “la concesión de esas funciones judiciales al centro de arbitramento desconoce el principio de habilitación”²⁹ y declaró la inexecutable de algunos artículos de la Ley 446 de 1998.

Esta característica no significa que el principio de *kompetenz-kompetenz* sea sinónimo del principio de habilitación. El principio de competencia-competencia en materia de arbitraje se encuentra positivizado en el Estatuto Arbitral, en virtud del cual es el mismo tribunal quien decide sobre su propia competencia³⁰. No obstante, la habilitación de las partes limita esa libertad del tribunal de determinar su competencia. Así lo ha entendido el Consejo de Estado³¹ al decidir sobre la anteriormente referenciada anulación del laudo dentro del

²⁴ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-242 del 20 de mayo de 1997. Magistrado ponente: Hernando Herrera Vergara.

²⁵ Sentencia C-961 del 22 de noviembre de 2006 (véase N.º 9)

²⁶ Sentencia C-572A del 04 de julio de 2014 (Véase N.º 19).

²⁷ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1038 del 28 de noviembre de 2002. Magistrado ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

²⁸ *Ibíd.*

²⁹ *Ibíd.*

³⁰ Artículo 29, Ley 1563, 12 de julio de 2012.

³¹ Sentencia del 20 de noviembre de 2020. Expediente 65494 (véase N.º 12).

tribunal arbitral de Inversiones Hernández Daza y otros en contra de Cootracegua y la Superintendencia de Puertos y Transporte. En efecto, el Consejo de Estado encontró que la Superintendencia interpuso recurso de reposición contra el auto que asumía la competencia del tribunal arbitral y ordenaba su vinculación oficiosa, mientras que la providencia confirmatoria no dio valor alguno a la manifestación de no adherencia al pacto arbitral. Así las cosas, el Consejo de Estado consideró que el tribunal no quedó *a merced de su capricho* al momento de decidir sobre su competencia, sino a los límites que establece el principio de voluntariedad, y no podía “por la vía de la integración oficiosa del contradictorio”³² subsanar o suplir la habilitación de los convocados de oficio.

Concordantemente, “al hablar de competencia en materia arbitral es necesario hacer referencia al principio de habilitación o voluntariedad, en virtud del cual son las partes quienes, en ejercicio de la autonomía dispositiva, otorgan competencia a un juez arbitral”³³. En efecto, la competencia de los árbitros debe ejercerse en el marco y alcance del acuerdo de las partes, so pena de que se configure un vicio en la decisión arbitral³⁴. Así, el Consejo de Estado ha concluido que el indebido ejercicio de la competencia por la vulneración al principio de habilitación conduce “de forma ineludible a configurar la segunda causal de anulación”³⁵, por falta de jurisdicción o competencia.

3.4. La habilitación es transitoria

El artículo 116 de la Constitución establece que la administración de justicia ejercida por los particulares como árbitros habilitados por las partes es de carácter transitoria. Por lo tanto, según la Corte

³² *Ibíd.*

³³ Consejo de Estado. Sentencia del 18 de diciembre de 2020. Expediente 62573. En el mismo sentido véase: Consejo de Estado. Sentencia del 18 de diciembre de 2020. Expediente 64270.

³⁴ Consejo de Estado. Sentencia del 27 de febrero de 2020. Expediente 60714. Concejera ponente: María Adriana Marín.

³⁵ Sentencia del 18 de diciembre de 2020. Expediente 64270 (véase N.º 22).

Constitucional, la habilitación está “claramente demarcada en el tiempo”³⁶, entendiéndose que una vez se resuelve el conflicto (al quedar ejecutoriado el laudo final, o su respectiva aclaración, adición o corrección) desaparecen la razón de la habilitación³⁷ y, en consecuencia, la competencia de los árbitros.

Esta característica significa que los árbitros son investidos por la voluntad de las partes para resolver una controversia en particular, sea presente o futura, pero, una vez se dé solución al conflicto, los particulares árbitros dejan de estar investidos como administradores de justicia.

3.5. Se materializa en el pacto arbitral

La jurisprudencia también ha identificado que el pacto arbitral es una de las manifestaciones más relevantes y trascendentes del principio de habilitación. En reiterados controles de constitucionalidad, la Corte Constitucional ha afirmado que la voluntad “debe darse a través de un acuerdo interpartes de escoger el mecanismo de arbitramento como el instrumento adecuado y competente para resolver sus diferencias”³⁸. Es decir, la voluntad se materializa en el pacto arbitral, siendo este “el negocio jurídico en virtud del cual las partes someten o se obligan a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas”³⁹. A la misma conclusión ha llegado el Consejo de Estado al afirmar que el arbitraje tiene como punto de partida la existencia del pacto arbitral, siendo este donde se encuentra el alcance de la habilitación de las partes⁴⁰. Así, la relación entre pacto y principio de voluntariedad es trascendental, toda vez que aquel es el acuerdo de voluntades en donde este se materializa.

En este punto es relevante hacer mención del artículo 3 del Estatuto Arbitral en cuanto la norma da a algunas conductas pasivas de las partes efectos similares a los de la celebración de un pacto arbitral, tal y como se explica en la siguiente subsección.

³⁶ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-378 del 23 de abril de 2008. Magistrado ponente: Huberto Antonio Sierra Porto.

³⁷ Sentencia SU-174 del 14 de marzo de 2007 (véase N.º 10).

³⁸ Sentencia C-242 del 20 de mayo de 1997 (Véase N.º 24).

³⁹ Artículo 3, Ley 1563, 12 de julio de 2012.

⁴⁰ Sentencia del 20 de noviembre de 2020. Expediente 65494 (Véase N.º 12).

3.5.1. ¿Es el párrafo del artículo 3 de la Ley 1563 de 2012 una excepción al principio de habilitación?

El párrafo del artículo 3 del Estatuto Arbitral⁴¹ establece:

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.

El Consejo de Estado ha entendido que esta disposición no es una excepción al principio de habilitación, “en tanto que la norma habilita la posibilidad de manifestar de forma expresa el rechazo al pacto arbitral”⁴². La consecuencia jurídica para la parte que guarda silencio es la voluntad de reconocer la existencia del pacto arbitral. Esta es una manifestación de la libre configuración legislativa, en cuanto la ley optó por dar efectos a una conducta meramente procesal en procura de dar vía libre al arbitraje sin imponer excesivos requisitos en la conformación del tribunal.

3.6. *Se ejerce por quienes ostentan la posición jurídica de parte*

La norma constitucional requiere que la habilitación sea de “las partes”⁴³. Por lo tanto, es de gran importancia determinar quiénes ostentan esa posición jurídica, para así definir “quiénes son los llamados a expresar su voluntad de adherir el pacto y, a la vez, son quienes habilitan la institución arbitral”.⁴⁴ En efecto, no todo aquel que intervenga o pueda llegar a intervenir en el proceso arbitral es parte y, por lo tanto, no necesariamente se requiere su consentimiento sobre el pacto arbitral para la válida formación del tribunal arbitral.

La Corte Constitucional ha reconocido que es parte no solo quien asume la calidad de demandante o demandado, “sino también quien se vincula al proceso de manera sobreviniente en razón de la naturaleza de la relación jurídico sustancial”⁴⁵. Si bien este pronunciamiento

⁴¹ Artículo 3, Ley 1563, 12 de julio de 2012.

⁴² Sentencia del 18 de diciembre de 2020. Expediente 62573. (Véase n. 10) En el mismo sentido: Sentencia del 18 de diciembre de 2020. Expediente 64270 (véase N.º 22).

⁴³ Artículo 116, Constitución Política de Colombia.

⁴⁴ Sentencia del 20 de noviembre de 2020. Expediente 65494 (véase N.º 12).

⁴⁵ Sentencia C-170 del 19 de marzo de 2014 (véase N.º 15).

resulta relevante para exigir la habilitación de los litisconsortes necesarios de quienes acuden al proceso arbitral, no puede extenderse al mero interés o afectación que puedan tener terceros en la decisión arbitral. A continuación se hace una breve referencia a la integración del contradictorio y la intervención de terceros.

3.6.1. Aplicación del principio de habilitación en la integración del litisconsorte necesario (artículo 36 de la Ley 1563 de 2012)

La integración del litisconsorte necesario en el arbitraje requiere una habilitación de este a favor de los árbitros. El litisconsorte necesario se diferencia del tercero en cuanto el litisconsorte necesario, por su relación jurídica con las partes que habilitan, debe necesariamente comparecer al proceso, para que los árbitros puedan resolver de manera uniforme el asunto que conocen, mientras que la intervención del tercero no es fundamental para la decisión de fondo. La integración del litisconsorte necesario está supeditada a la condición de *parte* que ostenta en la controversia, por su relación jurídico-sustancial con los demás sujetos procesales.

La integración del litisconsorte necesario es diferente en el proceso arbitral al trámite que se adelanta en procesos judiciales. El Consejo de Estado ha considerado que, mientras en el proceso ante el juez estatal el litisconsorte necesario se integra mediante su notificación (y su consecuente vinculación a los efectos de la sentencia), en el proceso arbitral, en virtud del principio de voluntariedad, “solo aquel litisconsorte necesario que, no siendo parte del pacto arbitral, adhiera a este, puede quedar vinculado al proceso y con ello, permite mantener la jurisdicción del tribunal arbitral, pues de no hacerlo, esta cesa”⁴⁶. Así pues, en observancia del principio de habilitación, la integración del litisconsorte necesario en el proceso arbitral supone que este –también– habilite a los árbitros, pues, de no hacerlo, la competencia de estos cesa y las partes quedan en libertad de acudir a la justicia estatal. De tal manera que la adhesión por parte del litisconsorte necesario al pacto arbitral es un presupuesto *sine qua non* del arbitraje⁴⁷, ya que este no puede recibir el tratamiento de un tercero al momento de intervenir en el proceso.

⁴⁶ Sentencia del 20 de noviembre de 2020. Expediente 65494 (véase N.º 12).

⁴⁷ *Ibíd.*

3.6.2. Aplicación del principio de habilitación en la intervención de terceros dentro del proceso arbitral (artículo 37 de la Ley 1563 de 2012)

Caso distinto es la intervención de terceros en el proceso arbitral. En suma, el principio de habilitación se caracteriza por exigir que sean *las partes* quienes voluntariamente sometan sus conflictos a la competencia de los árbitros. A *contrario sensu*, a aquellas personas que no ostentan la posición jurídica de parte no se les requiere que habiliten el conocimiento de los árbitros.

En principio, cualquier tercero con interés en el litigio puede intervenir en el proceso judicial. Las partes, al momento de habilitar la competencia de los árbitros, también habilitan que cualquier tercero intervenga en los términos que determine la ley para hacer valer sus intereses y hacerse escuchar en la resolución del conflicto. Sobre el asunto, en la Sentencia C-163/99, la Corte Constitucional expresó que “las partes facultan expresa o tácitamente la intervención de terceros en el proceso, pues el principal objetivo de la instalación del tribunal de arbitramento y de la intención plasmada en el acuerdo es resolver el litigio”⁴⁸.

No obstante, aquella habilitación –expresa o tácita– a favor de terceros no significa que estos deban obligatoriamente adherirse al pacto arbitral. Su comparecencia, al no ser esencial para la solución de la controversia, no impide la expedición del laudo final. En la misma sentencia la Corte Constitucional encontró razonable que a quienes no sean parte no se les exija renunciar a la justicia ordinaria, así como que “tampoco se debe permitir a los terceros bloquear la continuación del proceso arbitral”⁴⁹. En ese sentido, el tercero se ve en la opción de intervenir o no en el arbitraje, sin necesidad de adherirse al pacto arbitral toda vez que, si el laudo final no lo puede vincular sustancialmente, tampoco se le impide acudir a la justicia estatal para hacer valer sus intereses o derechos. En efecto, “lo que realmente vulneraría el principio de voluntariedad de la jurisdicción arbitral, sería permitirle al tercero que desconozca la manifestación de dos voluntades autónomas para acudir a árbitros y no a jueces de la República”⁵⁰.

⁴⁸ Sentencia C-163 del 17 de marzo de 1999 (véase N.º 7).

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ Sentencia C-170 del 19 de marzo de 2014 (véase N.º 15).

No obstante, aquella persona que ha garantizado el cumplimiento de obligaciones cuya fuente es un contrato que contiene un pacto arbitral sí queda vinculada a los efectos de este por ministerio de la ley. Pues bien, la Corte Constitucional estudió la constitucionalidad del párrafo primero del artículo 37 del Estatuto Arbitral al resolver la declaración de su exequibilidad en cuanto consideró que el tercero conoce el pacto arbitral al momento de garantizar las obligaciones del contrato, toda vez que “es la voluntad de las partes la que debe obrar como requisito constitucional para ello, y no la voluntad de un tercero”⁵¹. Por lo tanto, en el caso de llamados en garantía, la habilitación se hace por ministerio de la ley, pero con fundamento en un pacto arbitral previo y conocido por el tercero vinculado a los efectos de dicha habilitación.

3.7. Posibilita la regulación de la formación y procedimiento del tribunal

Las partes también pueden acordar cuáles controversias someterán al arbitraje, las características del tribunal, la designación de los árbitros e, incluso, el procedimiento a llevar⁵² siempre y cuando la estipulación de las normas de formación y del procedimiento arbitral no contravenga alguna de las disposiciones del Estatuto Arbitral⁵³. Pues bien, aquellas disposiciones que no son de contenido imperativo pueden ser objeto de una libre determinación por las partes, en ejercicio del principio de habilitación que caracteriza la justicia arbitral.

3.8. No es absoluto: tiene límites

La habilitación que las partes voluntariamente pueden hacer a favor de particulares para que administren justicia de forma excepcional y transitoria, investidos como árbitros, debe ajustarse a los límites determinados por (a) el legislador, en ejercicio de su libertad de configuración, (b) los principios y normas y reglas constitucionales, (c) los asuntos

⁵¹ *Ibíd.*

⁵² *Ibíd.*

⁵³ Consejo de Estado. Sentencia del 13 de abril de 2015. Expediente 52556. Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio.

arbitrables, (d) los sujetos que pueden ejercer dicha habilitación, (e) la temporalidad y (f) la causahabencia.

3.8.1. Libertad de configuración del legislador

La facultad de libre configuración normativa del legislador tiene aplicación en la administración de justicia en general y en el principio de habilitación de forma particular. Así, de acuerdo con la Sentencia C-330/00, el legislador no está impedido a regular en materia arbitral, toda vez que, si bien es cierto que el acceso a esta institución es voluntario, está vinculado a la función de administración de justicia, en los términos que determine la ley⁵⁴. Según esta corporación, “el legislador está facultado para establecer límites al poder habilitante de las partes”⁵⁵. Por ejemplo, la ley puede limitar los asuntos que son arbitrables, pues el Estado está facultado para reservarse para sí mismo la resolución de determinadas cuestiones⁵⁶, así como el hecho de establecer requisitos y etapas para habilitar o acudir a arbitraje e, incluso, adoptar normas supletivas que tengan en cuenta la voluntad de las partes⁵⁷. Por último, también *puede* (y tiene el deber) de fijar un límite temporal a la actividad de los árbitros⁵⁸. Siendo así, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido reiterada en reconocer que el principio de habilitación debe ser regulado y limitado por parte del legislador, en ejercicio de su libertad de configuración del proceso arbitral.

No obstante, dicha facultad legislativa tampoco es absoluta. La Corte Constitucional ha determinado cuatro criterios para identificar si el legislador ha excedido o no los límites de su facultad⁵⁹, a saber: (1) la norma atiende principios de justicia e igualdad, (2) la norma garantiza la vigencia de los derechos fundamentales, (3) la norma acata los principios de razonabilidad y proporcionalidad de las formas y (4) la norma garantiza la primacía del derecho sustancial.

⁵⁴ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-330 del 22 de marzo de 2000. Magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz.

⁵⁵ Sentencia C-098 del 31 de enero de 2001 (véase N.º 8).

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ Sentencia C-378 del 23 de abril de 2008 (véase N.º 36).

⁵⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-330 del 09 de mayo de 2012. Magistrado ponente: Humberto Sierra Porto.

⁵⁹ Sentencia C-572A del 04 de julio de 2014 (véase N.º 19).

3.8.2. Principios, normas y reglas constitucionales

La habilitación de las partes debe siempre atender el orden constitucional. En palabras de la Corte Constitucional (Sentencia C-242/97, 1997), “los particulares podrán fijar de común acuerdo sus propias reglas [...] siempre y cuando se ajusten a los parámetros establecidos constitucional y legalmente”⁶⁰, toda vez que “el artículo 116 de la Carta ha de interpretarse en armonía con el artículo 29”⁶¹. En efecto, el reconocimiento constitucional del principio de habilitación no puede usarse como argumento para inobservar o vulnerar otras disposiciones constitucionales.

3.8.3. Arbitrabilidad objetiva (*ratione materiae*): en cuanto a los asuntos

El principio de habilitación se encuentra limitado en cuanto a los asuntos que las partes pueden someter al conocimiento y competencia de los árbitros. Solo aquellas materias transigibles, “es decir, los derechos y bienes patrimoniales respecto de los cuales sus titulares tienen capacidad legal de disposición”⁶², y los derechos que la ley expresamente autorice son arbitrables. Este límite es conocido por la doctrina y la jurisprudencia como *arbitrabilidad objetiva* o *ratione materie*.

A contrario sensu, en Sentencia C-1436/00, la Corte Constitucional estableció que las partes no pueden habilitar a los árbitros para resolver asuntos de orden público o que afecten la soberanía nacional, por estar naturalmente reservados al conocimiento de la jurisdicción estatal⁶³. El estado civil y las cuestiones relacionadas con derechos de incapaces o derechos mínimos de los trabajadores, por ejemplo, tampoco son transigibles⁶⁴. Asimismo, por regla general⁶⁵ los árbitros no pueden

⁶⁰ Sentencia C-242 del 20 de mayo de 1997 (véase N.º 24).

⁶¹ Sentencia C-961 del 22 de noviembre de 2006 (véase N.º 9).

⁶² Sentencia C-098 del 31 de enero de 2001 (véase N.º 8).

⁶³ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1436 del 25 de octubre de 2000. Magistrado ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

⁶⁴ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-443 del 08 de mayo de 2008. Magistrado ponente: Mauricio González Cuervo.

⁶⁵ Al respecto, ha considerado la Corte Constitucional 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, puesto que no se estarían pronunciando sobre asuntos reservados a la órbita exclusiva de la jurisdicción estatal” (Sentencia SU-174/07).

asumir el conocimiento sobre la nulidad de actos administrativos, como tampoco el estudio del ejercicio de las facultades excepcionales de los contratos administrativos de los cuales es titular la entidad contratante⁶⁶. La limitación al principio en atención a los asuntos que pueden ser sometidos a arbitraje, por lo tanto, resulta razonable: si es la voluntad de las partes el elemento esencial para activar el arbitraje, los asuntos en los cual recaiga tal acto dispositivo deben estar dentro del margen de autonomía de quienes realizan dicha habilitación.

3.8.4. Arbitrabilidad subjetiva (*ratione materiae*): en cuanto a la persona

El principio de habilitación también se encuentra limitado en cuanto a las personas que pueden acudir al arbitraje. Bajo la regulación actual, las personas, naturales o jurídicas, de derecho privado o público, extranjeras o nacionales, con capacidad de disposición respecto de sus derechos transigibles, pueden acudir al arbitraje. Dice la Corte Constitucional lo siguiente: “el arbitramento es un mecanismo abierto, en general, a todas las personas que siempre que cuenten con capacidad dispositiva”⁶⁷. Lo anterior no impediría que bajo determinadas circunstancias pueda la ley establecer limitaciones a quiénes pueden acudir al arbitraje.

3.8.5. Temporalidad

La competencia que ejercen los árbitros para administrar justicia es transitoria. La habilitación que hacen las partes con la finalidad de acudir al arbitraje no es permanente, produce efectos desde la activación por las partes de la función de administración de justicia hasta la solución de las controversias. El principio, ha considerado la Corte Constitucional, está limitado a “la temporalidad de la actividad de los particulares como administradores de justicia”⁶⁸.

⁶⁶ Sentencia SU-174 del 14 de marzo de 2007 (véase N.º 10).

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ Sentencia C-098 del 31 de enero de 2001 (véase N.º 8).

3.8.6. Causahabiciencia

La Corte Suprema de Justicia ha adoptado una posición reiterada y pacífica sobre la prevalencia de la causahabiciencia sobre el principio de habilitación. En efecto, en varias sentencias de tutela, la Corte Suprema de Justicia ha conocido controversias donde una de las partes pretende la protección de los derechos fundamentales al debido proceso y al de acceso a la administración de justicia, al alegar su vulneración cuando los jueces ordinarios declaran probada la excepción previa de cláusula compromisoria, porque encuentran que el causante de los demandantes había habilitado la competencia de los árbitros y que dicha habilitación era oponible a sus herederos (causahabientes). Al respecto, la Corte Suprema de Justicia consideró lo siguiente:

[...] la causahabiciencia 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 cesionarios a ella. [...] no se requiere que el accionista hereditario pacte una cláusula compromisoria que ya su causante había aceptado al momento de la celebración del contrato.⁶⁹

No obstante, este límite no es una excepción al principio de voluntariedad, en tanto que constituye una inequívoca, expresa, autónoma e informada habilitación satisfecha por el anterior titular de la capacidad dispositiva del asunto transigible, pero cuya legitimidad ha recaído en su causahabiente.

En conclusión, el principio de habilitación se encuentra limitado por cuestiones constitucionales, legales y jurisprudenciales.

4. VICIO EN LA VOLUNTAD DE ACUDIR AL ARBITRAJE

La Corte Constitucional ha afirmado que “cualquier circunstancia que vicie la voluntad de las partes de acudir a este mecanismo de resolución de litigios afecta la legitimidad, tanto del tribunal arbitral, como de las decisiones que él adopte”⁷⁰. Esta consideración es lógica y razonable, pues se reitera el carácter intrínseco y esencial que el principio de habilitación tiene en materia arbitral, en cuanto exige que la voluntad de las partes, además de inequívoca, sea libre e informada, toda vez que cualquier vicio en la habilitación afecta también la conformación y el procedimiento del proceso arbitral.

⁶⁹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia STC13214 del 30 de septiembre de 2019. Magistrada ponente: Octavio Augusto Tejeiro Duque.

⁷⁰ Sentencia C-572A del 04 de julio de 2014 (véase N.º 19).

5. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO POR LA CORTE CONSTITUCIONAL PARA DECLARAR LA INEXEQUIBILIDAD DE NORMAS LEGALES

El contenido del principio de habilitación en materia constitucional ha sido determinante en el estudio que la Corte Constitucional ha hecho sobre determinadas normas arbitrales, en cuanto su inobservancia vulnera el orden jurídico constitucional y, consecuentemente, resulta en la declaratoria de inexequibilidad de la norma. Algunas de las decisiones de la Corte más relevantes sobre este principio son las siguientes.

5.1. Obligatoriedad de arbitraje en controversias con empresas de servicios públicos

La Corte estudió si las controversias entre los socios o entre estos y la sociedad, en ejecución de los estatutos sociales, podían ser resueltas por árbitros en virtud de una habilitación *legal*. En este caso, concluyó que estas controversias sí pueden ser resueltas por árbitros, pero en cada caso en concreto debe verificarse la libre y voluntaria habilitación de las partes⁷¹. En consecuencia, el numeral 19.14 del artículo 19 de la Ley 142 de 1994 fue declarado inexequible.

5.2. Obligatoriedad de arbitraje en controversias de contratos de crédito para construcción o adquisición de vivienda

La Corte se pronunció sobre las normas que incluían cláusulas arbitrales en los contratos de crédito para construcción o adquisición de vivienda, en el sentido de considerar que esa habilitación *legal* vulneraba el derecho de acceso a la administración de justicia y el principio de igualdad⁷². En consecuencia, los artículos 35, 36 y 37 de la ley 546 de 1999 fueron declarados inexequibles.

⁷¹ Sentencia C-242 del 20 de mayo de 1997 (véase N.º 24).

⁷² Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1140 del 30 de agosto de 2000. Magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

5.3. *Obligatoriedad de arbitraje en controversias de concesión de televisión*

La Corte declaró inexecutable el inciso tercero del artículo 19 de la Ley 182 de 1995 por encontrar que dicha norma imponía una obligación de acudir al arbitramiento, contraria a la voluntad, temporalidad y excepcionalidad de la justicia arbitral, en una evidente extralimitación de la facultad de configuración del legislador en materia arbitral⁷³.

5.4. *Funciones jurisdiccionales de centros de arbitraje*

La Corte declaró inexecutable los artículos 121 y 122 de la Ley 446 de 1998 al considerar que los autorizados para administrar justicia excepcional y transitoriamente son los árbitros y no los centros de arbitraje⁷⁴. Adicionalmente, consideró que es contrario a la Constitución Política que la ley establezca normas supletivas a la habilitación cuando hay ausencia de voluntad inequívoca de las partes de acudir al arbitraje⁷⁵.

5.5. *Anulación del laudo por nulidad absoluta del pacto arbitral*

La Corte estudió la norma que establecía como causal de anulación del laudo la invalidez absoluta del pacto arbitral. La Corporación encontró que la expresión “absoluta” era inexecutable, toda vez que sí debe poderse cuestionar ante el juez extraordinario los efectos de una habilitación viciada de nulidad relativa⁷⁶. En consecuencia, la Corte declaró inexecutable la expresión *absoluta* del numeral 1 del artículo 41 del Estatuto Arbitral.

Así las cosas, en reiterada jurisprudencia, la Corte Constitucional ha señalado que son contrarias al principio de habilitación las normas que impliquen la siguientes acciones:

1. Impongan a los particulares la obligación de acudir al arbitraje.
2. Exijan a las empresas estatales someter las diferencias contractuales a procesos arbitrales.

⁷³ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-060 del 24 de enero de 2001. Magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz.

⁷⁴ Sentencia C-1038 del 28 de noviembre de 2002 (véase N.º 27).

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ Sentencia C-572A del 04 de julio de 2014 (véase N.º 19).

3. Obliguen a las partes de ciertos contratos incluir la cláusula compromisoria.
4. Atribuyan funciones arbitrales a entidades o individuos que no hayan sido habilitados por las partes⁷⁷.

6. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO PARA DECLARAR LA EXEQUIBILIDAD DE NORMAS LEGALES

Por otro lado, la Corte Constitucional ha declarado la exequibilidad de otras normas respecto de las cuales se han presentado demandas de inconstitucionalidad con base en argumentos de violación al principio de habilitación.

6.1. *Llamamiento en garantía*

La Corte declaró la exequibilidad del párrafo 1 del artículo 37 del Estatuto Arbitral, al considerar que el tercero llamado en garantía está vinculado al proceso arbitral con fundamento en una garantía que recae sobre el objeto de la controversia habilitada por las partes, y no con ocasión a que su participación sea asimilada con la calidad de parte⁷⁸.

6.2. *Arbitraje en conflictos de cooperativas de trabajo*

La Corte declaró la exequibilidad de la norma que permite el arbitramento en materia de cooperativas de trabajo, toda vez que la habilitación es voluntaria y de libre decisión de las partes, que, en caso de no optar por el pacto arbitral, pueden acudir al sistema estatal para hacer valer sus derechos e intereses⁷⁹.

En tal sentido, la Corte ha encontrado que son acordes al principio de habilitación las normas que reconocen el carácter facultativo del arbitraje e, incluso, las que establecen obligatoriedad en acudir al arbitraje cuando, en un ejercicio de ponderación, el principio debe ceder ante bienes jurídicos especialmente protegidos⁸⁰.

⁷⁷ Sentencia C-466 del 29 de octubre de 2020 (véase N.º 4).

⁷⁸ Sentencia C-170 del 19 de marzo de 2014 (véase N.º 15).

⁷⁹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-211 del 01 de marzo de 2000. Magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz.

⁸⁰ Sentencia C-466 del 29 de octubre de 2020. (Véase n. 4)

Referencias

- Consejo de Estado. Sentencia del 13 de abril de 2015. Expediente 52556. Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio.
- Consejo de Estado. Sentencia del 18 de diciembre de 2020. Expediente 62573. Magistrado ponente: Nicolás Yepes Corrales.
- Consejo de Estado. Sentencia del 18 de diciembre de 2020. Expediente 64270. Consejero ponente: Nicolás Yepes Corrales.
- Consejo de Estado. Sentencia del 20 de noviembre de 2020. Expediente 65494. Consejero ponente: José Roberto Sáchica Méndez.
- Consejo de Estado. Sentencia del 27 de febrero de 2020. Expediente 60714. Consejera ponente: María Adriana Marín.
- Constitución Política de Colombia. *Gaceta Constitucional*, N° 116, (1991).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-060 del 24 de enero de 2001. Magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-098 del 31 de enero de 2001. Magistrada ponente: Martha Victoria Sáchica Méndez.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-163 del 17 de marzo de 1999. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-170 del 19 de marzo de 2014. Magistrado ponente: Alberto Rojas.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-211 del 01 de marzo de 2000. Magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-242 del 20 de mayo de 1997. Magistrado ponente: Hernando Herrera Vergara.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-294 del 06 de julio de 1995. Magistrado ponente: Jorge Arango Mejía.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-330 del 09 de mayo de 2012. Magistrado ponente: Humberto Sierra Porto.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-330 del 22 de marzo de 2000. Magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-378 del 23 de abril de 2008. Magistrado ponente: Huberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-466 del 29 de octubre de 2020. Magistrada ponente: Cristina Pardo Schlesinger.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-572A del 04 de julio de 2014. Magistrado ponente: Mauricio González Cuervo.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-961 del 22 de noviembre de 2006. Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1038 del 28 de noviembre de 2002. Magistrado ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1140 del 30 de agosto de 2000. Magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindo.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1436 del 25 de octubre de 2000. Magistrado ponente: Alfredo Beltrán Sierra.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-174 del 14 de marzo de 2007. Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinoza.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-443 del 08 de mayo de 2008. Magistrado ponente: Mauricio González Cuervo.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia STC13214 del 30 de septiembre de 2019. Magistrada ponente: Octavio Augusto Tejeiro Duque.
- Ley 1563, 12 de julio de 2012. Por el cual se expide Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial*, 48, 489.

Pacto arbitral

SANTIAGO CRUZ^{1*}

FELIPE GONZÁLEZ^{2**}

El acuerdo de voluntades de las partes –consistente en sustraer la competencia de la jurisdicción estatal, desplazándola a favor de los árbitros– se expresa, por regla general, en el pacto arbitral. En el presente capítulo, se estudiará la definición y naturaleza jurídica, características, elementos, efectos, requisitos, interpretación y modalidades del pacto arbitral. Por último, se hará referencia al denominado *pacto arbitral facto*.

1. DEFINICIÓN

El pacto arbitral encuentra definición legal en el ordenamiento jurídico colombiano como aquel “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” (Ley 1563 de 2012, “Estatuto Arbitral”)³. Esta definición determina la naturaleza negocial del pacto arbitral y la principal obligación que origina: someter determinadas controversias –presentes o futuras– al arbitraje.

^{1*} Asociado principal del equipo de Resolución de Conflictos de Philippi Prietocarrizosa Ferrero Du & Uría. Su ejercicio profesional se centra en el arbitraje internacional y doméstico, los litigios y los mecanismos alternativos de resolución de disputas. Tiene experiencia en asuntos relativos a ingeniería y construcción, petróleo y gas, minería, venta y distribución de mercaderías y tecnología y redes sociales, entre otros. Ha participado en arbitrajes comerciales como abogado de parte, árbitro y secretario, bajo reglamentos de diferentes instituciones arbitrales, incluyendo la CCI y el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Es árbitro de los centros de arbitraje de la Superintendencia de Sociedades y de la Cámara de Comercio de Cali, así como secretario del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá.

^{2**} Asociado del equipo de Resolución de Conflictos de Philippi Prietocarrizosa Ferrero Du & Uría. Su ejercicio profesional se centra en litigios, arbitrajes y mecanismos alternativos de resolución de conflicto. Miembro del Colegio de Abogados Rosaristas. Ha ejercido como monitor académico para las asignaturas de Derecho Procesal Civil Especial y Contratos Civiles y Mercantiles.

³ Artículo 3, Ley 1563, 12 de julio de 2012. Por el cual se expide Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial*, 48, 489.

2. CARACTERÍSTICAS DEL PACTO ARBITRAL

El pacto arbitral es (i) una manifestación del principio de habilitación, (ii) un negocio jurídico que (iii) tiene por objeto someter controversias a arbitraje, el cual (iv) implica la renuncia de las partes a acudir a la jurisdicción, (v) determina la competencia de los árbitros y, finalmente, (vi) debe ser inequívoco.

2.1. Es una manifestación del principio de voluntariedad o habilitación

En los mismos términos que el capítulo precedente, la relación entre pacto arbitral y principio de habilitación es trascendente, toda vez que aquel es el acuerdo de voluntades donde, en principio, este se materializa. Según la Corte Constitucional, la voluntad (o habilitación) “debe darse a través de un acuerdo interpartes de escoger el mecanismo de arbitramento como el instrumento adecuado y competente para resolver sus diferencias”⁴. Por lo tanto, el pacto arbitral es el medio donde el principio de voluntariedad encuentra su principal manifestación, sin perjuicio de que las partes acuerden sobre asuntos relativos al arbitraje a través de otros mecanismos.

2.2. Es un negocio jurídico

La definición del Estatuto Arbitral señala que el pacto arbitral *es un negocio jurídico*⁵. Legalmente (incluso antes de 2012) el arbitraje ha tenido reconocimiento de naturaleza *contractual* (negocial). El Consejo de Estado ha hecho referencia a la naturaleza jurídica del pacto, con especial énfasis en el origen contractual de la justicia arbitral⁶ y bajo la consideración de que este “debe reunir los requisitos de existencia, validez y eficacia de todo acto jurídico”⁷. En efecto, el Consejo de Estado, como juez de anulación contra el laudo arbitral proferido por el Tribunal constituido para dirimir las controversias entre Pavigas Ltda y la Universidad de Cartagena y el De-

⁴ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-242 del 20 de mayo de 1997. Magistrado ponente: Hernando Herrera Vergara.

⁵ Artículo 3, Ley 1563, 12 de julio de 2012.

⁶ Consejo de Estado. Sentencia del 16 de febrero de 2001. Expediente 18063. Consejero ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros.

⁷ Consejo de Estado. Sentencia del 18 de diciembre de 2020. Expediente 62573. Magistrado ponente: Nicolás Yepes Corrales.

partamento de Casanare, encontró que el departamento no había sido parte del contrato que contenía el pacto arbitral e, incluso, no se adhirió a este posteriormente, por lo cual el negocio jurídico resultaba inoponible a uno de los convocados, configurándose así la causal primera del artículo 41 del Estatuto Arbitral. Consecuentemente, declaró la nulidad del laudo. Es por lo tanto aplicable al pacto arbitral la teoría general del negocio jurídico, toda vez que la deficiencia en su formación puede llegar a constituir la primera de las causales de anulación del laudo arbitral, sobre la inexistencia, invalidez o inoponibilidad del pacto.

En sentido similar, el Consejo de Estado (2021) se pronunció recientemente sobre la nulidad del laudo arbitral proferido por el tribunal constituido para decidir las controversias entre la Unión Temporal Magisalud 2 y la sociedad Fiduciaria La Previsora S. A.⁸ Dentro de ese proceso, el recurrente en anulación alegó que el pacto arbitral se encontraba viciado por invalidez sobreviniente, en cuanto una vez en curso el proceso arbitral, el Consejo de Estado, en un proceso independiente, profirió una decisión donde consideró que las cláusulas patológicas eventualmente son sancionadas con ineficacia y eventual invalidez. Pues bien, en esta ocasión el Consejo de Estado consideró que las causales de nulidad del pacto arbitral –por ser un contrato– únicamente pueden ser fijadas por el legislador (no los jueces estatales), “pues solo aquel es el competente para establecer los requisitos esenciales de los actos jurídicos y la validez de estos”⁹. Así las cosas, la nulidad absoluta del pacto arbitral se configura cuando se ha celebrado por una persona absolutamente incapaz, por objeto o causa ilícita, cuando es contrario a normas imperativas o cuando se omite algún requisito o formalidad que las leyes imponen para su validez¹⁰.

Particularmente, sobre la habilitación de las partes, la Corte Constitucional conoció una acción de tutela en virtud de la cual la Unión Temporal Mavig-Deprocon demandó al Consejo de Estado al considerar que este vulneró el derecho fundamental al debido proceso al declarar la nulidad del laudo arbitral proferido dentro del tribunal conformado para dirimir las controversias entre la Unión Temporal y el Fondo de Desarrollo Local de San Cristóbal, por haber encontrado configurada la causal de inexistencia

⁸ Consejo de Estado. Sentencia del 16 de septiembre de 2021. Expediente 66091. Consejera ponente: María Adriana Marín.

⁹ *Ibíd.*

¹⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-572A del 04 de julio de 2014. Magistrado ponente: Mauricio González Cuervo.

del pacto arbitral por carencia de objeto. La Corte Constitucional consideró que el pacto existía en cuanto era cierta la voluntad libre e inequívoca de las partes de acudir a los árbitros y, si bien el pacto puede eventualmente encontrarse viciado de nulidad cuando la “voluntad de las partes esté distorsionada o gravemente comprometida”¹¹, aquello no resultó acreditado en el proceso, por lo cual tuteló el derecho invocado y dejó sin efectos la sentencia de anulación.

De esta manera, el pacto arbitral es un negocio jurídico que está sometido al régimen de existencia, validez, eficacia, inoponibilidad y ejecución de la teoría del negocio jurídico.

2.3. Tiene por objeto someter controversias presentes o eventuales al arbitraje

En virtud del artículo 3 del Estatuto Arbitral, el pacto supone que las partes someten o se obligan a “someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas”¹². A *contrario sensu*, “sin que medie cláusula compromisoria, pacto o compromiso, según el caso, no es posible que aquellos [árbitros] ejerzan jurisdicción”¹³. En el contexto de la sentencia citada, el Consejo de Estado anuló el laudo proferido por el tribunal de arbitramento constituido para dar solución a las controversias entre Promigas S. A. E. S. P. y Ecogas, por encontrar que, si bien las partes habían celebrado un pacto arbitral en modalidad de cláusula compromisoria, las controversias determinadas en el negocio jurídico no fueron las mismas sobre las cuales se pronunció el tribunal. En efecto, el pacto arbitral (como fuente de obligaciones) busca generar efectos jurídicos vinculantes entre las partes con la finalidad de extraer los *determinados* conflictos que, por regla general, conoce la jurisdicción estatal, hacia la competencia transitoria y excepcional de los árbitros.

2.4. Implica la renuncia de las partes a acudir a la jurisdicción

Para que la habilitación de la competencia para administrar justicia por parte de los árbitros produzca plenos efectos, debe entenderse que el pacto arbitral, además, “implica la renuncia de las partes a hacer valer

¹¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-511 del 30 de junio de 2011. Magistrado ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

¹² Artículo 3, Ley 1563, 12 de julio de 2012.

¹³ Consejo de Estado. Sentencia del 20 de febrero de 2008. Expediente 33670. Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

sus pretensiones ante los jueces”¹⁴. En suma, los efectos sobre la determinación del administrador de justicia competente para solucionar una controversia son dos: por un lado, se inviste a los particulares para que funjan como árbitros excepcional y transitoriamente y, por el otro, se sustrae el conocimiento del conflicto de la jurisdicción estatal que, por regla general, es la llamada a dirimir las controversias entre las partes. Así lo ha entendido el Consejo de Estado al afirmar que este negocio jurídico es una “renuncia de las partes a acudir a los jueces estatales, para, en su lugar, habilitar a la justicia arbitral con el propósito de que sea esta la que conozca el conflicto suscitado con ocasión de su actividad contractual”¹⁵.

2.5. Determina la competencia de los árbitros

El pacto arbitral constituye el marco de competencia que las partes voluntariamente atribuyen a los árbitros. Al decidir una controversia, el árbitro único o el tribunal deben prestar especial atención a los asuntos que las partes han optado por poner en su conocimiento, en cuanto no tendrán “competencia cuando se pronuncie[n] sobre algún asunto que por voluntad de las partes no estaba sometido a su decisión”¹⁶. Al decidir sobre la anulación del laudo arbitral proferido por el tribunal conformado por los integrantes de la Unión Temporal Proyectos S. A. EPNE Ltda. y el Municipio de Yopal, acusado por la causal de caducidad de la acción y falta de jurisdicción o competencia, en cuanto el recurrente alegó que el pacto arbitral no comprendía las controversias sobre el equilibrio económico del contrato; el Consejo de Estado consideró que el desequilibrio invocado tenía como fundamento el presunto incumplimiento contractual de la entidad contratante, por lo cual sí se encontraba en el alcance de la cláusula compromisoria. En consecuencia, la corporación declaró infundado el cargo de anulación.

Por otro lado, al resolver el recurso extraordinario de anulación contra el laudo arbitral proferido por el Tribunal de Arbitramento de la Concesionaria Ruta del Sol S. A. S y otros contra la Agencia Nacional de Infraestructura, el Consejo de Estado afirmó que la competencia de los árbitros se encuentra “enmarcada por la Constitución Política, la ley, el pacto arbitral, la

¹⁴ Artículo 3, Ley 1563, 12 de julio de 2012.

¹⁵ Consejo de Estado. Sentencia del 11 de diciembre de 2019. Expediente 64151. Consejero ponente: Guillermo Sánchez Luque.

¹⁶ *Ibíd.*

demanda y su contestación”¹⁷. En vista de ello, la corporación no consideró que el pronunciamiento oficioso del tribunal sobre la nulidad absoluta del contrato celebrado entre la convocante y convocada estuviese fuera de la competencia de los árbitros, en cuanto a estos “les corresponde resolver sobre todo aquello que, si bien no fue expresamente pedido por las partes, resulta necesario para decidir la controversia o surge de las facultades oficiosas que le corresponde ejercer a todo juez”¹⁸. El Consejo de Estado concluyó que la competencia “para decidir sobre la nulidad absoluta del contrato y las restituciones a que la misma daba lugar, proviene de la ley”¹⁹ y no necesariamente del pacto arbitral. En consecuencia, de esta posición jurisprudencial se desprende que, si bien el pacto arbitral sin duda enmarca esencialmente la competencia de los árbitros, no es el único originador de la facultad decisoria que estos tienen al momento de dar solución a la controversia, entendiéndose que tanto el orden jurídico (constitución y leyes) y los actos procesales de las partes (demanda y excepciones) también delimitan y guían el conocimiento del tribunal.

2.6. *Debe ser inequívoco*

La jurisprudencia contenciosa-administrativa anterior al Estatuto Arbitral estableció de manera clara, pacífica y reiterada que el pacto arbitral debía ser expreso. Esta línea jurisprudencial del Consejo de Estado consideraba que “las partes deben manifestar expresamente su propósito de someterse a la decisión arbitral”²⁰, en tanto que “no puede presumirse ni tenerse por existente por vía interpretativa”²¹. En el año 2019, el Consejo de Estado conoció como juez de segunda instancia una acción de controversias contractuales donde se pronunció sobre una aparente cláusula compromisoria celebrada por las partes de la controversia. En primer lugar, la corporación resaltó que no era la primera vez que conocía el contenido de esa cláusula, en cuanto la demandada, Invias, reiteradamente incluía la cláusula en los contratos celebrados con los particulares. Después de un recuento de la jurisprudencia de cada subsección de la Sección Tercera, el

¹⁷ Consejo de Estado. Sentencia del 10 de septiembre de 2020. Expediente 65136. Consejera ponente: María Adriana Marín.

¹⁸ *Ibíd.*

¹⁹ *Ibíd.*

²⁰ Consejo de Estado. Radicado 838 del 24 de junio de 1996. Consejero ponente: Roberto Suárez Franco.

²¹ Sentencia del 16 de febrero de 2001. Expediente 18063 (véase N.º 6).

Consejo de Estado consideró que, si el pacto arbitral no goza de tal carácter *expreso* “toda la institución del arbitraje, y, por supuesto, el pacto arbitral, pierden su esencia y razón de ser”²². Pues bien, en el caso en concreto, la forma de redacción de la cláusula que se incluyó en el contrato objeto de la controversia, si bien determinó la posibilidad de acudir a un tribunal de arbitramento, no fue excluyente ni exclusiva respecto de otras alternativas²³ posibles para dar solución a la controversia. En consecuencia, el Consejo de Estado estimó que dicha cláusula carecía de las características del pacto arbitral, por lo cual sí tenía competencia para decidir el asunto que la jurisdicción contenciosa administrativa venía conociendo de fondo.

No obstante, en una reciente decisión, al decidir sobre el recurso de anulación contra el laudo proferido por el tribunal de arbitramento convocado por el Consorcio MPS en contra de la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (Uspec), el Consejo de Estado consideró que la “legislación colombiana no exige una manifestación expresa o inequívoca: es suficiente que de la estipulación pactada en el contrato se deduzca que la voluntad de las partes fue la de someter la resolución de las controversias derivadas del contrato a la jurisdicción arbitral”²⁴, toda vez que “la inexistencia [del pacto arbitral] se deduce cuando se acredita que las partes de ninguna manera manifestaron su voluntad de pactar arbitramento”²⁵. Pues bien, en el caso en concreto, el Consejo de Estado encontró dos cláusulas dentro del contrato: la primera remitía todas las controversias a la cláusula compromisoria, mientras que la segunda, denominada “solución directa de controversias contractuales”, establecía que las partes *acudirían* a los mecanismos alternativos de resolución de conflictos. Si bien el acuerdo no era expreso, el Consejo de Estado realizó un ejercicio interpretativo que concluyó en la existencia de una cláusula compromisoria, en una integración entre el contrato y el pliego de condiciones. Por lo tanto, declaró infundado el recurso de anulación por la causal de falta de jurisdicción o competencia. De esta forma, la reciente posición del Consejo de Estado permite que el operador jurídico interprete el negocio jurídico para identificar la inequívoca voluntad de las partes de acudir a la justicia arbitral, más allá de su carácter expreso.

²² Consejo de Estado. Sentencia del 29 de marzo de 2019. Expediente 39080. Consejero ponente: Jaime Enrique Rodríguez Navas.

²³ *Ibíd.*

²⁴ Consejo de Estado. Sentencia del 02 de junio de 2021. Expediente 66030. Consejero ponente: Martín Bermúdez Muñoz.

²⁵ *Ibíd.*

Por todo lo anterior, el pacto arbitral materializa el principio de habilitación, en cuanto es un negocio jurídico que inequívocamente somete determinadas controversias a la competencia de los árbitros y materializa la renuncia de las partes a su derecho a acudir ante la jurisdicción.

3. CONTENIDOS-ELEMENTOS

La naturaleza de negocio jurídico del pacto arbitral lo somete al régimen de los contratos. Por lo anterior, debe identificarse cuáles contenidos son de su esencia, naturaleza o meramente accidentales, según la distinción establecida bajo el artículo 1501 de la Ley 84 de 1873 (“Código Civil”).

3.1. Elementos esenciales

“Son de la esencia de un contrato aquellas cosas, sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro diferente”²⁶. Partiendo de lo anterior, corresponde identificar cuál es el contenido del pacto arbitral que lo hace ser lo que es y no algo distinto.

3.1.1. Voluntad expresa (inequívoca) de acudir a la justicia arbitral

La jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional reiteradamente ha identificado que el elemento esencial del pacto es la voluntad de las partes de acudir a la justicia arbitral. En suma, “se requiere que las partes hayan expresado, libre y voluntariamente, el propósito de someter sus diferencias al conocimiento de la justicia arbitral, sustrayéndose de esta manera, con autorización de la Constitución y de la ley, de la competencia y jurisdicción que le corresponde al juez institucional del Estado”²⁷, toda vez que, sin ese elemento esencial, el pacto arbitral no produce los mencionados efectos, lo que resulta en la imposibilidad de acudir a este mecanismo alternativo de solución de conflictos²⁸.

²⁶ Artículo 1501, Ley 84, 26 de mayo de 1873. Código Civil de los Estado Unidos de Colombia. *Diario Oficial*, 2, 867.

²⁷ Consejo de Estado. Sentencia del 18 de abril de 2013. Expediente 17859. Consejero ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera.

²⁸ Sentencia del 29 de marzo de 2019. Expediente 39080 (véase N.º 22).

En efecto, la voluntad de las partes no debe cumplir con ritualidad alguna sobre las palabras o expresiones insertas en el pacto arbitral. En el citado precedente sobre la anulación del laudo proferido por el tribunal de arbitramento convocado por el Consorcio MPS contra la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (Uspec), el Consejo de Estado consideró que la “existencia del pacto arbitral no depende de que se plasmen en el documento determinadas palabras y menos aún de que en él se diga que se renuncia expresamente a la jurisdicción ordinaria”²⁹, lo cual da vía libre a que el “juez interprete”³⁰ lo estipulado en el contrato en aras de identificar la voluntad de acudir al arbitramento. En el caso en concreto, el Consejo de Estado procedió a interpretar el contrato objeto de la controversia, lo que resultó en la consideración de que el tribunal asumió competencia por conducta procesal del demandado y no lo pactado en el contrato.

En sentido similar se ha pronunciado la Corte Constitucional al afirmar que “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”³¹, a no ser que sea evidentemente imposible identificar la intención de las partes. En ese sentido, tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional han considerado que la voluntad de las partes puede ser identificada en un ejercicio interpretativo del operador jurídico. La anterior afirmación no significa que el pacto arbitral exista por la simple voluntad inequívoca de las partes, toda vez que el pacto arbitral debe cumplir con el requisito de forma documental, según se desarrolla en el apartado siguiente del presente capítulo.

3.2. Elementos naturales

Son de la naturaleza del contrato aquellos contenidos que, “no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial”³². En ese sentido, verificada la voluntad inequívoca, el acuerdo de las partes se ve complementado por otros contenidos que, no siendo objeto de estipulación, se entienden naturalmente incorporados en él.

²⁹ Sentencia del 02 de junio de 2021. Expediente 66030 (véase N.º 24).

³⁰ *Ibíd.*

³¹ Sentencia T-511 del 30 de junio de 2011 (véase N.º 11).

³² Artículo 1501, Ley 84, 26 de mayo de 1873. Código Civil de los Estado Unidos de Colombia. *Diario Oficial*, 2, 867.

El Estatuto Arbitral determina ciertos elementos naturales del pacto arbitral, sin perjuicio de que las partes puedan hacer modificaciones o acuerdos para perfilar el arbitraje a sus intereses. Son elementos naturales del pacto arbitral, entre otros, los expresados en la siguiente tabla.

Tabla 1. Elementos naturales del pacto arbitral

| Elemento natural | Norma jurídica (Estatuto Arbitral ³³) |
|--|---|
| Clase de arbitraje: Institucional | Artículo 2. A falta de acuerdo respecto de su naturaleza y cuando en el pacto arbitral las partes guarden silencio, el arbitraje será institucional. Cuando la controversia verse sobre contratos celebrados por una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, el proceso se regirá por las reglas señaladas en la presente ley para el arbitraje institucional. |
| Naturaleza del laudo: En derecho | Artículo 3. Si nada se estipula al respecto, este se proferirá en derecho. |
| Número de árbitros: 1 en menor cuantía 3 en mayor cuantía | Artículo 7. Si nada se dice al respecto, los árbitros serán tres (3), salvo en los procesos de menor cuantía, caso en el cual el árbitro será único. |
| Duración del proceso: 6 meses ³⁴ | Artículo 10. Si en el pacto arbitral no se señalare término para la duración del proceso, este será de seis (6) meses, contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite. |
| Centro de arbitraje ante el cual debe presentarse la demanda: Del domicilio de la demandada | Artículo 12. El proceso arbitral comenzará con la presentación de la demanda, que deberá reunir todos los requisitos exigidos por el Código de Procedimiento Civil, acompañada del pacto arbitral y dirigida al centro de arbitraje acordado por las partes. En su defecto, a uno del lugar del domicilio de la demandada, y si esta fuere plural, en el de cualquiera de sus integrantes. El centro de arbitraje que no fuere competente, remitirá la demanda al que lo fuere. Los conflictos de competencia que se susciten entre centros de arbitraje serán resueltos por el Ministerio de Justicia y del Derecho. |
| Autoridad nominadora de los árbitros: juez de civil del circuito | Artículo 14, Numeral 4. En defecto de la designación por las partes o por el delegado, el juez civil del circuito, a solicitud de cualquiera de las partes, designará de plano, por sorteo, principales y suplentes, de la lista de árbitros del centro en donde se haya radicado la demanda, al cual informará de su actuación. |

Fuente: Elaboración propia.

³³ Ley 1563, 12 de julio de 2012.

³⁴ El artículo 10 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020 extendió la duración del proceso de la que trata el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012 a 8 meses. El Decreto 491 estará vigente desde la fecha de su publicación (28 de marzo de 2020) hasta “el desarrollo de la emergencia sanitaria” (Sentencia C-242 de 2020, MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez y Cristina Pardo Schlesinger.). Para el momento de presentación de este artículo, el estado de emergencia sanitaria por el coronavirus COVID-19 fue prorrogado hasta el 28 de febrero de 2022 mediante la Resolución 1913 del 25 de noviembre de 2021.

3.3. Elementos accidentales

Por último, son elementos accidentales aquellas cosas “que ni esencial ni naturalmente le pertenecen” al contrato, pero que se agregan a través de cláusulas especiales³⁵. En virtud del principio de libertad contractual, las partes pueden elegir a qué otros contenidos acuden para dotar al pacto arbitral, siempre y cuando respeten los límites de ese poder jurídico.

4. EFECTOS

4.1. Principio de relatividad: limitación de los efectos del pacto a las partes

Conforme a la naturaleza de negocio jurídico, el pacto arbitral está llamado a producir, por regla general, efectos entre las partes que lo celebran o que se adhieren a él. El Consejo de Estado ha sido enfático en determinar que, en virtud del principio de relatividad, “las consecuencias del negocio no alcanzan a quienes son ajenos a dicha relación”³⁶, en cuanto “impide que, en principio, en relación con quienes no hayan suscrito el pacto arbitral, el mismo les sea oponible”³⁷. Así las cosas, el principal efecto del pacto arbitral es ser fuente de obligaciones entre las partes.

No obstante, el principio de relatividad se encuentra a su vez limitado por determinados eventos donde el legislador ha optado por reconocer efectos del pacto arbitral hacia terceros, como por ejemplo, la adhesión por parte del litisconsorte necesario³⁸ o por parte del interviniente excluyente y, particularmente, sobre el llamado en garantía que ha garantizado el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato que contiene el pacto arbitral, en cuanto ha debido conocer la integridad del contrato –y consecuentemente el pacto– al momento de garantizar las obligaciones³⁹.

³⁵ Artículo 1501, Ley 84, 26 de mayo de 1873. Código Civil de los Estado Unidos de Colombia. *Diario Oficial*, 2, 867.

³⁶ Sentencia del 18 de diciembre de 2020. Expediente 62573 (véase N.º 7).

³⁷ Sentencia del 10 de septiembre de 2020. Expediente 65136 (véase N.º 17).

³⁸ Véase Ley 1563, 12 de julio de 2012, artículo 36.

³⁹ *Ibíd.*, artículo 37.

4.1.1. Terceros y el pacto arbitral: artículos 36 y 37 de la Ley 1563 de 2012

El régimen arbitral vigente permite la integración del contradictorio de sujetos que no son parte en el pacto arbitral, siempre y cuando “el laudo genere efectos de cosa juzgada a sus intereses, a fin de que manifiesten su voluntad para hacer parte en el proceso”⁴⁰. Por un lado, es claro que el litisconsorte debe adherirse o suscribir el pacto arbitral para que los árbitros puedan asumir la competencia⁴¹, toda vez que requieren de su habilitación para decidir de fondo, en atención a la relación jurídico-sustancial que tiene con los demás sujetos de la controversia. En la citada decisión sobre el recurso de anulación contra el laudo proferido por el Tribunal de Arbitramento de la Concesionaria Ruta del Sol S. A. S. y otros contra la Agencia Nacional de Infraestructura, el Consejo de Estado consideró que de las controversias surgidas en un contrato se exige que sean partes del proceso arbitral “las que lo fueron en el negocio jurídico materia del litigio”⁴². Las entidades recurrentes en anulación del laudo actuaron en el proceso como coadyuvantes de una parte, no en ejercicio de su relación con el contrato objeto del litigio. De esta forma, al no ser litisconsortes necesarios, “por cuanto su comparecencia no era indispensable para proferir una decisión de fondo”⁴³, su decisión de adherirse al pacto arbitral no era determinante para la competencia de los árbitros. En virtud de lo anterior, el Consejo de Estado declaró infundado el cargo con fundamento en el numeral 4.º del artículo 41 del Estatuto Arbitral, por indebida notificación o emplazamiento, al entender que el tribunal no *debía* citar y notificar al patrimonio autónomo ni las entidades financieras con interés en las resultas del proceso.

Cosa distinta es que los efectos del pacto arbitral también pueden extenderse a terceros intervinientes⁴⁴. En cuanto a los coadyuvantes, al no existir una relación sustancial independiente que se vea afectada por el laudo final, su intervención tampoco requiere expresa adhesión al pacto, toda vez que la justificación de su “participación en el proceso es el interés de ayuda a una de las partes”⁴⁵ y, si es un llamado en garantía por las obligaciones derivadas del contrato que tiene el pacto arbitral, aquel queda vinculado incluso sin su ex-

⁴⁰ Consejo de Estado. Sentencia del 30 de agosto de 2018. Expediente 60813. Magistrada ponente: Stella Conto Díaz del Castillo.

⁴¹ Sentencia del 10 de septiembre de 2020. Expediente 65136 (véase N.º 17).

⁴² *Ibíd.*

⁴³ *Ibíd.*

⁴⁴ *Ibíd.*

⁴⁵ *Ibíd.*

presa habilitación, pues se entiende que aceptó la competencia de los árbitros al momento de garantizar las obligaciones que comprendían la habilitación del pacto arbitral. No obstante, “la sustracción de la relación contractual entre llamante y llamado no afecta la resolución del caso, debido a que la litis de la controversia es autónoma frente a la relación jurídica entre la demandada y quien fue llamada”⁴⁶. Así lo ha considerado el Consejo de Estado, a manera de ejemplo, en el trámite de la acción de reparación directa interpuesta por Dagoberto Blanco Rosas y otros en contra de la Nación-Ministerio de Minas y Energía y otros, la llamada en garantía interpuso recurso de apelación contra el auto que accedió el llamamiento, al considerar que el contrato que sirvió de base para formular el llamamiento contenía un pacto arbitral, por lo cual se había sustraído la competencia de la jurisdicción estatal. En el caso en concreto, consideró el Consejo de Estado que la cláusula compromisoria celebrada entre demandante-llamante y llamado en garantía no podía afectar la solución de la controversia en la jurisdicción estatal, en cuanto dicha relación es ajena a la que da lugar a la acción de reparación directa. No obstante, consideró que el llamamiento en garantía no prosperaba, en cuanto el llamante, en caso de ser declarado responsable, debía convocar un tribunal arbitral en caso de pretender ejecutar la garantía⁴⁷. Por lo tanto, el Consejo de Estado revocó el auto que accedía al llamamiento en garantía y ordenó seguir el trámite procesal respecto de los demás sujetos involucrados.

4.2. Obligaciones entre las partes

4.2.1. De hacer: someter el conflicto a la decisión de árbitros

Al celebrar el pacto arbitral, las partes “confían a los árbitros la decisión de resolver un litigio futuro”⁴⁸ o presente. En efecto, la habilitación de las partes tiene como consecuencia originar la obligación de someter la controversia sobre la cual recaiga a la justicia arbitral. Por lo tanto, el pacto arbitral no excluye que las partes resuelvan las controversias entre ellas o desistan de elevar las pretensiones para obtener una decisión, pero si lo hacen deberán hacerlo ante árbitros (como excepcionales y transitorios administradores de justicia) y no ante los jueces.

⁴⁶ Consejo de Estado. Sentencia del 07 de octubre de 2019. Expediente 61164. Consejera ponente: Marta Nubia Velásquez Rico.

⁴⁷ *Ibíd.*

⁴⁸ Sentencia del 02 de junio de 2021. Expediente 66030 (véase N.º 24).

4.2.2. De no hacer: abstenerse de acudir al juez estatal

También se origina la obligación de “abstenerse de ventilar su diferendo ante los jueces estatales”⁴⁹, bajo el entendido de que las partes han renunciado o sustraído el conocimiento de determinada controversia a dichos jueces.

4.2.3. De dar: pagar los costos del arbitraje

La existencia, validez y eficacia del pacto arbitral supone poner en marcha una justicia onerosa a la que las partes voluntariamente han decidido acudir. Por ende, la continuación del procedimiento arbitral se encuentra supeditada a que las partes paguen oportunamente los honorarios del tribunal arbitral. Ante la eventual situación de que las partes dejen vencer los términos para consignar los honorarios, los árbitros “declararán concluidas sus funciones y extinguidos los efectos del pacto arbitral para el caso concreto”⁵⁰.

4.4. Incumplimiento de las obligaciones derivadas del pacto

La parte afectada por el incumplimiento de las obligaciones originadas en el pacto encuentra una serie de remedios de naturaleza procesal para hacer valer la eficacia del pacto arbitral: en primer lugar, si la parte interesada en acudir a la administración de justicia no cumple la obligación de hacer, no podrá elevar ante el juez competente sus pretensiones, en aras de obtener una decisión jurídica de fondo vinculante para las partes. Por otro lado, ante el incumplimiento de las obligación de no hacer, la parte afectada tiene la facultad de proponer excepción previa de “compromiso o cláusula compromisoria”⁵¹, con la finalidad de que el juez decrete la terminación del proceso, por haber visto sustraída su competencia para el caso en concreto y ordene la devolución la demanda con sus anexos⁵². Finalmente,

[...] si una de las partes consigna lo que le corresponde y la otra no, aquella podrá hacerlo por esta dentro de los cinco (5) días siguientes. Si no se produjere el reembolso, la acreedora podrá demandar su pago por la vía ejecutiva ante la justicia ordinaria⁵³.

⁴⁹ Sentencia del 29 de marzo de 2019. Expediente 39080 (véase N.º 22).

⁵⁰ Artículo 27, Ley 1563, 12 de julio de 2012.

⁵¹ Numeral 2 del artículo 100, Ley 1564, 12 de julio de 2012. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial*, 48, 489.

⁵² Ley 1564, 12 de julio de 2012, artículo 101.

⁵³ *Ibíd.*, artículo 27.

De manera que hará efectiva la obligación de dar originada en el pacto arbitral.

4.5. *Excluye transitoriamente la competencia del juez estatal*

Finalmente, el pacto arbitral excluye transitoriamente la competencia del juez estatal: la consecuencia para “el juez de la administración, ante la existencia de un pacto arbitral, es que no puede conocer de los conflictos que se encuentren incursos en esa figura”⁵⁴.

5. REQUISITO DE FORMA: CONSTAR DOCUMENTALMENTE

El Estatuto Arbitral establece que el pacto arbitral, si se trata de una cláusula compromisoria, puede formar parte del contrato en el que se incluye o constar en documento separado⁵⁵. Por su parte, tratándose del compromiso, puede constar en cualquier documento⁵⁶. Cuando la cláusula compromisoria hace parte un contrato subyacente, debe regirse por la misma formalidad a que las partes lo hayan supeditado. Por otro lado, cuando la cláusula compromisoria se pacta fuera del contrato del que trata, debe adoptar la forma documental y referirse inequívocamente al contrato. Por su parte, si el pacto arbitral es de la modalidad del compromiso, este siempre debe constar documentalmente.

Por *documento* debe entenderse, en concordancia con el artículo 243 del Código General del Proceso, “todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo”⁵⁷. Inclusive, el pacto arbitral puede tomar forma de mensaje de datos, según el principio de equivalencia funcional del que trata el artículo 6 de la Ley 527 de 1999, al dar el mismo valor probatorio a los mensajes de datos del que tiene un escrito. Ahora bien, vale preguntarse si el requisito de forma documental del pacto arbitral es de aquellos *ad substantiam actus* o *ad probationem*, en cuanto la conclusión tendría efectos en la calificación sobre la existencia o la prueba del pacto arbitral.

Por un lado, López Blanco afirma que el requisito documental hace del pacto arbitral un negocio jurídico solemne: “la solemnidad es la existencia de prueba documental, que podrá estar contenida en cualquier

⁵⁴ Sentencia del 07 de octubre de 2019. Expediente 61164 (véase N.º 46).

⁵⁵ Ley 1563, 12 de julio de 2012, artículo 4.

⁵⁶ *Ibid.*, artículo 6.

⁵⁷ Ley 1564, 12 de julio de 2012, artículo 243.

documento”⁵⁸. De esta forma, se trataría sobre una solemnidad *ad substantiam actus*.

El debate doctrinal toma relevancia en la interpretación sistemática del Estatuto Arbitral, en cuanto un sector ha considerado que del contenido del párrafo 3 del citado artículo 3, sobre el denominado *pacto arbitral ficto*, se puede concluir que “este tipo de norma, -hay que decirlo sin ningún asumo de duda- resulta totalmente incompatible con la disciplina legal de un contrato solemne”⁵⁹. Se ha considerado que la norma que permite la prueba de un contrato no puede suplir la solemnidad legal del negocio jurídico. Esta posición doctrinal concluye que “la exigencia formal es de tipo probatorio y no de tipo sustancial”⁶⁰. De esta forma, por una interpretación del Estatuto Arbitral podría afirmarse que se trata de una solemnidad *ad probationem*, dirigida a la prueba del contrato, no a su existencia y validez.

Por su parte, cualquier modificación o derogatoria del pacto arbitral requiere que sea realizada en la misma forma en que este se celebró: “toda modificación o acuerdo que busque restarle efecto debe gozar de las mismas características”⁶¹. Por lo tanto, cuando el pacto arbitral ha sido celebrado con una solemnidad convencional, por ejemplo, una escritura pública, su modificación o derogatoria debe adoptar la misma forma, en virtud del principio de paralelismo de las formas jurídicas.

6. INTERPRETACIÓN DEL PACTO ARBITRAL

6.1. Principios y normas de interpretación de los contratos

La interpretación del pacto arbitral debe enmarcarse bajo las normas y principios de interpretación de los contratos como, por ejemplo, “los principios de conservación del negocio jurídico, prevalencia de la intención de las partes (art. 1618 C. C.) y efecto útil de las disposiciones contractuales”⁶².

⁵⁸ H. F. López Blanco, *El proceso arbitral nacional* (Dupre Editores, 2013), 89.

⁵⁹ J. A. Ramírez, *La vinculación de sujetos no signatarios a los efectos del pacto arbitral* (Universidad Externado de Colombia, 2016), 169.

⁶⁰ *Ibíd.*, 170.

⁶¹ Consejo de Estado. Sentencia del 24 de mayo de 2021. Expediente 53461. Consejera ponente: María Adriana Marín.

⁶² Sentencia T-511 del 30 de junio de 2011 (véase N.º 11).

Conforme con lo anterior, el operador jurídico no puede obviar los artículos 1618 y siguientes del Código Civil, no solo para dar efecto a la voluntad de las partes de someter sus controversias a la justicia arbitral, sino también para identificar cualquier otro acuerdo accidental que las partes quisieron o no incluir en el pacto arbitral.

6.2. Principio proarbitraje: preservar la decisión de acudir al arbitraje

En el marco de la interpretación del pacto arbitral resalta el principio proarbitraje, con reconocimiento y aplicación jurisprudencial. Recientemente, el Consejo de Estado conoció un recurso de apelación dentro de la acción contractual presentada por Concesiones y Construcciones Ltda. en contra del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias donde el recurrente alegó que, contrario a lo que decidió el tribunal de primera instancia, el acta de liquidación bilateral no contenía una decisión clara, inequívoca y vinculante de dejar sin efectos el pacto arbitral por la simple inclusión de que las partes reclamarían el pago de la multa mediante una “reclamación en instancias administrativas y judiciales diferentes a las vinculadas” en la liquidación. Ante esta situación el Consejo de Estado consideró que el pacto arbitral continuaba *incólume* y, por lo tanto, resultaba en la falta de competencia de la jurisdicción para conocer el fondo del asunto. Para motivar su decisión, la corporación consideró que “el derecho arbitral se rige por el principio *favor arbitrandum* [proarbitraje], en virtud del cual toda interpretación relacionada con la cláusula compromisoria debe ir orientada a mantener el pacto arbitral”⁶³. En el caso en concreto, al no haber una renuncia clara, era “deber del juez respetar la voluntad inicial de ventilar las controversias”⁶⁴ ante los jueces arbitrales. Por consiguiente, el Consejo de Estado declaró la nulidad de todo lo actuado por falta de jurisdicción y ordenó remitir el expediente al centro de conciliación para dirimir las controversias ante la justicia arbitral. De acuerdo con el principio en cuestión, verificada la voluntad de las partes de sustraer la competencia del juez estatal, el juez debe optar por la prevalencia y validez del pacto arbitral.

La Corte Constitucional ha fundamentado la aplicación del principio de proarbitraje al hacer referencia a lo que la doctrina ha denominado el

⁶³ Sentencia del 24 de mayo de 2021. Expediente 53461 (véase N.º 61).

⁶⁴ *Ibíd.*

“efecto útil” del convenio arbitral⁶⁵. De acuerdo con José Carlos Fernández Rozas y Elena Artuch⁶⁶:

[...] el juez debe dejar constancia de la voluntad real de las partes de recurrir al arbitraje y solo ha de llegar a una conclusión contraria si esta voluntad no está suficientemente acreditada por circunstancias de índole objetivo. No se trata de que el juez tenga la obligación de modificar el sentido literal de las cláusulas compromisorias, sino que debe reconstruir, si así lo considera oportuno, la voluntad deficientemente expresada por las partes de someterse al arbitraje y prescindir de una simple lectura plenamente formal de la cláusula controvertida.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia también ha aplicado el principio proarbitraje como juez de anulación contra laudos proferidos dentro de procesos de arbitraje internacional. A manera de ejemplo, al decidir sobre la anulación del laudo proferido por el tribunal arbitral administrado por la Cámara de Comercio Internacional, promovido por Esther Ventura de Rendón y Juan María Rendón, la Corte Suprema de Justicia encontró que el recurrente alegaba la falta de voluntad en el pacto arbitral y, por consiguiente, su inexistencia o invalidez. No obstante, la Corte Suprema de Justicia, citando a la Comisión de las Naciones Unidas, consideró que “una vez está claro que las partes estaban dispuestas a remitir sus disputas al arbitraje, tales acuerdos en general deben interpretarse ampliamente y, cuando sea posible, a favor de la validez del acuerdo de arbitraje”⁶⁷, y enfatizó en la idea de que debe adoptarse “un enfoque a favor del arbitraje en los casos en que el acuerdo de arbitraje se cuestiona por su falta de precisión”⁶⁸.

La jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia han aplicado, respectivamente, el principio proarbitraje como un deber de interpretación del operador jurídico consistente en favorecer la eficacia y validez del acuerdo de arbitraje. No obstante, la aplicación de este principio no supone que el juez deba “completar o reemplazar a las partes, para hacer que el texto diga lo que ellas no dijeron”⁶⁹, toda vez que, al hacerlo, la habilitación no estaría proviniendo de las partes, sino de un tercero.

⁶⁵ Sentencia T-511 del 30 de junio de 2011 (véase N.º 11).

⁶⁶ J. C. Fernández y E. Artuch, “Validez y eficacia del convenio arbitral internacional”, en *Tratado de Derecho Arbitral* (Bogotá: Ibáñez, 2011), 767.

⁶⁷ Corte Suprema de Justicia. Sentencia SC001 del 15 de enero de 2019. Magistrado ponente: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

⁶⁸ *Ibíd.*

⁶⁹ Sentencia del 29 de marzo de 2019. Expediente 39080 (véase N.º 22).

7. MODALIDADES DEL PACTO ARBITRAL

El pacto arbitral encuentra en el sistema arbitral distintas modalidades, según el momento en que las partes acuerdan acudir al arbitraje. Son modalidades del pacto arbitral (i) la cláusula compromisoria y (ii) el compromiso arbitral.

7.1. Cláusula compromisoria

7.1.1. Definición

La cláusula compromisoria es una especie de pacto arbitral en virtud de cual las partes acuerdan solucionar eventuales controversias referidas a un contrato, de manera parcial o total, a través del arbitramento. En esa misma dirección se ha pronunciado el Consejo de Estado, al afirmar que la cláusula compromisoria es un “acuerdo contenido en un contrato celebrado por las partes o en otro documento, pero referido al mismo contrato, por medio del cual los contratantes convienen, antes de que surja cualquier conflicto entre ellos, que de llegar a suscitarse alguno”⁷⁰, acudirán a la justicia arbitral, en los términos del antiguo Decreto 1818 de 1998, norma anterior al Estatuto Arbitral. Por su parte, el Estatuto Arbitral no dispone una definición expresa de la cláusula compromisoria. No obstante, sí regula varias características que se pasarán a desarrollar.

7.1.2. Características

7.1.2.1. Se refiere a un contrato

Por definición, la cláusula compromisoria tiene por objeto someter diferencias “en relación con un contrato que [las partes] hubieren celebrado”⁷¹. Así la cosas, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha

⁷⁰ Consejo de Estado. Sentencia del 25 de julio de 2019. Radicado: 11001-03-24-000-2007-00401-00. Consejero ponente: Hernando Sánchez Sánchez.

⁷¹ Radicado 838 del 24 de junio de 1996 (véase N.º 20).

entendido que la cláusula compromisoria es referida a un contrato entre las partes⁷², así conste en él o en documento separado⁷³.

7.1.2.2. *Puede incluirse en el contrato referido o en un acto separado*

El artículo 4 del Estatuto Arbitral establece que la cláusula compromisoria “podrá formar parte de un contrato o constar en documento separado”⁷⁴. Pues bien, la categoría de *cláusula* compromisoria se deriva cuando hace parte de un contrato, al ser verdaderamente una cláusula formal, pero su denominación no cambia si consta en documento separado.

En caso de que la cláusula compromisoria conste en un documento separado, el Estatuto Arbitral impone un requisito para que produzca efectos, en cuanto “deberá expresar el nombre de las partes e indicar en forma precisa el contrato a que se refiere”⁷⁵. Este requisito resulta razonable, en cuanto permite que el operador jurídico constate que son las mismas partes las que han celebrado el pacto arbitral y el contrato referido.

7.1.2.3. *Es autónoma*

La cláusula compromisoria se rige por el principio de autonomía, reconocido expresamente en el artículo 5 del Estatuto Arbitral, en cuanto “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, ineficaz o inválido”⁷⁶. El Consejo de Estado ha sido uniforme en determinar que “la inexistencia, invalidez o ineficacia del contrato no implica o comporta la invalidez, inexistencia o ineficacia del pacto arbitral celebrado entre las partes ni viceversa, pues se consideran vínculos jurídicos independientes”⁷⁷, bajo la premisa en virtud de la cual se afirma que la autonomía de la cláusula compromisoria es “una de sus principales características”⁷⁸.

⁷² Consejo de Estado. Sentencia del 07 de marzo de 2012. Expediente 18013. Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

⁷³ Sentencia del 18 de abril de 2013. Expediente 17859 (véase N.º 27)

⁷⁴ Ley 1563, 12 de julio de 2012, artículo 4.

⁷⁵ *Ibíd.*

⁷⁶ Ley 1563, 12 de julio de 2012, artículo 5.

⁷⁷ Sentencia del 18 de diciembre de 2020. Expediente 62573 (véase N.º 7).

⁷⁸ *Ibíd.*

7.1.2.4. Tiene por objeto eventuales conflictos

La cláusula arbitral tiene por objeto someter a arbitraje *eventuales* controversias. Esta es tal vez la característica principal y diferenciadora entre la cláusula y el compromiso, en cuanto la cláusula compromisoria “debe haberse celebrado o suscrito previamente a cualquier conflicto que surja entre las partes”⁷⁹. En ese sentido, las partes de “manera anticipada, acuerdan someter los posibles litigios a la decisión de un panel arbitral”⁸⁰. En suma, la cláusula compromisoria, no el compromiso, “debe pactarse antes de que llegue a surgir cualquier tipo de conflicto entre las partes que celebran el contrato que le da origen a la estipulación”⁸¹.

7.1.2.5. Requisito de forma cuando se celebra con entidad estatal

Como se expuso anteriormente, si la cláusula compromisoria hace parte del contrato, debe adoptar la forma de este, mientras que, si se celebra de manera separada, debe adoptar la forma documental. No obstante, si la cláusula compromisoria trata sobre un contrato estatal, aquella necesariamente debe cumplir la “exigencia de que conste por escrito”⁸².

En efecto, la jurisprudencia unificada de la Sección Tercera del Consejo de Estado⁸³, sobre las cláusulas compromisorias celebradas antes de la vigencia del Estatuto Arbitral, determinó que estas deben renunciarse también por escrito. Antes de la unificación de la jurisprudencia, algunas subsecciones de la Sección Tercera del Consejo de Estado aceptaban la renuncia tácita de la cláusula compromisoria cuando, “a pesar de haber acordado someter sus diferencias al conocimiento de la justicia arbitral, una de ellas decide instaurar la demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo”⁸⁴. Sin embargo, la Sala Plena de la Sección Tercera unificó la jurisprudencia en el sentido de dar validez a la cláusula compromisoria, según la consideración de que si las partes “optan libremente por la justicia arbitral y no proceden a

⁷⁹ Sentencia del 18 de abril de 2013. Expediente 17859 (véase N.º 27).

⁸⁰ Consejo de Estado. Sentencia del 12 de diciembre de 2019. Expediente 64142. Consejera ponente: María Adriana Marín.

⁸¹ Consejo de Estado. Sentencia del 12 de agosto de 2013. Expediente 28730. Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

⁸² *Ibíd.*

⁸³ Sentencia del 18 de abril de 2013. Expediente 17859 (véase N.º 27).

⁸⁴ *Ibíd.*

cambiar lo previamente convenido, no tienen la posibilidad de escoger entre acudir a esta o a los jueces institucionales del Estado”⁸⁵, a menos que deroguen o modifiquen ese acuerdo a través de la única vía válida: “la celebración de un nuevo convenio expreso entre ellas, revestido de la misma formalidad –escrito–.”⁸⁶. En efecto, las cláusulas compromisorias referidas a contratos estatales requieren el cumplimiento de una formalidad distinta a la que trata el artículo 4 del Estatuto Arbitral, al requerirse por escrito, tanto su celebración como su eventual y posterior derogatoria o modificación.

7.1.3. Elementos naturales: controversias que comprende el acuerdo

La cláusula compromisoria incorpora los mismos elementos naturales del pacto arbitral y, adicionalmente, aquel relacionado con los litigios que comprende el acuerdo. En caso de omisión en el acuerdo de las partes, la cláusula compromisoria incluye naturalmente cualquier controversia, directa o indirecta, en relación o con ocasión del contrato al que se refiere. Así lo consideró el Consejo de Estado, al conocer el recurso de anulación contra el laudo proferido por el tribunal arbitral constituido para dirimir las controversias surgidas entre Wilyan Jair Guzmán y el Municipio de Melgar. En el caso en concreto, el Consejo de Estado encontró una cláusula existente, en cuanto se acreditó el “consentimiento libre y voluntario de los contratantes de someter el conflicto a la decisión de un árbitro”⁸⁷. Por otro lado, consideró que si “no se precisa los litigios eventuales que se sometan a ella, debe entenderse que esta se extiende a cualquier conflicto que directa o indirectamente tenga relación con el contrato que le sirvió de fuente”⁸⁸. En ese sentido, es un elemento natural de la cláusula compromisoria que los asuntos que comprende el acuerdo de someter las controversias al conocimiento de los árbitros son todos aquellos relacionados al contrato al que esta se refiere.

⁸⁵ *Ibíd.*

⁸⁶ *Ibíd.*

⁸⁷ Sentencia del 12 de diciembre de 2019. Expediente 64142 (véase N.º 80).

⁸⁸ *Ibíd.*

7.2. Compromiso

7.2.1. Definición

El compromiso es una especie de pacto arbitral en virtud de la cual las partes acuerdan solucionar determinadas controversias presentes y existentes a través del arbitramento. En otras palabras, es un “acuerdo o negocio jurídico celebrado por las partes entre las cuales ya existe un conflicto –que puede estarse tramitando o no judicialmente–, y se persigue que no sea dirimido por la justicia ordinaria sino por un Tribunal de Arbitramento”⁸⁹.

7.2.2. Características

7.2.2.1. Debe contener la indicación de: (1) las partes, (2) las controversias objeto del acuerdo y (3) los litigios en curso

El compromiso, en cuanto no se refiere a una relación contractual previa, debe cumplir con ciertos elementos materiales para que produzca efectos. En suma, el artículo 6 del Estatuto Arbitral establece que debe contener los nombres de las partes, la indicación de las controversias que se someten al arbitraje y la indicación del proceso en curso, cuando a ello hubiere lugar⁹⁰. Estos elementos esenciales se consideran razonables, en cuanto permiten identificar y delimitar la arbitrabilidad subjetiva y objetiva, respectivamente. Su inobservancia debe resultar en la inexistencia del compromiso, en cuanto la voluntad de las partes es equívoca en determinar quiénes celebran el pacto arbitral y sobre cuáles controversias están *acordando* acudir al arbitraje.

Respecto de la indicación de los procesos en curso, este contenido debe exigirse cuando las partes ya han acudido a la justicia estatal y, en virtud del compromiso, han acordado sustraer total o parcialmente esa *litis* del conocimiento del juez estatal. Así lo ha entendido el Consejo de Estado, en cuanto “las partes quieren excluir de forma total o parcial de la justicia formal estatal

⁸⁹ Sentencia del 25 de julio de 2019. Radicado: 11001-03-24-000-2007-00401-00 (véase N.º 70).

⁹⁰ Ley 1563, 12 de julio de 2012, artículo 6.

un litigio que ya está en curso”⁹¹. La indicación de los litigios en curso resulta razonable toda vez que permite identificar el estado de las controversias al momento de celebrar esta modalidad de pacto arbitral.

7.2.2.2. *Tiene por objeto solucionar conflictos presentes*

El compromiso tiene por objeto someter a arbitraje controversias pre-existentes. De esta manera, se requiere la existencia de una o varias controversias, relacionadas o no con un vínculo contractual y, que desde luego, no es potencial o eventual⁹². Es decir, se diferencia de la cláusula compromisoria en cuanto esta busca someter controversias futuras y eventuales, mientras que el compromiso recae sobre conflictos presentes y existentes al momento del acuerdo de voluntades.

8. PACTO ARBITRAL FICTO

El párrafo del artículo 3 del Estatuto Arbitral, en virtud del cual, si “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”⁹³ regula el denominado *pacto arbitral ficto*. Si bien la jurisprudencia del Consejo de Estado ha adoptado la postura de que esta norma no es una excepción al principio de habilitación, tampoco puede concluirse del pacto arbitral ficto como una modalidad del pacto arbitral asemejada a la cláusula compromisoria o el compromiso. En suma, los efectos jurídicos de esta disposición son los de imponer una carga procesal a la parte convocada, en cuanto debe alegar –expresamente– la inexistencia del pacto arbitral, so pena de que este se entienda existente y se le atribuya competencia a los árbitros en el caso concreto. De manera que, el pacto arbitral ficto, desarrollado de manera concordante en el inciso 5 del artículo 20 y el inciso 4 del artículo 37 del Estatuto Arbitral, es una disposición procesal *sui generis* en procura de dar vía libre al arbitraje sin imponer excesivos requisitos en la conformación del tribunal.

⁹¹ Sentencia del 12 de diciembre de 2019. Expediente 64142 (véase N.º 80)

⁹² Radicado 838 del 24 de junio de 1996 (véase N.º 20).

⁹³ Ley 1563, 12 de julio de 2012, artículo 3, párrafo.

9. CONCLUSIONES

El pacto arbitral es la manifestación más clara del principio de habilitación en cuanto es un negocio jurídico mediante el cual las partes de una determinada controversia acuerdan extraer la competencia de la jurisdicción estatal en favor del sometimiento al conocimiento de los árbitros.

Para su existencia, deben concurrir el elemento esencial y el cumplimiento de los requisitos formales. El primero corresponde a la voluntad inequívoca de acudir a la justicia arbitral, mientras que la forma es en general documental. Ante vacíos en el pacto arbitral cualquier cosa que no se regule convencionalmente en el pacto arbitral es suplida naturalmente por la ley y en aplicación a los principios y normas de interpretación de los contratos y del denominado principio proarbitraje, cuyo reciente desarrollo en el arbitraje nacional ha sido principalmente jurisprudencial y doctrinal.

Por su naturaleza jurídica, el pacto arbitral está llamado a producir efectos entre las partes (principio de relatividad), sin perjuicio de que el Estatuto Arbitral extienda en determinadas circunstancias algunos efectos a terceros que, por su relación jurídica por las partes o por el interés que tienen en las resultas del proceso, deben o pueden intervenir, respectivamente, para hacer valer sus derechos.

De esta forma, el pacto arbitral es fuente de obligaciones de hacer, no hacer y de dar. La primera consiste en la obligación de elevar las pretensiones relacionadas con las controversias a los árbitros, pero únicamente si una o ambas de las partes quieren obtener una decisión judicial para solucionar las controversias. La segunda es la de abstenerse de acudir a los jueces estatales. Por último, la tercera consiste en pagar los costos del arbitraje, en cuanto este es oneroso.

Por su parte, el pacto arbitral es el género de dos especies denominadas cláusula compromisoria y el compromiso, cuyo elemento diferenciador es el momento en que se celebran con relación a la controversia que da lugar al arbitraje. La cláusula compromisoria tiene por objeto determinar eventuales controversias relacionadas a un contrato previo, mientras que el compromiso tiene por objeto someter al arbitraje unas controversias ciertas y existentes. Dependiendo de la modalidad a la que acuden las partes deberán considerar sus características particulares para garantizar la eficacia, validez y oponibilidad del negocio.

Por último, el pacto arbitral ficto establecido bajo el parágrafo del artículo 3 del Estatuto Arbitral es una institución *sui generis* en el arbitraje nacional colombiano, en cuanto más allá del debate sobre su naturaleza de ser o no una especie de pacto arbitral, sus efectos son meramente procesales, al imponerse una carga al demandado –de alegar expresamente su inexistencia–, so pena de que se atribuyan los efectos del pacto arbitral a las partes, incluso si este no se ha acreditado.

Referencias

- Consejo de Estado. Radicado 838 del 24 de junio de 1996. Consejero ponente: Roberto Suárez Franco.
- Consejo de Estado. Sentencia del 02 de junio de 2021. Expediente 66030. Consejero ponente: Martín Bermúdez Muñoz.
- Consejo de Estado. Sentencia del 07 de marzo de 2012. Expediente 18013. Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez.
- Consejo de Estado. Sentencia del 07 de octubre de 2019. Expediente 61164. Consejera ponente: Marta Nubia Velásquez Rico.
- Consejo de Estado. Sentencia del 10 de septiembre de 2020. Expediente 65136. Consejera ponente: María Adriana Marín.
- Consejo de Estado. Sentencia del 11 de diciembre de 2019. Expediente 64151. Consejero ponente: Guillermo Sánchez Luque.
- Consejo de Estado. Sentencia del 12 de agosto de 2013. Expediente 28730. Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez.
- Consejo de Estado. Sentencia del 12 de diciembre de 2019. Expediente 64142. Consejera ponente: María Adriana Marín.
- Consejo de Estado. Sentencia del 16 de febrero de 2001. Expediente 18063. Consejero ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros.
- Consejo de Estado. Sentencia del 16 de septiembre de 2021. Expediente 66091. Consejera ponente: María Adriana Marín.
- Consejo de Estado. Sentencia del 18 de abril de 2013. Expediente 17859. Consejero ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera.
- Consejo de Estado. Sentencia del 18 de diciembre de 2020. Expediente 62573. Magistrado ponente: Nicolás Yepes Corrales.
- Consejo de Estado. Sentencia del 20 de febrero de 2008. Expediente 33670. Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez.
- Consejo de Estado. Sentencia del 24 de mayo de 2021. Expediente 53461. Consejera ponente: María Adriana Marín.
- Consejo de Estado. Sentencia del 25 de julio de 2019. Radicado: 11001-03-24-000-2007-00401-00. Consejero ponente: Hernando Sánchez Sánchez.
- Consejo de Estado. Sentencia del 29 de marzo de 2019. Expediente 39080. Magistrado ponente: Jaime Enrique Rodríguez Navas.
- Consejo de Estado. Sentencia del 30 de agosto de 2018. Expediente 60813. Magistrada ponente: Stella Conto Díaz del Castillo.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-242 del 20 de mayo de 1997. Magistrado ponente: Hernando Herrera Vergara.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-572A del 04 de julio de 2014. Magistrado ponente: Mauricio González Cuervo.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-511 del 30 de junio de 2011. Magistrado ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

- Corte Suprema de Justicia. Sentencia SC001 del 15 de enero de 2019. Magistrado ponente: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.
- Fernández, J. C, y E. Artuch. “Validez y eficacia del convenio arbitral internacional”. En *Tratado de Derecho Arbitral*, 767. Bogotá: Ibáñez, 2011.
- Ley 84, 26 de mayo de 1873. Código Civil de los Estado Unidos de Colombia. *Diario Oficial*, 2, 867.
- Ley 1563, 12 de julio de 2012. Por el cual se expide Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial*, 48, 489.
- Ley 1564, 12 de julio de 2012. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial*, 48, 489.
- López Blanco, H. F. *El proceso arbitral nacional*. Dupre Editores, 2013.
- Ramírez, J. A. *La vinculación de sujetos no signatarios a los efectos del pacto arbitral*. Universidad Externado de Colombia, 2016.

Pacto arbitral patológico

SANTIAGO CRUZ¹

FELIPE GONZÁLEZ²

La teoría de las cláusulas arbitrales patológicas tiene por objeto de estudio los pactos arbitrales que, por diferentes razones, no pueden jurídicamente producir los efectos deseados por las partes al momento de su celebración. El presente capítulo tiene como propósito estudiar el concepto y definición del pacto arbitral patológico, así como sus características y modalidades comunes.

1. CONCEPTO

El Consejo de Estado ha identificado patologías en “aquellos eventos en que el pacto arbitral no se encuentra debidamente redactado o presenta deficiencias, y ello dificulta su aplicación en el caso concreto”³, lo que resulta en que los efectos del pacto “no se producen por deficiencias mismas del acuerdo de voluntades”⁴. Se tiene, entonces, que el carácter *patológico* del pacto arbitral

¹ Asociado Principal del equipo de Resolución de Conflictos de Philippi Prietocarrizosa Ferrero Du & Uría. Su ejercicio profesional se centra en arbitraje internacional y doméstico, litigios y mecanismos alternativos de resolución de disputas. Tiene experiencia en asuntos relativos a ingeniería y construcción, petróleo y gas, minero, venta y distribución de mercaderías, tecnología y redes sociales entre otros. Ha participado en arbitrajes comerciales como abogado de parte, árbitro y secretario, bajo reglamentos de diferentes instituciones arbitrales, incluyendo la CCI y el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Es árbitro de los Centros de Arbitraje de la Superintendencia de Sociedades y de la Cámara de Comercio de Cali, así como secretario del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá.

² Asociado del equipo de Resolución de Conflictos de Philippi Prietocarrizosa Ferrero Du & Uría. Su ejercicio profesional se centra en litigios, arbitrajes y mecanismos alternativos de resolución de conflicto. Miembro del Colegio de Abogado Rosaristas. Ha ejercido como monitor académico para las asignaturas de Derecho Procesal Civil Especial y Contratos Civiles y Mercantiles.

³ Consejo de Estado. Sentencia del 04 de junio de 2019. Expediente 45012. Consejero ponente: Ramiro Pazos Guerrero.

⁴ Consejo de Estado, Sentencia del 29 de marzo de 2019. Expediente 39080. Magistrado ponente: Jaime Enrique Rodríguez Navas.

es una deficiencia en el acuerdo de voluntades respecto del sometimiento de determinadas controversias a la competencia de los árbitros, dificultando o imposibilitando la puesta en marcha del arbitraje.

2. DEFINICIÓN

Frédéric Eisemann (1974) publicó, después de 26 años como secretario general de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, el texto *La clause d'arbitrage pathologique*⁵, donde introdujo el término de cláusulas patológicas (*pathological clauses*) como aquellos acuerdos de arbitraje que contienen uno o varios defectos que perturban el desarrollo del arbitramento⁶. En Colombia, el Consejo de Estado las ha definido en sentido similar⁷, al conocer el recurso de anulación contra el laudo arbitral proferido por el tribunal constituido para dirimir las controversias entre los miembros de la Unión Temporal Magisalud 2 y la sociedad Fiduciaria La Previsora S.A, como administradora del patrimonio autónomo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (Fomag). El recurrente alegó, entre otras, la causal de nulidad por falta de competencia y jurisdicción por considerar que el tribunal había “perdido” competencia por un pronunciamiento del Consejo de Estado con fecha posterior a la instalación del tribunal, pero anterior a expedición del laudo arbitral. La jurisprudencia citada por el recurrente había considerado que las cláusulas escalonadas eran patológicas y, por consiguiente, alegó el recurrente que, como el tribunal había asumido competencia en el caso en concreto en virtud de un pacto arbitral semejante, se configuraba la causal de anulación. Al decidir sobre el recurso, el Consejo de Estado consideró que las cláusulas patológicas son

aquellas que por su ambigüedad o por la carencia de determinados elementos esenciales, impiden que sea clara e inequívoca la voluntad de las partes para acudir al arbitramento y que por ello el asunto se sustraiga del conocimiento de la justicia arbitral⁸.

⁵ Véase F. Eisemann, “La clause d’arbitrage pathologique”, en *Commercial Arbitration: Essays in Memoriam Eugenio Minoli*, Torino, 1974, p. 129

⁶ Traducción libre a la cita “*arbitration agreements, and particularly arbitration clauses, which contain a defect or defects liable to disrupt the smooth progress of the arbitration*” de la misma cita.

⁷ Consejo de Estado. Sentencia del 16 de septiembre de 2021. Expediente 66091. Consejera ponente: María Adriana Marín.

⁸ *Ibíd.*

No obstante, afirmó que las patologías las fija el legislador, no los jueces estatales. En ese sentido, declaró infundado el recurso de anulación.

Por otro lado, la Superintendencia de Sociedades (citando a Eisemann y a Juan Pablo Cárdenas) señaló cuatro funciones esenciales del pacto arbitral⁹: (i) producir consecuencias obligatorias para las partes, (ii) excluir la intervención de las cortes en la resolución de la controversia antes de que se profiera el laudo, (iii) darle poder a los árbitros para resolver las disputas que puedan surgir entre las partes y (iv) permitir establecer un procedimiento bajo el cual se pueda expedir un laudo en condiciones de eficiencia y rapidez que pueda ser ejecutado. Pues bien, si la patología que se estudia en algún caso particular perturba la materialización de alguna de estas funciones, el pacto no tendría capacidad de sustraer la competencia del juez estatal, en favor del conocimiento de la controversia por parte de los árbitros¹⁰.

3. LA PATOLOGÍA EN EL PACTO ARBITRAL

3.1. No resulta necesariamente en la inexistencia, invalidez, ineficacia o inoponibilidad del negocio jurídico

La patología del pacto arbitral no conlleva *per se* la inexistencia, invalidez, ineficacia o inoponibilidad del negocio jurídico.

Así lo ha entendido el Consejo de Estado al conocer sobre el recurso de anulación contra el laudo proferido por el tribunal arbitral convocado para resolver las controversias entre el Consorcio MPS y la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (Uspec)¹¹. En el caso en concreto, el recurrente alegó la inexistencia del pacto arbitral por no contener una voluntad inequívoca de acudir al arbitraje. No obstante, el Consejo de Estado consideró que “la inexistencia se deduce cuando se acredita que las partes de ninguna manera manifestaron su voluntad de pactar arbitramento y que, de lo dicho en el contrato, sin duda alguna no puede deducirse

⁹ Superintendencia de Sociedades. Auto 2020-01-026558 del 28 de enero de 2020. Superintendente delegado: Francisco Hernando Ochoa Liévano.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Consejo de Estado. Sentencia del 02 de junio de 2021. Expediente 66030. Consejero ponente: Martín Bermúdez Muñoz.

la existencia de tal voluntad”¹², siendo posible identificar dicha voluntad a través de la interpretación en general y la doctrina del efecto útil en particular. Por todo lo anterior, el Consejo de Estado decidió que, si bien el pacto arbitral en cuestión tenía una deficiencia en su redacción, tal patología no constituía una sanción de inexistencia del pacto arbitral. En ese sentido, declaró infundado el recurso de anulación.

De manera que, verificada la voluntad de las partes, afirma Juan Pablo Cárdenas, “aunque haya deficiencias de redacción o patologías, salvo que ellas sean insalvables”¹³ las partes deben acudir al arbitraje. En esa misma línea se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia, en cuanto declaró infundado el recurso extraordinario de anulación contra el laudo proferido dentro del arbitraje internacional administrado por la Cámara de Comercio Internacional en el proceso entre Esther Ventura de Rondón y Juan María Rendón. El recurrente en anulación argumentó la anulación por inexistencia o invalidez del pacto arbitral por la ausencia de la voluntad de acudir al arbitraje. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia consideró que, en virtud del principio proarbitraje, se “obliga a preferir la interpretación que favorezca la validez de este mecanismo y dé prevalencia a la intención de las partes de sustraer la controversia de la justicia arbitral”¹⁴. En otras palabras, ante la existencia del pacto arbitral, cualquier patología que afecte lo estipulado debe intentar ser corregida por la ley, llenando los vacíos del negocio jurídico¹⁵, o por la interpretación del operador jurídico (sea juez estatal o árbitro).

En suma, la patología afecta en menor o mayor medida el pacto arbitral, según su aptitud de hacer inexistente, inválido, ineficaz o inoponibles algún efecto que las partes acordaron generar. Lo anterior significa que depende del “tipo de yerro y la posibilidad de dar prevalencia a la voluntad de las partes sobre el defecto de la patología”¹⁶ la sanción que se le imponga a la deficiencia contractual.

¹² *Ibíd.*

¹³ J. P. Cárdenas, “El principio de la competencia-competencia y las relaciones con la rama judicial en materia de competencia”, en *Módulo Arbitraje Nacional e Internacional* (Panamericana Formas e Impresos S. A., 2019), 75-136.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia. Sentencia SC001 del 15 de enero de 2019. Magistrado ponente: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

¹⁵ Sentencia del 04 de junio de 2019. Expediente 45012 (véase N.º 3).

¹⁶ *Ibíd.*

3.2. El pacto debe ser objeto de interpretación

De lo anterior deriva el deber de interpretar el pacto arbitral aun así sea evidente que se encuentra viciado de una patología. La interpretación del pacto debe ceñirse a los principios y normas de interpretación de los contratos y los principios pro arbitraje, *kompetenz-kompetenz* y el de la autonomía de la cláusula compromisoria. El ejercicio interpretativo es un deber del juez o árbitro, consistente en extenderse más allá de lo manifestado en la literalidad de las palabras, con especial atención a la verdadera voluntad de las partes, sin que pueda completar o reemplazar la autonomía de la voluntad privada¹⁷. La patología del pacto arbitral no tiene la aptitud jurídica, por regla general, de derogar el principio de habilitación, pues el operador jurídico tiene el deber de hacer un ejercicio interpretativo de la cláusula arbitral para intentar dar efectos al acuerdo de las partes; la patología que verse sobre contenidos accidentales solo produce la ineficacia de estos, sin afectar la existencia, validez o eficacia pacto arbitral.

3.3. La patología puede ser estudiada por los árbitros e, inclusive, por el juez de anulación

En virtud del principio de *kompetenz-kompetenz*, el pacto arbitral debe ser analizado y estudiado por los árbitros, pues la competencia de aquellos está fundamentada en la cláusula arbitral. Así las cosas, en principio son los árbitros quienes están llamados a identificar y pronunciarse sobre la eventual patología en el negocio jurídico. No obstante, tanto el Consejo de Estado como la Corte Suprema de Justicia, como jueces de anulación, se han pronunciado sobre la patología de los pactos arbitrales, por estar intrínsecamente ligado a las causales de anulación de los numerales 1 y 2 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 (“Estatuto Arbitral”¹⁸), en cuanto la patología que afecta la existencia o validez del pacto arbitral puede dejar sin competencia a los árbitros.

¹⁷ Sentencia del 29 de marzo de 2019. Expediente 39080 (véase N.º 4).

¹⁸ Ley 1563, 12 de julio de 2012. Por el cual se expide Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial*, 48, 489.

3.4. *La patología puede originarse en la aplicación sistemática de varias cláusulas*

La patología puede tener origen en una cláusula material distinta al pacto arbitral. Es posible que la deficiencia surja al momento de aplicar sistemáticamente varias cláusulas de un contrato cuando, por ejemplo, en un mismo negocio las partes estipulan una cláusula compromisoria pero también incluyen una cláusula que impone la obligación de acudir al juez estatal. Ante esa situación, el juez o árbitro encuentra una patología en la voluntad de las partes, pues el acuerdo que le es presentado es equívoco y, por lo tanto, no resulta en un pacto arbitral existente.

3.5. *Patologías comunes*

Las deficiencias del pacto arbitral varían dependiendo de su complejidad y con ocasión de los elementos accidentales que las partes deciden incorporar en el caso en concreto. Dicho lo anterior, se pasará a estudiar algunas de las patologías más comunes:

3.6. *Equívoca intención de las partes de someter las controversias a arbitraje*

Cuando el pacto arbitral es equívoco en la intención de las partes de acudir al arbitraje, el operador jurídico se encuentra ante la patología más relevante de la cláusula arbitral. Sin ese elemento esencial (la voluntad de acudir arbitraje), el pacto arbitral puede no producir los mencionados efectos, lo cual resulta en la imposibilidad de acudir a este mecanismo alternativo de solución de conflictos¹⁹. La consecuencia jurídica de esta patología podría ser tenida como la inexistencia del pacto arbitral, en cuanto la inequívoca voluntad de las partes de someter las controversias a arbitraje es un elemento esencial del negocio jurídico *pacto arbitral*. No obstante, esta patología debe tratar de sanearse a través de las anteriormente enunciadas reglas de interpretación propias de esta institución jurídica.

3.7. *Cláusulas potestativas: “podrán”*

En la práctica es común encontrarse pactos arbitrales que establecen la facultad a las partes de acudir a la justicia arbitral o a la estatal para solucionar sus controversias. Dentro del recurso de apelación contra el auto que

¹⁹ Sentencia del 29 de marzo de 2019. Expediente 39080 (véase N.º 4).

rechazó la demanda por falta de jurisdicción y competencia proferido por el Tribunal Administrativo del Meta en el trámite del medio de control de controversias contractuales interpuesto por la Nación-Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural en contra de María Isabel Moreno y Seguros del Estado, el recurrente argumentó que el pacto arbitral establecía que las partes “podrían” acudir al arbitramento de forma potestativa, por lo cual no se les podía constreñir a acudir al juez arbitral. En la motivación de su decisión, el Consejo de Estado definió las cláusulas potestativas como “aquellas en que las partes acuerdan acudir o no al arbitramento de forma condicional pero sujeta a la condición a la sola voluntad de las partes”²⁰ y consideró que estas constituyen una patología del pacto arbitral en cuanto resulta imperativo que la voluntad de las partes esté directamente vinculada a someter sus controversias a la competencia de los árbitros²¹, como, también, que el orden jurídico colombiano sanciona con nulidad las obligaciones contraídas bajo una condición meramente potestativa²². En el caso concreto, el Consejo de Estado encontró que en efecto era una cláusula patológica, en cuanto las partes “usaron el verbo condicional ‘podrán’, lo que no denota una intención inequívoca”²³ de acudir a la justicia arbitral. De esta forma, revocó la providencia impugnada y ordenó al tribunal estudiar la procedibilidad y admisibilidad de la demanda.

De tal forma, si bien no hay una expresión formal para identificar las cláusulas potestativas, la doctrina y jurisprudencia afirman que el uso de la palabra “podrán”, como verbo condicional, permite inferir que la voluntad de las partes es inequívoca al momento de acordar la sustracción de la jurisdicción estatal en el caso concreto. Por lo tanto, el Consejo de Estado ha considerado que esta patología también afecta la esencia del pacto arbitral, en cuanto este debe “ser un modo imperativo para ambas partes, de resolver en sede contenciosa su controversia al margen del ámbito competencial del juez estatal”²⁴. Entonces, de acuerdo con la jurisprudencia, la consecuencia jurídica de esta patología puede ser la invalidez del pacto arbitral, toda vez que este no produce los efectos de sustraer la controversia de la jurisdicción estatal, así las partes hayan dado competencia a los árbitros,

²⁰ Consejo de Estado. Sentencia del 18 de abril de 2017. Expediente 58461. Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón.

²¹ *Ibíd.*

²² *Ibíd.*

²³ *Ibíd.*

²⁴ Sentencia del 29 de marzo de 2019. Expediente 39080 (véase N.º 4).

en cuanto el artículo 1535 del Código Civil sanciona con nulidad las “obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que se obliga”²⁵.

3.8.Designación a institución arbitral errónea o inexistente

Es una patología del pacto arbitral que las partes designen una institución arbitral inexistente o errónea, “pues ello impediría determinar el centro de arbitraje que adelantará las labores administrativas vinculadas al proceso”²⁶. En el mismo caso citado, el Consejo de Estado conoció el recurso de apelación interpuesto por Hernán de Jesús Restrepo en contra de la sentencia que declaró probada la excepción de falta de jurisdicción, dentro de la acción de controversias contractuales adelantada por este en contra del Departamento de Arauca. En efecto, la cláusula compromisoria determinaba que las divergencias surgidas con ocasión del contrato serían solucionadas a través de un tribunal de arbitramento administrado por la Cámara de Comercio de Arauca, pero, dentro del trámite de primera instancia, la Cámara de Comercio en cuestión certificó que no se encontraba habilitada para prestar ese servicio. En consideración de lo anterior, el Consejo de Estado confirmó la providencia de primera instancia y declaró sin efectos únicamente la expresión que determinaba la Cámara de Comercio designada para administrar el proceso arbitral, siendo esa deficiente estipulación suplida por el elemento natural del centro de arbitraje competente para administrar el proceso arbitral, es decir, uno del domicilio del demandado²⁷.

En otro pronunciamiento, el Consejo de Estado resolvió el recurso de apelación contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca donde se había declarado la excepción de falta de jurisdicción dentro del proceso de la acción de controversias contractuales adelantado por la Corporación Autónoma Regional del Cauca en contra de la Universidad del Cauca²⁸. En el caso en concreto, las partes habían acordado una cláusula compromisoria donde estipularon acudir a un tribunal de arbitramento con

²⁵ Artículo 1535, Ley 84, 26 de mayo de 1873. Código Civil de los Estado Unidos de Colombia. *Diario Oficial*, 2, 867.

²⁶ Consejo de Estado. Sentencia del 26 de noviembre de 2015. Expediente 28507. Consejero ponente: Ramiro de Jesús Pazos.

²⁷ Ley 1563, 12 de julio de 2012, artículo 12.

²⁸ Consejo de Estado. Sentencia del 04 de junio de 2019. Expediente 45012. Consejero ponente: Ramiro Pazos Guerrero.

sede en la ciudad de Popayán. No obstante, la Cámara de Comercio de Cauca certificó que no contaba con un centro de arbitraje ni con la habilitación para convocar un tribunal de arbitramento. El Consejo de Estado consideró que “tal patología, en manera alguna, podrá conducir a negarle eficacia a la totalidad del pacto arbitral, pues es claro que las partes manifestaron su decisión inequívoca y directa de someterse a la justicia arbitral”²⁹, por lo cual confirmó la providencia impugnada y otorgó un plazo de 45 días hábiles para iniciar el trámite de integración del tribunal en el centro de arbitraje correspondiente. Pues bien, la determinación del Centro de Arbitraje es un elemento natural del pacto arbitral, en virtud del cual la presentación de la demanda debe hacerse en el domicilio de la parte demandada y, si esta es plural, en cualquiera de ellos³⁰. Así las cosas, la presente patología tiene como consecuencia la ineficacia del acuerdo sobre la institución arbitral competente en particular y no sobre la generalidad del pacto arbitral, pudiéndose subsanar mediante la aplicación de la ley y los elementos naturales.

No obstante, excepcionalmente esta patología podría potencialmente tener un impacto mayor, si el operador jurídico encuentra que el nombramiento de una institución determinada, que resulta inexistente o errónea fue determinante para alguna o ambas de las partes en la celebración del pacto arbitral. Bajo lo anterior, la parte afectada podría eventualmente alegar un vicio en el consentimiento por error en el objeto, según la doctrina de la invalidez e ineficacia de los contratos.

3.9. Mención a normas derogadas o inaplicables

Cuando el pacto arbitral menciona normas que en la época de su celebración estaban derogadas, la Superintendencia de Sociedades ha entendido que esta patología resulta corregible a través de “la aplicación de las reglas generales sobre la validez y aplicación de las leyes”³¹ de las que trata la Ley 153 de 1887³². Esta decisión de la Superintendencia de Sociedades se profirió en el marco de la solicitud de declaratoria de excepciones previas propuestas por Janna Motors S. A. S., dentro del proceso que Inversiones Janna Raad y Cía S. en C. había adelantado en contra de aquella. En

²⁹ *Ibíd.*

³⁰ Ley 1563, 12 de julio de 2012, artículo 12.

³¹ Auto 2020-01-026558 del 28 de enero de 2020 (véase N.º 9).

³² Ley 153, 15 de agosto de 1887. Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887.

el caso en particular, la Superintendencia de Sociedades encontró que, si bien los estatutos sociales de la compañía incluían una cláusula compromisoria consistente en someter cualquier discrepancia entre los accionistas o de estos con la sociedad a la justicia arbitral, dicha cláusula compromisoria hacía referencia a normas que se encontraban derogadas en la época de su celebración. No obstante, la Superintendencia de Sociedades consideró que, “acorde con el denominado principio proarbitraje [...], se prefiere ‘la interpretación que favorezca la validez de este mecanismo y dé prevalencia a la intención de las partes de sustraer la controversia de la justicia estatal’”³³. Por lo anterior, la autoridad declaró probada la excepción previa de cláusula compromisoria y la terminación del proceso. La anterior conclusión resulta razonable, en cuanto la patología en cuestión no concierne a la doctrina de la patología del pacto arbitral, sino a la aplicación de la ley en el tiempo. Pues bien, resalta lo dispuesto en el artículo 38 de la ley 153 de 1887, según el cual se entienden incorporadas las leyes al tiempo de la celebración del contrato³⁴. De esta forma, se insiste, verificada la voluntad inequívoca de acudir a la justicia arbitral, debe el juez o árbitro respetar la habilitación de las partes de someter sus controversias a la justicia arbitral.

4. CLÁUSULAS ESCALONADAS

4.1. *Comentarios previos: relevancia jurídica*

En la actualidad, el debate sobre la naturaleza patológica o no de las cláusulas escalonadas ha tomado relevancia jurídica en el contexto de la Sentencia C-602 de 2019³⁵, en virtud de la cual la Corte Constitucional realizó control de constitucionalidad del artículo 13 del Código General del Proceso. En efecto, el presente acápite estudiará el concepto, características, y desarrollo en el ordenamiento jurídico de las cláusulas escalonadas, con

³³ Auto 2020-01-026558 del 28 de enero de 2020 (véase N.º 9).

³⁴ Artículo 38, Ley 153, 15 de agosto de 1887. Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887.

³⁵ A la fecha de presentación de este artículo, la Corte Constitucional no ha publicado la sentencia. Sin embargo, la Corte Constitucional emitió el Comunicado de Prensa N.º 50 del 11 de diciembre de 2019, en el que rindió un resumen de los cargos y consideraciones sobre los que se basa la sentencia. Para efectos de este texto, cuando se mencione la Sentencia C-602 de 2019, habrá de entenderse que se hace referencia al Comunicado de Prensa N.º 50.

especial atención a la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional (“Altas Cortes”), para concluir cuáles son los efectos -si los hay- que hoy en día el orden jurídico colombiano le reconoce a este tipo de cláusulas.

Previo al desarrollo de los temas propuestos, resulta pertinente considerar el estado del arte del debate sobre las cláusulas escalonadas en Colombia:

El 11 de diciembre de 2019, a través del Comunicado de Prensa N.º 50, la Corte Constitucional informó la decisión de declaratoria de exequibilidad del aparte acusado por los cargos de transgresión al principio de buena fe, autonomía privada, y la función jurisdiccional transitoriamente atribuida a determinados particulares. Bajo ese contexto, la Corte Constitucional estableció el siguiente problema jurídico³⁶:

[...] ¿el inciso segundo del artículo 13 del Código General del Proceso, al presuntamente afectar la validez y eficacia de las cláusulas mediante las cuales se disponen Medios Alternativos de Solución de Conflictos -MASC previstos por la Constitución, la ley y la autonomía de la voluntad para dirimir eventuales litigios que surjan en desarrollo de un negocio jurídico quebranta: el artículo 83 de la Carta Política [...]; la función jurisdiccional atribuida a determinados particulares [...]; y, el principio de la autonomía de la voluntad privada del artículo 333 de la Constitución?

A manera de síntesis, la Corte Constitucional motivó la decisión de exequibilidad de la siguiente forma: el principio de autonomía de la voluntad privada supone la decisión de escoger el tipo negocial, su contenido, objeto y la contraparte, pero también la facultad de escoger los mecanismos para solucionar las controversias relacionadas con el contrato³⁷. No obstante, este principio se encuentra limitado por las normas de orden público (como las procesales), donde se prohíbe a los particulares regular los requisitos de procedibilidad, pues esto es una facultad de libre configuración del legislador. En ese sentido, consideró la Corte Constitucional que los contratantes no pueden estipular el agotamiento de etapas previas para acudir a la jurisdicción, en cuanto vulneraría el acceso a la administración de justicia.

Particularmente sobre las cláusulas escalonadas, la Corte Constitucional consideró que en estas los contratantes “disponen un sistema de agotamiento gradual, progresivo y multinivel de etapas previas a la solución de

³⁶ Corte Constitucional de Colombia. Comunicado de Prensa N.º 50 del 11 de diciembre de 2019.

³⁷ *Ibíd.*

las eventuales diferencias”³⁸ que, en caso de resultado infructuoso, culminan en el acceso a la jurisdicción ordinaria del Estado o al arbitraje. Consideró además que, si bien estas estipulaciones tienen “la eficacia de generarles compromisos contractuales, dichas estipulaciones no pueden convertirse en una barrera de acceso a la justicia”³⁹ en cuanto la inobservancia de requisitos de procedibilidad de origen convencional no afecta la competencia del juez o del árbitro.

De esta forma, para la Corte Constitucional, la cláusula arbitral escalonada solo produce efectos entre las partes si estas desean honrar y cumplir el compromiso, pero no son de obligatoria observancia para dar validez a la competencia de los árbitros o el juez estatal (sea el caso) ni constituyen “el incumplimiento del negocio jurídico”⁴⁰. Por todo lo anterior, declaró exequible la norma acusada.

No obstante, para entender de fondo la decisión del tribunal constitucional y comprender las razones y efectos jurídicos de su motivación, es preciso realizar el estudio propuesto sobre la teoría de las cláusulas escalonadas, en cuanto la decisión de la Corte Constitucional es la posición más reciente de un debate que ha tenido aporte doctrinal, jurisprudencial y legal. De esta forma, la relevancia jurídica de los efectos que se le otorguen a las cláusulas escalonadas es evidente en cuanto constituye una práctica recurrente en la negociación del pacto arbitral y en el trámite tanto de instalación de tribunal como de anulación del laudo final.

4.2. *Concepto*

Las cláusulas escalonadas (o “multi-tier”, “multi-step clauses”) consisten en el acuerdo de las partes de someterse al agotamiento secuencial de etapas y requisitos de manera previa a la habilitación de la competencia de los árbitros. En suma, la cláusula arbitral es escalonada cuando las partes “imponen condiciones o el agotamiento de requisitos o instancias previas para acudir a la justicia”⁴¹. A manera de ejemplo, el Consejo de Estado⁴² identificó un pacto arbitral escalonado dentro del medio de control de

³⁸ *Ibíd.*

³⁹ *Ibíd.*

⁴⁰ *Ibíd.*

⁴¹ Consejo de Estado. Sentencia del 18 de julio de 2019. Expediente 62930. Consejo ponente: Alberto Montaña Plata.

⁴² *Ibíd.*

controversias contractuales interpuesto por la Nación – Ministerio de Educación Nacional en contra de la Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S. A. (Fiducoldex). Pues bien, en la contestación de la demanda Fiducoldex alegó la excepción de falta de jurisdicción y competencia al indicar que las partes habían celebrado un pacto arbitral. En primera instancia, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró probada la excepción alegada, ordenó la terminación del proceso y la remisión del expediente al centro de arbitraje competente. Ante esa decisión, la demandante interpuso recurso de apelación sustentado en que el pacto habilitaba a las partes acudir a la jurisdicción. Al decidir el recurso, el Consejo de Estado consideró que las cláusulas escalonadas son ineficaces, por lo cual el cumplimiento de los requisitos incluidos en ellas no debía agotarse⁴³. No obstante, el Consejo de Estado también consideró que de la cláusula en concreto no era posible inferir la intención clara e inequívoca de las partes de acudir a arbitraje. Por lo tanto, revocó el auto de primera instancia y ordenó la continuación del proceso ante la jurisdicción.

Es decir, el escalonamiento del pacto arbitral tiene como propósito que las partes acudan a otros medios de solución de conflictos como un requisito previo a la activación de la justicia arbitral, de forma que convencionalmente se establece un requisito de procedibilidad para la competencia de los árbitros.

4.3. Características

4.3.1. Sujeta la habilitación de las partes al cumplimiento de etapas o procedimientos previos

La cláusula arbitral escalonada se caracteriza por limitar la habilitación que las partes hacen en favor de la competencia de los árbitros al cumplimiento de etapas o procedimiento previos. Pues bien, para encontrarse en una cláusula de este tipo, se debe partir de una voluntad inequívoca de acudir al arbitraje. Lo que podría resultar potencialmente patológico es el sometimiento de los efectos del pacto arbitral al cumplimiento de otras conductas previas de las partes.

Por un lado, en caso de considerarse que el escalonamiento de la cláusula arbitral es patológico, su consecuencia jurídica no es la invalidez o ineficacia del pacto arbitral, sino de la exigibilidad del cumplimiento de los

⁴³ *Ibíd.*

pasos previos que las partes estipularon, por lo cual estas podrían acudir a la justicia arbitral sin cumplirlos.

Por el otro, si se considera que el escalonamiento de la cláusula arbitral no es patológico, debe tenerse en cuenta que la inserción de etapas o procedimientos previos no resulta en la obligación de resultado de dar solución a la controversia, sino en el intento de solucionarla. Si las partes llegan a un acuerdo, no hay lugar para pasar a la siguiente etapa y la habilitación de la competencia de los árbitros nunca se activa. Pero solo si las partes no solucionan sus controversias en el agotamiento de las etapas o requisitos previos, sí habrá lugar a la instalación y competencia de los árbitros. Así las cosas, el escalonamiento supone un cumplimiento de etapas sucesivo y ordenado.

4.4. Desarrollo en Colombia

4.4.1. Jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional hasta antes del año 2012

Con fundamento en el artículo 229 de la Constitución Política de Colombia⁴⁴, en virtud del cual se reconoce el acceso a la administración de justicia como un derecho fundamental, las Altas Cortes se han preguntado si las partes, en virtud del principio de la autonomía privada y de habilitación, pueden pactar etapas o requisitos previos para acceder a la justicia arbitral, o si, por el otro lado, el Estado debe reprochar esas estipulaciones, en aras de su deber de garantizar el acceso a la administración de justicia.

Por una parte, el Consejo de Estado ha asumido la posición que reprocha las cláusulas escalonadas como requisito de procedibilidad. En primer lugar, la corporación ha considerado que, “tales estipulaciones, fijadas como requisito previo a la convocatoria del tribunal de arbitramento, en manera alguna pueden convertirse en requisitos de procedibilidad para acudir a la justicia arbitral”⁴⁵. La anterior consideración fue realizada por el Consejo de Estado al resolver el recurso de anulación contra el laudo arbitral proferido por el tribunal constituido para resolver las controversias surgidas entre el Consorcio Lar y el Instituto de Desarrollo Urbano

⁴⁴ Constitución Política de Colombia. *Gaceta Constitucional*, N° 116, (1991).

⁴⁵ Consejo de Estado. Sentencia del 04 de diciembre de 2006. Expediente 32871. Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

(IDU). En el caso en concreto, las partes habían acordado intentar solucionar el conflicto mediante arreglo directo antes de acudir a los árbitros. No obstante, el Consejo de Estado consideró que tal estipulación no podía impedir que los árbitros asumieran conocimiento⁴⁶, por lo cual el pacto arbitral estaba viciado y no podía producir efectos procesales como requisito de procedibilidad, por ser estos una facultad exclusiva del legislador. Como fundamento de esta posición el Consejo de Estado argumentó que las normas procesales son de orden público y las partes no pueden impedir el conocimiento de los árbitros o los jueces estatales y, mucho menos, invalidar sus decisiones. Adicionalmente, el Consejo de Estado consideró que las partes no pueden disponer convencionalmente la suspensión o interrupción de los términos de caducidad y aceptar el agotamiento de etapas o requisitos derivados de un pacto arbitral escalonado tendría plena incidencia en el cómputo de dichos términos⁴⁷. Por todo lo anterior, se concluyó que sí se había celebrado una “verdadera, completa, válida y eficaz cláusula compromisoria”⁴⁸, por lo cual el Tribunal sí había asumido competencia en virtud de la habilitación de las partes. En ese sentido, el Consejo de Estado declaró infundado el recurso de anulación.

Esta posición fue reiterada por el Consejo de Estado cuando negó la anulación del laudo arbitral proferido por el tribunal constituido para dirimir las diferencias entre Plescom Ltda. y la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (Telecom)⁴⁹. En el caso en concreto, el pacto arbitral que habilitaba la competencia del tribunal requería que las partes intentaran “conciliar primero dichos asuntos”, para después acudir a “una segunda instancia conformada por el presidente de Telecom y el gerente de Plesom” y, si el desacuerdo persistiere, acudirían “finalmente” al arbitraje. De acuerdo con esas estipulaciones, el recurrente alegó que, ante el incumplimiento del agotamiento de esas etapas, la cláusula compromisoria resultaba ineficaz y, por lo tanto, el tribunal carecía de competencia. Sobre este asunto, el Consejo de Estado consideró que la omisión de estas etapas o requisitos “no entraña consecuencia alguna en el ámbito procesal ni configura causal de nulidad en cuanto a la validez de la constitución del tribunal de arbitramento”⁵⁰ y

⁴⁶ *Ibíd.*

⁴⁷ *Ibíd.*

⁴⁸ *Ibíd.*

⁴⁹ Consejo de Estado. Sentencia del 10 de junio de 2009. Expediente 35288. Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

⁵⁰ Sentencia del 04 de diciembre de 2006. Expediente 32871 (véase N.º 45).

reiteró que “no pueden convertirse en requisitos de procedibilidad”⁵¹. Por lo tanto, el Consejo de Estado procedió a interpretar la cláusula arbitral escalonada en el sentido de darle validez a la voluntad del pacto arbitral, dejando así sin efectos los requisitos previos convencionales para acudir a los árbitros. De esta forma, el Consejo de Estado ha hecho caso omiso al escalonamiento del pacto arbitral, sin reconocer efectos en las estipulaciones que imponen el cumplimiento de etapas o procedimiento previos, pero dando validez a la decisión de las partes de acudir a la justicia arbitral.

En efecto, el Consejo de Estado, al conocer el recurso de anulación interpuesto contra el laudo proferido por el tribunal convocado para dirimir las controversias entre el Consorcio Porvenir y el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (Incoder), estudió los argumentos del recurrente consistentes en que el requisito de enviar un memorando de reclamación que indica las reservas y los montos era una condición suspensiva para activar los efectos del pacto arbitral y, ante su inobservancia -alegó el recurrente-, la habilitación de la competencia de los árbitros no tenía fundamento. Pues bien, el Consejo de Estado consideró que las cláusulas escalonadas no son un sometimiento a una condición suspensiva, sino que constituyen una inclusión de requisitos de procedibilidad “condicionantes” para hacer efectivo el derecho de acceso a la administración de justicia, con la afirmación que “no puede calificarse de *condición* lo que simplemente es el lleno o cumplimiento de los requisitos legales para que un determinado acto sea válido”⁵². Por último, también motivó su decisión en el hecho de que “esa supuesta ‘condición’ no alude en modo alguno a un hecho futuro, presupuesto legal esencial en esta clase de obligaciones, sino a la constatación de una circunstancia preexistente (haber enviado el memorando de reclamación)”⁵³. Por todo lo anterior, declaró infundado el recurso de anulación para el cargo propuesto.

En suma, la jurisprudencia uniforme del Consejo de Estado ha dejado sin efectos las estipulaciones que incluyen el escalonamiento de las cláusulas arbitrales al considerar que los particulares no pueden convencionalmente fijar requisitos de procedibilidad que limiten el derecho de acceso a la administración de justicia⁵⁴.

⁵¹ *Ibíd.*

⁵² Consejo de Estado. Sentencia del 10 de junio de 2009. Expediente 36252. Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

⁵³ *Ibíd.*

⁵⁴ Sobre el particular, consúltese las sentencias del 01 de agosto de 2016, expediente 56138, M. P. Marta Nubia Velásquez y del 18 de julio de 2019, expediente 62930 (véase N.º 41).

Por otro lado, la Corte Suprema de Justicia tampoco ha dado efectos al escalonamiento del pacto arbitral. Mediante sentencia de tutela de 28 de marzo de 2008, la Sala Civil conoció de un pacto arbitral escalonado donde las partes acordaban acudir previamente a un dictamen contable de una firma de auditores. En el caso en concreto, el tribunal arbitral asumió competencia y, después del trámite arbitral, profirió un laudo que fue oportunamente recurrido en anulación. El Tribunal Superior revisó la competencia de los árbitros en virtud de la cláusula escalonada, en cuanto las partes no agotaron el dictamen contable de los auditores toda vez que acudieron directamente a la justicia arbitral y declaró la nulidad del laudo por la falta de jurisdicción de los árbitros. La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia consideró que hubo una violación del derecho al debido proceso, toda vez que “los árbitros sí tenían competencia”⁵⁵, e incluso “si se admitiera como mera hipótesis que no se agotó alguna etapa previa como condición de procedibilidad, la preterición de este tipo de trámites previos no conduce a la nulidad del proceso, ni descarta la competencia del juez”⁵⁶. Consecuentemente, tuteló el derecho al debido proceso y ordenó la suspensión de la sentencia de anulación del Tribunal Superior hasta la decisión del recurso de revisión. Así las cosas, la Corte Suprema de Justicia tampoco ha dado efectos al escalonamiento del pacto arbitral, con la consideración de que, en caso de su inobservancia, esto no limita la competencia de los árbitros ni configura una de las causales de nulidad del proceso o del laudo.

Por su parte, previo a la sentencia C-602 de, la Corte Constitucional había considerado que, de la aplicación de la cláusula arbitral escalonada, “no puede entenderse que esta decisión [de las partes] no sea tenida en cuenta a la hora de finiquitar el conflicto y verificar si se agotaron los medios no judiciales previstos para ello”⁵⁷. En vista de ello, la Corte Constitucional consideró que la inobservancia e incumplimiento de las etapas previstas de manera previa para la conformación del Tribunal “inhabilitaba la constitución de este y lo hacía incompetente para decidir sobre el conflicto propuesto”⁵⁸ por la parte accionante.

⁵⁵ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 28 de marzo de 2008. Radicado T-11001-02-03-000-2008-00384-00. Magistrado ponente: Edgardo Villamil Portilla.

⁵⁶ *Ibíd.*

⁵⁷ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-058 del 02 de febrero de 2009. Magistrado ponente: Jaime Araújo Rentería.

⁵⁸ *Ibíd.*

En otra decisión previa a la sentencia C-602 de 2019, la Corte Constitucional había negado que el escalonamiento del pacto arbitral constituyese una patología que afectara la existencia del pacto arbitral. La Corte consideró en ese entonces que “basta [con] que el pacto arbitral contenga la intención de acudir al arbitraje para solucionar una determinada controversia”⁵⁹ para la existencia del pacto arbitral, o lo que es lo mismo, el carácter escalonado de la habilitación a los árbitros no puede ser el fundamento de la inexistencia de la voluntad de las partes de acudir a la justicia arbitral, so pena de la “vulneración insalvable del derecho fundamental al acceso a la administración de justicia”⁶⁰.

No obstante, como se anunció, en sentencia C-602 del 11 de diciembre de 2019 la Corte Constitucional modificó su línea jurisprudencial. En esta sentencia la Corte estudió la constitucionalidad del segundo inciso del artículo 13 del Código General del Proceso, el cual establece que los requisitos de procedibilidad convencionales no son de obligatoria observancia ni constituyen un incumplimiento contractual y declaró exequible dicha norma.

4.4.2. Legislación a partir del año 2012

En consideración al contexto jurisprudencial anteriormente descrito, en virtud del cual las Altas Cortes asumían posiciones diferentes sobre la viabilidad de los pactos arbitrales escalonados, en el año 2011 el Congreso de la República debatió la regulación del asunto.

En el trámite legislativo del Proyecto de Ley N.º 18 de 2011 Senado, que terminaría siendo el **Estatuto Arbitral**⁶¹, el escalonamiento del pacto arbitral tuvo una discusión considerable. Si bien el texto del Proyecto de Ley presentado por el Gobierno Nacional no incluyó nada al respecto, en primer debate del Senado se propuso dar validez a “las estipulaciones de las partes que establecieran condiciones o el agotamiento de requisitos previos a la convocatoria del arbitraje”⁶². No obstante, en esa misma ponencia se aclaraba que la inobservancia de tales requisitos no constituiría el incumplimiento

⁵⁹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-511 del 30 de junio de 2011. Magistrado ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

⁶⁰ *Ibíd.*

⁶¹ Ley 1563, 12 de julio de 2012 (véase N.º 18).

⁶² Informe de ponencia del 02 de noviembre de 2011 para primer debate al Proyecto de Ley número 18 de 2011.

del negocio jurídico ni afectarían la competencia de los árbitros⁶³. De esta forma, consideraban los ponentes, se lograba una “posición intermedia entre las vertientes jurisprudenciales existentes”⁶⁴, lo que en la práctica no resultaría en efecto alguno, en cuanto la inobservancia de los escalones previos a la competencia de los árbitros no sería ni un incumplimiento contractual, ni una limitación convencional a la habilitación de los árbitros.

Pues bien, en el Informe de Ponencia para Primer Debate (Tercer Debate) del Proyecto de Ley Número 176 de 2011 Cámara, 18 de 2011 Senado, la Cámara de Representantes eliminó la propuesta del Senado, en cuanto resultaba en una disposición “confusa y contradictoria”⁶⁵, por permitir la inclusión de requisitos de procedibilidad, pero sin darle efectos al incumplimiento de dichos requisitos. De manera que el Estatuto Arbitral quedó sin disposición alguna sobre el pacto arbitral escalonado.

Ahora bien, en el trámite del Proyecto de Ley N.º 196 de 2011 Cámara, que terminaría siendo el *Código General del Proceso*⁶⁶ también se presentaron discusiones sobre las cláusulas escalonadas. En efecto, en el Informe de Ponencia para Segundo Debate en el Senado (Plenaria), se incluyó un inciso en donde se le sanciona con ineficacia de pleno derecho a estos tipos de acuerdos y, como consecuencia de aquello, “no vinculan a las partes del contrato, ni pueden ser invocados por ellas para alegar el incumplimiento del contrato en caso de que se acuda directamente a la jurisdicción”⁶⁷. De esta forma, el Código General del Proceso adoptó la posición jurisprudencial del Consejo de Estado al dotar de ineficacia a las cláusulas escalonadas, mientras que el Estatuto Arbitral no reguló nada sobre el asunto.

Algunos años después, el Proyecto Ley 96 de 2017⁶⁸ (“PL 096 de 2017”) buscó modificar el artículo 13 del Código General del Proceso en los siguientes términos (énfasis propios en los textos de la Tabla 2).

⁶³ *Ibíd.*

⁶⁴ *Ibíd.*

⁶⁵ Informe de ponencia del 27 de marzo de 2012 para primer debate (tercer debate) del Proyecto de Ley número 176 de 2011 Cámara, 18 de 2011 Senado.

⁶⁶ Ley 1564, 12 de julio de 2012. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial*, 48, 489.

⁶⁷ Informe de ponencia del 22 de mayo de 2012 para segundo debate en el Honorable Senado de la República (plenaria) al Proyecto de Ley Número 159 de 2011 Senado, 196 de 2011 Cámara.

⁶⁸ Proyecto de Ley 096 de 2017. Por medio de la cual se modifica el artículo 13 de la Ley 1564 de 2012. Senadora ponente: Rosmery Martínez Rosales.

Tabla 2. Propuesta del Proyecto de Ley 096 de 2017

| Código General del Proceso | PL 096 de 2017 |
|---|---|
| <p><i>Artículo 13. Observancia de normas procesales. Las normas procesales son de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y en ningún caso podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley.</i></p> <p><i>Las estipulaciones de las partes que establezcan el agotamiento de requisitos de procedibilidad para acceder a cualquier operador de justicia no son de obligatoria observancia. El acceso a la justicia sin haberse agotado dichos requisitos convencionales no constituirá incumplimiento del negocio jurídico en donde ellas se hubiesen establecido, ni impedirá al operador de justicia tramitar la correspondiente demanda.</i></p> | <p><i>Artículo 13. Las normas procesales son de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y en ningún caso podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley.</i></p> <p><i>Las estipulaciones de las partes que establezcan el agotamiento de requisitos de procedibilidad para acceder a cualquier operador de justicia que tengan como finalidad obstruir el libre acceso a la administración de justicia serán absolutamente nulas.</i></p> |

Fuente: Elaboración propia.

La exposición de motivos del Proyecto de Ley en cuestión expresó la finalidad de “garantizar la efectividad de las cláusulas escalonadas en Colombia”⁶⁹. En efecto, la modificación propuesta partía de la base de que, a juicio de los proponentes, no todo pacto arbitral escalonado era abusivo y, por lo tanto, restringía el derecho al acceso a la administración de justicia. Sin embargo, el proyecto de ley no tuvo trámite en el Congreso al ser retirado por la Senadora Ponente Rosmery Martínez Rosales.

4.4.3. Conclusiones del desarrollo en Colombia

La jurisprudencia de las Altas Cortes hasta el año 2012 adoptó dos posiciones sobre los efectos del escalonamiento de cláusulas arbitrales. Por un lado, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia reprocharon este tipo de cláusulas al considerar que no se podían establecer requisitos de procedibilidad de manera convencional, por ser violatorio al orden público y al derecho fundamental de acceso a la administración de justicia. También consideraron que el escalonamiento no es una condición suspensiva, sino

⁶⁹ *Ibíd.*

verdaderos requisitos de procedibilidad “condicionantes”. Por último, afirmaban que aceptar este tipo de cláusulas implicaba reconocer una facultad de las partes -que no tienen- de disponer sobre los términos de caducidad, en cuanto estos son de orden público. En ese sentido, esta posición no reconocía la aptitud del escalonamiento de limitar la competencia de los árbitros ni de ser constitutivo de responsabilidad contractual por incumplimiento, de manera que aplicaban el pacto arbitral sin exigir el cumplimiento u observancia de las etapas y requisitos previos. Por otro lado, la Corte Constitucional reconocía la decisión de las partes de determinar voluntariamente la verificación de medios no judiciales antes de poner en marcha la competencia de los árbitros, por lo cual su inobservancia inhabilita la constitución de los tribunales de arbitramento.

La primera postura jurisprudencial fue adoptada por el Congreso de la República en el año 2012 a través del artículo 13 del Código General del Proceso. En ese sentido, la Sentencia C-602 de 2019 de la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de esa norma, en cuanto consideró que el escalonamiento del pacto arbitral de manera alguna puede constituir: (i) el incumplimiento contractual del pacto como tampoco (ii) una situación que impida a los árbitros asumir competencia en el asunto puesto a su consideración.

4.5. Efectos en Colombia

Conforme con todo lo expuesto, el estado actual del ordenamiento jurídico tratándose del pacto arbitral escalonado (determinado por la Sentencia C-602 de 2019 Corte Constitucional) contempla que los requisitos previos contemplados en una cláusula escalonada no son de obligatoria observancia, en cuanto no constituyen incumplimiento contractual ni son condición precedente para que un tribunal arbitral pueda asumir competencia sobre un caso. No obstante, algunos sectores de la doctrina y la jurisprudencia no ven reprochable este tipo de acuerdos que, si bien deben ser analizados en cada caso -para evitar un ejercicio abusivo- reconoce la utilidad y modernización que estas tendrían en el orden jurídico-arbitral.

5. CONCLUSIONES

En el presente capítulo se estudiaron una serie de patologías comunes en el orden jurídico colombiano que, sin ser taxativas, han sido objeto de varios pronunciamientos jurisprudenciales de las Altas Cortes: la patología consistente en la equívoca intención de las partes de someter las

controversias a arbitraje pone en entredicho la existencia y validez del pacto arbitral; las cláusulas arbitrales potestativas, en virtud de las cuales las partes *eligen* acudir a los árbitros o a los jueces del estado, según su propia voluntad, pueden llegar a afectar la validez del pacto arbitral; la designación a una institución arbitral inexistente o errónea o la mención a normas derogadas o inaplicables no afectan la esencia del pacto arbitral, sino que constituyen una patología en esa estipulación accidental en concreto, con el reconocimiento de la validez de la obligación de las partes de solucionar sus controversias ante la justicia arbitral.

Particular atención amerita la denominada cláusula escalonada, consistente en una inclusión convencional del cumplimiento de etapas o requisitos sucesivos y previos para la activación de la competencia de los árbitros.

En Colombia, el desarrollo jurisprudencial y legislativo del arbitraje y del estatuto procesal ha sido insuficiente y diverso en cuanto a la validez y eficacia de este tipo de estipulaciones.

No obstante, en el año 2019, la Corte Constitucional comunicó la decisión de la Sentencia C-602. En virtud de una demanda de constitucionalidad en contra del segundo inciso del artículo 13 del Código General del Proceso, la Corte Constitucional estudió la teoría de las cláusulas escalonadas como parte de su motivación para declarar exequible la norma demandada, para concluir que la inobservancia al escalonamiento del pacto arbitral no constituye incumplimiento contractual ni condición o causal de incompetencia del tribunal arbitral que asuma competencia.

Referencias

- Cárdenas, J. P. “El principio de la competencia-competencia y las relaciones con la rama judicial en materia de competencia”. En *Módulo Arbitraje Nacional e Internacional*, 75-136. Panamericana Formas e Impresos S. A., 2019.
- Consejo de Estado. Sentencia del 02 de junio de 2021. Expediente 66030. Consejero ponente: Martín Bermúdez Muñoz.
- Consejo de Estado. Sentencia del 04 de diciembre de 2006. Expediente 32871. Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez.
- Consejo de Estado. Sentencia del 04 de junio de 2019. Expediente 45012. Consejero ponente: Ramiro Pazos Guerrero.
- Consejo de Estado. Sentencia del 10 de junio de 2009. Expediente 35288. Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio.
- Consejo de Estado. Sentencia del 10 de junio de 2009. Expediente 36252. Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez.
- Consejo de Estado. Sentencia del 16 de septiembre de 2021. Expediente 66091. Consejera ponente: María Adriana Marín.
- Consejo de Estado. Sentencia del 18 de abril de 2017. Expediente 58461. Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón.
- Consejo de Estado. Sentencia del 18 de julio de 2019. Expediente 62930. Consejero ponente: Alberto Montaña Plata.
- Consejo de Estado. Sentencia del 26 de noviembre de 2015. Expediente 28507. Consejero ponente: Ramiro de Jesús Pazos.
- Consejo de Estado. Sentencia del 29 de marzo de 2019. Expediente 39080. Magistrado ponente: Jaime Enrique Rodríguez Navas.
- Constitución Política de Colombia. *Gaceta Constitucional*, N.º 116, (1991).
- Corte Constitucional de Colombia. Comunicado de Prensa N.º 50 del 11 de diciembre de 2019.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-058 del 02 de febrero de 2009. Magistrado ponente: Jaime Araújo Rentería.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-511 del 30 de junio de 2011. Magistrado ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 28 de marzo de 2008. Radicado T-11001-02-03-000-2008-00384-00. Magistrado ponente: Edgardo Villamil Portilla.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia SC001 del 15 de enero de 2019. Magistrado ponente: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.
- Informe de ponencia del 02 de noviembre de 2011 para primer debate al Proyecto de Ley número 18 de 2011.
- Informe de ponencia del 22 de mayo de 2012 para segundo debate en el Honorable Senado de la República (plenaria) al Proyecto de Ley Número 159 de 2011 Senado, 196 de 2011 Cámara.
- Informe de ponencia del 27 de marzo de 2012 para primer debate (tercer debate) del Proyecto de Ley número 176 de 2011 Cámara, 18 de 2011 Senado.

- Ley 84, 26 de mayo de 1873. Código Civil de los Estado Unidos de Colombia. *Diario Oficial*, 2, 867.
- Ley 153, 15 de agosto de 1887. Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887.
- Ley 1563, 12 de julio de 2012. Por el cual se expide Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial*, 48, 489.
- Ley 1564, 12 de julio de 2012. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial*, 48, 489.
- Proyecto de Ley 096 de 2017. Por medio de la cual se modifica el artículo 13 de la Ley 1564 de 2012. Senadora ponente: Rosmery Martínez Rosales.
- Superintendencia de Sociedades. Auto 2020-01-026558 del 28 de enero de 2020. Superintendente delegado: Francisco Hernando Ochoa Liévano.

Competencia del tribunal arbitral: mecanismos para hacer valer la competencia del tribunal arbitral

MARIO ALONSO PÉREZ TORRES^{1*}

RICARDO VALENCIA RAMÍREZ^{2}**

El objetivo de este capítulo es presentar una síntesis del concepto de competencia de los tribunales arbitrales en Colombia, al igual que los principales mecanismos jurídicos para su ejercicio, a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia. Nuestra idea es proponer un texto sencillo que pueda orientar al lector al momento de abordar el tema de la competencia, como un abrebotas a él, o como una forma de abordar aspectos y posturas jurisprudenciales útiles a dicho fin. Por lo anterior, no entraremos en profundos debates doctrinales que escapan al alcance de este capítulo.

A manera de introducción es necesario precisar los conceptos de jurisdicción y competencia en el proceso arbitral. La jurisdicción es entendida como uno de los poderes del Estado Social de Derecho para hacer valer las normas y leyes del ordenamiento mediante la administración de justicia. Este es el

^{1*} Abogado de la Universidad Libre (1999). Cuenta con una Especialización en Derecho Comercial de la Pontificia Universidad Javeriana (2008). Asociado Principal y miembro del equipo de Resolución de Conflictos de Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría. Su ejercicio profesional se centra en la asesoría a compañías nacionales y extranjeras en temas de resolución de controversias y de litigio preventivo, con un amplio margen de resultados exitosos para los clientes. Cuenta con una amplia experiencia como apoderado en procesos jurisdiccionales de carácter comercial, en acciones de naturaleza contencioso administrativas en contra de entidades estatales, en acciones constitucionales y como apoderado ante autoridades en procedimientos sancionatorios de diferente naturaleza.

^{2**} Abogado y economista de la Universidad Icesi (2021). Miembro del equipo de Resolución de Conflictos de Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría "Profesor de Derecho Procesal de la Universidad del Bosque". Su ejercicio profesional se centra en Derecho Procesal. Tiene experiencia en litigios civiles, comerciales y administrativos ante la jurisdicción ordinaria y tribunales de arbitramento. De igual manera, tiene certificación en los diplomados de arbitraje y secretaría de tribunales arbitrales de la Cámara de Comercio de Cali.

poder del que son investidos los jueces y magistrados para el ejercicio de sus funciones. De acuerdo con la Corte Suprema de Justicia:

La “jurisdicción” ha sido entendida como la potestad soberana de impartir o administrar justicia mediante la aplicación del derecho a los casos concretos, función que la Constitución Política, en aras de racionalizar su ejercicio fraccionó en ordinaria, “contencioso administrativa”, constitucional y en las denominadas especiales.³

Por su parte, entendemos acertado esbozar la competencia como la división de tareas que asigna a cada órgano judicial unos asuntos y sujetos determinados sobre los que puede ejercer la jurisdicción que le ha sido otorgada⁴. En esa línea, la jurisdicción es un poder del Estado de carácter indivisible, mientras que la competencia es el marco o división de tareas que delimita los asuntos sobre los que se puede ejercer.

Ahora, para comprender los conceptos de jurisdicción y competencia a la luz del proceso arbitral, debemos resaltar que existen tres teorías sobre este asunto: la teoría contractualista, la teoría legalista y la teoría mixta⁵. No profundizaremos en estos debates, sin embargo, la Corte Constitucional analizó estas teorías y se decantó por indicar que el ordenamiento jurídico colombiano se rige por la tesis mixta. Para el caso específico del tema bajo estudio, el poder jurisdiccional es una potestad reconocida a los árbitros por el inciso cuarto del artículo 116 de la Constitución Política, así:

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.

Esta facultad jurisdiccional establecida en la constitución es desarrollada en la ley 1563 de 2012. De capital importancia es tener muy presente que, no obstante, la competencia de los árbitros no se deriva de la ley sino únicamente de la voluntad habilitante de las partes. La Corte Constitucional ha sido enfática en este requisito al declarar la inconstitucionalidad de

³ Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. STC SC-9167 del 15 de julio de 2014. Magistrada ponente: Dra. Ruth Marina Díaz Rueda.

⁴ Henry Sanabria Santos. “Introducción: la jurisdicción y la competencia”, en Derecho procesal civil general (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2021), páginas 125 a la 133.

⁵ Para una mayor ilustración ver: Corte Constitucional de Colombia. STC C-538 del 5 de octubre de 2016. Magistrado ponente: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

diferentes normas que han establecido la obligatoriedad del arbitramento en asuntos determinados. En palabras de la Corte:

[...] la autoridad de los árbitros se funda en la existencia de un acuerdo de voluntades previo y libre entre las partes enfrentadas, en el sentido de sustraer la resolución de sus disputas del sistema estatal de administración de justicia y atribuirla a particulares. En otras palabras, el sustento de la justicia arbitral es el reconocimiento constitucional expreso de la decisión libre y voluntaria de las partes contratantes de no acudir al sistema estatal de administración de justicia sino al arbitraje para la decisión de sus disputas, la habilitación voluntaria de los árbitros es, por lo tanto, un requisito constitucional imperativo que determina la procedencia de este mecanismo de resolución de controversias. [...] La voluntad de las partes se manifiesta en diferentes aspectos del sistema arbitral. Por medio de su acuerdo, deciden libremente que no acudirán a la justicia del Estado para resolver sus diferendos, establecen cuáles controversias someterán al arbitraje, determinan las características del tribunal, designan los árbitros e incluso fijan el procedimiento arbitral a seguir dentro del marco general trazado por la ley.⁶

En esa línea, la competencia de los tribunales de arbitramento se activa y delimita en actos jurídicos privados denominados pactos arbitrales. Estos últimos constituyen contratos autónomos en los que las partes de un negocio o relación jurídica renuncian a acudir ante la jurisdicción y acuerdan expresamente resolver las diferencias que surjan entre ellas sobre el asunto determinado mediante arbitraje. Las cortes han reconocido que el alcance de dicha competencia se rige por unos principios y características que delimitan sus efectos y alcance.

El principio de habilitación ordena que la competencia de los árbitros para resolver el asunto sometido a la justicia arbitral se deriva de la voluntad libre de las partes del conflicto de sustraer el litigio del sistema tradicional de justicia y someterlo a la autoridad de los árbitros. Como ya se mencionó, esta voluntad de las partes se manifiesta o perfecciona en el pacto arbitral como acto jurídico. En él se delimitan los asuntos que podrán conocer los árbitros, el alcance de su competencia y los límites a la misma. Esto ha sido reconocido por la Corte Constitucional así:

Como ya se dijo, la voluntad de las partes es un requisito constitucional imperativo y un elemento medular para la configuración de un tribunal de arbitramento, pues la legitimidad de los árbitros se funda en la existencia de este concierto de voluntades entre las partes enfrentadas de sustraer la resolución de sus disputas del sistema estatal de administración de justicia y atribuirla a

⁶ Corte Constitucional de Colombia. STC C-170 del 19 de marzo de 2014. Magistrado ponente: Dr. Alberto Rojas Ríos.

particulares. En otras palabras, el sustento de la justicia arbitral es el reconocimiento constitucional expreso de la decisión libre y voluntaria de las partes contratantes de no acudir al Estado para la resolución de sus controversias. De ahí que, obligar a cualquiera de las partes del contrato de concesión a acudir este mecanismo de solución de conflictos cuando difieran en el dictamen pericial vulnera el artículo 116 de la Constitución⁷

Una vez entendido el principio de habilitación, podemos hablar de algunas características de la competencia de los árbitros relacionadas con este principio. En primer lugar, la competencia de los árbitros es de carácter temporal, pues su alcance está limitado a la resolución del conflicto sometido a su consideración. La Corte Constitucional ha indicado que “no es concebible que el ejercicio de la jurisdicción, como función estatal, se desplace de manera permanente y general a los árbitros”⁸. En esa línea, la competencia de los árbitros se extenderá hasta que (i) se profiera el laudo arbitral, (ii) se resuelva la solicitud de adición, corrección o adición del laudo o (iii) se resuelva la concesión del recurso extraordinario de anulación. Así pues, en Colombia los asuntos derivados del cumplimiento del laudo deben ser sometidos a la jurisdicción ordinaria en aquellos casos en los cuales la parte obligada no honre su palabra y por ende no cumpla voluntariamente los mandatos del tribunal arbitral.

En segundo lugar, la competencia de los árbitros es excepcional, pues existen bienes jurídicos y asuntos que no pueden ser sometidos a la justicia arbitral. Es decir, el principio de habilitación no es absoluto ya que la voluntad privada encuentra limitaciones en los derechos fundamentales y las normas de orden público. Si bien ahondaremos en estos temas cuando hablemos de la *arbitrabilidad*, a continuación exponaremos algunos casos en los que la jurisprudencia ha establecido límites a la voluntad de las partes.

Por una parte, el Consejo de Estado ha establecido que no se pueden cercenar de la competencia de los árbitros asuntos cuya naturaleza se encuentre íntimamente ligada a la solución integral del litigio. De lo contrario se estarían vulnerando los derechos fundamentales al acceso a la administración de justicia y a la tutela judicial efectiva, y, en consecuencia, se negaría la investidura transitoria de los árbitros como verdaderos jueces. En palabras del Consejo de Estado:

⁷ Corte Constitucional de Colombia. STC C-330 del 9 de mayo de 2012. Magistrado ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁸ Corte Constitucional de Colombia. STC T-57 del 20 de febrero de 1995. Magistrado ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[...] los compromisos a que lleguen los particulares no pueden ser luego interpretados de tal manera que tornen nugatoria la labor judicial que ha sido encomendada transitoriamente a los árbitros, por virtud de mandato fundamental, *al punto de vedarles estudiar presupuestos más que elementales para poder entrar a decidir el asunto que se les somete a su consideración.*⁹

En línea con lo anterior y a manera de ejemplo, en algunos laudos arbitrales se ha reconocido que en los contratos coligados el pacto arbitral de uno de esos contratos puede extender en determinados eventos sus efectos a los demás contratos de la red contractual siempre que sea necesario para la solución del litigio. Debemos recordar que los contratos coligados son actos jurídicos autónomos cuyos objetos independientes comparten una misma causa o finalidad económica¹⁰. Con base en esta definición, el Tribunal Superior de Bogotá indicó que los efectos del pacto arbitral sobre uno de los contratos no se extienden *per se* sobre los demás contratos de la red contractual¹¹. Sin embargo, en diferentes laudos arbitrales los árbitros han analizado el grado de coligación de los contratos, la relación entre ellos y el grado en que esta afecta la solución del litigio. Al respecto se ha afirmado:

[...] tanto la doctrina como la jurisprudencia arbitral han coincidido, es que en ciertas hipótesis de coligación contractual, sí resultan perfectamente aplicables los efectos del acuerdo de arbitraje a contratos coligados. [...] Cuando se está ante contratos coligados [...] si el contenido de las pretensiones se refiere a aquellos derechos u obligaciones cuya ejecución entrelazaron las partes entre uno y otro contrato, la extensión del convenio de arbitraje resulta no solo necesaria sino incluso imperativa, porque de lo contrario la decisión quedaría a medias e iría en contra de un hecho real evidente consistente en que lo resuelto por el árbitro afectará, en la práctica, el contenido de otro contrato, sin poder armonizar los efectos que sobre este se van a producir.¹²

⁹ Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. STC del 7 de marzo de 2012. Radicación: 76001-23-31-000-1997-04862-01(18013). Consejero ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁰ Para una mayor ilustración sobre los contratos coligados y la coligación contractual ver: Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. STC SC18476 del 15 de noviembre de 2017, Radicación: 68001-31-03-001-1998-00181-02. Magistrado ponente: Dr. Álvaro Fernando García Restrepo.

¹¹ Tribunal Superior de Bogotá. Sala Civil. Auto del 30 de septiembre de 2011, Expediente: 200900447-01. Magistrado ponente: Dr. Marco Antonio Álvarez Gómez.

¹² Tribunal arbitral de la controversia de Fiduciaria Bancolombia S.A. contra Quinta Sur S. A. S. y Roberto Villota Western. Laudo arbitral del 18 de septiembre de 2020, expediente 116018. Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Árbitro: Dr. Antonio Pabón Santander.

De esa manera, algunos tribunales arbitrales han asumido competencia en algunos litigios de contratos coligados con base en la cláusula compromisoria pactada en uno de ellos.

Finalmente, en cuanto al alcance de la competencia derivada de los pactos arbitrales “el principio de Kompetenz- Kompetenz reconoce la facultad de los árbitros de decidir prioritariamente sobre su competencia, limitando la injerencia de los jueces para evitar que estos analicen la competencia arbitral sin haber permitido a los árbitros pronunciarse al respecto”¹³. Así las cosas, el árbitro tendrá un margen autónomo de interpretación para determinar el alcance de su propia competencia, la cual está definida por las partes en el pacto arbitral, de conformidad con la Constitución y la ley. En el mismo sentido, la autoridad judicial tendrá un margen limitado de intervención en la determinación de la competencia en los procesos arbitrales. Por todo ello, los árbitros tienen la facultad de estudiar y decidir sobre su propia competencia.

Ahora expondremos al lector el tema de la *arbitrabilidad* y su relación con el carácter excepcional del arbitraje.

Como ya mencionamos, la competencia de los árbitros se deriva del reconocimiento que hacen la Constitución y las leyes a la voluntad de las partes para sustraer determinados conflictos de la justicia estatal. Sin embargo, existen aspectos que limitan esa voluntad y, por tanto, los asuntos que pueden ser sometidos a la justicia arbitral. La *arbitrabilidad* es precisamente

[...] el criterio que se ha de aplicar para establecer la vocación que tienen determinados asuntos de ser objeto de decisión por un tribunal de arbitramento, así como la posibilidad de ciertos sujetos de acudir a este mecanismo de resolución de conflictos¹⁴.

En estos casos, la arbitrabilidad se aborda desde los objetos o materias que se pueden someter a arbitraje (*arbitrabilidad objetiva*) y los sujetos que pueden acudir al arbitraje (arbitrabilidad subjetiva).

Sobre la arbitrabilidad objetiva, el artículo 1 de la Ley 1563 de 2012 establece que “El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice”. De acuerdo con

¹³ Corte Constitucional de Colombia. STC T-288 del 20 de mayo de 2013. Magistrado ponente: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁴ Corte Constitucional de Colombia. STC SU-174 del 14 de marzo de 2007. Magistrado ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

la Corte Constitucional, esta disposición se concreta en controversias sobre derechos de naturaleza transigible o renunciable por las partes o sobre las que la ley haya habilitado expresamente su arbitrabilidad, así:

En la práctica, los asuntos que admiten el arbitramento se concretan en disputas de naturaleza transigible, que pueden ser objeto de libre disposición, renuncia o negociación por las partes en conflicto y, en consecuencia, se incluyen dentro de la órbita de su voluntad¹⁵.

Corolario de lo anterior, los asuntos excluidos de la jurisdicción de los árbitros son aquellos excluidos del principio de la autonomía de la voluntad como aquellos relacionados con el estado civil de las personas, los relacionados con el orden público y en general los derechos o asuntos sobre los que las partes no pueden disponer.

Ahora, frente a la arbitrabilidad subjetiva, en Colombia “pueden recurrir al arbitramento las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, nacionales o extranjeras, que tengan capacidad de disposición respecto de sus derechos transigibles”¹⁶.

La contradicción de cualquiera de estos aspectos generaría dos efectos: por una parte, podría afectar la validez del pacto arbitral como acto jurídico sujeto a las normas del artículo 1502 del Código Civil (Ley 84 de 1873, del 26 de mayo), y, paralelamente, afectaría la jurisdicción y/o la competencia de los árbitros. Lo último, a su vez, impediría adelantar el proceso arbitral o, en su defecto, el laudo arbitral quedaría viciado de anulación. Igualmente, el Consejo de Estado distinguido entre los eventos que dan lugar a la falta de jurisdicción y aquellos que afectan la competencia, así:

[...] en punto a la causal 2ª de anulación y, particularmente, a los supuestos que configuran la falta de jurisdicción y competencia, se concluye que el tribunal arbitral carecerá de jurisdicción cuando quiera que el asunto o materia que se somete a la decisión de los árbitros no es de aquellos que autorizan la Constitución y la ley para ser resueltos por esta vía, y no tendrá competencia cuando se pronuncie sobre algún asunto que por voluntad de las partes no se encontraba sometido a su decisión.¹⁷

¹⁵ Corte Constitucional de Colombia. STC SU-081 del 26 de febrero de 2020. Magistrado ponente: Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

¹⁶ Corte Constitucional de Colombia. STC SU-174 del 14 de marzo de 2007. Magistrado ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁷ Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. STC del 18 de diciembre de 2020. Radicación: 11001-03-26-000-2018-00178 00(62573). Consejero ponente: Dr. Nicolás Yepes Corrales.

En este punto daremos atención especial a la arbitrabilidad objetiva de los pactos arbitrales firmados por personas jurídicas de derecho público-entidades estatales según la ley 80 de 1993, del 28 de octubre¹⁸. El arbitraje en el que se involucren entidades estatales o particulares investidos de función administrativa se ciñe a controversias sobre contratos estatales o sobre los efectos económicos de los actos administrativos expedidos en el ejercicio de facultades excepcionales. Lo último es relevante, ya que la legalidad de los actos administrativos y otras actuaciones de la administración en el ejercicio de sus funciones legales no puede ser objeto de arbitraje, pues es un asunto de orden público y no es de libre disposición¹⁹. No obstante, se debe aclarar que en materia contractual esta limitación se ciñe expresamente a las facultades excepcionales establecidas en el artículo 14 de la ley 80 de 1993, así:

En este punto, resulta importante agregar que la Sección Tercera de esta Corporación, mediante sentencia del 10 de junio de 2009[17], se pronunció sobre el alcance de la sentencia C-1436 de 2000[18], mediante la cual la Corte Constitucional examinó la exequibilidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993. En aquella oportunidad, esta Sección concluyó, tal como lo hizo el juez constitucional, que los particulares investidos de funciones jurisdiccionales transitorias no pueden pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales que comportan el ejercicio de cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común por parte del Estado, con clara alusión a aquéllos que consagra expresamente el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, es decir, los de: a) interpretación unilateral del contrato, b) modificación unilateral del contrato, c) terminación unilateral del contrato, d) sometimiento a las leyes nacionales, e) caducidad y f) reversión, y concluyó también que los demás actos administrativos contractuales, es decir, aquellos que surgen del ejercicio de facultades distintas a aquellas que de manera expresa recoge el artículo 14 acabado de citar, sí pueden ser sometidos al estudio, al examen, al conocimiento y a la decisión de árbitros.²⁰

¹⁸ Ley 80 de 1993, del 28 de octubre de 1993. *Diario oficial*, 41094.

¹⁹ Corte Constitucional de Colombia. STC C-1436 del 25 de octubre de 2000. Magistrado ponente: Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

²⁰ Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. STC del 18 de abril de 2013, Radicación: 85001-23-31-000-1998-00135-01 (17859). Consejero ponente: Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Reiterado en la STC del 18 de mayo de 2017, Radicación: 25000-23-26-000-2004-00672-01.

Los demás actos administrativos contractuales, así como “las controversias[...] por causa o con ocasión de [la] celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación” de los contratos estatales si pueden ser sometidos a la justicia arbitral. Lo último incluye pronunciamientos sobre la existencia y validez del contrato mismo, lo que debe ser declarado a petición de parte y, en algunos casos, de oficio.

Por otro tanto y con fundamento en el principio de legalidad al que se sujeta el arbitraje, los árbitros también ostentan la competencia para pronunciarse sobre la validez de los contratos estatales como si fuesen verdaderos jueces ordinarios. [...] Así las cosas, los tribunales de arbitramento tienen competencia para pronunciarse sobre la validez del contrato, no solo como pretensión formulada por el demandante o excepción alegada por el demandado, sino también de manera oficiosa, conclusión a la que se llega con fundamento en las normas constitucionales y legales que invisten a los árbitros de la facultad de administrar justicia como verdaderos jueces para el caso concreto con los mismos deberes, poderes y facultades de los jueces ordinarios.²¹

Finalmente, durante el proceso arbitral y/o al final de este las partes pueden hacer valer o contrariar la competencia del tribunal arbitral a través de una serie de actuaciones y/o instancias según la conveniencia o estrategia litigiosa que se adopte y de las cuales a manera de ejemplo proponemos algunas en la siguiente tabla (Tabla 3).

Tabla 3. Matriz de actuaciones, instancias y oportunidades para ejercer actuaciones relativas a la competencia del tribunal arbitral

| ACTUACIÓN | OPORTUNIDAD | TITULAR | DESCRIPCIÓN | FUENTE |
|-----------------------------|-------------|---------|-------------|--------|
| Durante el proceso arbitral | | | | |

²¹ Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. STC del 31 de octubre de 2016. Radicación: 11001-03-26-000-2016-00099-00 (57422) A. Consejero ponente: Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

| | | | | |
|---|---|--|---|---|
| Demanda | Inicio del proceso arbitral | Convocante | El escrito de la demanda es la actuación por la que el demandante busca iniciar el proceso arbitral y que los árbitros elegidos diriman el litigio que les da a conocer. | Ley 1563 de 2012, artículo 12 |
| Contestación de la demanda | Dentro del término de traslado de veinte días que concede la ley después de la audiencia de instalación | Convocado | Proponer la excepción de falta de competencia dentro de la contestación, alegando las razones para oponerse a que el Tribunal asuma conocimiento del proceso. | Ley 1563 de 2012, artículo 21 |
| Recurso de reposición contra auto que asume competencia | Primera audiencia de trámite | Convocado o tercero | En esta audiencia el tribunal debe decidir sobre su propia competencia. En caso de que asuma competencia, la parte interesada puede oponerse a esta decisión mediante recurso de reposición. | Ley 1563 de 2012, artículo 30 |
| Finalizado el proceso arbitral | | | | |
| Recurso extraordinario de anulación | Dentro de los treinta días siguientes a la notificación del laudo arbitral o de la de la providencia que resuelva sobre la aclaración, corrección o adición del laudo | La parte del proceso arbitral que considere afectados sus derechos fundamentales | <p>Causal: falta de competencia</p> <p>Características:</p> <p>El laudo debe cumplirse, ya que el recurso se otorga en el efecto devolutivo, salvo que sea contra una entidad pública.</p> <p>No es segunda instancia, procede por unas causales específicas y bajo ciertos supuestos.</p> <p>No da lugar a revisar el aspecto sustancial del laudo, ni permite reabrir el debate probatorio.</p> <p>Requisitos:</p> <p>Haber agotado todas las oportunidades previas para alegar la falta de competencia.</p> <p>Haber presentado recurso de reposición contra el auto por el que los árbitros asumen competencia. Los argumentos de la anulación deben coincidir con los de ese recurso, salvo que el recurso se fundamente en un hecho o información conocida con posterioridad.</p> | <p>Ley 1563 de 2012:</p> <p>Laudo nacional: Artículos 40 al 44.</p> <p>Laudo internacional: Artículos 107 al 110.</p> |

| | | | | |
|---|--|-----------------------------------|---|--|
| Acción de tutela contra el laudo arbitral | | Titular de derechos fundamentales | <p>Requisito específico de procedibilidad²²: defecto orgánico que ocurre cuando los árbitros carecen absolutamente de competencia para resolver el asunto puesto a su consideración.</p> <p>Han obrado manifiestamente por fuera del ámbito definido por las partes.</p> <p>Se han pronunciado sobre materias no arbitrables.</p> <p>Requisitos generales: aquellos establecidos para la procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales.</p> | <p>Constitución Política</p> <p>Decreto 2591 de 1991</p> |
|---|--|-----------------------------------|---|--|

Fuente: Elaboración propia.

En resumen, podemos plantear las siguientes conclusiones a partir del análisis jurisprudencial expuesto:

1. En Colombia los árbitros son particulares investidos transitoriamente de facultades jurisdiccionales a partir de las facultades reconocidas por el artículo 116 de la Constitución y la ley 1563 de 2012.
2. La competencia de los árbitros para ejercer sus facultades jurisdiccionales se deriva de la habilitación que le otorgan válidamente las partes de un conflicto o relación jurídica mediante el pacto arbitral.
3. En concordancia, la competencia de los árbitros estará sujeta a la validez del pacto arbitral, que a su vez se relaciona con la arbitrabilidad del asunto, y a que los árbitros se limiten a resolver la controversia dentro los límites pactados por las partes.
4. Estas limitaciones del pacto arbitral a la competencia de los árbitros tienen ciertas excepciones desarrolladas jurisprudencialmente por las altas cortes:
 - a. En el proceso arbitral, los árbitros ejercen válidamente funciones judiciales, por lo que tienen la potestad y el deber de realizar ciertas actuaciones y declaraciones de manera oficiosa:
 - b. En los contratos coligados, los efectos del pacto arbitral sobre uno de los contratos no se extienden necesariamente a los

²² Existen otras causales, pero aquí citamos la que se relaciona con el tema de la competencia. Para una mayor ilustración sobre las causales ver: Corte Constitucional de Colombia. STC T-466 del 9 de junio de 2011. Magistrado ponente: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

demás actos jurídicos de la red contractual. Sin embargo, en diferentes fallos de tribunales arbitrales los efectos del pacto arbitral se han extendido a los demás contratos coligados si el objeto del litigio exige necesariamente resolver controversias sobre ellos para mantener la unidad de la operación y la armonía entre todas las relaciones jurídicas que la componen.

c. En los pactos arbitrales que involucran a entidades estatales, la competencia de los árbitros solo se extiende a:

- i. Las controversias sobre la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación del contrato objeto del pacto arbitral, incluyendo la existencia y validez misma del contrato.
- ii. Los actos administrativos contractuales diferentes de aquellos expedidos en ejercicio de las facultades excepcionales de la administración, consagrados en el artículo 14 de la ley 80 de 1993.
- iii. De igual manera, existen diferentes oportunidades en las que las partes pueden hacer valer o controvertir la competencia del tribunal.

Referencias

Doctrina

1. Henry Sanabria Santos. “Introducción: la jurisdicción y la competencia”, en *Derecho procesal civil general* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2021).
2. Juan Pablo Cárdenas Mejía. *Módulo de arbitraje nacional e internacional* (Bogotá: Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio, 2019).
3. Ministerio de Justicia y del Derecho de Colombia. *Tesaurus de laudos arbitrales* (Bogotá: Gobierno de Colombia, 2018).

Legislación

1. Constitución Política de Colombia de 1991.
2. Ley 84 de 1873, del 26 de mayo de 1873. Código Civil de los Estados Unidos de Colombia. *Diario oficial*, 2867.
3. Ley 80 de 1993, del 28 de octubre de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. *Diario oficial*, 41094.
4. Ley 1563 de 2012, del 12 de octubre de 2012. Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. *Diario oficial*, 48489.

Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia

1. Corte Constitucional de Colombia. STC C-1436 del 25 de octubre de 2000. Magistrado ponente: Dr. Alfredo Beltrán Sierra.
2. Corte Constitucional de Colombia. STC SU-174 del 14 de marzo de 2007. Magistrado ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.
3. Corte Constitucional de Colombia. STC C-750 del 24 de julio de 2008. Magistrado ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández.
4. Corte Constitucional de Colombia. STC C-378 del 23 de abril de 2008. Magistrado ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.
5. Corte Constitucional de Colombia. STC C-186 del 16 de marzo de 2011. Magistrado ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.
6. Corte Constitucional de Colombia. STC T-466 del 9 de junio de 2011. Magistrado ponente: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.
7. Corte Constitucional de Colombia. STC C-170 del 19 de marzo de 2014. Magistrado ponente: Dr. Alberto Rojas Ríos.

8. Corte Constitucional de Colombia. STC C-572A del 30 de julio de 2014. Magistrado ponente: Dr. Mauricio González Cuervo.
9. Corte Constitucional de Colombia. STC T-186 del 17 de abril de 2015. Magistrado ponente: Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez.
10. Corte Constitucional de Colombia. STC C-538 del 5 de octubre de 2016. Magistrado ponente: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.
11. Corte Constitucional de Colombia. STC SU-081 del 26 de febrero de 2020. Magistrado ponente: Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Consejo de Estado de Colombia

1. Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. STC del 18 de abril de 2013. Radicación: 85001-23-31-000-1998-00135-01 (17859). Consejero ponente: Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera.
2. Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. STC del 2 de mayo de 2016, Expediente: 53162. Consejero ponente: Dr. Danilo Rojas Betancourth.
3. Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. STC del 31 de octubre de 2016, Radicación: 11001-03-26-000-2016-00099-00(57422) A. Consejero ponente: Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
4. Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. STC del 23 de noviembre de 2016, Radicación 11001-03-26-000-2016-00085-00(57166). Consejero ponente: Dr. Hernán Andrade Rincón.
5. Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. STC del 24 de abril de 2017, Radicación 11001-03-26-000-2017-00007-00(58527). Consejero ponente: Dr. Jaime Enrique Rodríguez Navas.
6. Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. STC del 17 de mayo de 2018, Radicación 11001-03-15-000-2017-01498-01(AC). Consejero ponente: Dra. Rocío Araújo Oñate.
7. Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. STC del 30 de agosto de 2018, Radicación: 11001-03-26-000-2016-00037-00(56455). Consejero ponente: Dra. Marta Nubia Velásquez Rico (E).
8. Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. STC de 6 de noviembre de 2018, Radicación 11001-03-26-000-2018-00070-00(61562). Consejero ponente: Dra. Marta Nubia Velásquez Rico (E).
9. Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. STC del 10 de julio de 2019, Radicación 11001-03-26-000-2019-00079-00(63982). Consejero ponente: Dr. Ramiro Pazos Guerrero.
10. Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. STC del 4 de diciembre de 2019, Radicación 11001-03-26-000-2019-00020-00(63319). Consejero ponente: Dr. Ramiro Pazos Guerrero.

11. Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. STC del 20 de noviembre de 2020, Radicación 11001-03-26-000-2019-00188-00(65494). Consejero ponente: Dr. José Roberto Sáchica Méndez.
12. Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. STC del 18 de diciembre de 2020. Radicación: 11001-03-26-000-2018-00178 00(62573). Consejero ponente: Dr. Nicolás Yepes Corrales.

Corte Suprema de Justicia

1. Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. STC SC-9167 del 15 de julio de 2014. Magistrada ponente: Dra. Ruth Marina Díaz Rueda.
2. Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. STC SC18476 del 15 de noviembre de 2017, Radicación: 68001-31-03-001-1998-00181-02. Magistrado ponente: Dr. Álvaro Fernando García Restrepo.

Laudos arbitrales

1. Tribunal arbitral de la controversia de Fiduciaria Bancolombia S. A. contra Quinta Sur S. A. S. y Roberto Villota Western. Laudo arbitral del 18 de septiembre de 2020, expediente 116018. Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Árbitro: Dr. Antonio Pabón Santander.

Tipos de arbitraje y centros de arbitraje: funciones y límites

LAURA MARÍA LAMO BLANCO ^{1*}

PABLO GÜETE ÁLVAREZ^{2**}

1. TIPOS DE ARBITRAJE

La Ley 1563 de 2012, en sus artículos 1.º y 2.º establece las clases de arbitraje, según tres criterios de clasificación: la naturaleza del pronunciamiento, el origen de las normas del proceso arbitral³ y la cuantía.⁴

1.1. Según la naturaleza del pronunciamiento

El artículo 1º de la Ley 1563 de 2012, refiriéndose a las modalidades del arbitraje nacional, dispone que el laudo puede ser en derecho, en equidad o técnico, sin definir cada una de estas categorías. El laudo será en derecho, cuando se fundamenta en el ordenamiento jurídico.⁵ Será en equidad, cuando el árbitro “busca por fuera del ámbito de la ley una solución al

^{1*} Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana (2017). Cuenta con una Especialización en Derecho de Seguros de la misma universidad (2019). Asociada Senior y miembro del equipo de Resolución de Conflictos de Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría. Su ejercicio profesional se centra en arbitrajes nacionales e internacionales, litigios civiles y administrativos, con un especial énfasis en derecho de seguros.

^{2**} Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana (2022). Asociado junior y miembro del equipo de Resolución de conflictos de Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría.

³ Rodríguez Mejía, M. 2012. “Una aproximación al régimen del arbitraje nacional del nuevo estatuto del arbitraje en Colombia, Ley 1563 de 2012”. *Revista de Derecho Privado*. 23 (dic. 2012), páginas 367-405.

⁴ Peláez Hernández, R. 2018. *Arbitramento y derecho de acceso a la justicia. Aspectos procesales*. *Revista de Derecho Privado* N.º 12, páginas 241-279.

⁵ Cárdenas Mejía, J.P. *Módulo Arbitraje Nacional e Internacional*. Bogotá: Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio, 2019.

caso controvertido”.⁶ El laudo técnico es aquel que se fundamenta en una ciencia o técnica.⁷ Por regla general, para que los árbitros puedan proferir un laudo en equidad o técnico, es necesario que las partes expresamente les hayan otorgado dicha facultad en el pacto arbitral. De lo contrario, se entiende que deberán fallar en derecho.⁸ Adicionalmente, el laudo deberá ser en derecho cuando intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, siempre que la controversia se relacione con un contrato estatal.⁹ En ningún caso el árbitro puede prescindir de la motivación o de las pruebas, pues se trataría de un laudo en conciencia, los cuales están proscritos en el ordenamiento colombiano.¹⁰

1.2. Según la cuantía

Según lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley 1563 de 2012, los procesos arbitrales podrán ser de mayor o de menor cuantía. Serán de mayor cuantía cuando versen sobre pretensiones patrimoniales superiores a cuatrocientos salarios mínimos legales mensuales vigentes. Los demás, serán de menor cuantía.¹¹

1.3. Según el origen de las normas del proceso arbitral

De acuerdo con lo establecido, en el artículo 2.º de la Ley 1563 de 2012, el arbitraje ad hoc es aquel que es conducido directamente por los árbitros, mientras que, el arbitraje institucional es aquel que

⁶ Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 29 de marzo de 2019. Expediente: 62197. Consejero ponente: Dr. Guillermo Sánchez Luque.

⁷ Cárdenas Mejía, J. P. *Módulo Arbitraje Nacional e Internacional*. Bogotá: Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio, 2019.

⁸ Artículo 3° de la Ley 1563 de 2012, 12 de octubre de 2012. Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. *Diario oficial*, 48489.

⁹ Artículo 1° de la Ley 1563 de 2012, 12 de octubre de 2012. Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. *Diario oficial*, 48489.

¹⁰ *Ibíd.*

¹¹ Artículo 2° de la Ley 1563 de 2012, 12 de octubre de 2012. Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. *Diario oficial*, 48489.

es administrado por un centro de arbitraje. La segunda categoría en mención es la regla general de los procesos arbitrales ya que, si las partes no pactan la naturaleza del arbitraje y cuando guardan silencio en el pacto arbitral, el arbitraje será institucional. Adicionalmente, el arbitraje será institucional siempre que la controversia “verse sobre contratos celebrados por una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas”, lo cual es reiterado en el artículo 58 del Estatuto Arbitral, el cual adiciona que las reglas de procedimiento que se pacten en el arbitraje ad hoc deberán respetar “en todo caso los principios constitucionales que integran el debido proceso, el derecho de defensa y la igualdad de partes”.

En línea con lo dispuesto en los artículos 2 y 58 de la Ley 1563 de 2012, el numeral 3 del artículo 13 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia (Ley 270 de 1996), dispone que los particulares podrán acordar las reglas de procedimiento a seguir en el arbitraje, siempre que no sea parte el Estado o alguna de sus Entidades y en todo caso, respetando los principios constitucionales que integran el debido proceso¹² y en el entendido que las partes también deben respetar lo dispuesto por las leyes especiales que regulen los procedimientos arbitrales. Lo último, según dispuso la Corte Constitucional, para armonizar la naturaleza voluntaria del arbitraje con sus implicaciones como institución de orden procesal¹³.

En conclusión, la facultad que la ley otorga a los particulares de pactar las reglas del procedimiento a seguir, bien sea directamente o por referencia a las de un centro de arbitraje, está sujeta a dos límites: que el Estado no sea parte y que dichas reglas se sujeten a los principios constitucionales del debido proceso, el derecho de defensa y la igualdad de partes¹⁴ y a las leyes especiales que regulen los procedimientos arbitrales, según dispuso la Corte Constitucional.

¹² Artículo 13° de la Ley 270 de 1996, 15 de marzo de 1996. Ley estatutaria de la administración de justicia. *Diario oficial*, 42745.

¹³ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-713 del 15 de julio de 2008. Magistrada ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁴ Cárdenas Mejía, J. P. *Módulo Arbitraje Nacional e Internacional*. Bogotá: Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio, 2019.

2. CENTROS DE ARBITRAJE

Como se mencionó anteriormente, el arbitraje institucional – que es la regla general – es aquel que es administrado por un centro de arbitraje. El artículo 2.1.2.1. del Decreto 1069 de 2015 dispone que el centro de arbitraje “es aquel autorizado por el Ministerio de Justicia y del Derecho para prestar el soporte operativo y administrativo requerido para el buen desarrollo de las funciones de los árbitros”.

Adicionalmente, el artículo 50 del Estatuto Arbitral establece que la creación de estos centros está permitida para entidades públicas y personas jurídicas sin ánimo de lucro que cuenten con autorización del Ministerio de Justicia, previo al cumplimiento de unos requisitos.¹⁵ Finalmente, en cuanto a la creación de estas instituciones, el artículo 4 del Decreto 1829 de 2013 señala igualmente que las personas facultadas para solicitar la creación de centros de arbitraje son las personas jurídicas sin ánimo de lucro, las facultades de derecho de las universidades y las entidades públicas.

2.1. Los centros de arbitraje no pueden ejercer funciones jurisdiccionales

Las funciones ejercidas por los centros de arbitraje no son, ni pueden nunca consistir en funciones jurisdiccionales. En el caso en que un centro de arbitraje ejerza funciones jurisdiccionales, se incurriría en una violación al artículo 116 de la Constitución Política de Colombia, que establece quiénes están facultados para administrar justicia. Este artículo incluye a los árbitros, más no a los centros de arbitraje.

En ese sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional en sentencia C-1038 de 2002¹⁶. Esta sentencia cambió para siempre las funciones ejercidas por los centros de arbitraje, ya que en la misma se resolvió una demanda contra una serie de artículos del Decreto 2651 de 1991 y de la Ley 446 de 1998 que regulaban lo relacionado con la solicitud de convocatoria ante los centros de arbitraje, la forma en que se integraban los tribunales de arbitramento y sobre la instalación de los tribunales de arbitramento.

¹⁵ Artículo 50° de la Ley 1563 de 2012, 12 de octubre de 2012. Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. Diario oficial, 48489.

¹⁶ Corte Constitucional de Colombia. STC C-1038 del 28 de noviembre de 2002. Magistrado ponente: Dr. Eduardo Montealegre Lynett.

Al estudiar la demanda, la Corte concluyó de las normas demandadas, que las funciones que otorgaban a los centros de arbitraje eran trascendentales para la conformación del tribunal de arbitramento, así como que en virtud de dichas disposiciones los centros ejercían poderes procesales que reflejaban una clara función pública, ya que se encargaban de las diligencias de notificación, admisión y rechazo de la solicitud de convocatoria del tribunal arbitral, además de que decidían respecto de los recursos de reposición y conducían las audiencias de conciliación.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte analizó el alcance del principio de habilitación de las partes y el ejercicio de las funciones jurisdiccionales de los centros de arbitraje. Indicó que el artículo 116 de la Constitución Política no indica expresamente que los centros de arbitraje puedan desarrollar las atribuciones otorgadas a los árbitros en relación con la posibilidad de ejercer función judicial. Así entonces, señaló esta corporación que del artículo 116 se entiende que los particulares solo habilitan a los árbitros y no al centro de arbitraje ni a otros funcionarios para el ejercicio de una función tan delicada como la de administrar justicia.

Por lo anterior, concluyó que es necesario reconocer el peso del principio de habilitación al momento de conferir facultades judiciales a los particulares, sin que ello implique negar la importancia de las labores de apoyo y trámite que pueden ejercer los centros de arbitraje. Señala la Corte que, solo así, puede ser evitada una participación extraña en el desarrollo de un procedimiento de carácter excepcional que opera basado en la habilitación dada por la voluntad de las partes que acuden al mecanismo.

Adicionalmente, en la sentencia C-1038 de 2002 la Corte Constitucional estableció que los centros de arbitraje pueden designar árbitros únicamente si las partes han autorizado al centro previa y expresamente para realizar dicha designación, bien sea de manera directa (pactándolo) o de manera indirecta (si las partes acordaron expresamente aceptar el reglamento del centro de arbitraje y ese reglamento establece que corresponde al centro designar los árbitros si el tercero que había sido delegado para tal efecto no cumple con esa tarea). De otro lado, en esta misma sentencia la Corte consideró inconstitucional que el trámite inicial del arbitraje fuera adelantado ante el centro de arbitraje y antes de la instalación del tribunal de arbitramento, porque, como se dijo, esto es violatorio del principio de habilitación. Por esto, la Corte estableció que la existencia del trámite inicial debe ser desarrollada por el tribunal arbitral después de su instalación.

Finalmente, la Corte Constitucional encontró acertada la posición del demandante, pues los centros de arbitraje no pueden ser habilitados por la

ley para tomar decisiones judiciales que estén indiscutiblemente aferradas a la suerte del proceso arbitral. Dichas decisiones solo pueden ser tomadas por los árbitros habilitados por las partes, sin perjuicio de que la ley pueda conferir a dichos centros labores de apoyo al proceso arbitral, o el desarrollo de ciertas funciones en materia de conciliación.

En conclusión, desde la referida sentencia se entiende que los centros de arbitraje única y exclusivamente prestan funciones logísticas y administrativas, con el fin de permitir que los tribunales de arbitramento puedan desarrollarse de una manera más ágil.

Aun cuando las normas demandadas en esa sentencia hoy son inexistentes, sentencias como la C-765 de 2013¹⁷ y la C-305 de 2013¹⁸, proferidas en vigencia del Estatuto Arbitral, han aplicado los criterios dispuestos por la Corte Constitucional en la sentencia C-1038 de 2009. Por consiguiente, dichos criterios hoy continúan siendo aplicables. En palabras de la Corte, en la sentencia C-305 de 2013 en la que se estudió algunas disposiciones de la ley 1563 de 2013, se dijo: “Al respecto conviene recordar que, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, la misión de los centros de arbitraje consiste en brindar un apoyo institucional a las tareas cumplidas por los árbitros”.¹⁹

2.2. Las funciones de los centros de arbitraje en la Ley 1563 de 2012, son netamente administrativas

Sobre las funciones atribuidas a los centros de arbitraje en la Ley 1563 de 2012, encontramos en principio que el artículo 12 establece, acerca de la competencia de los centros, que:

El proceso arbitral comenzará con la demanda [...] dirigida al centro de arbitraje acordado por las partes. En su defecto, a uno del lugar del domicilio de la demandada, y si esta fuere plural, en el de cualquiera de sus integrantes. El centro de arbitraje que no fuere competente, remitirá la demanda al que lo fuere. Los conflictos de competencia que se susciten entre centros de arbitraje serán resueltos por el Ministerio de Justicia y del Derecho.

¹⁷ Corte Constitucional de Colombia. STC C-765 del 6 de noviembre de 2013. Magistrado ponente: Alberto Rojas Ríos.

¹⁸ Corte Constitucional de Colombia. STC C-305 del 22 de mayo de 2013. Magistrado ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹⁹ *Ibíd.*

Como se mencionó anteriormente, algunas de las funciones que se atribuyen a los centros de arbitraje en el actual Estatuto Arbitral están influenciadas por la sentencia C-1038 de 2002. Sobre la designación de los árbitros, el artículo 14 del Estatuto Arbitral dispone que, si las partes han designado los árbitros, pero no consta su aceptación, el director del centro de arbitraje se encargará de citarlos. Asimismo, se indica en el numeral segundo de este artículo que, si las partes no han designado los árbitros debiendo hacerlo o delegaron la designación, el director del centro de arbitraje se encargará de requerir a las partes o al delegado. Por último, se indica en el numeral tercero que, si las partes delegaron al centro de arbitraje la designación de todos o alguno de los árbitros, aquella designación se hará por sorteo.

Además, el artículo 20 de la Ley 1563 de 2012, acerca de la instalación del tribunal de arbitramento, señala que una vez que la designación sea aceptada por los árbitros y, en su caso, cumplidos los trámites de recusación y reemplazo, el tribunal arbitral procederá a su instalación. Esa instalación, se hace en audiencia para la cual el centro de arbitraje se encarga de fijar día y hora.

Por último, en relación con las funciones de los centros de arbitraje en la Ley 1563 de 2012, el artículo 23 dispone que los centros de arbitraje deben prestar la debida colaboración a los árbitros y a las partes, para poner a su disposición los recursos tecnológicos idóneos, confiables y seguros.

En la sentencia C-765 de 2013, la Corte Constitucional analizó la constitucionalidad del artículo 12 del Estatuto Arbitral²⁰. En esta decisión, la Corte definió cuáles son las primeras actuaciones que implican el ejercicio de competencias jurisdiccionales dentro del proceso arbitral. Estas actuaciones son, en primer lugar, la admisión, la inadmisión o el rechazo de la demanda. En segundo lugar, el traslado de la demanda luego de que haya sido admitida. Y, por último, la decisión del tribunal sobre su propia competencia conforme al artículo 30 del estatuto arbitral.

La Corte consideró que la determinación sobre su propia competencia por parte del centro de arbitraje no es una función que viole la Constitución Política. La Corte llegó a esta conclusión, luego de analizar los criterios de la sentencia C-1038 de 2002 y considerar que el artículo 12 del estatuto arbitral no vulnera de forma alguna el principio *kompetenz-kompetenz* contemplado en el artículo 30 de la Ley 1563 de 2012 ya que, para la Corte, las tareas que desarrolla el centro de arbitraje en razón de ese artículo hacen referencia a

²⁰ Corte Constitucional de Colombia. STC C-765 del 6 de noviembre de 2013. Magistrado ponente: Alberto Rojas Ríos.

la competencia para desarrollar labores administrativas. Concluyó entonces, que las tareas desarrolladas por el centro de arbitraje en virtud del artículo 12 son de naturaleza administrativa, en tanto no están decidiendo acerca del acceso a la administración de justicia de quien presenta la demanda. Por consiguiente, declaró la constitucionalidad de dicha norma.

2.3. Procedencia de la acción de tutela contra los centros de arbitraje

Como explicamos, a la luz de la ley y la jurisprudencia los centros de arbitraje tienen funciones únicamente administrativas, operativas y logísticas. A continuación, analizaremos la procedencia de acciones contra las decisiones que toman estas instituciones, que busquen controlar y garantizar que las decisiones de los centros de arbitraje observen lo dispuesto en la ley y la jurisprudencia sobre los límites de sus funciones, particularmente la eventual procedencia de una acción de tutela.

La sentencia C-134 de 1994²¹, que estudió con profundidad la procedencia de la acción de tutela contra particulares, encontramos que la Corte Constitucional ha establecido que este mecanismo procede, entre otros²², contra los particulares que presten cualquier servicio público y por la violación de cualquier derecho fundamental, teniendo en cuenta que el servicio público de interés general prestado por un particular hace que este asuma una posición de primacía material, que conlleva a que pueda cometer abusos de poder que atenten contra algún derecho fundamental de una o varias personas.

En línea con el precedente anterior, la sentencia C-378 de 2010²³ se enfocó en la procedibilidad de la acción de tutela contra particulares que prestan servicios públicos. En esta decisión, la Corte indicó que la acción de tutela contra particulares encargados de la prestación de cualquier servicio público se sustenta en el hecho de que en todos los casos existe una ruptura en las condiciones de igualdad bajo las cuales normalmente interactúan los particulares en sus relaciones de derecho privado. Agrega que, el operador que brinda un servicio público, cualquiera que sea, dispone de una sólida infraestructura técnica, económica y humana que le sitúa en una instancia de poder y evidente asimetría frente al usuario, quien para tales efectos se halla en condiciones objetivas de indefensión.

²¹ Corte Constitucional de Colombia. STC C-134 del 17 de marzo de 1994. Magistrado ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

²² Artículo 86° de la Constitución Política de Colombia, 4 de julio de 1991.

²³ Corte Constitucional de Colombia. STC C-378 del 19 de mayo de 2010. Magistrado ponente: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

Sin embargo, en esta sentencia también menciona que no todo tipo de conducta de los particulares que prestan servicios públicos son susceptibles de ser enjuiciadas por vía de tutela. Solo serán susceptibles de ser accionadas bajo este mecanismo las conductas que: (i) tengan potencialidad de amenazar o afectar derechos de naturaleza fundamental y (ii) que no se vislumbren otros mecanismos de defensa judicial o los mismos resulten insuficientes ante la amenaza de un perjuicio irremediable.

Así entonces, lo siguiente sería preguntarnos ¿las funciones de los centros de arbitraje se consideran servicios públicos? Y ¿se deben agotar otros mecanismos de defensa judicial que sean procedentes contra las decisiones de los centros de arbitraje antes de interponer contra estos una acción de tutela?

Para responder lo anterior, encontramos que, en palabras de la Corte Constitucional, en la sentencia T-783 de 2013²⁴, se dijo que:

[...] aunque el centro de arbitraje no ejerce funciones jurisdiccionales, sí adelanta maniobras que constituyen función pública y, por tanto, todas ellas deben estar sometidas al cumplimiento de la Constitución, el estatuto de arbitraje, el reglamento y el pacto arbitral. [...] Bajo esas condiciones, la acción de tutela contra los actos del CAC solo procederá excepcionalmente cuando se compruebe que las etapas del trámite arbitral o el recurso de anulación no son suficientes para proteger los derechos, o cuando quiera que se presente un perjuicio irremediable. [...] Permitir que el amparo constitucional proceda maquinalmente ante cualquier decisión del centro de arbitraje representaría una barrera al acceso a la administración de justicia, que haría pasar por alto los principios de voluntariedad y habilitación propio de estos trámites, de acuerdo a los cuales las partes delegan a los árbitros para que estos decidan el alcance de todos los aspectos del pacto arbitral y resuelvan el conflicto [énfasis propio].

Como vemos entonces, la jurisprudencia ha entendido que las funciones de los centros de arbitraje se consideran como funciones públicas, por lo que, en línea con lo expuesto por la Corte en la sentencia C-134 de 1994 y en la sentencia C-378 de 2010, estas instituciones sí pueden ser accionadas mediante tutela. Sin embargo, como se desprende de la sentencia T-783 de 2013, la acción de tutela contra los centros de arbitraje procede únicamente de manera subsidiaria, comprobando el accionante que las etapas del trámite arbitral o el recurso de anulación no son suficientes para proteger sus derechos o también si se demuestra que la acción de tutela es necesaria para evitar un perjuicio irremediable.

²⁴ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-783 del 12 de noviembre 2013. Magistrado ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

Referencias

- Rodríguez Mejía, M. 2012. “Una aproximación al régimen del arbitraje nacional del nuevo estatuto del arbitraje en Colombia, Ley 1563 de 2012”. *Revista de Derecho Privado*, 23 (dic. 2012), páginas 367-405.
- Peláez Hernández, R. 2018. “Arbitramento y derecho de acceso a la justicia. Aspectos procesales”. *Revista de Derecho Privado*, N.º 12, páginas 241-279.
- Cárdenas Mejía, J. P. *Módulo Arbitraje Nacional e Internacional*. Bogotá: Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio, 2019.
- Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 29 de marzo de 2019. Expediente: 62197. Consejero ponente: Dr. Guillermo Sánchez Luque.
- Ley 1563 de 2012, 12 de octubre de 2012. Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. *Diario oficial*, 48489.
- Ley 270 de 1996, 15 de marzo de 1996. Ley estatutaria de la administración de justicia. *Diario oficial*, 42745.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-713 del 15 de julio de 2008. Magistrada ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional de Colombia. STC C-1038 del 28 de noviembre de 2002. Magistrado ponente: Dr. Eduardo Montealegre Lynett.
- Corte Constitucional de Colombia. STC C-572A del 30 de julio de 2014. Magistrado ponente: Mauricio González Cuervo.
- Corte Constitucional de Colombia. STC C-765 del 6 de noviembre de 2013. Magistrado ponente: Alberto Rojas Ríos.
- Corte Constitucional de Colombia. STC C-305 del 22 de mayo de 2013. Magistrado ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- Corte Constitucional de Colombia. STC C-134 del 17 de marzo de 1994. Magistrado ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.
- Constitución Política de Colombia de 1991.
- Corte Constitucional de Colombia. STC C-378 del 19 de mayo de 2010. Magistrado ponente: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-783 del 12 de noviembre 2013. Magistrado ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

La constitución del tribunal arbitral: modalidades de constitución y la garantía de imparcialidad e independencia del tribunal arbitral

LAURA LAMO¹ *

ANABELLA PACHECO^{2**}

El procedimiento arbitral se rige por el principio de voluntariedad³, según el cual son las partes, en ejercicio de la facultad discrecional que les confiere la ley para escoger cuál debe ser el juez natural del contrato⁴, quienes resuelven suscribir un pacto arbitral que determina la manera en que deberá resolverse un conflicto, incluido quién o quiénes lo resolverán.⁵

^{1*} Miembro del equipo de Resolución de Conflictos. Su ejercicio profesional se centra en litigios civiles y administrativos, con un especial énfasis en derecho de seguros.

^{2**} Miembro del equipo de Resolución de conflictos. Su ejercicio profesional se centra en Derecho Procesal, solución de conflictos en derecho civil, comercial y administrativo. Tiene experiencia en Competencia, Tecnología, Medios y Comunicación (TMC) y Propiedad Intelectual.

³ “El arbitramento se rige por el principio de voluntariedad o habilitación, el cual establece como requisito sine qua non para su procedencia, que las partes hayan manifestado previa y libremente su intención de deferir a un grupo de particulares la solución de sus diferencias. Para la Corte, la celebración de dicho negocio supone no solamente la decisión de someter una determinada controversia a consideración de un grupo de particulares, en los cuales depositan su confianza de que la decisión que adopten –cualquiera que ella sea– se ajuste al orden constitucional y legal; sino también la obligación de acatarla plenamente”. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-511 del 30 de junio de 2011. Magistrado ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

⁴ Artículo 116 Constitución Política de Colombia. *Gaceta Constitucional*, N.º 116 del 20 de julio de 1991.

⁵ Ramón Antonio Peláez, “Capítulo 8: Arbitramento y Derecho de acceso a la Justicia. Aspectos Procesales”. En *Estudios Contemporáneos de Derecho Privado: Responsabilidad Civil, Propiedad, Contratos y Obligaciones*, Universidad Católica de Colombia. Woolcott-Oyague, O., Monje-Mayorca, D. F., Comandé, G., Peláez-Hernández, R. A. & Alarcón-Peña, A. (Bogotá, 2018), páginas 250-251.

Así, en ejercicio del principio de voluntariedad recién referido, corresponde a las partes determinar el mecanismo bajo el cual constituirán el tribunal arbitral al que someten sus controversias, en todo caso, sujetos a lo que disponga la ley.⁶

1. CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Conforme a lo dispuesto en la Ley 1563 de 2012⁷ (el “Estatuto de Arbitraje”), aun cuando con la presentación de la demanda se da inicio al proceso arbitral⁸, para el ejercicio de la actividad jurisdiccional propiamente⁹ para la que los árbitros son investidos transitoriamente de la función de administrar justicia¹⁰, se deben surtir previamente una serie de actuaciones con el fin de integrar el tribunal arbitral.

⁶ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-511 del 30 de junio de 2011. Magistrado ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

⁷ “Por medio del cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones”.

⁸ “El proceso arbitral comenzará con la presentación de la demanda, que deberá reunir todos los requisitos exigidos por el Código de Procedimiento Civil, acompañada del pacto arbitral y dirigida al centro de arbitraje acordado por las partes.”. Artículo 12 de la Ley 1563 de 2012, 12 de julio de 2012. Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional. *Diario Oficial*, 48, 489.

⁹ La jurisprudencia colombiana ha establecido que las siguientes son las tres primeras actuaciones que implican el ejercicio de competencias jurisdiccionales dentro del trámite arbitral: “(i) La admisión, inadmisión o rechazo de la demanda por parte de los árbitros en la audiencia de instalación del tribunal de arbitramento –artículo 20 de la ley 1563 de 2012–; (ii) el traslado de la demanda luego de que la misma haya sido admitida por el tribunal de arbitramento –artículo 21 de la ley 1563 de 2012– y (iii) la decisión sobre si el tribunal es competente para decidir de fondo sobre las pretensiones en controversia, decisión que tiene lugar en la primera audiencia de trámite –artículo 30 de la ley 1563 de 2012”. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-765 del 6 de noviembre de 2013. Magistrado ponente: Alberto Rojas Ríos.

¹⁰ “Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”. Artículo 116. Constitución Política de Colombia. *Gaceta Constitucional*, N.º 116 del 20 de julio de 1991.

Específicamente, es necesario que se surta el proceso de selección y nombramiento de los árbitros que van a conformar el tribunal arbitral¹¹. La aceptación de los árbitros al nombramiento que han efectuado las partes activa a su cargo el deber de información¹², el cual garantiza la imparcialidad e independencia de los árbitros elegidos frente a la controversia. Una vez se hayan agotado estos pasos, se procederá con la instalación del tribunal¹³ y así, se entenderá constituido el tribunal arbitral.

2. CONFORMACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL: MODALIDADES DE DESIGNACIÓN CONTEMPLADAS EN EL ESTATUTO DE ARBITRAJE

Según lo dispuesto en el artículo 7 del Estatuto Arbitral, el tribunal deberá estar conformado por un número impar de árbitros, ya que las decisiones se toman por mayoría. Así, en el evento en que las partes no hayan especificado en el pacto arbitral el número de árbitros, el tribunal será conformado por 3 árbitros, salvo que se trate de un proceso de menor cuantía, evento en el cual el tribunal estará compuesto por un árbitro único¹⁴.

¹¹ Artículo 14 de la Ley 1563 de 2012, 12 de julio de 2012. Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional. *Diario Oficial*, 48, 489.

¹² Artículo 15 de la Ley 1563 de 2012, 12 de julio de 2012. Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional. *Diario Oficial*, 48, 489.

¹³ “Aceptada su designación por todos los árbitros y, en su caso, cumplidos los trámites de recusación y reemplazo, el tribunal arbitral procederá a su instalación, en audiencia para la cual el centro de arbitraje fijará día y hora”. Artículo 20 de la Ley 1563 de 2012, 12 de julio de 2012. Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional. *Diario Oficial*, 48, 489.

¹⁴ Artículo 7 de la Ley 1563 de 2012, 12 de julio de 2012. Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional. *Diario Oficial*, 48, 489. Esta disposición es también reiterada por el artículo 2.21 de la Reglamentación Oficial del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, 17 de marzo de 2021.

En lo que respecta a las modalidades de designación de árbitros, los artículos 8¹⁵ y 14¹⁶ del Estatuto de Arbitraje regulan esta cuestión. En primer lugar, el artículo 8 dispone que las partes nombrarán conjuntamente los árbitros o en su defecto, designarán tal labor, total o parcialmente, en un centro de arbitraje o un tercero. Estas modalidades son posteriormente desarrolladas en el artículo 14 del Estatuto de Arbitraje.

A partir de las normas recién referidas, se concluye que existen las siguientes modalidades de designación de árbitros en el arbitraje nacional colombiano:

- a. *Designación de árbitros por las partes*: esta es la modalidad de designación por defecto, es decir, aquella que opera salvo que se estipule expresamente en el pacto arbitral que la designación la hará un centro de arbitraje o un tercero¹⁷. Bajo esta modalidad de designación, serán las partes directamente quienes deberán lograr un acuerdo sobre quiénes serán los árbitros que integrarán el tribunal, definiendo para ello, por regla general, una metodología de designación de árbitros de común acuerdo.

Una de las principales ventajas del arbitraje como método alternativo de solución de conflictos, es permitir a las partes delegar la resolución de la controversia a personas escogidas por ellas mismas. Las partes tienen la posibilidad de escoger profesionales que sean expertos en las áreas objeto de la controversia, asegurando una mayor comprensión de las posiciones en el conflicto por parte de quienes lo han de resolver. La efectiva materialización de esta ventaja demanda de las

¹⁵ “Designación de los árbitros. Las partes nombrarán conjuntamente los árbitros, o delegarán tal labor en un centro de arbitraje o un tercero, total o parcialmente. La designación a cargo de los centros de arbitraje se realizará siempre mediante sorteo, dentro de la especialidad jurídica relativa a la respectiva controversia y asegurando una distribución equitativa entre los árbitros de la lista. Ningún árbitro o secretario podrá desempeñarse simultáneamente como tal, en más de cinco (5) tribunales de arbitraje en que intervenga como parte una entidad pública o quien ejerza funciones administrativas en los conflictos relativos a estas”.

¹⁶ “En defecto de la designación por las partes o por el delegado, el juez civil del circuito, a solicitud de cualquiera de las partes, designará de plano, por sorteo, principales y suplentes, de la lista de árbitros del centro en donde se haya radicado la demanda, al cual informará de su actuación”.

¹⁷ Camilo Hoyos, “El árbitro de parte en arbitraje nacional colombiano”. Colombian Very Young Arbitration Practitioners (COLVYAP), 18 de enero de 2022. <http://www.colvyap.com/2017/07/el-arbitro-de-parte-en-arbitraje.html#:~:text=Esto%20quiere%20decir%20que%20cuando,por%20mutuo%20acuerdo%2C%20de%20consuno>.

partes una investigación y análisis exhaustivo, que permita determinar que los posibles árbitros tienen el conocimiento especializado en la materia objeto de la controversia y, además, son independientes e imparciales frente a la misma¹⁸.

- b. *Designación de árbitros por un centro de arbitraje*: la jurisprudencia colombiana ha establecido que el centro de arbitraje únicamente podrá designar a los árbitros si “las partes lo han autorizado previa y expresamente a realizar dicha designación, ya sea de manera directa, o ya sea en forma indirecta, si aceptaron el reglamento del centro y este prevé que dicha entidad realizará la designación, si el tercero que había sido delegado para tal efecto no cumple esa labor”¹⁹. En ese sentido, es claro que los centros de arbitraje no tienen la facultad de constituir un tribunal arbitral por cuenta propia, siempre se requiere de la manifestación de la voluntad de las partes²⁰.

Conforme a lo dispuesto en los artículos 8 y 14 numeral 3 del Estatuto Arbitral, verificada la delegación de esta función al centro de arbitraje, se deberán observar los siguientes pasos: (i) la designación deberá ser hecha por medio de sorteo, (ii) el sorteo debe realizarse dentro de los 5 días siguientes a la solicitud de cualquiera de las partes²¹ y (iii) se debe realizar a partir de la lista de árbitros registrados en el centro de arbitraje que vaya a conocer del conflicto (v) dentro de la especialidad jurídica relativa a la respectiva controversia²².

¹⁸ Hernando Herrera Mercado, “La selección del árbitro: importancia y recomendaciones”, *Ámbito Jurídico*, 18 de enero de 2022. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/mercantil-propiedad-intelectual-y-arbitraje/la-seleccion-del-arbitro-1>

¹⁹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1038 del 28 de noviembre de 2002.

²⁰ “[...] las cámaras de comercio, como administradores de los centros de arbitraje no tienen la facultad de constituir, a nombre propio, un tribunal de arbitramento; se requiere siempre de la manifestación de la voluntad de los particulares”. Consejo de Estado de Colombia. Auto del 18 de julio de 2019, dentro del Expediente N.º 62930, por medio del cual: “se resuelve el recurso de apelación en contra de la decisión que declaró probada la excepción de falta de jurisdicción y ordenó remitir el proceso a la Cámara de Comercio de Bogotá”. Consejero ponente: Alberto Montaña Plata.

²¹ Artículo 14 núm. 3 de la Ley 1563 de 2012, 12 de julio de 2012. Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional. Diario Oficial, 48, 489.

²² Artículo 8 de la Ley 1563 de 2012, 12 de julio de 2012. Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional. Diario Oficial, 48, 489.

Adicionalmente, el sorteo se sujetará a las reglas establecidas por el reglamento interno del Centro²³.

- a. *Designación de árbitros por un tercero*: Si las partes delegan la designación del tribunal arbitral a un tercero y no consta la designación respectiva del tribunal arbitral, el Centro procederá a enviar la comunicación al tercero delegado para que, a partir del recibo de esta, lo realice en un plazo máximo de cinco días. Si no lo hace en el término otorgado, el Centro procederá a realizar dicha designación mediante sorteo, en los términos establecidos en el reglamento del respectivo Centro²⁴.
- b. *Designación de árbitros por un juez civil del circuito*: Esta modalidad es utilizada como un remedio cuando no ha sido posible que las partes o el delegado haga la designación. Para que esta modalidad opere

²³ Por ejemplo, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, establece las reglas de sorteo en el artículo 2.23 de su reglamento, disponiendo que: 1. Se llevará a cabo entre los árbitros de la especialidad conforme a las listas del Centro, sin perjuicio de los acuerdos que las partes celebren al efecto, 2. El Centro fijará fecha y hora para la realización del sorteo, el cual se llevará a cabo dentro de los quince (15) días siguientes a la radicación de la demanda, lo cual será comunicado a las partes y publicado en la página web del Centro, 3. El sorteo es público y no comporta el carácter de audiencia y podrá realizarse con o sin la asistencia de las partes, sus apoderados o representantes, sin que afecte para nada la validez de la designación, en caso de la inasistencia de alguno de los anteriores, 4. Del resultado del sorteo se informará a las partes y sus apoderados por la vía más expedita, 5. Los sorteos serán suspendidos únicamente por solicitud previa y de común acuerdo presentada por las partes, 6. El Centro o las partes, de común acuerdo, podrán realizar una preselección de árbitros especialistas en determinada materia, que, conforme a la naturaleza del caso presentado, tengan la experiencia y conocimientos requeridos para dicho caso, y entre ellos se realizará el sorteo para la integración del Tribunal., y 7. En procura de una mayor eficiencia, se sorteará para cada caso árbitros principales y suplentes que numéricamente reemplazarán a los principales en caso de que ellos no acepten el cargo o, por cualquier otra circunstancia no puedan ejercerlo o cesen en sus funciones.. El reglamento de la Cámara de Comercio de Cali establece el mismo procedimiento y el de la Cámara de Comercio de Medellín, se diferencia al de la Cámara de Comercio de Bogotá al no fijar un término de 15 días desde la radicación de la demanda para llevar a cabo el sorteo. En lo que respecta al reglamento de la Cámara de Comercio de Barranquilla, el artículo 38 del reglamento dispone que el sorteo se hará dentro de los cinco días siguientes a la solicitud de cualquiera de las partes.

²⁴ Artículo 14 núm. 1 de la Ley 1563 de 2012, 12 de julio de 2012. Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional. *Diario Oficial*, 48, 489.

no es necesario que se haya pactado expresamente, únicamente se necesitará que una de las partes lo solicite al juez civil del circuito²⁵. Sobre esta modalidad de designación se pronunció la Corte Suprema de Justicia mediante el Auto AC3550-2017 del 16 de junio de 2017 (M.P. Arnoldo Quiroz Monsalvo), definiendo la competencia territorial del juez que deberá realizar la designación de árbitros. En el auto recién referido, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, resolviendo un conflicto de competencia entre los Juzgados Quinto Civil del del Circuito de Cartagena y Primero Civil del Circuito de San Andrés, determina que la solicitud de designación de árbitro se deberá presentar ante el juez civil del circuito del lugar donde se está tramitando el proceso arbitral, ya que no sería lógico que “la definición de aspectos tales como la designación de árbitros, el reemplazo de los mismos y demás asuntos accesorios en los que esté llamada a intervenir una autoridad judicial, deba ser remitido a una ciudad distinta, pues ello reñiría con principios tales como la economía procesal y celeridad.”²⁶ En ese sentido, concluye la Sala que, como quiera que la demanda arbitral fue presentada ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de Cartagena, el juzgado competente para conocer la solicitud de designación de árbitro es el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Cartagena.

La solicitud de designación de árbitro surtirá un trámite breve y sumario y de única instancia²⁷. Como resultado de este, el juez competente realizará la designación del tribunal, escogiendo nombres de las listas del centro de arbitraje ante el cual se haya presentado la demanda y, en de-

²⁵ Artículo 14 núm. 4 de la Ley 1563 de 2012, 12 de julio de 2012. Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional. *Diario Oficial*, 48, 489.

²⁶ Corte Suprema de Justicia. Auto AC3550-2017 del 16 de junio de 2017. Magistrado ponente: Arnoldo Quiroz Monsalvo.

²⁷ “Esto muestra pues que, conforme a la legislación vigente, y en desarrollo de la decisión de exequibilidad condicionada de esta sentencia, en los casos en que las partes no logren ponerse de acuerdo sobre los árbitros, ni hayan delegado directa o indirectamente en el centro de arbitramento la designación de los mismos, corresponderá a la parte interesada dirigirse al juez civil del circuito para que este, a través de un trámite breve y sumario, proceda a realizar dicha designación, de conformidad con las listas de los centros de arbitramento, a fin de asegurar la eficacia del correspondiente pacto arbitral. Como es obvio, en desarrollo del principio de habilitación, el juez deberá intentar respetar al máximo la voluntad de las partes”. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1038 del 28 de noviembre de 2002. Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett.

sarrollo del principio de habilitación, el juez deberá intentar respetar al máximo la voluntad de las partes²⁸.

Una vez los árbitros hayan sido designados, el centro de arbitraje procederá a informarles de su nombramiento. Si los árbitros aceptan su nombramiento, cada árbitro junto con su aceptación deberá informar a las partes si coincide o ha coincidido con algunas de ellas o sus apoderados en otros procesos arbitrales o judiciales, trámites administrativos o cualquier otro asunto profesional, conforme a lo dispuesto en el artículo 15 del Estatuto de Arbitraje. Tal como lo ha sostenido la Corte Constitucional, el deber de información es una garantía de la imparcialidad e independencia en el arbitraje²⁹, aspectos sobre los que se profundizará a continuación.

Una vez que el tribunal haya sido conformado, estos tendrán la responsabilidad de seleccionar un secretario³⁰. El secretario será seleccionado de la lista del Centro en que se adelante el procedimiento arbitral, deberá ser abogado y no podrá ser cónyuge o compañero permanente, ni tener relación contractual, de subordinación o dependencia, de parentesco hasta cuarto grado de consanguinidad o civil o segundo de afinidad, con ninguno de los árbitros³¹. La Corte Constitucional se ha pronunciado en los siguientes términos sobre la selección de los secretarios: “La selección del secretario del tribunal de una lista conformada por quienes llenan las condiciones para hacerlo garantiza la idoneidad y confianza que exige la importante labor desarrollada por los centros de arbitraje al apoyar a los árbitros en la misión de administrar justicia, debiéndose destacar, finalmente, que los requisitos exigidos a quienes aspiren a ser secretarios de tribunal arbitral son los de ley y que se dirigen a salvaguardar la moralidad pública y el interés general.”³²

²⁸ *Ibíd.*

²⁹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-538 del 5 de octubre de 2016. Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

³⁰ Artículo 9 de la Ley 1563 de 2012, 12 de julio de 2012. Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional. *Diario Oficial*, 48, 489.

³¹ *Ibíd.*

³² Corte Constitucional. Sentencia C-305 del 22 de mayo de 2013. Magistrado ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

3. LA IMPARCIALIDAD Y LA INDEPENDENCIA EN EL ARBITRAJE

Aunque parecen ser sinónimos, en el arbitraje la imparcialidad y la independencia son dos conceptos diferentes que tienen el mismo fin: proteger a las partes, al asegurar la neutralidad en el arbitraje³³. Conforme a lo dispuesto en el artículo 5 del Estatuto de Arbitraje, el procedimiento arbitral, al igual que el ejercicio de función judicial por parte de la Rama Judicial³⁴, se rige por los principios y reglas de imparcialidad, idoneidad, celeridad, igualdad, oralidad, publicidad y contradicción³⁵. Por tanto, es imperativo que los árbitros cumplan de manera absoluta con los conceptos de imparcialidad e independencia, pues son inherentes a la administración de justicia.

La independencia e imparcialidad, como presupuestos esenciales e ineludibles para el funcionamiento de la administración de justicia, ya sea permanente o temporal (como lo es el arbitraje), han sido introducidos por el derecho internacional de derechos humanos, mediante disposiciones que, en su totalidad, integran el bloque de constitucionalidad³⁶. El artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, establece que: “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

En el mismo sentido, artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos especifica que:

³³ González de Cossío, 2022, *Independencia, imparcialidad y apariencia de imparcialidad de los árbitros*, página 2.

³⁴ Artículos 2° a 7° de la Ley 270 de 1996, 15 de marzo de 1996. Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. *Diario Oficial*, N.° 42, 745.

³⁵ Artículo 5 de la Ley 1563 de 2012, 12 de julio de 2012. Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional. *Diario Oficial*, 48, 489.

³⁶ “El bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional stricto sensu”. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-225 del 18 de mayo de 1995 Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.

[...] toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

A su vez, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos determina que

[...] Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.

En ese sentido, la imparcialidad se refiere a al fuero interno del árbitro, sus vínculos y que este no esté predispuesto a favor o en contra de una de las partes. Es un criterio subjetivo y difícil de verificar que alude al estado mental de un árbitro³⁷. El árbitro imparcial es aquel que no actúa de manera prevenida y no deja que su decisión sea influida por opiniones preconcebidas.

La jurisprudencia ha distinguido entre dos vertientes en que se expresa la imparcialidad judicial. La primera vertiente, de carácter subjetivo, que el “juez (árbitro) no debe tener ningún interés personal, directo o indirecto en el asunto, de manera que estos le resulten ajenos y, por lo mismo, no exista ningún factor externo a la valoración judicial para la resolución del caso sometido a la jurisdicción”.³⁸ Por otro lado, la vertiente de carácter objetivo que se refiere a que “el caso concreto sea novedoso para el juez, de manera que no haya formulado un juicio concreto sobre el mismo en una oportunidad anterior”³⁹. En los términos de la Corte Constitucional de Colombia:

[...] la imparcialidad subjetiva garantiza que el juzgador no haya tenido relaciones con las partes del proceso que afecten la formación de su parecer, y la imparcialidad objetiva se refiere al objeto del proceso, y asegura que el encargado de aplicar la ley no haya tenido un contacto previo con

³⁷ Emmanuel Gaillard y John Savage. “Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration”, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 1999, pág. 567.

³⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-538 del 5 de octubre de 2016. Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

³⁹ *Ibid.*

el tema a decidir y que por lo tanto se acerque al objeto del mismo sin prevenciones de ánimo.⁴⁰

Por el otro lado, la independencia “es un criterio objetivo que se refiere al vínculo que puede existir entre un árbitro y las partes o el asunto objeto de la controversia.”⁴¹ No se trata de cualquier vínculo, sino de uno sustancial, reciente y comprobado. El árbitro independiente es aquel que no tiene ninguna relación financiera, familiar o cercana con alguna de las partes, que podría influir en su decisión sobre el conflicto.

El ordenamiento jurídico colombiano contempla principalmente dos mecanismos para garantizar la imparcialidad e independencia en el procedimiento arbitral, que se exponen a continuación⁴².

3.1. El deber de información de los árbitros

De la obligación de imparcialidad que tienen los árbitros que conforman un tribunal arbitral, surge su deber de revelar o informar, en el momento de la aceptación de su nombramiento, aquellas circunstancias que podrían generar dudas justificadas a las partes sobre su independencia o imparcialidad.

La Corte Constitucional, en Sentencia C-305 de 2013, señaló:

El deber de información busca garantizar la imparcialidad y la independencia de árbitros y secretarios, proveyéndose al efecto una regulación aplicable al arbitraje que comporta la administración de justicia de manera transitoria o temporal y que ameritó un tratamiento distinto del correspondiente a la administración de justicia que se presta de manera permanente, lo cual se inscribe dentro de las posibilidades que al legislador le brinda su potestad de configuración.

El deber de información fue introducido al arbitraje en Colombia por medio del artículo 15⁴³ de la Ley 1563 de 2012, ya que, antes de la

⁴⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1034 del 5 de diciembre de 2006. Magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

⁴¹ González de Cossío, 2002, “*Independencia, imparcialidad y apariencia de imparcialidad de los árbitros*”, página 2.

⁴² Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-538 del 5 de octubre de 2016. Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

⁴³ “Artículo 15. La persona a quien se comunique su nombramiento como árbitro o como secretario deberá informar, al aceptar, si coincide o ha coincidido con alguna de las partes o sus apoderados en otros procesos arbitrales o judiciales, trámites administrativos o cualquier otro asunto profesional en los que él o algún miembro de la oficina de abogados a la que pertenezca o haya pertenecido, intervenga o

entrada en vigencia del Estatuto de Arbitraje, los árbitros únicamente estaban sometidos al régimen de impedimentos y recusaciones de los jueces de la república, por disposición del Decreto 2279 de 1989⁴⁴. El texto del artículo 15 del Estatuto Arbitral también extendió el deber a los secretarios de los tribunales arbitrales, a quienes ninguna disposición anterior les asignaba esa responsabilidad, con la siguiente redacción: “a persona a quien se comunique su nombramiento como árbitro o como secretario deberá informar, al aceptar”.

Según este deber, los árbitros y secretarios están obligados a revelar sus relaciones de carácter profesional, social y familiar con las partes y su apoderado, para que así las partes puedan decidir si el árbitro y/o secretario deberán separarse del proceso arbitral. Puntualmente, la persona a quien se comunique su nombramiento como árbitro o secretario del tribunal deberá informar: “(i) si acepta o no la designación; (ii) si coincide o ha coincidido con alguna de las partes o sus apoderados en otros procesos arbitrales o judiciales, trámites administrativos o cualquier otro asunto profesional en los que él o algún miembro de la oficina de abogados a la que pertenezca o haya pertenecido, intervenga o haya intervenido como árbitro, apoderado, consultor, asesor, secretario o auxiliar de la justicia en el curso de los últimos dos años y (iii) si guarda cualquier relación de carácter familiar o persona que sostenga con las partes o sus apoderados.”⁴⁵

El deber de información implica que no solo es necesario que el árbitro considere que la situación no nubla su independencia e imparcialidad, sino también que las partes estén de acuerdo. Lo anterior se evidencia en la práctica, ya que la revelación se hace luego de que el

haya intervenido como árbitro, apoderado, consultor, asesor, secretario o auxiliar de la justicia en el curso de los dos (2) últimos años. Igualmente deberá indicar cualquier relación de carácter familiar o personal que sostenga con las partes o sus apoderados”. Ley 1563 de 2012, 12 de julio de 2012. Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional. *Diario Oficial*, 48, 489.

⁴⁴ Modificado en el inciso 2 por el artículo 120 de la Ley 446 de 1998. “Artículo 12. Los árbitros están impedidos y son recusables por las mismas causales previstas en el Código de Procedimiento Civil para los jueces. Los árbitros nombrados por acuerdo de las partes no podrán ser recusados sino por causales sobrevinientes a la designación. Los nombrados por el juez o por un tercero, serán recusables dentro de los cinco días siguientes a la fecha en que se notifique la instalación del tribunal, de conformidad con el procedimiento señalado en el presente Decreto”.

⁴⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-538 del 5 de octubre de 2016. Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

árbitro haya aceptado la designación, y a manera de despejar posibles dudas de las partes. En Colombia, las revelaciones se hacen en el mismo escrito de aceptación, en un espacio posterior, evidenciando que, a juicio del árbitro, la situación no comprometería su juicio en el proceso arbitral al que ha sido designado.

Por último, la legislación arbitral también contempla que, si en cualquier etapa del trámite se generan nuevas circunstancias que puedan dar lugar a dudas sobre la independencia o imparcialidad del árbitro o secretario, estos deberán informarlo lo antes posible⁴⁶.

El concepto de “dudas justificadas” consignado en el artículo 15 del Estatuto de Arbitraje, es un concepto jurídico que si bien es indeterminado, no por ello es inconstitucional. Así lo concluyó la Corte Constitucional en la Sentencia C-538 de 2016, en la que declaró la constitucionalidad del artículo 15 del Estatuto Arbitral, específicamente, determina que la expresión “dudas justificadas” no viola los derechos a la igualdad, al trabajo ni el derecho político a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, con fundamento en las siguientes consideraciones:

[Primero, las dudas] no versan sobre cualquier razón, sino que tienen un parámetro definido correspondiente al informe presentado por el árbitro o secretario como condición para su designación y [segundo] serán los demás árbitros, o en su defecto el juez civil del circuito, quienes evalúen si las dudas planteadas por las partes son o no justificadas y, por esta razón, aptas para motivar el remplazo del árbitro o secretario respectivo.

Por último, si el deber de información no se hace de manera correcta, es posible que el laudo arbitral sea sujeto de recurso de anulación ya que el tribunal arbitral no hubiese sido constituido de manera legal. Lo anterior, ya que de conformidad con el Artículo 41 numeral 3 del Estatuto Arbitral, una de las causales de anulación es “No haberse constituido el tribunal en forma legal”. En este sentido se pronunció el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, con ponencia del consejero Jaime Orlando Santofimio, en sentencia del 21 de julio de 2016, al afirmar que la causal de anulación del artículo 41 numeral 3 del Estatuto Arbitral “se configura igualmente cuando no se cumplen las reglas de integración del Tribunal previstas en el artículo 14 de la Ley 1563 de 2012 o cuando el secretario del tribunal o el árbitro no cumplen el deber de información previsto en el artículo 15 de la misma ley”.

⁴⁶ Artículo 15 de la Ley 1563 de 2012, 12 de julio de 2012. Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional. *Diario Oficial*, 48, 489.

3.2. *Impedimentos y recusaciones de los árbitros*

Adicional al deber de información, los árbitros y secretarios en Colombia también son sujetos al mismo régimen de impedimentos y recusaciones que a los jueces de la república, listado en el artículo 141⁴⁷ del Código General del Proceso. El régimen de impedimentos y recusaciones está vinculado con

⁴⁷ “Artículo 141: Son causales de recusación las siguientes: 1. Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, interés directo o indirecto en el proceso. 2. Haber conocido del proceso o realizado cualquier actuación en instancia anterior, el juez, su cónyuge, compañero permanente o algunos de sus parientes indicados en el numeral precedente. 3. Ser cónyuge, compañero permanente o pariente de alguna de las partes o de su representante o apoderado, dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad. 4. Ser el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral 3, curador, consejero o administrador de bienes de cualquiera de las partes. 5. Ser alguna de las partes, su representante o apoderado, dependiente o mandatario del juez o administrador de sus negocios. 6. Existir pleito pendiente entre el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral 3, y cualquiera de las partes, su representante o apoderado. 7. Haber formulado alguna de las partes, su representante o apoderado, denuncia penal o disciplinaria contra el juez, su cónyuge o compañero permanente, o pariente en primer grado de consanguinidad o civil, antes de iniciarse el proceso o después, siempre que la denuncia se refiera a hechos ajenos al proceso o a la ejecución de la sentencia, y que el denunciado se halle vinculado a la investigación. 8. Haber formulado el juez, su cónyuge, compañero permanente o pariente en primer grado de consanguinidad o civil, denuncia penal o disciplinaria contra una de las partes o su representante o apoderado, o estar aquellos legitimados para intervenir como parte civil o víctima en el respectivo proceso penal. 9. Existir enemistad grave o amistad íntima entre el juez y alguna de las partes, su representante o apoderado. 10. Ser el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad o civil, o primero de afinidad, acreedor o deudor de alguna de las partes, su representante o apoderado, salvo cuando se trate de persona de derecho público, establecimiento de crédito, sociedad anónima o empresa de servicio público. 11. Ser el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral anterior, socio de alguna de las partes o su representante o apoderado en sociedad de personas. 12. Haber dado el juez consejo o concepto fuera de actuación judicial sobre las cuestiones materia del proceso, o haber intervenido en este como apoderado, agente del Ministerio Público, perito o testigo. 13. Ser el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral 1, heredero o legatario de alguna de las partes, antes de la iniciación del proceso. 14. Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad o civil, pleito pendiente en que se controvierta la misma cuestión jurídica que él debe fallar”.

el deber de imparcialidad y transparencia que guía, particularmente, la actividad jurisdiccional⁴⁸.

El trámite de impedimentos y recusaciones es diferente al deber de información. El régimen de impedimentos y recusaciones “está remitido a las causales previstas en la legislación común, y solo guarda relación con el mencionado deber de información en lo relativo a que la falta de presentación del informe constituye causal de recusación.”⁴⁹ Mientras que el deber de información es un deber que tienen las personas que aceptan la designación como árbitro de presentar un informe que “da cuenta de las circunstancias que pudiesen afectar su imparcialidad e independencia, informe que es puesto a consideración de las partes, con el fin que expresen sus reparos en caso que adviertan, a partir de la información consignada en el mismo, que tienen ‘dudas justificadas’ acerca de la imparcialidad e independencia del árbitro o secretario del tribunal.”⁵⁰

A diferencia del deber de información, si un árbitro se encuentra impedido, por estar dentro de una de las causales de recusación del artículo 141 del Código General del Proceso, deberá rechazar su designación de inmediato, mientras que en el deber de información ya ha aceptado el cargo, por considerar que no tiene ninguna razón que altere su sano y correcto juicio en el ejercicio de la función jurisdiccional, pero lo pone a discreción de las partes⁵¹.

En conclusión, la labor de instalación del tribunal arbitral debe seguir varios pasos antes de que su función jurisdiccional pueda comenzar. Lo primero es la designación de los árbitros, que como se explicó, puede realizarse de

⁴⁸ “La previsión de un régimen de impedimentos y recusaciones, tanto en el marco del procedimiento judicial como administrativo, está vinculado con el deber de imparcialidad y transparencia que guía la función pública y, como se ha señalado en precedencia, particularmente la actividad jurisdiccional. Asimismo, este régimen tiene un estrecho vínculo con la protección del derecho al debido proceso, así como la igualdad ante la ley”. Corte Constitucional de Colombia. C-538 del 5 de octubre de 2016. Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

⁴⁹ *Ibíd.*

⁵⁰ *Ibíd.*

⁵¹ Bibiana Bernal. “El Deber de Información de los Árbitros y secretarios en Colombia después de la ley 1563 de 2012”. (Trabajo investigativo para optar al título de Magíster en la Maestría en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana – Medellín, Colombia, 2015), página 10. <https://repository.upb.edu.co/bitstream/handle/20.500.11912/2624/Trabajo%20de%20Grado%20Bibiana%20Bernal.pdf?sequence=1>

distintas maneras y tiene que resultar en la escogencia de un número impar de nombres que están debidamente capacitados para conocer de la controversia. A continuación, se comunica a las personas seleccionadas su designación, quienes deberán informar a las partes si tienen alguna situación que podría generar dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia. Una vez perfeccionado el nombramiento, sin reparos de las partes sobre su imparcialidad para ejercer el cargo, el Centro procederá con la fijación de fecha y hora para llevar a cabo la instalación del tribunal arbitral y así, iniciará materialmente el ejercicio de función jurisdiccional por parte del tribunal arbitral.

Referencias

- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-511 del 30 de junio de 2011. Magistrado ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-765 del 6 de noviembre de 2013. Magistrado ponente: Alberto Rojas Ríos.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1038 del 28 de noviembre de 2002.
- Consejo de Estado de Colombia. Auto del 18 de julio de 2019, dentro del Expediente N.º 62930, por medio del cual: “se resuelve el recurso de apelación en contra de la decisión que declaró probada la excepción de falta de jurisdicción y ordenó remitir el proceso a la Cámara de Comercio de Bogotá”. Consejero ponente: Alberto Montaña Plata.
- Corte Suprema de Justicia. Auto AC3550-2017 del 16 de junio de 2017. Magistrado ponente: Arnoldo Quiroz Monsalvo.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-538 del 5 de octubre de 2016. Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Constitucional. Sentencia C-305 del 22 de mayo de 2013. Magistrado ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-225 del 18 de mayo de 1995 Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1034 del 5 de diciembre de 2006. Magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.
- Constitución Política de Colombia. *Gaceta Constitucional*, N.º 116 del 20 de julio de 1991.
- Ley 1563 de 2012, 12 de julio de 2012. Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional. *Diario Oficial*, 48, 489
- Ley 270 de 1996, 15 de marzo de 1996. Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. *Diario Oficial*, N.º 42, 745
- Ley 446 de 1998. *Diario Oficial*, N.º 43, 335, de 8 de julio de 1998.
- Camilo Hoyos, “El árbitro de parte en arbitraje nacional colombiano”. *Colombian Very Young Arbitration Practitioners (COLVYAP)*, 18 de enero de 2022. <http://www.colvyap.com/2017/07/el-arbitro-de-parte-en-arbitraje.html#:~:text=Esto%20quiere%20decir%20que%20cuando,por%20mutuo%20acuerdo%2C%20de%20consuno>.
- Hernando Herrera Mercado, “La selección del árbitro: importancia y recomendaciones”, *Ámbito Jurídico*, 18 de enero de 2022. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/mercantil-propiedad-intelectual-y-arbitraje/la-seleccion-del-arbitro-1>
- González de Cossío, 2002, *Independencia, imparcialidad y apariencia de imparcialidad de los árbitros*. <http://gdca.com.mx/PDF/arbitraje/INDEPENDENCIA%20IMPARCIALIDAD%20Y%20APARIENCIA%20DE%20LOS%20ARBITROS.pdf>.
- Emmanuel Gaillard y John Savage. “Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration”, *Kluwer Law International*, The Hague; London; Boston, 1999.
- Bibiana Bernal. “El Deber de Información de los Árbitros y secretarios en Colombia después de la ley 1563 de 2012”. (Trabajo investigativo para optar al título de Magister en la Maestría en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana-Medellín, Colombia, 2015). <https://repository.upb.edu.co/bitstream/handle/20.500.11912/2624/Trabajo%20de%20Grado%20Bibiana%20Bernal.pdf?sequence=1>

Integración del contradictorio e intervención de otras partes y terceros en el arbitraje nacional

REBECA HERRERA^{1*}

1. INTRODUCCIÓN

La integración del contradictorio y la intervención de terceros en el proceso arbitral son actos procesales mediante los cuales se vinculan al arbitramento personas que no fueron incluidas de forma inicial dentro de la demanda que dio lugar al arbitraje. Ambos actos procesales, se encuentran regulados respectivamente en los artículos 36 y 37 de la Ley 1563 de 2012 (“Ley 1563”), Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional (el “Estatuto Arbitral”). Si bien ambos mecanismos cumplen con un fin similar, estos funcionan de manera distinta y tienen diferentes implicaciones.

A continuación se busca exponer cómo funciona la integración del contradictorio y la intervención de otras partes y de terceros en el contexto del arbitraje nacional, exponiendo además los desafíos que estas figuras han enfrentado en la doctrina y la jurisprudencia. Por lo tanto, frente al arbitraje nacional, (i) se expondrá la integración del contradictorio; (ii) se abordará

^{1*} Consejera de PPU experta en Derecho de Seguros y Regulación Financiera. Su ejercicio profesional se centra en asuntos vinculados con la regulación del mercado financiero y asegurador, la asesoría jurídica en la estructuración de programas de seguros y la solución de controversias en seguros y reaseguros. Se ha desempeñado como directora jurídica y de asuntos internacionales de la Federación de Aseguradores Colombianos, Fasescolda, trabajó como gerente de Casualty & Bonds en Royal y Sunalliance Colombia S.A. y ha sido asesora externa para compañías de seguros y reaseguros, instituciones financieras y entidades en el mercado de energía. Ha sido conferencista nacional e internacional en asuntos relacionados con el derecho de seguros, la regulación de seguros y el libre comercio en servicios financieros. Adicionalmente, ha sido miembro de juntas directivas de entidades financieras vinculadas con el mercado financiero nacional e internacional. Tiene conocimientos de alemán e italiano. Actualmente es árbitra del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, docente universitaria (Pontificia Universidad Javeriana, Universidad de Los Andes y Universidad del Rosario) y presidente del Grupo de Trabajo de Reaseguros del Comité Ibero-latinoamericano de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros, CILA.

la intervención de otras partes y de terceros y (iii) se presentarán algunos de los debates que han surgido entorno a la vinculación del llamado en garantía, refiriéndonos particularmente a las entidades aseguradoras.

1.1. Concepto de parte y tercero

Antes de profundizar en los actos procesales para la vinculación de personas que no fueron incluidas de manera inicial en la demanda arbitral, resulta relevante esclarecer los conceptos de parte y tercero, sobre los cuales existen posiciones antagónicas entre la doctrina y la jurisprudencia. Lo anterior, guarda importancia en la medida en que la calidad que ostenta la persona que se pretende vincular al arbitramento, determina cual acto procesal es procedente para su vinculación. En este sentido, cuando se pretende que la persona vinculada actúe como parte procede la integración del contradictorio y cuando la persona vinculada actúa como tercero procede la intervención de terceros y otras partes. En adición a lo anterior, la calidad de parte o tercero se encuentra íntimamente relacionadas con las disposiciones procesales, ya que en estas se enlistan los sujetos que pueden participar en el proceso y los mecanismos para su vinculación.

El antiguo Código de Procedimiento Civil, Decreto 1400 de 1970, se refería a los litisconsortes y a su integración al proceso dentro de su capítulo II. Por otro lado, la intervención de terceros se encontraba regulada en el capítulo III de dicho código, en el cual se hacía referencia al denunciado en el pleito, al llamado en garantía, al coadyuvante, al interviniente excluyente, al tercero verdadero poseedor o tenedor, y al llamado de oficio. Haciendo referencia a estos dos capítulos, resultaba diáfano que la calidad de parte recaía únicamente en los litisconsortes mencionados en el capítulo II, o en otras palabras, en aquellos que concurrieran al proceso como demandante o demandado, y dada la literalidad del nombre del capítulo III, todos los sujetos mencionados arriba tendrían la calidad de terceros.

En contraste con lo anterior, la ley procesal civil actual, Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso (CGP), también se refiere a los sujetos mencionados anteriormente, pero la forma en que los categoriza es diferente. Sobre el particular, el capítulo II del CGP se titula “Litisconsorcios y Otras Partes”, donde se regulan, como en el código anterior, a los litisconsortes y su integración al proceso, pero además se incluyen al llamado en garantía, al interviniente excluyente y al verdadero poseedor o tenedor. Por su parte, el capítulo III titulado “Terceros”, se limita a regular al coadyuvante y al llamado de oficio.

Bajo este contexto es que distintos doctrinantes han sostenido que, con el cambio de estatuto procesales, el legislador determinó que ahora el llamado en garantía, el interviniente excluyente y el verdadero poseedor o tenedor tienen la calidad de partes, al estar incluidos en el capítulo de “Litisconsorcios y Otras Partes” y la calidad de terceros se predicaría solo del coadyuvante y el llamado de oficio².

Esta posición ha encontrado detractores que, particularmente refiriéndose al llamado en garantía, han sostenido que este continúa siendo un tercero aún con el cambio normativo. Dicho lo anterior, esta segunda posición ha tenido acogida en la jurisprudencia de las altas Cortes, las cuales han sostenido de manera armónica que el llamado en garantía no tiene la calidad de parte, a pesar de estar mencionado en el capítulo de litisconsorcios y otras partes. La incidencia de clasificar al llamado en garantía como tercero, conlleva importantes discusiones que serán expuestas en el capítulo tercero.

Así las cosas, habiendo esclarecido la diferencia entre partes y terceros, y habiendo enunciado la controversia que existe frente al llamado en garantía (la cual será abordada más adelante en el escrito) se procede a exponer cómo funcionan la integración del contradictorio y la intervención de terceros y otras partes en el arbitraje nacional.

2. INTEGRACIÓN DEL CONTRADICTORIO

Para comenzar, en relación con la integración del contradictorio, conviene señalar que su incorporación al proceso arbitral tendrá distintas implicaciones dependiendo de si la persona que se busca sea parte del proceso brindó su consentimiento al pacto arbitral. Lo anterior, dado que el arbitraje es un mecanismo de solución de controversias que nace de la autonomía de la voluntad privada, por ello, si alguna parte no manifestó de manera expresa su voluntad, será necesario buscar alguna fuente legal o contractual de la misma, pues de lo contrario, la parte no podrá ser obligada a concurrir al proceso arbitral.

² Henry Sanabria Santos, “Integración del contradictorio e intervención de otras partes y terceros en el proceso arbitral”, en *Estatuto arbitral colombiano: análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012*, Comité Colombiano de Arbitraje (Bogotá: Editorial Legis, 2013).

Antes de entrar a analizar las situaciones que se pueden presentar, resulta preciso mencionar que las verdaderas dificultades frente a la integración del contradictorio en el arbitraje se presentan en los litisconsorcios necesarios. Esto último pues, en este tipo de litisconsorcios, la litis versa sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, no es posible resolverse de mérito sin la comparecencia de todos los interesados, y así, el trámite arbitral no podrá continuar sin su participación.

En contraste con lo anterior, señalamos que, en los otros tipos de litisconsorcios, sí se podrá continuar el proceso, a pesar de la ausencia de algún litisconsorte. En este orden de ideas, se pueden presentar las siguientes situaciones:

2.1. Litisconsortes que no dieron su consentimiento al pacto arbitral

En esta hipótesis, al artículo 36 del Estatuto Arbitral, dispone que el tribunal arbitral deberá ordenar la citación de los litisconsortes para que manifiesten su voluntad de adherirse o no al pacto arbitral. Esta citación deberá realizarse dentro del término improrrogable de diez días, contados a partir del decreto de la citación por parte del tribunal arbitral.

Posterior al recibo de la citación, los litisconsortes citados deberán manifestar su voluntad de adherirse o no al pacto arbitral dentro de los cinco días siguientes. Si el litisconsorte brinda su consentimiento, el proceso arbitral podrá continuar y el tribunal determinará el valor de la contribución por conceptos de honorarios y otros gastos. En caso de que no se brinde el consentimiento, se declaran extinguidos los efectos del compromiso o la cláusula compromisoria para la controversia en particular, y se debe ordenar el reintegro de los honorarios a cada una de las partes. Adicionalmente, el artículo 36 dispone que en estos casos no se entiende interrumpida la prescripción y podrá operar la caducidad, al menos que la parte interesada presente demanda ante la justicia ordinaria dentro de los veinte días siguientes a la ejecutoria del auto que extingue los efectos del compromiso o cláusula arbitral.

2.2. Litisconsortes que han consentido el pacto arbitral

Frente a esta situación, el artículo 36 del Estatuto Arbitral dispone que el tribunal deberá ordenar la notificación personal a este litisconsorte, quien contará con veinte días para pronunciarse, según corresponda, en su condición de parte activa o pasiva. Tan pronto como venza este plazo, el proceso continuará con su trámite normal.

En casos de litisconsortes necesarios, si se llegara a dictar un laudo sin su presencia, este quedará viciado de nulidad y entonces el laudo, podrá ser sujeto del recurso extraordinario de anulación bajo la causal de estar el recurrente en alguno de los casos de indebida representación, o falta de notificación o emplazamiento.

3. INTERVENCIÓN DE TERCEROS Y OTRAS PARTES EN EL PROCESO ARBITRAL

Por su parte, la intervención de otras partes y de terceros en el arbitraje nacional se encuentra regulada por el artículo 37 de la Ley 1563, donde se establece que estos pueden intervenir en el proceso arbitral incluso si no han suscrito el pacto arbitral con las partes iniciales. En este sentido, el Estatuto Arbitral aborda la participación de terceros en el proceso arbitral, ajenos a los litisconsortes, de manera que de su intervención no dependa la continuidad del trámite arbitral, ni la validez y posibilidad de ejecución del laudo. Para esto, dicha disposición remite al Código de Procedimiento Civil, (hoy CGP, para hacer referencia a los lineamientos que regularán la intervención en el proceso de: i) el llamado en garantía, ii) el denunciado en el pleito, iii) el interviniente excluyente y demás partes, iv) el coadyuvante y v) el llamado de oficio.

Como se mencionó anteriormente, los capítulos II y III de la sección segunda del CGP se encargan de regular lo relacionado con la participación de litisconsortes y otras partes, y de terceros dentro del proceso arbitral. En primer lugar, en cuanto al llamado en garantía, el artículo 64 del CGP define el llamamiento en garantía y dispone el procedimiento mediante el cual puede participar en el proceso. Adicionalmente, el mismo artículo también hace referencia al denunciado en el pleito, pues será quien de acuerdo con la ley sustancial tenga derecho al saneamiento por evicción.

Más aún, la misma disposición establece la oportunidad procesal para que el llamado en garantía o el denunciado en el pleito puedan participar en el proceso, esto es, solicitando en la demanda o dentro del término para contestarla que en el mismo se resuelva sobre tal relación. Lo anterior, mediante demanda por la cual se llame en garantía, la cual deberá cumplir con los requisitos exigidos en el artículo 82 del CGP. Finalmente, en cuanto al trámite al respecto, se dispone que en caso de que el juez halle procedente el llamamiento, se le notificará personalmente al convocado.

En segundo lugar, al respecto del interviniente excluyente, el artículo 63 del CGP, dispone que es quien, dentro de un proceso declarativo, pretenda la cosa o el derecho controvertidos, por lo que tal persona, podrá realizar su intervención formulando una demanda frente al demandante y demandado, teniendo como límite para presentarla la audiencia inicial. Así pues, dispone el artículo que dicha intervención, será tramitada de manera conjunta con el proceso principal.

En tercer lugar, en referencia a la coadyuvancia, esta es la intervención en el proceso de aquel quien tenga una relación sustancial con cualquiera de las partes y que, se vea afectado si esa parte es vencida. Así pues, la oportunidad procesal para la intervención del coadyuvante podrá hacerse efectiva mientras no se haya dictado sentencia de única o de segunda instancia, y el coadyuvante tomará el proceso como lo encuentre en el momento de intervenir. Vale resaltar, que la coadyuvancia solo es procedente en los procesos declarativos.

Por último, sobre el llamamiento de oficio, el artículo 72 del CGP faculta al juez para que cuando advierta hechos de colusión, fraude o cualquier otra situación similar, pueda ordenar la citación de las personas que puedan resultar perjudicadas por los hechos encontrados. Esto, dentro de cualquiera de las instancias del proceso.

Ahora bien, retomando el artículo 37 del Estatuto Arbitral, este dispone requisitos procedimentales adicionales para que los terceros y otras partes puedan intervenir en el contradictorio. De tal forma, hace referencia al requisito de adherencia, sin el cual será improcedente la intervención de cualquiera de los terceros u otras partes interesadas y el cual implica una aceptación por parte de los terceros u otras partes de adherirse al pacto arbitral y estar sujetos a la jurisdicción arbitral. Lo anterior, dado que la naturaleza del arbitraje es voluntaria y, como los terceros y otras partes interesadas no suscribieron el pacto arbitral inicial, se necesita de un mecanismo a través del cual estos intervinientes puedan, de manera voluntaria, someterse a la jurisdicción arbitral y así adherirse al pacto.

Al respecto, la disposición establece un término de diez días para que el tercero o parte que desea intervenir pague la cantidad adicional a su cargo por concepto de honorarios y gastos del tribunal. De no cumplirse con este requisito, como bien lo dispone la norma, no culmina el trámite arbitral. De lo anterior, se resalta que el requisito de adhesión se materializa en el pago al tribunal de los honorarios de los árbitros y de los gastos administrativos del mismo, pues el no pago implica no intervención. Sin embargo, aquí es necesario mencionar que la misma ley introduce una excepción

que contribuye a que otros interesados en la participación de las otras partes o terceros ocurra, y es que se pague a nombre de estos.

Por otro lado, se destaca del artículo 37 en cuestión, que en su parágrafo 1º establece una excepción a la aceptación expresa del pacto arbitral frente a los llamados en garantía, estableciendo que las personas que han garantizado un contrato que contiene un pacto arbitral quedaran vinculados a este. Esto último, implica que el principio de habilitación se ve relativizado frente a las personas que garanticen este tipo de contratos.

Finalmente, es de resaltar sobre el artículo 37 en cuestión, que en su parágrafo 2º establece que en ningún caso cualquier centro de arbitraje podrá prohibir la intervención de terceros. Impidiendo que haya cualquier tipo de limitación a los derechos de los interesados en la controversia. Así, garantizando el derecho de acción para aquellos terceros y otras partes dentro de un proceso arbitral en el cual no estuvieron vinculados desde la demanda.

4. EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS EN EL ARBITRAJE NACIONAL

Habiendo abordado el marco legal aplicable a la intervención de terceros y otras partes dentro del arbitraje nacional, este capítulo estará destinado al estudio del llamamiento en garantía de las entidades aseguradoras, poniendo en evidencia los distintos debates que han surgido con ocasión de su intervención en los procesos arbitrales.

4.1. Naturaleza del llamamiento en garantía

Como se mencionó anteriormente, el llamamiento en garantía en nuestra legislación se encuentra regulado en el artículo 64 del CGP, en los siguientes términos:

Quien afirme tener derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviera que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva, o quien de acuerdo con la ley sustancial tenga derecho al saneamiento por evicción, podrá pedir, en la demanda o dentro del término para contestarla, que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación.³

³ Ley 1564 de 2012, 12 de julio de 2012. Ley Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial*, 48, 489.

En síntesis, el llamamiento en garantía es una figura procesal que permite vincular a terceros a un proceso con el fin de que estos respondan por los perjuicios que pueda sufrir el demandado o para que asuman el reembolso total o parcial del pago que tenga que efectuar quien lo vincula, en caso de que se profiera una sentencia adversa. Dicho de otra manera, el llamamiento en garantía tiene como principal propósito que el llamado indemnice al citante en razón de una relación legal o contractual.

De forma particular en el arbitraje nacional, el ya referido artículo 37 del Estatuto Arbitral, aborda la hipótesis mediante la cual se da la intervención de las entidades aseguradoras como llamadas en garantía dentro de un procedimiento arbitral. En estos casos, se trata de la intervención de las aseguradoras que han emitido pólizas de seguro de cumplimiento de contratos. Por lo anterior, en estos casos resulta aplicable el parágrafo 1 del artículo en mención al establecer 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”. En este orden de ideas, las entidades aseguradoras que emiten pólizas de cumplimiento para cubrir los perjuicios derivados del incumplimiento contractual, tienen el papel de llamados en garantía dentro del proceso arbitral bajo una relación contractual, por tener la calidad de garantes, lo que implica que, una vez sean llamadas en garantía, quedarán vinculadas bajo los efectos del pacto arbitral aunque no lo hayan consentido de manera expresa.

Tomando lo anterior en consideración, la intervención de las entidades aseguradoras en los procesos arbitrales, ha generado debates entorno a la constitucionalidad de su adhesión al arbitraje sin haber brindado su consentimiento al pacto arbitral de forma expresa y adicionalmente, se han discutido cuales prerrogativas le asisten dentro del proceso, esto último, relacionado a si actúan como partes o terceros, lo que incide en la posibilidad de que participen en la integración del tribunal arbitral. Sobre estas discusiones, se presentan los siguientes comentarios.

4.2. Constitucionalidad de la aceptación tácita al pacto arbitral: ¿qué pasa si la entidad aseguradora no suscribió del pacto arbitral?

Como fue expuesto, el artículo 37 del Estatuto Arbitral en su parágrafo 1º reglamenta la forma mediante la cual se da la participación de las entidades aseguradoras como llamadas en garantía dentro de un proceso arbitral. No obstante, a pesar de que la disposición es clara en que la aseguradora queda-

rá sujeta a los efectos del laudo, se ha planteado una discusión en la doctrina y en la jurisprudencia acerca de la constitucionalidad de dicho parágrafo. Lo anterior, pues si bien el artículo reglamenta los efectos del laudo para las aseguradoras, este presume la adhesión de las mismas al pacto arbitral.

Las discusiones sobre el parágrafo 1.º se derivan de la naturaleza misma del arbitraje como un mecanismo alternativo de solución de controversias. A la luz del artículo 116 de la Constitución Política de Colombia, este mecanismo supone otorgar jurisdicción a favor de un particular, pues excepcionalmente se faculta, de manera transitoria, a particulares para que administren la justicia. Por lo anterior, uno de los principios fundamentales del arbitraje es el de la libre habilitación o de voluntariedad, lo que quiere decir que la autoridad de los árbitros se funda en un acuerdo previo de voluntades de las partes. En este orden de ideas, la controversia frente a la intervención de terceros en el proceso arbitral se suscita frente a los llamados en garantía, toda vez que si bien estos tienen un interés en el proceso, no suscriben la cláusula compromisoria o el pacto arbitral que habilita el proceso.

Como resultado de lo anterior, en la doctrina se encuentran dos posturas diferentes sobre la naturaleza jurídica del arbitraje y sus implicaciones. De acuerdo con Jaime Humberto Tobar, por un lado, se mantiene que las facultades jurisdiccionales de los árbitros emanan de la voluntad de las partes, quienes son las que les habilitan para tal fin y, por lo tanto, solamente las personas que acordaron someter una controversia a la jurisdicción arbitral pueden estar sometidos a la decisión del laudo⁴. Contrario a lo anterior, se encuentra la postura bajo la cual el hecho de que el arbitraje implique una renuncia a acudir a los jueces de la República de Colombia para la solución de una controversia, genera que se entienda como una figura eminentemente jurisdiccional, lo que implica que al árbitro, al asumir las competencias que tendría un juez, está facultado para poder vincular con su decisión a todas las personas que, en su criterio, se encuentren relacionados con la disputa, independientemente de hayan suscrito el pacto o no⁵.

Como consecuencia, la constitucionalidad de esta disposición fue demandada ante la Corte Constitucional bajo el argumento de que vulneraba el artículo 116 Superior, el cual dispone que solo la habilitación

⁴ Jaime Humberto Tobar Ordóñez, “Algunas consideraciones sobre la intervención de terceros en el proceso arbitral nacional”, en *La práctica del litigio arbitral, tomo II. Hernando Herrera & Fabricio Mantilla* (Bogotá: Editorial Ibañez, 2017).

⁵ *Ibíd.*

de las partes autoriza la función jurisdiccional de los árbitros. Por lo que, si el tercero llamado en garantía no habilita al árbitro, no puede estar automáticamente vinculado por los efectos del pacto arbitral. Lo anterior, bajo el entendido de que, a criterio del accionante, la referencia a “partes” dentro del artículo de la Carta Política significa todo aquel que interviene en el proceso y, como consecuencia, se considera al llamado en garantía como una parte dentro del mismo.

Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia C-170 de 2014, estimó necesario plantear la diferencia entre la calidad de parte y de tercero en el proceso arbitral. En palabras de la Corte: “es parte no solo quien asume la calidad de demandante o quien ostenta la de demandado en consideración a la pretensión objeto de debate, sino también quien se vincula al proceso de manera sobreviniente en razón de la naturaleza de la relación jurídico sustancial. Quien sea virtualmente ajeno a dicha relación solo tiene calidad de tercero”⁶. Bajo tal distinción entiende la Corte que el llamado en garantía es un tercero, quien participa en el proceso arbitral a causa de una relación de carácter legal o de una relación contractual, como, por ejemplo, en el caso de aquellas reclamaciones cuya causa es el contrato de seguro.

Así pues, tomando como ejemplo el caso de un contrato de seguro, la entidad aseguradora no es parte dentro del proceso pues acude en virtud del instituto procesal del llamamiento a causa de una relación contractual, pues ha suscrito un contrato de seguro con una de las partes, participando como garante prestacional. Ahora bien, la aseguradora, como tercero, puede ejercer actos procesales, como adicionar la demanda si es llamado por el demandante, proponer excepciones, o contestar la demanda si es llamado por el demandado, pero en todo caso, la Corte afirma que estas facultades no le dan el carácter de parte dentro del proceso.

Ahora bien, al respecto de la constitucionalidad del parágrafo 1º del artículo 37 demandado, a la luz del razonamiento expuesto, consideró la Corte que no es inconstitucional. Lo anterior, por cuanto el llamado en garantía, al garantizar un contrato mediante la suscripción de un contrato de garantía, como en el caso de un contrato de seguro, conoce la cláusula compromisoria o pacto arbitral del contrato garantizado. Por tanto, se entiende que al suscribir el mencionado contrato aceptó tácitamente que su obligación de garante podría exigirse mediante un arbitraje. Adicionalmente, es necesario

⁶ Corte Constitucional de Colombia. STC C-170 del 19 de marzo de 2014. Magistrado ponente: Dr. Alberto Rojas Ríos.

aclara que para la Corte la naturaleza del arbitraje tiene su sustento constitucional en la decisión libre y voluntaria de las partes contratantes de no acudir al sistema estatal de administración de justicia. Así pues, la vinculación automática del llamado en garantía al proceso no contaría la naturaleza voluntaria del arbitraje, toda vez que se entiende que el llamado conocía el pacto arbitral y, por tanto, lo aceptó tácitamente. Además, dado que la voluntad de las partes es un requisito constitucional para activar la jurisdicción arbitral, la voluntad de un tercero no debe alterar el proceso.

En síntesis, la jurisprudencia de la Corte Constitucional sostiene que no es inconstitucional que el que el llamado en garantía – la aseguradora – sea vinculado al proceso aún sin su autorización tácita, pues se desprende de su figura como garante, el previo conocimiento del pacto arbitral en el contrato garantizado, sin que esto sea un requisito previo para su vinculación. Así pues, aplicando la lógica en dicha jurisprudencia a las entidades aseguradoras, se tendría que, incluso si esta no suscribió el pacto arbitral, queda vinculada a los efectos del laudo, pues se entiende que conocía el pacto arbitral en el contrato asegurado.

Contrario a lo expuesto, sectores de la doctrina consideran errónea la argumentación de la Corte, pues critican que no tuvo en cuenta los casos en los cuales la facultad jurisdiccional del árbitro se da como resultado de un compromiso y no una cláusula compromisoria dentro del contrato garantizado. Caso en el cual, la adhesión del garante al proceso se debería tener como inconstitucional.

El parágrafo del artículo 3º de la Ley 1563 dispone que: “Si en el término de traslado de la demanda, o de su contestación, o de las excepciones previas, una parte invoca la existencia de pacto arbitral y la otra no la niega expresamente, ante los jueces o el tribunal de arbitraje, se entiende válidamente probada la existencia de pacto arbitral”⁷. Al respecto, Cindy Charlotte Reyes, citando al profesor Jaime Arrubla, argumenta que tal disposición le da completo alcance a una eventual estipulación verbal del pacto arbitral, haciendo innecesario que el pacto sea incluido dentro del contrato objeto del cual serán dirimidas las controversias⁸. Bajo tal entendido, la autora argumenta que la teoría de

⁷ Ley 1563 de 2012, 12 de julio de 2012. Ley Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial*, 48, 489.

⁸ Cindy Charlotte Reyes, “El llamamiento en garantía en el proceso arbitral en Colombia: ¿arbitraje obligatorio o voluntario?”, *Civilizar Ciencias Sociales y Humanas*, volumen 17, N.º 33 (2016).

la Corte Constitucional en la que el garante conoce del pacto arbitral deja por fuera un espectro de situaciones que se pueden presentar. Lo anterior, toda vez que se puede pactar el arbitraje incluso de manera posterior a que sobre el contrato se haya establecido una garantía. En consecuencia, la adhesión del llamado en garantía bajo estos términos se torna inconstitucional, ya que no habría forma de que el garante tuviese conocimiento del pacto.

Así las cosas, se hace evidente que a pesar de que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido tajante en establecer la constitucionalidad de que el llamado en garantía sea adherido al proceso arbitral sin haber suscrito el pacto arbitral, todavía se encuentran aspectos de la aplicación del parágrafo 1º del artículo 37 de la Ley 1563 sobre los cuales la Corte podría pronunciarse.

4.3. Posibilidad de que la aseguradora llamada en garantía participe en la integración del tribunal arbitral

En línea con lo expuesto en los párrafos precedentes, con la vinculación del llamado en garantía surge la interrogante de si su participación en el proceso arbitral implica la posibilidad de participar en la integración del tribunal arbitral, lo que implicaría tener la posibilidad de designar al árbitro o árbitros que conforman el tribunal. Sobre esta interrogante, en el laudo arbitral de Alcanos de Colombia SA ESP vs. Alexander Suarez Sánchez S. A. S.⁹, esta situación fue ventilada.

En el laudo en mención, el tribunal arbitral se pronunció sobre la solicitud de la entidad aseguradora que fue llamada en garantía al proceso, la cual por medio de su apoderado solicitaba que en su calidad de parte tenía derecho a participar en la designación de los árbitros y, por lo tanto, el tribunal se integró de forma incorrecta. Apoyándose en la sentencia C-170 de 2014 y en concordancia con los argumentos que fueron expuestos ampliamente en el punto anterior, el tribunal concluyó que la aseguradora, al ser llamada en garantía, concurría al proceso en calidad de tercero y no como parte. Por lo anterior, al no ostentar la calidad de parte no le era dable que participara en la integración del tribunal y no había lugar a establecer que el tribunal fue indebidamente integrado.

⁹ Cámara de Comercio de Neiva. Tribunal de arbitramento. (2018). Sociedad Alcanos de Colombia SA ESP demanda a la Sociedad Alexander Suarez Sánchez S. A. S.

Lo expuesto, guarda armonía con el criterio de las cortes y brinda elementos de juicio para concluir que, atendiendo a la calidad de terceros, no le asiste el derecho a los llamados en garantía para participar en la designación de los árbitros del proceso al que son citados.

4.4. Proyecto de ley 009 de 2021

Habiendo expuesto el estado actual del marco legal y la jurisprudencia relacionada con la intervención de terceros en procesos arbitrales, se destaca la existencia del Proyecto de Ley 009 de 2021 (el “Proyecto”), radicado el pasado 20 de julio de 2021 del cual solo se ha publicado la primera ponencia para discutir en el Senado. El Proyecto tiene como propósito modificar el Estatuto Arbitral y dentro de los cambios que pretende impulsar propone la modificación del artículo 37 al que nos referimos anteriormente, lo cual implicaría importantes cambios a los puntos tratados.

Dentro del texto del Proyecto se propone la modificación al párrafo primero del artículo 37, el cual reza en su tenor literal 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”. En este orden de ideas, el cambio que se pretende introducir suprime la referencia al llamado en garantía dejándolo en los términos generales de cualquier persona que garantice el cumplimiento de obligaciones derivadas de un contrato que contiene pacto arbitral.

De acuerdo con la exposición de motivos del proyecto en mención, el cambio responde a que, a criterio de los ponentes, el consentimiento del garante al pacto no depende del mecanismo procesal a través del cual se le exija que responda y argumentan que permitir que el garante sea demandado directo resulta en mayor eficiencia del proceso arbitral.

Tomando lo anterior en consideración, en el evento en que el Proyecto se convierta en ley, esto implicaría que el garante ya no tendría que ser vinculado al proceso por medio del llamamiento en garantía y, al concurrir como demandado directo, dejaría de ser considerado como tercero y pasaría a ser parte. La modificación de la forma en que se puede vincular al garante implica que muchas de las reglas de decisión contenidas en la jurisprudencia necesariamente varíen. Por ejemplo, la calidad de parte del garante implicaría su posibilidad y derecho de participar en la integración del tribunal arbitral, pudiendo designar árbitros.

Por otra parte, considerando que las entidades aseguradoras comúnmente son las garantes por excelencia y las que suelen ser vinculadas a los procesos arbitrales por medio del llamamiento en garantía, resulta relevante la discusión de si aunque procesalmente se permitiera que fueran demandadas directas, en qué casos sustancialmente podrían considerarse como deudoras con la obligación de soportar el litigio como verdaderas partes. Sobre lo anterior, la jurisprudencia ha indicado el beneficiario de un contrato de seguro no se convierte en acreedor de la prestación asumida por la entidad aseguradora por la simple ocurrencia del siniestro. En razón de que la prueba de la ocurrencia y la cuantía del siniestro está en cabeza del asegurado, este deberá acreditar su derecho ante la aseguradora mediante un proceso de reclamo y solo si confluente lo dispuesto en el artículo 1080 del Código de Comercio se podría afirmar que existe una acreencia. Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia ha mencionado que:

En la medida en que la ocurrencia del siniestro no convierte al beneficiario, per se, en acreedor de la prestación asumida por la aseguradora como lo dice la recurrente. Para que adquiera dicha condición es menester que acredite su derecho ante el asegurador en los términos del artículo 1077 del Código de Comercio y que transcurra en silencio el lapso de un mes consagrado a la aseguradora para que objete la reclamación (art. 1080 ídem). Si confluyen dichas exigencias, podrá afirmarse que se está ante una acreencia, al punto que la póliza prestará mérito ejecutivo, por sí sola¹⁰.

En este orden de ideas, aunque se permitiera que las aseguradoras como garantes fueran demandadas de forma directa en un proceso arbitral, para que sustancialmente pudieran considerarse como deudores y tener la obligación de soportar el trámite como partes, el demandante – beneficiario de la póliza – deberá haber iniciado un proceso de reclamación anterior a la demanda arbitral o en todo caso si no existe una acreencia al momento de iniciar el trámite, vincularlo por medio del llamamiento en garantía en calidad de tercero de la forma que lo indica la normativa vigente.

5. CONCLUSIÓN

En conclusión, como fue posible apreciar, a través de la integración del contradictorio y la intervención de terceros, es posible que personas que en principio no fueron incluidas dentro de la demanda que inicia un arbitraje

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (2018). Rad. 76001-31-03-012-2007- 00217-01. MP Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

nacional y que tampoco suscribieron el pacto arbitral puedan vincularse al proceso arbitral. Así, sus efectos sustanciales y mecanismos procesales se encuentran plasmadas tanto en el Código General del Proceso como en el Estatuto Arbitral donde se regulan de forma casi integral.

No obstante, haciendo particular referencia a la intervención de las entidades aseguradoras como llamadas en garantía dentro del proceso arbitral, la normativa al respecto ha sido debatida tanto por la doctrina como por vía jurisprudencial y no se encuentra un consenso frente al tratamiento que el CGP le otorga los llamados en garantía al incluirlos como otras partes y la clasificación de las Altas Cortes y laudos arbitrales quienes los han reconocido como terceros. Adicionalmente, se evidencia un vacío en la jurisprudencia de la Corte en el caso en el cual el pacto arbitral u otra forma de adherencia al proceso arbitral no haya sido suscrito por la entidad aseguradora, por ejemplo, en el caso en el cual se accede al arbitraje mediante el compromiso.

Así pues, con la presentación del Proyecto de Ley 009 de 2021, el texto propuesto podría brindar claridad expresa sobre algunas de las discusiones, pero a su vez implicaría un cambio necesario en las reglas de decisión que hemos podido observar en la jurisprudencia vigente.

Referencias

- Cámara de Comercio de Neiva. Tribunal de arbitramento. (2018). Sociedad Alcanos de Colombia S. A. E. S. P. demanda a la Sociedad Alexander Suarez Sánchez S. A. S. Cindy Charlotte Reyes, “El llamamiento en garantía en el proceso arbitral en Colombia: ¿arbitraje obligatorio o voluntario?”, *Civilizar Ciencias Sociales y Humanas*, volumen 17, N.º 33 (2016).
- Corte Constitucional de Colombia. STC C-170 del 19 de marzo de 2014. Magistrado ponente: Dr. Alberto Rojas Ríos.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (2018). Rad. 76001-31-03-012-2007-00217-01. Magistrado ponente: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.
- Henry Sanabria Santos, “Integración del contradictorio e intervención de otras partes y terceros en el proceso arbitral”, en *Estatuto arbitral colombiano: análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012*, Comité Colombiano de Arbitraje (Bogotá: Editorial Legis, 2013).
- Jaime Humberto Tobar Ordóñez, “Algunas consideraciones sobre la intervención de terceros en el proceso arbitral nacional”, en *La práctica del litigio arbitral, tomo II*. Hernando Herrera & Fabricio Mantilla (Bogotá: Editorial Ibañez, 2017).
- Ley 1563 de 2012, 12 de julio de 2012. Ley Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial*, 48, 489.
- Ley 1564 de 2012, 12 de julio de 2012. Ley Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial*, 48, 489.

Anulación del laudo nacional y anulación del laudo internacional

HÉCTOR HERNÁNDEZ¹ *

SANTIAGO ROMERO^{2**}

1. INTRODUCCIÓN: EL SISTEMA DUALISTA Y LOS DIFERENTES RECURSOS DE ANULACIÓN

Antes de hablar del recurso de anulación contra los laudos nacionales e internacionales es necesario realizar unas breves consideraciones sobre las razones por las cuales en Colombia se habla de dos recursos de anulación diferentes atendiendo a la naturaleza del arbitraje.

Con la expedición de la Ley 1563 de 2012 el legislador colombiano optó por mantener un sistema dualista de arbitraje. Lo anterior implica que existen dos regímenes arbitrales diferentes en donde la aplicación de uno u otro depende de la calificación del carácter interno o internacional del arbitraje.

En efecto, el Estatuto de Arbitraje colombiano está dividido en tres secciones. La primera contiene las reglas aplicables al arbitraje nacional, la tercera contiene las reglas aplicables al arbitraje internacional y la segunda –que sirve de división para las dos anteriores– contiene apenas tres artículos relativos a la amigable composición.

La adopción de un sistema dualista sigue la tradición de leyes como la francesa y la de países latinoamericanos como Chile, Ecuador, Uruguay y

¹* Socio de PPU experto en Resolución de Conflictos. Tiene amplia experiencia en resolución de conflictos, y litigios civiles y comerciales ante las Altas Cortes y tribunales arbitrales domésticos e internacionales. Su experiencia ha contribuido con el éxito de la Firma en esta área. Sus asesorías incluyen litigios en temas comerciales, contractuales, oil and gas, infraestructura, construcción y EPC, competencia, propiedad intelectual, laboral y administrativa, servicios públicos, impuestos, medios y derecho de entretenimiento.

^{2**} Miembro del equipo de Resolución de Conflictos. Su ejercicio profesional se centra en litigios y arbitraje. Tiene experiencia en arbitraje internacional, doméstico y en litigios ante la jurisdicción ordinaria y contencioso administrativa.

Cuba. Por el contrario, leyes como la alemana, sueca, española, brasilera, peruana, austriaca e italiana han adoptado legislaciones arbitrales monistas³.

Aunque en mayor medida la adopción de un sistema dualista obedece a la voluntad del legislador y a otras razones de carácter político, la adopción de este sistema en Colombia puede tener explicación en el hecho de que el arbitraje se encuentra consagrado en el texto constitucional de tal manera que otorga a los árbitros la función de administrar justicia asimilándolos a un juez⁴. Esto, consideramos, podría ser un problema para quien actuaría como árbitro en un arbitraje internacional, en la medida en que ni siquiera tendría que ser abogado en ejercicio en Colombia y no tendría la investidura de Juez en estricto sentido legal. Por estas razones, tiene sentido que el legislador haya optado por establecer un sistema dualista en el cual los asuntos de arbitraje doméstico gozan de una flexibilidad bastante limitada –que busca mantener las garantías procesales del derecho interno– mientras que para el arbitraje internacional otorga un régimen mucho más flexible inspirado en la Ley Modelo de la Uncitral.

Conforme a lo anterior, el sistema dualista obliga a que en Colombia se deba hablar de dos recursos de anulación diferentes: uno que procede en contra de los laudos proferidos en arbitrajes domésticos y otro que procede en contra de los laudos proferidos en arbitrajes internacionales.

A pesar de las diferencias entre uno y otro, las cuales se presentan a continuación, la esencia del recurso de anulación es que se trata de un recurso que procede contra errores *in procedendo* más no contra errores *in iudicando*. Esto significa que, en los precisos términos de los artículos 42 y 107 de la Ley 1563 de 2012, la autoridad judicial al resolver el recurso de anulación debe abstenerse de pronunciarse sobre el fondo de la controversia. El juez de anulación no puede calificar o modificar los criterios jurídicos, motivaciones, valoraciones probatorias o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral en el laudo.

Igualmente, en uno y otro caso, el recurso de anulación procede únicamente por las causales taxativamente establecidas en la ley. Sin embargo, es importante aclarar que el Consejo de Estado ha señalado como

³ Anne-Carole Cremades, “El dualismo del nuevo derecho francés del arbitraje a la luz del universalismo y de la deslocalización”, en *Spain Arbitration Review*, N.º 11 (2011), 41-55.

⁴ Pablo Rey Vallejo, “El arbitraje y los ordenamientos jurídicos en Latinoamérica: Un estudio sobre formalización y judicialización”, en *Vniversitas*, N.º 126 (2013), 199-237.

causal adicional la no solicitud o sujeción a la interpretación prejudicial por parte del Tribunal Andino en los casos en que ello es obligatorio⁵.

2. DIFERENCIAS ENTRE LOS RECURSOS DE ANULACIÓN DE LAUDO NACIONAL E INTERNACIONAL

A continuación, exponemos algunas de las diferencias entre los recursos de anulación. La mayoría de estas diferencias obedecen a la ya anunciada dicotomía entre el arbitraje nacional e internacional en cuanto a su flexibilidad.

2.1. Diferencias en las causales

Las causales de anulación en Colombia están consagradas en los artículos 41 y 108 del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional (Ley 1563 de 2012). Para arbitraje nacional, están previstas taxativamente en el artículo 41 nueve causales así:

1. La inexistencia, invalidez o inoponibilidad del pacto arbitral.
2. La caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia.
3. No haberse constituido el tribunal en forma legal.
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.
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.
6. Haberse proferido el laudo o la decisión sobre su aclaración, adición o corrección después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral.
7. Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.
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 resolutive o influyan en ella y hubieran sido alegados oportunamente ante el tribunal arbitral.
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.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 24 de mayo de 2018. Magistrada ponente: Marta Nubia Velásquez Rico. Exp.: 60292.

Por su parte, para el arbitraje internacional están consagradas las siguientes causales de anulación en el artículo 108:

1. A solicitud de parte, cuando la parte recurrente pruebe: a) Que para el momento del acuerdo de arbitraje estaba afectada por alguna incapacidad; 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 colombiana; o b) Que 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; o c) 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, solo se podrán anular estas últimas; o d) 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. [...] 2. De oficio, cuando: a) Según la ley colombiana, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o, b) El laudo sea contrario al orden público internacional de Colombia.

2.1.1. Interposición de oficio en arbitraje internacional

La Sección Tercera de la Ley 1563 de 2012, que como mencionamos está inspirada en la Ley Modelo de la Uncitral, señala que la nulidad procede a petición de parte o de oficio. La Ley prevé como causales de anulación de oficio las siguientes: i) cuando el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje bajo la ley colombiana y ii) cuando el laudo sea contrario al orden público internacional de Colombia.

En lo que respecta a la primera causal, se debe tener en cuenta que para el caso de Colombia la arbitrabilidad está definida por el artículo 1.º de la Ley 1563 de 2012 y se restringe a asuntos de libre disposición o autorizados por la Ley, es decir, que la diferencia entre las partes pueda ser sujeta de una transacción. En cuanto a la segunda causal, es importante resaltar que el orden público internacional cuenta con una dimensión procesal y una sustantiva.

Al analizar la dimensión procesal, ha dicho el Consejo de Estado, que el juzgador debe examinar que el arbitraje no haya quebrantado garantías en su trámite “tales como una oportunidad razonable de defensa, notificación adecuada e igualdad de tratamiento a las partes”⁶. Por su parte, el análisis

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 17 de abril de 2020. Magistrada ponente: María Adriana Marín. Exp.: 63266.

del laudo de cara a la dimensión sustantiva del orden público internacional debe hacerse de cara a los elementos que lo integran:

[...] 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 sociedad⁷.

Consideramos que el hecho de que el laudo pueda ser anulado de oficio por estas causales no significa que no puedan ser alegadas por las partes al interponer el recurso. En ese sentido, es perfectamente posible que una de las partes al interponer el recurso invoque una de las dos causales mencionadas como fundamento del recurso de anulación.

Finalmente, en cuanto a los efectos que tiene la prosperidad de alguna de las causales de oficio, el Consejo de Estado ha señalado que “la autoridad judicial solo podrá declarar la nulidad del laudo, sin que pueda proferrirse decisión de remplazo”⁸.

2.1.2. Causales que están consagradas únicamente para arbitraje nacional

En atención a la ya mencionada diferencia fundamental entre el arbitraje nacional e internacional en cuanto a las condiciones y características de los árbitros y en su flexibilidad, existen algunas causales de anulación que están consagradas en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012. Entre estas, se encuentran la indebida representación, la emisión del laudo arbitral fuera de término, el fallo en conciencia o equidad y los errores o contradicciones en la parte resolutive del laudo.

Al asimilarse la función del árbitro nacional a la de un juez de la República, es apenas lógico encontrar varias similitudes entre estas causales de nulidad y las consagradas por la legislación colombiana para los procesos regulados por el Código General del Proceso. Este es el caso de la indebida representación, las deficiencias en la notificación y la falta de jurisdicción y competencia.

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 15 de enero de 2019. Magistrado ponente: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. Exp.: SC001-2019.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 27 de febrero de 2020. Magistrada ponente: María Adriana Marín. Exp.:60714.

Una mención especial merece la causal novena del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 relativa a la congruencia del laudo conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado:

En conclusión esta primera parte de la causal que ahora se revisa en vigencia del nuevo Estatuto arbitral solo podrá configurarse por un fallo extra petita cuando el juez arbitral se pronuncie sobre aspectos o puntos que no han sido solicitados en la demanda y por un fallo ultra petita, cuando el juez arbitral condena por más de lo pedido en la demanda, pues las demás hipótesis se entenderán incorporadas y deberán alegarse bajo el imperio de la causal del numeral 2º de la ley 1563 de 2012.⁹

En ese sentido, sale a colación el alcance distinto que tiene la congruencia para la anulación en arbitraje nacional e internacional. En materia nacional, la congruencia de cara a la anulación exige que el fallo esté en consonancia con los hechos, pretensiones y excepciones que sean aducidas por las partes conforme al artículo 281 del Código General del Proceso. Por el contrario, en materia de arbitraje internacional, la causal de anulación tercera determina la congruencia del laudo a los términos del acuerdo de arbitraje. Así lo interpretó la Corte Suprema de Justicia:

Como puede advertirse, el nombrado motivo de invalidación del laudo arbitral internacional, no alude propiamente a la congruencia prevista en el procedimiento civil colombiano, ya que en dicho ámbito, la figura se encuentra referida, no al contenido de actos como el “pacto arbitral”, sino al texto de la demanda, según se infiere del artículo 281 del Código General del Proceso.¹⁰

Así las cosas, es claro que la congruencia como causal de anulación es sustancialmente distinta en materia nacional e internacional, puesto que en la primera se sujeta a los hechos, pretensiones y excepciones de las partes mientras que en la segunda se refiere al contenido del pacto arbitral.

2.1.3. Anulación por pruebas y procedimiento.

El Estatuto de Arbitraje prevé tanto para el recurso de anulación en contra de laudos nacionales como internacionales la anulación por defectos en las pruebas o el procedimiento. Sin embargo, lo hace con fórmulas diferentes.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 27 de noviembre de 2017. Magistrado ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp.: 59913.

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 18 de abril de 2017. Magistrado ponente: Luis Alonso Rico Puerta. Exp.: SC5207-2017.

En materia de arbitraje nacional, en el caso de las pruebas, existe una causal específica de anulación para los casos en que se niega el decreto de una prueba o se deja de practicar una prueba decretada, en ambos casos sin fundamento legal y cuando aquella prueba pudiera incidir en la decisión.

Cosa diferente sucede en anulación de laudos internacionales. Al respecto ha destacado el Consejo de Estado:

[...] se advierte una clara diferencia en relación con la determinación del contenido de las causales, pues mientras en el arbitraje nacional se enumeran con mayor precisión los defectos que pueden generar la anulación del laudo, en el internacional se señala simplemente que esta consecuencia opera cuando una parte demuestre que “por cualquiera otra razón, (no pudo) hacer valer sus derechos” o acredite que “el procedimiento arbitral no se ajustó al acuerdo entre las partes. [...] iii) Esta diferencia se explica porque en el arbitraje internacional no se conocen las normas procesales que regirán cada proceso, pues tales reglas se acuerdan libremente por las partes. De modo que si no se conocen las reglas a las que estará sujeto el arbitramento, el legislador, al regular la anulación del laudo por irregularidades procesales, solo puede disponer, de manera general, que la misma procede por desconocimiento de tales reglas.¹¹

En materia de arbitraje internacional existe una causal de anulación a solicitud de parte que señala de manera general que la autoridad judicial podrá anular el laudo cuando la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se hayan ajustado a lo acordado entre las partes –siempre que ello no estuviere en conflicto con una norma imperativa– o, en su defecto, a lo previsto en la parte internacional del Estatuto. Así las cosas, es por vía de esta causal que se ha solicitado la anulación del laudo arbitral ante la omisión en el decreto o práctica de una prueba.

Sobre los requisitos para la configuración de esta causal de anulación en materia de arbitraje internacional, existen posiciones distintas entre las altas cortes. Por un lado, la Corte Suprema de Justicia ha señalado sobre esta causal de anulación:

[...] la causal de anulación referida en el literal d) del citado artículo 108 se puede configurar, 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

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera-Sala Plena. Sentencia del 27 de febrero de 2020. Consejero ponente: María Adriana Marín. Exp.: 60714

vulneración, caso contrario, si estas no hacen manifestación alguna en relación con la mecánica procesal, no habrá lugar a cuestionamientos posteriores.¹²

En ese sentido, para la Corte, no es cualquier omisión a lo pactado por las partes en materia de procedimiento la que da lugar a que se configure esta causal de anulación, sino que la inobservancia debe recaer sobre todo el trámite o vulnerar el derecho de defensa y contradicción de alguna de las partes.

Por su parte, en un fallo reciente, el Consejo de Estado se apartó de lo señalado por la Corte bajo la siguiente argumentación:

La Sala no comparte esa hermenéutica, puesto que exigir para la procedencia del recurso de anulación que la desatención de las reglas del procedimiento sea injustificada, o que afecte todo el trámite o que se ponga de manifiesto la vulneración del derecho de defensa implica establecer condiciones no previstas en la ley, las cuales afectan el derecho que la misma ley le otorga al recurrente. [...] La ley no dispone expresa ni específicamente que el recurrente, además de demostrar que no se le permitió ejercer un derecho o, además de evidenciar que en el proceso se desconoció una regla pactada, deba acreditar que: (i) tal violación afectó todo el proceso o (ii) que se trató de una violación grave en el sentido de que de no haberse incurrido en ella la decisión adoptada en el laudo habría sido otra. Introducir condicionamientos que no están previstos en la ley al derecho del recurrente de pedir la nulidad del laudo, cuando no se ha respetado una regla acordada y, por ende, se ha violado su derecho a la observación del debido proceso, implica limitar ilegalmente su derecho. [...] Así las cosas, la demostración del desconocimiento de una regla acordada en el proceso arbitral es la condición necesaria y suficiente para declarar su anulación; el análisis de la entidad de tal desconocimiento o de las consecuencias que el mismo tuvo en la decisión no son condiciones previstas por el legislador, por el juez de la anulación no puede introducirlas para, por ese camino, negar el derecho del recurrente. [...] En otros términos, la sola constatación de una trasgresión o desconocimiento de una regla probatoria por parte del tribunal permite invalidar el laudo arbitral internacional, sin que esa específica circunstancia constituya un sacrificio de la justicia material. [...] En el caso colombiano, el legislador no diferenció y, por tanto, circunscribió la causal de anulación a la violación de la norma de procedimiento, sin que sea necesario acreditar que el desconocimiento tuvo incidencia o consecuencias en el laudo final.¹³

Conforme a lo anterior, para el Consejo de Estado, el único requisito necesario para la configuración de esta causal es acreditar que el tribunal de arbitramento

¹² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de diciembre de 2018. Magistrado ponente: Margarita Cabello Blanco. Exp.: SC5677-2018.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Sala Plena. Sentencia del 27 de febrero de 2020. Consejero ponente: María Adriana Marín. Exp.: 60714.

contravino o desconoció el procedimiento acordado entre las partes, sin que haya espacio alguno para que el juez que conozca de la anulación analice la magnitud, incidencia o consecuencias de la inobservancia en el procedimiento o en el laudo.

Así las cosas, está claro que no es pacífica la interpretación que las altas cortes le han dado a esta causal de anulación. Mientras que la Corte Suprema de Justicia señala que para que se configure esta causal la contravención del tribunal arbitral a lo pactado debe tener incidencia en todo el proceso o en el laudo final, el Consejo de Estado sostiene que únicamente se requiere acreditar que el tribunal de arbitramento contravino o desconoció el procedimiento acordado entre las partes, sin que el juez de anulación entre a analizar la magnitud o incidencia de la contravención.

A este respecto, llamamos la atención sobre lo argumentado en la aclaración de voto a la sentencia del Consejo de Estado que venimos comentando:

En virtud de que las referidas formas tienen un nivel de importancia distinto en el marco del procedimiento, la inobservancia de cada una de ellas también conlleva efectos jurídicos diversos: en caso de comprobarse que una actuación procesal se adelantó con omisión de una forma esencial, habrá inexistencia de la actuación; la pretermisión de una forma de garantía afecta la validez del acto procesal; por último, la inobservancia de una forma de mero rito no comporta la inexistencia, ni la invalidez de la actuación. [...] La omisión de cualquier norma procesal no debe tener, en todos los supuestos, el mismo efecto jurídico correspondiente a la anulación del Laudo Arbitral. Para examinar la configuración de la causal bajo estudio, a la Sala le correspondía determinar el tipo de norma que fue inobservada por el Tribunal, para efectos de definir la consecuencia de dicho incumplimiento. En caso de comprobar la omisión de una forma esencial o de una forma de garantía, la consecuencia evidente resultaba ser la anulación de la providencia arbitral. En cambio, en caso de haber existido una inobservancia de una forma de mero rito, no habría habido lugar a la anulación del Laudo. [...] Examinar la relevancia del dictamen de contradicción –prueba, cuya práctica fue impedida por el Tribunal a GECELCA 3 S. A. S. E. S. P.– y del nuevo dictamen aportado por el Consorcio, no comportaba evaluar la legalidad de la decisión, es decir, determinar si esta se ajustaba o no a derecho. Este análisis, en cambio, pretendería determinar la entidad de las normas procesales violadas por el Tribunal. [...] De haber tomado este camino, la Sala hubiese llegado a la conclusión de que el Panel Arbitral, efectivamente, omitió formas de garantía, pues las normas procesales incumplidas por este permitían a las partes la materialización de sus derechos al debido proceso y a la contradicción; lo cual da muestra de la relevancia de tales normas y, de contera, del grave incumplimiento del Tribunal al haberlas inobservado. Una vez determinada la entidad de las normas omitidas y la gravedad de la violación, considero que habría habido lugar a la declaración de la nulidad del Laudo recurrido.¹⁴

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Sala Plena. Sentencia del 27 de febrero de 2020. Consejero ponente: María Adriana Marín. Exp.: 60714. Aclaración de voto del Consejero de Estado Alberto Montaña Plata.

Según la aclaración de voto, el juez que conozca del recurso de anulación debe analizar la entidad de la norma procesal acordada por las partes e inobservada por el tribunal de arbitramento. Así, crea tres categorías de formas procesales: *i)* formas esenciales, *ii)* formas de garantía y *iii)* formas de mero rito. La inobservancia del tribunal arbitral de las formas esenciales conllevaría la inexistencia de la actuación procesal. Por su parte, la inobservancia del tribunal arbitral de las formas de garantía afectaría la validez de la actuación procesal. Al contrario, la inobservancia de una forma de mero rito no afectaría la existencia o validez de la actuación procesal por lo que no habría lugar a anular el laudo.

En todo caso, la aclaración de voto concuerda con la sentencia en que impedir la práctica de una prueba que había sido expresamente acordada por las partes es causa suficiente para anular el laudo, toda vez que se trata de la inobservancia de una forma de garantía.

2.2. Diferencias en el procedimiento

2.2.1. La posibilidad de excluir o limitar el recurso para laudos internacionales

De conformidad con el inciso segundo del artículo 107 del Estatuto de Arbitraje en su parte internacional, cuando ninguna de las partes tiene su domicilio o residencia en Colombia, podrán en el acuerdo de arbitraje –o en acuerdo posterior por escrito– excluir completamente el recurso de anulación o limitarlo a alguna o varias de las causales contempladas en el artículo 108. En contraste, en materia de arbitraje nacional dicha posibilidad está excluida por tratarse de normas de orden público.

La flexibilidad otorgada por la Ley en materia de arbitraje internacional se traduce en las facultades de renunciar o limitar el recurso de anulación, mas no se extiende hasta el punto de facultar a las partes para crear nuevas causales de anulación distintas a las taxativamente previstas en la parte internacional del Estatuto.

La doctrina nacional¹⁵ ha identificado un debate respecto de exclusión de las causales que pueden ser declaradas de oficio. La respuesta podría

¹⁵ Juan Pablo Cárdenas, “Arbitraje Internacional: Recursos contra el laudo”, en *Módulo Arbitraje Nacional e Internacional*. (Colombia: Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio, 2019), 205-206.

variar si se trata de una renuncia o limitación al recurso. En el primer caso, no habría lugar al trámite del recurso de anulación por lo que no procedería la anulación por las causales de oficio. Sin embargo, si se trata de una limitación podría darse la discusión respecto de si existe algún impedimento para la autoridad competente de declarar la nulidad del laudo por las causales de oficio.

2.2.2. La autoridad ante la cual se interpone el recurso

El artículo 40 del Estatuto de Arbitraje señala que el recurso de anulación contra laudos nacionales se interpone y sustenta ante el mismo tribunal arbitral, donde se corre el traslado a la otra parte. Una vez vencido este traslado, se envía a la autoridad judicial competente para conocer del recurso. Por el contrario, el artículo 109 indica que en materia de recurso de anulación contra laudos internacionales el recurso de anulación se propone y sustenta directamente ante la autoridad judicial competente.

Lo anterior tiene una implicación práctica importante, toda vez que define la hora que tiene el recurrente para presentar oportunamente el recurso. En materia internacional, como el recurso se interpone directamente ante la autoridad judicial, el artículo 109 del Código General del Proceso señala que los memoriales se entienden presentados oportunamente si son recibidos antes del cierre del despacho del día en que vence el término, lo cual implica que el recurrente debe revisar cuidadosamente el horario de atención personal y/o virtual de la dependencia judicial competente.

Por el contrario y respecto el arbitraje nacional, el Consejo de Estado ha considerado lo siguiente:

Para establecer el alcance de la expresión “el cierre del despacho” y así determinar si el recurso de anulación fue interpuesto en término, como no hay formalmente un “despacho” tratándose de tribunales de arbitramento, es preciso acudir a la reglamentación aplicable a la dependencia ante la cual se debía interponer el recurso.¹⁶

En ese sentido, para que se entienda que un recurso de anulación de laudo nacional fue interpuesto oportunamente, se debe tener en cuenta el reglamento del centro de arbitraje ante el cual se debe interponer el recurso, por lo que generalmente se reciben memoriales hasta las 11:59 p.m.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 2 de marzo de 2018. Magistrado ponente: Guillermo Sánchez Luque. Exp.: 60716.

En cuanto a la competencia para resolver el recurso de anulación, la misma se encuentra regulada en los artículos 46 y 68 del Estatuto de Arbitraje para arbitraje nacional e internacional respectivamente. Se tiene que para laudos nacionales es competente la Sala Civil del Tribunal Superior de Distrito Judicial del lugar en donde hubiese funcionado el arbitraje. En contraste, para laudos internacionales es competente la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

Sin embargo, en ambos casos cuando en el proceso arbitral ha sido parte una entidad pública o quien ejerce funciones administrativas, es competente para resolver el recurso de anulación la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

2.2.3. Término para interponer el recurso

El término para interponer el recurso de anulación está previsto en los artículos 40 para laudos nacionales y 109 para laudos internacionales de la Ley 1563 de 2012. En lo que a laudos nacionales respecta, el término es dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación del laudo o a la resolución sobre su aclaración, corrección o adición. Ahora, en lo que a laudos internacionales respecta, el término es dentro del mes siguiente a la notificación del laudo o a la notificación de la providencia de corrección, aclaración, laudo adicional o que rechace la solicitud de laudo adicional.

Así las cosas, se tiene que el término para interponer el recurso es más amplio en materia de arbitraje nacional, pues este debe entenderse bajo el artículo 118 del Código General del Proceso que señala que en los términos de días no se toman en cuenta los días de vacancia judicial ni en los que por cualquier circunstancia permanezca cerrado el juzgado, por lo general días feriados o no hábiles. Por el contrario, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que en materia de arbitraje internacional, el término para interponer el recurso de anulación se extiende hasta la el mismo día del mes siguiente¹⁷. Lo anterior concuerda con el ya citado artículo 118 del Código General del Proceso que señala que cuando el término es de meses su vencimiento tiene lugar el mismo día que empezó a correr del correspondiente mes o en el día hábil siguiente si este ocurre en día no hábil.

¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Auto del 2 de mayo de 2017. Magistrado ponente: Luis Alonso Rico Puerta. Exp.: AC2686-2017.

Cosa distinta sucede con el término de traslado del recurso, toda vez que en anulación de laudos nacionales el traslado es de quince (15) días, mientras que en el de anulación de laudos internacionales el mismo es de un mes.

2.2.4. Suspensión de los efectos del laudo

El artículo 42 del Estatuto de Arbitraje en su parte nacional señala que como regla general la interposición y trámite del recurso de anulación no suspende el cumplimiento del laudo. Como excepción a dicha regla está el caso en que una entidad pública que hubiere sido condenada en el laudo solicite su suspensión. Dicha suspensión no es automática, por lo que la entidad estatal tiene la carga de solicitarla. Sobre la oportunidad para hacerlo ha dicho el Consejo de Estado:

Siendo que a la luz del nuevo esquema procedimental, de la Ley 1563 de 2012, las partes solo les asiste la posibilidad de intervenir en dos momentos procesales bien delimitados: i) como impugnante, en el término de treinta (30) días siguientes a la notificación del laudo o de aquel que resulta sus aclaraciones, correcciones o adiciones o ii) como parte respecto de la cual se surte el traslado para contradicción del recurso de anulación, lo que ocurre en el término de quince (15) días que siguen al vencimiento de los primeros treinta (30) otorgados para la proposición del recurso, esta Sala encuentra que solo dentro de cada una de estas oportunidades es que la entidad pública puede ejercer la solicitud de suspensión del cumplimiento de la condena prevista en el laudo arbitral. [...] Por fuera de estos momentos habrá lugar a predicar la extemporaneidad de la petición, pues la ley no ha dispensado otras oportunidades para intervenir en el recurso de anulación.¹⁸

En ese sentido, la entidad estatal únicamente puede solicitar la suspensión de los efectos del laudo nacional en la oportunidad procesal que tiene para intervenir, la cual variará atendiendo a si es quien impugna el laudo o no.

Finalmente, cabe resaltar que, en contraste, el artículo 109 del Estatuto de Arbitraje en su parte internacional señala sin excepciones que la interposición y trámite del recurso de anulación no suspende el cumplimiento del laudo.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 31 de octubre de 2016. Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp.: 57422.

2.3. Diferencias en los efectos

2.3.1. Nulidad, corrección, adición, validez de las pruebas

El artículo 43 del Estatuto de Arbitraje en su parte nacional, prevé tres efectos en caso de prosperidad de las causales de anulación: nulidad, corrección o adición. Estos varían en virtud de la causal de anulación.

Cuando prospera alguna de las causales consagradas en los numerales 1 y 2 del artículo 41 –es decir, las relacionadas con la existencia, validez y oponibilidad del pacto arbitral, falta de jurisdicción o competencia y caducidad de la acción– existe una imposibilidad de convocar un nuevo tribunal arbitral. Por consiguiente, el expediente debe ser remitido a la autoridad judicial competente para que continúe el proceso desde el decreto de pruebas. Esto implica que todas las actuaciones surtidas antes del decreto de pruebas conservan su validez (demanda, notificaciones, contestación y traslados). Así mismo, las pruebas practicadas dentro del proceso arbitral conservan su validez y eficacia si ha habido oportunidad de controvertirlas. En caso de que se anule el laudo por haber operado la caducidad, no hay lugar a remisión del expediente ante la imposibilidad de adelantar el proceso judicial.

Ahora, en caso de que prosperen las causales consagradas en los numerales 3 a 7 del artículo 41, se podrá convocar un nuevo tribunal en donde conservan validez todas las actuaciones que no hayan sido afectadas por la anulación y las pruebas practicadas.

En el caso de la prosperidad de la causal 8, la consecuencia no será la anulación del laudo sino la corrección de los errores o contradicciones en la parte resolutive. Igualmente, en caso de prosperidad de la causal 9 se adicionará el laudo cuando se trate del supuesto en que el tribunal no haya decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento y se anularan aquellos aspectos que violen el principio de congruencia.

Se podría pensar que existe un vacío legislativo para los efectos del primer supuesto de la causal 9. Sin embargo, como mencionamos anteriormente, el Consejo de Estado ha reiterado que, con la entrada en vigencia de la Ley 1563 de 2012, cualquier circunstancia relacionada con falta de jurisdicción o competencia debe ser alegada por vía de la causal segunda asignándole sus respectivos efectos¹⁹.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 17 de marzo de 2021. Consejero ponente: Ramiro Pazos Guerrero. Exp.: 64457.

Por su parte, el artículo 110 del Estatuto de Arbitraje en su parte internacional solo prevé un efecto en caso de prosperidad de alguna de las causales de anulación consagradas en el artículo 108: la nulidad. En caso de prosperidad de las causales a solicitud de parte, la prosperidad de la causal del literal a) implica que las partes podrán acudir ante la autoridad judicial competente, mientras que la prosperidad de los demás literales implica la nulidad del laudo sin que ello perjudique el acuerdo de arbitraje.

Ante la prosperidad de alguna de las causales de oficio, la consecuencia es igualmente la declaratoria de nulidad del laudo. La doctrina ha señalado que en el caso de nulidad por violación del orden público internacional no se afecta el pacto arbitral, por lo que es posible acudir nuevamente al arbitraje, mientras que en el caso de no arbitrabilidad de la controversia las partes podrán acudir a la autoridad judicial competente²⁰.

En todo caso, la Ley establece que las pruebas practicadas en el arbitraje internacional podrán ser apreciadas por el nuevo tribunal arbitral o, de ser el caso, por la autoridad judicial.

2.3.2. Nulidad parcial

El inciso final de la causal tercera de anulación a solicitud de parte de laudo internacional señala que se anularán únicamente las cuestiones no sometidas a arbitraje cuando puedan separarse de aquellas si sometidas. Esta es la única disposición del Estatuto de Arbitraje, tanto en su parte nacional como internacional, en la que el legislador previó expresamente una anulación parcial del laudo arbitral.

Lo anterior ha suscitado un debate en torno a la posibilidad de anular parcialmente laudos arbitrales por otras causales en el caso de que estas solo afectaran una parte del laudo.

2.3.3. La interrupción de la prescripción y la caducidad

El artículo 44 del Estatuto de Arbitraje en su parte nacional indica que cuando prospera la nulidad por alguna de las causales 3 a 7, es decir aquellas en las que es posible convocar un nuevo tribunal de arbitramento, se considera interrumpida la prescripción y no opera la caducidad siempre que se

²⁰ “Arbitraje Internacional: Recursos contra el laudo”, 224.

presente la solicitud de convocatoria del nuevo tribunal arbitral dentro de los tres meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia de anulación.

Esta es la única circunstancia en que el legislador previó la interrupción de la prescripción y la inoperancia de la caducidad durante el trámite de anulación. Para las demás causales de anulación de laudos nacionales y para el recurso de anulación de laudos internacionales no se previó dicha prerrogativa.

3. CONCLUSIÓN

El sistema dualista obliga a que en Colombia se deba hablar de dos recursos de anulación diferentes: uno procedente en contra de los laudos proferidos en arbitrajes domésticos y otro procedente en contra de los laudos proferidos en arbitrajes internacionales. Entre ellos existen diversas diferencias en cuanto a causales, procedimiento y efectos que merecen ser estudiadas por tener una incidencia relevante en el trámite del recurso. Dichas diferencias, obedecen en su mayoría a la dicotomía entre el arbitraje nacional e internacional en cuanto a su flexibilidad.

Referencias

- Cárdenas, Juan Pablo. “Arbitraje Internacional: Recursos contra el laudo”, en *Módulo Arbitraje Nacional e Internacional*, (Colombia: Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio, 2019), 205-206; 224.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 31 de octubre de 2016. Consejero ponente.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp.: 57422.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 27 de noviembre de 2017. Magistrado ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp.: 59913.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 2 de marzo de 2018. Magistrado ponente: Guillermo Sánchez Luque. Exp.: 60716.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 24 de mayo de 2018. Magistrada ponente: Marta Nubia Velásquez Rico. Exp.: 60292.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 27 de febrero de 2020. Magistrada ponente: María Adriana Marín. Exp.:60714.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 17 de abril de 2020. Magistrada ponente: María Adriana Marín. Exp.: 63266.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 17 de marzo de 2021. Consejero ponente: Ramiro Pazos Guerrero. Exp.: 64457
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Sala Plena. Sentencia del 27 de febrero de 2020. Consejero ponente: María Adriana Marín. Exp.: 60714
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Auto del 2 de mayo de 2017. Magistrado ponente: Luis Alonso Rico Puerta. Exp.: AC2686-2017.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 15 de enero de 2019. Magistrado ponente: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. Exp.: SC001-2019.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 18 de abril de 2017. Magistrado ponente: Luis Alonso Rico Puerta. Exp.: SC5207-2017.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de diciembre de 2018. Magistrado ponente: Margarita Cabello Blanco. Exp.: SC5677-2018.
- Cremades, Anne-Carole. “El dualismo del nuevo derecho francés del arbitraje a la luz del universalismo y de la deslocalización”. *Spain Arbitration Review*, N.º 11 (2011): 41-55.
- Rey Vallejo, Pablo. “El arbitraje y los ordenamientos jurídicos en Latinoamérica: Un estudio sobre formalización y judicialización”. *Vniversitas*, N° 126 (2013): 199-237.

La acción tutela contra decisiones arbitrales en el arbitraje nacional: perspectiva de las Altas Cortes

NATHALIA FRANCS BARRERA^{1*}

1. INTRODUCCIÓN

La Ley 1563 de 2012, Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional (Estatuto de Arbitraje), se encarga de regular de manera completa y precisa el trámite del arbitraje nacional en Colombia, el cual se rige por unos principios propios como lo son el de imparcialidad, idoneidad, celeridad, igualdad, oralidad, publicidad y contradicción y el cual culmina, en principio, con el laudo arbitral, que según el artículo 1 del Estatuto de Arbitraje es la sentencia que profiere el tribunal de arbitraje. De manera excepcional, dado que el proceso arbitral es de única instancia, puede formularse el recurso extraordinario de anulación o el recurso de revisión dentro del proceso arbitral, recursos que tienen unas causales específicas de procedibilidad reguladas en el Estatuto Arbitral y en el Código General del Proceso, respectivamente.

En ninguna norma del Estatuto de Arbitraje, se establece la acción de tutela como un recurso o mecanismo que haga parte o integre el proceso arbitral. Sin embargo, los diferentes pronunciamientos de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado han dado paso a la posibilidad de interponer de manera excepcional la acción de tutela contra decisiones arbitrales.

En el presente artículo se abordarán las decisiones que, en nuestro juicio, han señalado el camino a la procedencia de la acción de tutela contra unas decisiones arbitrales, incluido el laudo, los requisitos que deben concurrir y las características que diferencian un estudio en sede de tutela de una decisión arbitral al estudio de una decisión judicial.

^{1*} Abogada graduada con mención de honor de la Universidad Libre. Actualmente, asociada del equipo de Resolución de Conflictos de Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría. Docente de Derecho Probatorio de la Universidad El Bosque. Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal y de la Red Juvenil de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá.

2. CAUSALES DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA DECISIONES ARBITRALES: POSTURA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

La acción de tutela está consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política para proteger derechos constitucionales fundamentales, ante una vulneración o amenaza por la acción u omisión de una autoridad pública. La tutela, como acción constitucional, tiene una finalidad concreta que emana desde la misma Constitución Política, es autónoma y en ningún caso puede entenderse como si fuera un recurso ordinario o extraordinario en los procesos judiciales o arbitrales. Es así como, el Estatuto de Arbitraje, no contempla en ninguno de sus artículos una referencia a la acción de tutela, es más, el último artículo del Estatuto de Arbitraje dispone que este regula íntegramente el arbitraje.

No obstante, la Corte Constitucional, como órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, sí se ha referido en diferentes pronunciamientos sobre la acción de tutela contra decisiones arbitrales, específicamente, contra laudos arbitrales.

Uno de los pronunciamientos que merece especial atención, es el de la sentencia SU 174 de 2007, en el cual la Corte Constitucional reitera que la jurisprudencia constitucional ha señalado que la acción de tutela no procede contra laudos arbitrales, el procedimiento arbitral o decisiones que resuelven los recursos de anulación, a menos que, en esas actuaciones se incurran en vías de hecho que conlleve la afectación de un derecho fundamental. Por eso, la Corte Constitucional dispone unas reglas para la procedencia de la acción de tutela en estos casos. En ese sentido dispuso:

En consonancia con lo establecido en apartes anteriores, la jurisprudencia constitucional ha señalado reiteradamente que, por regla general, la acción de tutela no procede ni contra los laudos arbitrales, ni contra el procedimiento que se adelanta ante los tribunales de arbitramento, ni contra las decisiones judiciales que resuelven los recursos de anulación, salvo que se incurra en dichas actuaciones en una vía de hecho que implique una vulneración directa de un derecho fundamental. En tal medida, las hipótesis de procedencia de la acción de amparo constitucional contra estas actuaciones son excepcionales y exigen la configuración de vías de hecho, o sea, de una actuación por fuera del derecho que vulnera en forma directa derechos fundamentales. Esta postura jurisprudencial se deriva de (a) la estabilidad jurídica de la que gozan los laudos arbitrales, (b) la naturaleza excepcional de la resolución de conflictos mediante el arbitraje, (c) 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 (d) la procedencia restrictiva de las vías judiciales para controlar las decisiones proferidas por los árbitros.²

Otro de los pronunciamientos relevantes es el de la sentencia T- 430 del 11 de agosto de 2016, en el cual la Corte Constitucional, en sede de revisión de un fallo de tutela proferido por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, estableció ciertos parámetros para entender la procedencia de la acción de tutela en contra de los laudos arbitrales. En este caso, el accionante alegó que el tribunal arbitral había incurrido en un defecto fáctico y en uno sustantivo al proferir el laudo.

En el pronunciamiento referido, en primer lugar, la Corte Constitucional se refiere a la equivalencia material que le ha reconocido a los laudos arbitrales con las sentencias judiciales y en ese sentido, identifica que, en principio, el reproche que puede hacerse contra un laudo arbitral está sometido a los mismos requisitos de procedibilidad que la jurisprudencia constitucional ha desarrollado respecto a las providencias judiciales. Por ende, deben observarse tanto los requisitos de procedibilidad de carácter general como las causales especiales, desarrollados en la sentencia C-590 de 2005. Sin embargo, la Corte Constitucional, en el mismo pronunciamiento, fue enfática en establecer que:

Ahora bien, la equivalencia comentada entre las providencias judiciales y los laudos arbitrales, no significa una identidad en las características de cada tipo de decisión, pues las diferencias que existen entre ellas determinan que no se pueda hacer una aplicación directa de los requisitos anteriormente mencionados. Es decir, sus diferencias tienen incidencia a la hora en que el juez de tutela sea llamado a intervenir. [...] La principal diferencia entre estas figuras y que incide notoriamente en la valoración de procedibilidad de la acción de amparo, es el carácter especial de la justicia arbitral que surge de la voluntad de las partes de que sus conflictos sean resueltos por particulares investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de árbitros.³

Como la posición citada de la Corte Constitucional identifica que debe analizarse la procedencia de la acción de tutela contra un laudo teniendo en consideración el carácter especial de la justicia arbitral, adicionó que en la sentencia T-466 de 2011 se plasmó, como condición, que al momento de examinar los requisitos o causales de procedibilidad establecidas en la Sen-

² Corte Constitucional de Colombia. SU 174 del 14 de mayo de 2007. Magistrado ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

³ Corte Constitucional de Colombia. T-430 del 11 de agosto de 2016. Magistrado ponente: Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

tencia C-590 de 2005, se deben tener en cuenta las características propias del trámite arbitral, como se transcribe a continuación:

[...] Y esta condición fue expresamente desarrollada en la Sentencia T-466 de 2011 de la siguiente manera: I. Defecto sustantivo: Se presenta cuando (i) los árbitros fundamentan su decisión en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto, y en razón de ello desconocen de manera directa un derecho fundamental; (ii) el laudo carece de motivación material o su motivación es manifiestamente irrazonable; (iii) la interpretación o aplicación que se hace de la norma en el caso concreto, desconoce sentencias con efectos erga omnes que han definido su alcance; (iv) la interpretación de la norma se hace sin tener en cuenta otras disposiciones aplicables al caso y que son necesarias para efectuar una interpretación sistemática y (v) la norma aplicable al caso concreto es desatendida y por ende inaplicada. II. Defecto orgánico: Ocurre cuando los árbitros carecen absolutamente de competencia para resolver el asunto puesto a su consideración, ya sea porque han obrado manifiestamente por fuera del ámbito definido por las partes o en razón a que se han pronunciado sobre materias no arbitrables. III. Defecto procedimental: Se configura cuando los árbitros han dictado el laudo de manera completamente contraria al procedimiento establecido contractualmente o en la ley, y con ello se ha incurrido en una vulneración directa del derecho de defensa y de contradicción. Para que la mencionada irregularidad tenga la magnitud suficiente para constituir una vía de hecho, es necesario que aquella tenga una incidencia directa en el sentido de la decisión adoptada, de tal forma que si no se hubiera incurrido en ella se habría llegado a una determinación diametralmente opuesta. IV. Defecto fáctico: Se presenta en aquellas hipótesis en las cuales los árbitros (i) han dejado de valorar una prueba determinante para la resolución del caso; (ii) han efectuado su apreciación probatoria vulnerando de manera directa derechos fundamentales, o (iii) han fundamentado su valoración de las pruebas con base en una interpretación jurídica manifiestamente irrazonable. Para este Tribunal, es necesario que el error en la valoración probatoria haya sido determinante respecto del sentido de la decisión finalmente definida en el laudo.⁴

En la sentencia SU-033 de 2018, la Corte Constitucional reafirmó que existe una equivalencia material entre el laudo arbitral y la providencia judicial, en parte, por el carácter jurisdiccional que el artículo 116 de la Constitución Política contempla al permitir investir transitoriamente a particulares para que administren justicia y en esos casos, profieran fallos en derecho o en equidad. Esta equivalencia es el punto de partida para que, de manera excepcional, proceda una acción de tutela cuyo objeto es proteger derechos fundamentales que pueden “verse afectados por las decisiones emanadas y el procedimiento llevado a cabo por los tribunales de arbitramento”⁵.

⁴ *Ibíd.*

⁵ Corte Constitucional de Colombia. SU-033 del 3 de mayo de 2018. Magistrado ponente: Dr. Alberto Rojas Ríos.

En este pronunciamiento, la Corte Constitucional también señala que el carácter especial de la justicia arbitral incide en que el examen de los requisitos generales y especiales de la acción de tutela debe ser más riguroso, de manera expresa indicó la Corte que:

Las precitadas condiciones han sido recapituladas con el fin de reiterar que estas no implican la equivalencia absoluta entre los laudos arbitrales y las providencias judiciales para efectos de la acción de tutela, ya que el carácter especial de la justicia arbitral incide[n] que se deba hacer un examen de procedibilidad -tanto de los requisitos generales, como especiales-, más riguroso. En efecto, a partir de la sentencia de unificación SU-500 de 2015, la Sala Plena de esta Corporación precisó que la razón para realizar un examen más estricto reside fundamentalmente en que se trata de un escenario en el cual se ha expresado la voluntad de las partes de apartarse de la jurisdicción ordinaria y someterse a la decisión que adopte un tribunal de arbitramento. La decisión de las partes de marginarse de la justicia ordinaria constituye un elemento esencial que implica procurar al máximo la permanencia de la decisión adoptada por la jurisdicción arbitral, la cual no debe condicionarse a una posterior ratificación o cuestionamiento por parte de la jurisdicción a la cual las partes expresamente renunciaron. En palabras de esta Corporación: [...] acudir a la justicia arbitral implica una derogación específica, excepcional y transitoria de la administración de justicia estatal, derivada de la voluntad de las partes en un conflicto transigible. En ese sentido, someter el laudo a las instancias propias de la justicia ordinaria implicaría, en cierto modo desconocer la voluntad de las partes que previeron un mecanismo alternativo de solución de conflictos.⁶

Considerando los pronunciamientos antes citados, para intentar una aproximación de la postura de la Corte Constitucional en materia de amparo de derechos fundamentales vía acción de tutela en relación con laudos o decisiones arbitrales, debe tenerse presente, por lo menos, los siguientes elementos: (i) un reconocimiento de la equivalencia material que existe entre el laudo arbitral y la sentencia judicial; (ii) análisis de las particularidades del proceso arbitral que diferencian el estudio entre una acción de tutela contra un laudo arbitral del estudio de una acción de tutela contra una sentencia judicial; (iii) entendimiento del carácter especial del arbitraje, su fundamento y alcance y; (iv) confrontar si los reproches contra la decisión arbitral se enmarcan dentro de las causales de procedibilidad de la acción de tutela contra laudos arbitrales que han sido desarrolladas por la jurisprudencia constitucional.

⁶ *Ibíd.*

3. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA DECISIONES ARBITRALES: POSTURA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

En la sentencia STC 9401 del 21 de julio de 2015 la Corte Suprema de Justicia, también se refirió al ejercicio de la función de administrar justicia que tienen los árbitros, al considerar la procedencia de una acción de tutela contra una decisión arbitral. Puntualmente expresó:

[D]esarrolla el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia o a la tutela judicial efectiva (artículo 229 de la Constitución Política), origina un auténtico proceso judicial, en cuyo trámite integrado por distintas etapas, compartimentos o segmentos, los árbitros ejercen la función pública de administrar justicia, y por consiguiente, profieren providencias judiciales, autos de trámite, interlocutorios y una sentencia conclusiva denominada laudo arbitral. En estrictez, el árbitro es un verdadero juez y sus decisiones ostentan, a no dudarlo, naturaleza jurisdiccional. Por tanto, en esta línea de pensamiento, la acción de amparo es pertinente frente a las decisiones arbitrales concurriendo todas las exigencias normativas, por idénticas causas, de la misma manera y en iguales términos de procedencia respecto de las proferidas por los jueces permanentes. Más exactamente, la tutela contra las decisiones de los árbitros, solo procede en presencia de una ostensible “vía de hecho”, actuación arbitraria, caprichosa o antojadiza atentatoria de los derechos fundamentales» (CSJ STC 12 Jul 2010, Rad. 00545-01).⁷

La Corte Suprema de Justicia, como órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, al analizar la procedencia de la acción de tutela contra laudos arbitrales ha tenido en cuenta los lineamientos y las subreglas que la jurisprudencia constitucional ha establecido. Ejemplo de ello es la sentencia STC 3835 del 17 de junio de 2020, en la cual la Corte Suprema de Justicia al resolver la impugnación formulada contra el fallo de la acción de tutela promovida por el accionante contra un Tribunal de Arbitramento, expresó:

De entrada resulta indispensable puntualizar, que para determinar la procedencia de la acción de tutela contra un laudo arbitral, la Guardiana de la Carta Política en sentencia SU-174 de 2007, fijó una serie de reglas complementarias a las establecidas respecto a las providencias judiciales, a saber: “(1) un respeto por el margen de decisión autónoma de los árbitros, que no ha de ser invadido por el juez de tutela e impide a este pronunciarse sobre el fondo del asunto sometido a arbitramento; (2) la procedencia excepcional de la acción de tutela exige que se haya configurado, en la decisión que se ataca, una vulneración directa de derechos fundamentales; (3) si bien es posible y procedente aplicar la

⁷ Corte Suprema de Justicia. STC 9401 del 21 de julio de 2015. Magistrada ponente: Dra. Margarita Cabello Blanco.

doctrina de las vías de hecho a los laudos arbitrales, dicha doctrina ha de aplicarse con respeto por los elementos propios de la naturaleza del arbitraje, los (sic) cual implica que su procedencia se circunscribe a hipótesis de vulneración directa de derechos fundamentales; y (4) el carácter subsidiario de la acción de tutela se manifiesta con especial claridad en estos casos, ya que solo procede cuando se ha hecho uso de los recursos provistos por el ordenamiento jurídico para controlar los laudos, y a pesar de ello persiste la vía de [hecho] mediante la cual se configura la vulneración de un derecho fundamental. En materia de contratos administrativos sobresale el recurso de anulación contra el laudo” (reiterada en C.C. SU-500/15 y SU-033/18).⁸

En el pronunciamiento mencionado, la Corte Suprema de Justicia, encontró que, del examen de las pruebas, se constata que con el laudo del caso en cuestión, el Tribunal de Arbitramento “incurrió en causal de procedencia del amparo por los defectos fáctico, procedimental y falta de motivación, al adoptar una decisión que se quedó corta frente a la apreciación de las pruebas recaudadas oportunamente en el citado litigio”⁹, motivo por el cual revocó la sentencia impugnada y concedió el amparo solicitado por el accionante.

A su vez, en la providencia STC 977 del 10 de febrero de 2021, la Corte Suprema de Justicia se refirió, con especial énfasis, al principio de habilitación del arbitraje, en virtud del cual “las partes pueden convenir que particulares, bajo la investidura de árbitros, resuelvan sus controversias; determinación que asimismo representa una renuncia a ventilarlas ante los jueces que integran la rama judicial”¹⁰, indicando que, por eso, excepcionalmente el laudo es susceptible de control ante los jueces ordinarios. Estas excepciones se refieren exclusivamente a los recursos de anulación y de revisión, que, señala la Corte Suprema de Justicia, tienen causales taxativas y se acotan a errores de procedimiento. Como la intervención del juez es excepcional, la procedencia de la acción de tutela contra el laudo arbitral también lo es. Al respecto, resalta la Corte:

Por demás, al tratarse el laudo arbitral de una providencia jurisdiccional, se ha admitido la acción de tutela contra la misma, pero acotado a las estrictas posibilidades de las causales de procedencia por violación directa de la Carta Fundamental, la cual tiene que refulgir de una forma diamantina, en garantía

⁸ Corte Suprema de Justicia. STC 3835 del 17 de junio de 2020. Magistrado ponente: Dr. Álvaro Fernando García Restrepo.

⁹ *Ibíd.*

¹⁰ Corte Suprema de Justicia. STC 977 del 10 de febrero de 2021. Magistrado ponente: Dr. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

del principio de habilitación que subyace al sometimiento de la controversia al proceso arbitral.¹¹

Teniendo en cuenta lo anterior, para entender la posición de la Corte Suprema de Justicia en materia de amparo de derechos fundamentales vía acción de tutela en relación con laudos o decisiones arbitrales, debe tenerse presente, al menos, los siguientes elementos: (i) las reglas y subreglas establecidas por la Corte Constitucional sobre la procedencia de la acción de tutela contra decisiones arbitrales; (ii) el principio de habilitación en el arbitraje y (iii) las estrictas posibilidades de procedencia de la acción de la acción de tutela contra el laudo arbitral.

4. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA DECISIONES ARBITRALES: POSTURA DEL CONSEJO DE ESTADO

El Consejo de Estado, en una sentencia del 9 de abril de 2021, resolvió en primera instancia una acción de tutela en la cual se cuestionaban las decisiones adoptadas mediante tres autos de un Tribunal de Arbitramento. En la sentencia se resolvió declarar improcedente la acción de tutela y entre los argumentos para proferir esta decisión, la corporación destacó que la acción de tutela no puede utilizarse como una nueva instancia. Puntualmente consideró:

En punto de lo anterior, debe recordarse que la procedencia de la acción de tutela en contra de providencias judiciales es de carácter excepcional y no pretende desconocer la vigencia de la autonomía e independencia judicial, ni los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica, en razón a lo cual es concebida como un “juicio de validez” y no como un “juicio de corrección” de la decisión cuestionada, lo que se opone a que se use indebidamente como una nueva instancia para la discusión de los asuntos de interpretación del derecho, que dieron origen a la controversia.¹²

Posteriormente, en sentencia del 20 de septiembre de 2021, el Consejo de Estado estableció algunos aspectos a considerar al momento de analizar la acción de tutela contra decisiones arbitrales, entre ellos, los siguientes:

¹¹ *Ibíd.*

¹² Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección C. Radicación número: 11001-03-15-000-2021-00514-00(AC). Sentencia del 9 de abril de 2021. Consejero ponente: Dr. Nicolás Yepes Corrales.

En materia de tutela contra decisiones arbitrales se debe tener en cuenta, como primera limitación, que el error no sea susceptible de ser alegado por medio de los recursos extraordinarios de anulación o revisión, pues en tal caso el accionante debe agotar primero esos recursos. Lo anterior, en virtud del principio de subsidiariedad. (...) Como segunda limitación, debe tenerse en cuenta que es posible que se presenten errores procedimentales que excepcionalmente justifiquen la intervención del juez de tutela cuando con ellos se afecten directamente y *de manera definitiva* los derechos fundamentales de las partes, y esta acción constitucional sea el único medio para conjurarlos. En relación con la regla de voluntariedad que rige el proceso arbitral, el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia puede resultar vulnerado si mediante una decisión arbitraria de los árbitros se impide que las partes ejerzan el derecho a resolver la controversia en un proceso arbitral.¹³

En suma, en los pronunciamientos del Consejo de Estado referidos, pueden identificarse dos elementos trascendentales en materia de acción de tutela contra decisiones arbitrales, el primero, el reconocimiento de la autonomía e independencia judicial – concretamente – de los árbitros y, el segundo, que la acción de tutela no puede usarse como una nueva instancia en el proceso arbitral. Lo anterior, sin perjuicio de que en ciertas circunstancias se “presenten errores procedimentales que excepcionalmente justifiquen la intervención del juez de tutela”¹⁴.

4. ANÁLISIS DE LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LAS ALTAS CORTES Y CONCLUSIONES

Cuando se trata de la acción de tutela contra decisiones proferidas en el desarrollo de un trámite arbitral, sin duda, para las tres Altas Cortes citadas en este artículo, uno de los puntos importantes es que este mecanismo constitucional procede, pero de manera excepcional y limitada. Igualmente, pronunciamientos recientes, tanto de la Corte Constitucional, como de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado han incorporado elementos importantes y cada vez más especializados en materia arbitral que deben ser analizados cuando se dirige una acción de tutela contra una decisión arbitral, bien sea un auto o un laudo. Entre estos elementos

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Subsección B. Radicación número: 11001-03-15-000-2021-04171-01(AC). Sentencia del 20 de septiembre de 2021. Consejero ponente: Martín Bermúdez Muñoz.

¹⁴ *Ibíd.*

se destacan que, las decisiones proferidas en el curso del trámite arbitral son consideradas, materialmente, como una providencia judicial y en ese sentido, la acción de tutela debe reunir los requisitos de procedibilidad generales y específicos que fueron establecidos en la sentencia C-590-2005.

Otro aspecto notable es que, los defectos sustantivo, orgánico, procedimental y fáctico relacionados con una decisión de un tribunal arbitral, deben estudiarse de acuerdo con lo dispuesto en la sentencia T-466 de 2011 de la Corte Constitucional, en la que se explica de manera detallada su configuración en material arbitral, dotándolos de elementos diferenciadores.

Adicionalmente, coinciden las Altas Cortes en establecer que el estudio de procedencia de la acción de tutela frente a decisiones arbitrales es más exigente y riguroso, en la medida en que (i) los árbitros son autónomos en sus decisiones; (ii) en virtud del principio de habilitación, las partes decidieron sustraerse completamente del proceso judicial o del conocimiento por parte de los jueces sobre la controversia; (iii) la intervención del juez en el arbitraje en relación con la impugnación de decisiones es extraordinaria y está restringida a causales específicas, como sucede en el recurso de revisión o anulación y; (iv) el proceso arbitral es de única instancia, por lo que no debe utilizarse la acción de tutela con la finalidad de que se convierta en una nueva instancia y se sigan debatiendo temas que fueron agotados ante el juez del contrato, que es, el tribunal arbitral.

En consecuencia, para que proceda una acción de tutela contra una decisión de un tribunal arbitral, debe acreditarse con suma diligencia y cuidado, que en el caso concreto concurren todos los requisitos que ha establecido la jurisprudencia constitucional y que la intervención del juez de tutela resulta imprescindible para proteger derechos fundamentales que fueron vulnerados en el proceso arbitral o cuya amenaza es latente y por eso, se justifica dicha intervención.

Referencias

- Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección C. Radicación número: 11001-03-15-000-2021-00514-00(AC). Sentencia del 9 de abril de 2021. Consejero ponente: Nicolás Yepes Corrales.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Subsección B. Radicación número: 11001-03-15-000-2021-04171-01(AC). Sentencia del 20 de septiembre de 2021. Consejero ponente: Martín Bermúdez Muñoz.
- Constitución Política de Colombia de 1991.
- Corte Constitucional de Colombia. C-590 del 8 de junio de 2005. Magistrado ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional de Colombia. SU-033 del 3 de mayo de 2018. Magistrado ponente: Alberto Rojas Ríos.
- Corte Constitucional de Colombia. SU-174 del 14 de mayo de 2007. Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional de Colombia. T-430 del 11 de agosto de 2016. Magistrado ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez.
- Corte Constitucional de Colombia. T-466 del 9 de junio de 2011. Magistrado ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.
- Corte Suprema de Justicia. STC 3835 del 17 de junio de 2020. Magistrado ponente: Álvaro Fernando García Restrepo.
- Corte Suprema de Justicia. STC 9401 del 21 de julio de 2015. Magistrada ponente: Margarita Cabello Blanco.
- Corte Suprema de Justicia. STC 977 del 10 de febrero de 2021. Magistrado ponente: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.
- Decreto 2591 de 1991, 19 de noviembre de 1991.
- Ley 1563 de 2012, 12 de julio de 2012.

Medidas cautelares en arbitraje nacional e internacional

JUAN SEBASTIÁN ARIAS¹ *

MARÍA ALEJANDRA PALLARES^{2**}

El propósito general y universal de las medidas cautelares es proteger el derecho objeto de controversia y/o prevenir o preservar una situación particular mientras esta se resuelve.³ Así, las medidas cautelares son esenciales para el arbitraje considerando que es la vía idónea para garantizar que el laudo sea ejecutable.

En Colombia, el régimen aplicable a las medidas cautelares varía si estamos en un arbitraje nacional o internacional⁴. Este artículo estudia la regulación actual de las medidas cautelares y el proyecto de ley en curso que busca modificarla, dividiendo su análisis en arbitraje nacional y arbitraje internacional.

1. MEDIDAS CAUTELARES EN ARBITRAJE NACIONAL

Las medidas cautelares en arbitraje nacional se rigen por el Capítulo primero de la Ley 1563 de 2012⁵. El Proyecto de Ley 009 de 2021 (Proyecto de Ley) podría modificar algunos aspectos del régimen actual.

^{1*} Asociado principal miembro del equipo de Resolución de Conflictos. Admitido a la práctica en Colombia y en el estado de Nueva York. Juan Sebastián es árbitro del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Su práctica profesional se enfoca en la representación de clientes en arbitrajes internacionales, arbitrajes nacionales y litigios ante cortes nacionales.

^{2**} Abogada y especialista en derecho privado económico de la Universidad Nacional de Colombia. Integrante del equipo de Resolución de Conflictos de Philippi Prietocarrizosa Ferrero Du & Uría.

³ Born, Gary. "Chapter 11: Provisional Measures in International Arbitration", en *International Arbitration: Law and Practice*. Wolters Kluwer, tercera edición, 2021, pág. 243.

⁴ En Colombia, la ley de arbitraje es dualista. Contiene una regulación para arbitraje nacional y otra para arbitraje internacional.

⁵ Ley 1563 de 2012, 12 de julio de 2021. Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial*, 48, 489.

1.1. El presente de las medidas cautelares en arbitraje nacional

1.1.1. La solicitud de medidas cautelares

La solicitud y práctica de las medidas cautelares se somete a las disposiciones contenidas en el Código General del Proceso (CGP) y en el Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo (CPACA), dependiendo de si una de las partes es una entidad pública o no.

Las medidas cautelares en arbitraje nacional pueden ser solicitadas por cualquiera de las partes únicamente una vez ya se haya instalado el tribunal arbitral. No existe la posibilidad, como sí existe en la sección de arbitraje internacional, de solicitarlas antes de que inicie el procedimiento.⁶

Una vez instalado el tribunal arbitral, existe un debate sobre si se debe esperar o no a que el tribunal se declare competente para decretar medidas cautelares. En arbitrajes contra el Estado, algunos tribunales arbitrales han usado las disposiciones del CPACA para establecer su competencia para resolver y decretar medidas cautelares incluso antes de la audiencia de trámite.

Por ejemplo, ante la solicitud de medidas cautelares que buscan evitar el inicio o la continuidad de procesos administrativos sancionatorios, el Estado ha usado como argumento que el tribunal arbitral no puede decretar medidas cautelares hasta tanto no haya decidido sobre su propia competencia. Para decidir lo anterior, el tribunal arbitral argumentó que (i) el artículo 32 de la Ley 1563 establece que el CPACA es la norma aplicable a la solicitud, decreto y práctica de medidas cautelares, (ii) que, en efecto, el artículo 231 del CPACA dispone que en todos los procesos declarativos se pueden decretar medidas cautelares antes de notificado el auto admisorio o en cualquier estado del proceso, (iii) que la Ley 1563 no establece disposición expresa que indique que solo se pueden decretar medidas cautelares cuando el tribunal se haya declarado competente y que, por tanto, (iv) las normas aplicables facultan a los tribunales para resolver la solicitud de medidas cautelares, incluso antes de la primera audiencia de trámite.⁷

⁶ Esta limitación busca ser modificada mediante el Proyecto de Ley 009 de 2021 como desarrollaremos en el apartado 1.2.

⁷ Tribunal de Arbitraje Covioriente S. A. S. contra la Agencia Nacional de Infraestructura N.º 4889. Acta N.º 9 del 26 de octubre de 2017.

Respecto a si la solicitud debe notificarse a la contraparte, la aproximación difiere entre el CGP y el CPACA. El CGP no exige que sean puestas en conocimiento previo de la contraparte,⁸ por el contrario, en el CPACA la regla general consiste en correr traslado de la solicitud de medidas cautelares para que la contraparte se pronuncie antes de que el juez decida.⁹ Regla general, porque el artículo CPACA también contempla la opción de que el juez o magistrado adopte medidas cautelares cuando sea evidente que por su urgencia, no se pueda agotar el trámite de contradicción.¹⁰

1.1.2. Tipos de medidas cautelares

En arbitraje nacional las partes podrán solicitar y el tribunal arbitral podrá decretar, todas aquellas medidas cautelares que serían procedentes si el proceso se tramitara ante la justicia ordinaria y contencioso administrativa de conformidad con el CGP y con el CPACA.¹¹ Es decir, se podrán solicitar (i) medidas cautelares nominadas, (ii) medidas cautelares innominadas y (iii) medidas cautelares cuyo objeto sea recaudar elementos de prueba.¹²

⁸ Artículo 298 del CGP “Cumplimiento y notificación de medidas cautelares. Las medidas cautelares se cumplirán inmediatamente, antes de la notificación a la parte contraria del auto que las decreta. Si fueren previas al proceso se entenderá que dicha parte queda notificada el día en que se apersona en aquel o actúe en ellas o firme la respectiva diligencia. Los oficios y despachos para el cumplimiento de las mencionadas medidas solamente se entregarán a la parte interesada. La interposición de cualquier recurso no impide el cumplimiento inmediato de la medida cautelar decretada. Todos los recursos se consideran interpuestos en el efecto devolutivo.”

⁹ Artículo 133 del CPACA “El Juez o Magistrado Ponente al admitir la demanda, en auto separado, ordenará correr traslado de la solicitud de medida cautelar para que el demandado se pronuncie sobre ella en escrito separado dentro del término de cinco (5) días, plazo que correrá en forma independiente al de la contestación de la demanda.”

¹⁰ Artículo 234 del CPACA “Medidas cautelares de urgencia. Desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el Juez o Magistrado Ponente podrá adoptar una medida cautelar, cuando cumplidos los requisitos para su adopción, se evidencie que por su urgencia, no es posible agotar el trámite previsto en el artículo anterior. Esta decisión será susceptible de los recursos a que haya lugar. La medida así adoptada deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente, previa la constitución de la caución señalada en el auto que la decreta”.

¹¹ Artículo. 32 de la Ley 1563 de 2012, 12 de julio de 2021. Estatuto de Arbitraje Nacional e internacional y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial*, 48, 489.

¹² Parágrafo del artículo. 32 de la Ley 1563 de 2012, 12 de julio de 2021. Estatuto de Arbitraje Nacional e internacional y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial*, 48, 489.

Adicionalmente, en relación con la regulación de las medidas cautelares innominadas en la Ley 1563, el segundo párrafo del artículo 32 contempla la posibilidad de que las partes soliciten y el tribunal decrete cualquier otra medida cautelar que sea razonable para (i) proteger el objeto del litigio, (ii) evitar su infracción, (iii) prevenir o hacer cesar daños y (iv) asegurar la efectividad de la pretensión.¹³

La Corte Suprema de Justicia, al resolver una acción de tutela que alegaba la vulneración de derechos fundamentales por parte de un tribunal arbitral al haber decretado embargos de cuentas bancarias y de derechos económicos derivados de un contrato sin tener en cuenta criterios de apariencia de buen derecho y proporcionalidad, declaró que (i) los tribunales arbitrales tienen la posibilidad de aplicar el artículo 590 del CGP en su totalidad, incluyendo el aparte sobre medidas cautelares innominadas y que a su vez (ii) el decreto de embargos es una medida razonable, idónea y eficaz cuando el contenido de las pretensiones del procedimiento arbitral son económicas, como la distribución y asignación de utilidades.¹⁴

Por su parte, de conformidad con el CPACA, el tribunal arbitral también podrá decretar las medidas cautelares innominadas o nominadas que considere necesarias para proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la decisión.¹⁵ El CPACA clasifica de forma general las medidas cautelares en preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión. A su vez, de forma específica, el artículo 230 del CPACA contempla medidas cautelares que (i) ordenen mantener una situación o que se restablezca al estado anterior, (ii) suspender un procedimiento o actuación administrativa, (iii) suspender provisionalmente los efectos de

¹³ Segundo párrafo del Artículo 32 de la Ley 1563 de 2012 “el tribunal podrá decretar cualquier otra medida cautelar que encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión”.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. STC16248-2016 del 10 de noviembre de 2016. Magistrado ponente Ariel Salazar Ramírez.

¹⁵ Artículo 133 del CPACA “Artículo 229. Procedencia de medidas cautelares. En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo. La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento”.

un acto administrativo, (iv) suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo e (v) impartir o imponerle a cualquiera de las partes una obligación de hacer o no hacer.

Las medidas cautelares innominadas son muy usadas en arbitrajes en contra del Estado en donde la parte solicitante busca evitar que la administración realice actuaciones relacionadas con asuntos sometidos a arbitraje, como por ejemplo, que se abstengan de realizar pronunciamientos, declaraciones, manifestaciones, juicios o que ejecuten actos o apliquen decisiones sobre incumplimientos contractuales.¹⁶

Un ejemplo de lo anterior es la solicitud que hacen los contratistas de suspender a través de medidas cautelares procesos administrativos sancionatorios que versen sobre incumplimientos directamente relacionados con aspectos sometidos a arbitraje para asegurar que el árbitro, como juez natural del arbitraje, no sea desplazado por la entidad contratante que podría definir la controversia en sede administrativa.¹⁷

El alcance de la facultad de los tribunales arbitrales de decretar medidas cautelares innominadas se ve reflejado en fallo de tutela proferido en el 2018 por el Consejo de Estado.¹⁸ En este fallo el Consejo de Estado se pronunció frente a una medida cautelar innominada consistente en ordenar a una entidad pública que se abstuviera de proferir, en ejercicio de sus facultades exorbitantes, un pronunciamiento de fondo que verse o tenga por objeto emitir un juicio de valor sobre el cumplimiento de obligaciones contractuales sobre las cuales tiene competencia el tribunal arbitral.¹⁹ No

¹⁶ Tribunal Arbitral de Concesionaria Ruta del Sol S. A. S. contra la Agencia Nacional de Infraestructura. Acta N.º 4 del 11 de noviembre de 2015.

¹⁷ Tribunal arbitral de del Grupo Aeroportuario del Caribe S.A.S. contra la Agencia Nacional de Infraestructura. Acta N.º 10 del 28 de diciembre de 2021.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 23 de octubre de 2018. Consejero ponente: Dr. César Palomino Cortés.

¹⁹ Esto en cuanto la entidad pública inició, de forma paralela al procedimiento arbitral, un procedimiento administrativo con fundamento en cláusulas excepciones contenidas en el contrato con el objetivo de declarar la caducidad del contrato. De forma textual, la medida cautelar ordenó que: “abstenga de proferir pronunciamiento de fondo que verse o tenga por objeto emitir un juicio de valor sobre si Interaseo S. A. S. E. S. P., ha incumplido las obligaciones que le correspondían según lo dispuesto en el Contrato N° 022 de 2008 suscrito entre las partes, bien en el curso de un proceso sancionatorio o en un proceso tendiente a declarar la caducidad contractual hasta tanto se profiera laudo”.

obstante lo anterior, y como veremos en el siguiente apartado 1.1.3., las medidas cautelares innominadas pueden ser susceptibles de un “control” más estricto en instancias de tutela.

Finalmente, el párrafo del artículo 32 contempla la posibilidad de solicitar medidas cautelares que tengan como objeto recaudar elementos de prueba que puedan ser relevantes y pertinentes para el proceso. Doctrinantes como Rodrigo Bejarano²⁰ establecen que esta medida de protección o recaudo de medios probatorios puede ayudar, por ejemplo, a incautar documentos que estén en una caja fuerte.

Por ejemplo, el párrafo del artículo 32 puede ser invocado para solicitar ante cualquier operador judicial, árbitros y jueces,²¹ el decreto de una medida cautelar que consista en ordenarle a una de las partes que entregue información que se encuentra en su poder para elaborar posteriormente un dictamen pericial. Así ocurrió ante un tribunal arbitral constituido bajo las reglas de la Cámara de Comercio de Bogotá, en donde la parte demandante solicitó una medida cautelar con fines probatorios consistente en que se ordenara a la parte demandada a entregar información, que ya había sido solicitada mediante derecho de petición y que era necesaria para elaborar un dictamen pericial a que serviría de sustento para una reforma a la demanda que pretendía presentar. El tribunal arbitral concedió la medida y ordenó al perito que elaboraría el dictamen pericial a que se limitara a revisar la información necesaria para la elaboración del dictamen y que se abstuviera de revisar y devolviera a la parte demandada toda la información que no tuviera relación alguna con el proceso arbitral. Esta decisión

²⁰ Bejarano, Ramiro. *Procesos declarativos, arbitrales y ejecutivos*. Bogotá: Editorial Temis, 2016, pág. 433.

²¹ Estas medidas cautelares con fines probatorios pueden ser solicitadas y ordenadas tanto por árbitros como por jueces. Así lo quiso el legislativo al indicar en la exposición de motivos contenidos en la Gaceta N.º 321 del 6 de junio de 2012 que “el párrafo del artículo 32 da la posibilidad de que cualquier operador judicial, es decir, cualquier juez de la República ordene las medidas cautelares necesarias para preservar las pruebas que pudieran ser relevantes en un proceso de su competencia. En este sentido, se establece una disposición en virtud de la cual, se permite no solo a los árbitros decretar estas medidas cautelares probatorias en los procesos arbitrales, sino a cualquier otro juez, por ejemplo civil, para un asunto sometido a su conocimiento”.

arbitral fue objeto de una acción de tutela que no prosperó por no cumplir con los requisitos de subsidiariedad y relevancia constitucional.²²

1.1.3. Estándar requerido para el decreto de medidas cautelares en arbitraje nacional

Las partes, al solicitar una medida cautelar y el tribunal arbitral, al momento de examinar su procedencia y decreto, deberán tener en cuenta los estándares establecidos por la Ley 1563, por el CGP y por el CPACA.²³

La Ley 1563, al igual que el CGP,²⁴ establece que el tribunal arbitral deberá apreciar (i) la legitimación o interés para actuar; (ii) la existencia de amenaza o vulneración del derecho; (iii) la apariencia de buen derecho y (iv) la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida.²⁵

Además de lo anterior, el CPACA exige que exista (i) una relación directa y necesaria entre la medida cautelar solicitada y las pretensiones de la demanda;²⁶ (ii) que la demanda esté razonablemente fundada en derecho, (iii) demostración de titularidad del derecho invocado, (iv) presentar documentos, informaciones, justificaciones que permitan concluir, mediante

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 16 de abril de 2021. Consejero Ponente: Dr. Jaime Enrique Rodríguez Navas. Acción de tutela que decide sobre medidas cautelares ordenadas en el tribunal arbitral de Compañía Energética de Occidente S. A. S. E. S. P. contra Centrales Eléctricas del Cauca S. A. E. S. P.

²³ Recordamos que las disposiciones del CGP y del CPACA son aplicables por remisión expresa del artículo 32 de la Ley 1563 de 2012 el cual establece que “A petición de cualquiera de las partes, el tribunal podrá ordenar las medidas cautelares que serían procedentes de tramitarse el proceso ante la justicia ordinaria o la contencioso administrativa, *cuyos decretos, práctica y levantamiento se someterán a las normas del Código de Procedimiento Civil, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y a las disposiciones especiales pertinentes [énfasis propio]*”.

²⁴ Artículo 590 del CGP “Para decretar la medida cautelar el juez apreciará la legitimación o interés para actuar de las partes y la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho. Así mismo, el juez tendrá en cuenta la apariencia de buen derecho, como también la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida y, si lo estimare procedente, podrá decretar una menos gravosa o diferente de la solicitada. El juez establecerá su alcance, determinará su duración y podrá disponer de oficio o a petición de parte la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada”.

²⁵ Art. 32 de la Ley 1563 de 2012.

²⁶ Art. 230 de la Ley 1437 de 2011 del 18 de enero de 2011. Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. *Diario Oficial*, 47, 956.

un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla, (v) que no otorgar la medida cause un perjuicio irremediable o (vi) no otorgar la medida haga que los efectos de la sentencia sean nugatorios.²⁷

En relación con el examen de proporcionalidad de la medida y de la ponderación de los intereses en controversia, el Consejo de Estado establece que los tribunales arbitrales deben hacer una ponderación adecuada de los intereses públicos y de los privados que se encuentran en controversia ya que las medidas cautelares decretadas no deben restringir las potestades excepcionales de la administración pública en materia contractual, pues estas garantizan los intereses públicos protegidos por la constitución.

Así lo estableció el Consejo de Estado cuando conoció una acción de tutela en contra de las medidas cautelares innominadas que mencionamos en el apartado anterior, que le ordenaron a una entidad pública abstenerse de decidir sobre la caducidad de un contrato. El Consejo de Estado concedió el amparo de tutela ordenando dejar sin efectos la decisión sobre las medidas cautelares proferidos por el tribunal, bajo la razón de que este no efectuó una ponderación adecuada de los intereses en controversia pues no hizo un análisis de proporcionalidad entre el bien protegido con la medida cautelar y los efectos de la misma sobre los intereses públicos “para determinar si el objeto amparado era un bien superior que merecía estar por encima de las potestades exorbitantes del Estado y los bienes jurídicos que constitucional y legalmente tiende a proteger”.²⁸

Este examen de proporcionalidad ha sido abordado de forma diferente por los tribunales arbitrales los cuales, al evaluar el interés público de los procesos sancionatorios frente a la necesidad de adoptar las medidas cautelares, han optado por estas últimas estableciendo que:

[...] el interés público también consiste en salvaguardar el derecho de acceso a la justicia y no exclusivamente en privilegiar a la entidad pública cuando existe una controversia contractual, más aún cuando dicha entidad ha manifestado su consentimiento respecto de que tales disputas sean resueltas por un tribunal arbitral mediante la suscripción de la cláusula com-

²⁷ Art. 231 de la Ley 1437 de 2011.

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 23 de octubre de 2018. Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés.

promisoria y la concurrencia a conformarlo y a postular sus pretensiones y defensas en dicha instancia.²⁹

Finalmente, además de acreditar el cumplimiento de los anteriores estándares, para que una medida cautelar sea decretada, el solicitante deberá acreditar la constitución de una caución que garantice las posibles costas y perjuicios derivados de la práctica de la medida cautelar. De conformidad con la ley 1563 esta caución solo es requerida cuando se trata de medidas cautelares innominadas.³⁰

1.2. El futuro de las medidas cautelares en arbitraje nacional: garantizar un acceso más temprano a las medidas cautelares

El 20 de julio de 2021 Ministerio de Justicia y del Derecho radicó el Proyecto de Ley 009 de 2021 (Proyecto de Ley)³¹ mediante el cual busca modificar ciertas disposiciones del actual Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional. En relación con las medidas cautelares en arbitraje nacional, el Proyecto de Ley reforma el artículo 32 introduciendo dos mecanismos (i) el arbitraje de emergencia y (ii) la posibilidad de que los jueces puedan decretar medidas cautelares desde la radicación de la demanda arbitral hasta la instalación del tribunal arbitral.

Como bien lo reconoce el Ministerio de Justicia y Derecho en la justificación técnica del Proyecto de Ley,³² actualmente las partes que acudan al arbitraje nacional se enfrentan al riesgo de que el derecho objeto de la controversia pueda ser afectado o vulnerado antes de que el tribunal se haya constituido y pueda decidir sobre medidas cautelares. Para mitigar dicho riesgo, el Proyecto de Ley incluye el árbitro de emergencia, una figura ya consagrada en el plano internacional pero novedosa y necesaria en nuestro sistema.

²⁹ Tribunal arbitral de la Concesión Vial de los Llanos contra la Agencia Nacional de Infraestructura. Auto N.º 37 del 2 de mayo de 2018.

³⁰ Ver sexto párrafo del artículo 32.

³¹ Al momento de publicación de este artículo se encuentra pendiente discutir la ponencia para el segundo debate en el Senado. El 24 de noviembre de 2021 se llevó a cabo el primer debate del Proyecto de Ley y el 29 de marzo de 2022 fue aprobado en primer debate. http://www.secretariassenado.gov.co/legibus/legibus/gacetas/2021/GC_1695_2021.pdf#page=1. El informe de ponencia para el segundo debate puede ser consultado en el siguiente link: http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/Ponencias/2022/gaceta_471.pdf

³² Ver punto 2.1.7. de la justificación técnica, página 42 del Proyecto de Ley 009.

En efecto, el Proyecto de Ley incluye un párrafo segundo en el artículo 32 en el cual introduce posibilidad de que los reglamentos de los centros de arbitraje contemplen la figura de árbitros de emergencia. Esta figura no aplica en aquellos procesos en los cuales participe una entidad pública.

El nuevo párrafo le asigna al árbitro de emergencia la función de decidir de forma expedita las solicitudes de medidas cautelares presentadas por las partes hasta tanto se instale el tribunal arbitral, momento en el cual, cesarán inmediatamente sus funciones. Una vez instalado el tribunal arbitral, este podrá conocer, revocar o modificar las medidas decretadas por el árbitro de emergencia.

Algunos aspectos como (i) la forma en la que se debe presentar una solicitud de medida cautelar; (ii) la designación; (iii) la fijación de honorarios y (iv) el término para que el árbitro de Emergencia tome una decisión, deberán ser regulados por cada uno de los reglamentos de arbitraje.

Finalmente, el Proyecto de Ley contempla incluir un párrafo tercero al artículo 32 el cual contempla que desde la presentación de la demanda arbitral y hasta antes de la instalación del tribunal, las partes podrían solicitar ante la autoridad judicial el decreto de medidas cautelares. Por supuesto, el tribunal arbitral podrá conocer, modificar o revocar las medidas decretadas por la autoridad judicial una vez se haya instalado.

2. MEDIDAS CAUTELARES EN ARBITRAJE INTERNACIONAL BAJO LA LEY COLOMBIANA

Las medidas cautelares en arbitraje internacional se encuentran actualmente reguladas en el capítulo V de la sección tercera de la Ley 1563 de 2012. No obstante, este régimen también podría ser modificado por el Proyecto de Ley 009 radicado por el Ministerio de Justicia y Derecho.

A diferencia del arbitraje nacional, la regulación de las medidas cautelares en el arbitraje internacional le otorga diferentes posibilidades a las partes para proteger el derecho objeto de controversia incluso antes de la constitución del tribunal arbitral.

En primer lugar, de acuerdo con la Ley 1563, las partes tienen la oportunidad de solicitar ante la autoridad judicial el decreto y práctica de medidas cautelares antes de iniciar las actuaciones arbitrales y durante el transcurso de las mismas, sin que ello signifique una renuncia al acuerdo de arbitraje.³³

³³ Art. 71 y 90 Ley 1563 de 2012.

En segundo lugar y en virtud del reglamento institucional pactado para conducir el procedimiento del arbitraje, las partes podrán (i) acudir al arbitraje de emergencia, figura ampliamente consolidada en múltiples reglamentos de arbitraje institucional, para proteger el derecho objeto de controversia antes de que se constituya el tribunal arbitral o (ii) podrán esperar a la constitución arbitraje para solicitar las medidas cautelares ante el tribunal arbitral. A su vez, en virtud del principio de autonomía de las partes, estas podrán incluso acordar la improcedencia de las medidas cautelares.³⁴

2.1. Solicitud de medidas cautelares ante las cortes colombianas

La Ley 1563 establece la posibilidad de que las partes acudan ante las autoridades judiciales colombianas antes de la iniciación del trámite arbitral o en el curso del mismo con el objetivo de que estas conozcan y decidan sobre solicitudes de medidas cautelares.³⁵ Lo anterior ya sea en el escenario de un arbitraje internacional con sede en Colombia o de un arbitraje internacional con sede en el exterior.

La particularidad de este camino es que la autoridad judicial deberá conocer y decidir la solicitud de medidas cautelares de conformidad con la ley procesal que la rija pero teniendo en cuenta las particularidades de un arbitraje internacional. Es decir, el estándar para conceder una medida cautelar seguirá siendo el contemplado en el CGP o en el CPACA.³⁶

Un ejemplo de lo anterior es la Superintendencia de Sociedades quien ante la solicitud de medidas cautelares para un arbitraje internacional, estableció que no tiene competencia para conocer solicitudes de medidas cautelares derivadas de controversias arbitrales que tengan carácter eminentemente contractual. Es decir que, al analizar la solicitud y procedencia de medidas cautelares para un arbitraje internacional, la Superintendencia analizó y aplicó el estándar del CGP para sustentar su negativa. En efecto, en el 2018 la Superintendencia rechazó la solicitud de medidas cautelares de apoyo a un arbitraje internacional aduciendo que el CGP y las demás leyes que le otorgan a la Superintendencia facultades jurisdiccionales, no

³⁴ Es así como el artículo 80 de la Ley 1563 establece que “*Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a instancia de cualquiera de ellas, decretar medidas cautelares [énfasis propio]*”.

³⁵ Art. 71 y 90 Ley 1563 de 2012

³⁶ Serán aplicables entonces los artículos 590 al 597 del CGP y los artículos 229 al 235 del CPACA

le permiten pronunciarse sobre controversias relacionadas con incumplimientos contractuales.³⁷

Los juzgados de circuito se han declarado competentes para analizar y decidir solicitudes de medidas cautelares para tribunales arbitrales internacionales bajo el argumento que el artículo 90 de la Ley 1563 de 2012 establece que las autoridades judiciales ejercerán su competencia de decretar medidas cautelares para un arbitraje de conformidad con su propia ley procesal. Los juzgados proceden a ordenar el pago de caución de conformidad con el artículo 590 del CGP antes de llevar a cabo el estudio de la solicitud.³⁸

La importancia de solicitar medidas cautelares ante la autoridad judicial radica en los siguientes dos puntos: (i) a diferencia del arbitraje nacional, las partes pueden solicitar una medida cautelar antes de iniciar el arbitraje mitigando así el riesgo de que la contraparte afecte de una u otra manera el derecho objeto del futuro litigio y (ii) las partes podrán asegurar la inmediatez de la práctica de la medida cautelar una vez esta haya sido decretada ya que no tendrán que surtir ningún trámite para su ejecución, como sí sucede cuando la medida cautelar es proferida por árbitro.

El Proyecto de Ley propone las siguientes modificaciones al régimen actual: Primero la solicitud de medidas cautelares ante una autoridad judicial colombiana deberá cumplir adicionalmente con los siguientes requisitos: (i) acreditar la conducencia, pertinencia, razonabilidad y oportunidad de la medida cautelar y (ii) aportar copia simple del acuerdo de arbitraje. Segundo, establece que la autoridad judicial, luego de admitir la solicitud, deberá dar traslado por tres días a la contraparte para que se pronuncie sobre las medidas cautelares para así entonces decidir la solicitud de medidas cautelares en un término de diez días. Tercero, dispone que, una vez instalado, el tribunal arbitral podrá disponer sobre la medida cautelar decretada por la autoridad judicial y que en caso de que el arbitraje no se haya iniciado dentro de los veinte días siguientes a la notificación del auto

³⁷ La Superintendencia indicó que “El Despacho advierte que el proceso arbitral al que está destinada la solicitud de medidas cautelares es de carácter eminentemente contractual. Esto se debe a que, la solicitud de arbitraje de Agrovarius [S.A.] está encaminada a que se declare que Aurum [Exim S. A. S.] incumplió sus obligaciones contractuales, que se resuelva el contrato de suministro y que se condene a Aurum [Exim S. A. S.] a indemnizar los perjuicios ocasionados Agrovarius [S. A.]”. Superintendencia de Sociedades. Proceso N.º 2018-800-00362. Auto del 25 de septiembre de 2018.

³⁸ Auto del 13 de febrero de 2019 del Juzgado 19 Civil del Circuito de Bogotá bajo el radicado N.º 110013103019220180065700

que decreta la medida cautelar, esta podrá ser revocada por solicitud de las partes afectadas por la medida.³⁹

2.2. Solicitud de medidas cautelares mediante arbitraje de emergencia

La solicitud de medidas cautelares mediante la figura del árbitro de emergencia es un mecanismo más explorado en el arbitraje internacional. Los principales reglamentos de arbitraje institucional empezaron a contemplar y regular dicha figura desde hace más de quince años.⁴⁰ Esta figura surgió como una respuesta de las instituciones arbitrales a la necesidad de las partes de acceder a medidas cautelares antes de la constitución del tribunal arbitral y sin tener que acudir a cortes nacionales.⁴¹

Las partes al pactar que el arbitraje se regirá por determinado reglamento, como el de la ICC o el de la LCIA, podrán pactar que las disposiciones contenidas en dicho reglamento sobre el árbitro de emergencia, no sean aplicables.

El reglamento de la Cámara de Comercio Internacional contempla la figura del árbitro de emergencia desde el 2012 con el objetivo de que las partes requieran medidas cautelares que no puedan esperar a la constitución del tribunal arbitral.⁴² Por su parte, el reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres (LCIA por su nombre en inglés) contempla la figura del árbitro de emergencia desde el 2014.⁴³ Ambos reglamentos contemplan (i) los requisitos de la solicitud del árbitro de emergencia, (ii) el procedimiento para atender la solicitud de arbitraje de emergencia, (iii) el

³⁹ Ver artículo 35 del Proyecto de Ley que busca modificar el artículo 90 de la actual Ley 1563 de 2012.

⁴⁰ La primera institución en adoptar la figura de árbitro de emergencia como hoy la conocemos fue el Centro Internacional para la Resolución de Conflictos (ICDR por su nombre en inglés) quien incluyó el arbitraje de emergencia en sus reglas de 2006. Desde entonces, los principales centros de arbitraje empezaron a incluir el árbitro de emergencia en sus reglamentos.

⁴¹ Así también lo han considerado autores como Grand Hanessian y Alexandra Dosman quienes establecieron que “La disposiciones sobre el árbitro de emergencia aborda una debilidad persistente del arbitraje internacional al proporcionar un proceso inmediato y eficaz para resolver las solicitudes de medidas cautelares antes de la constitución del tribunal arbitral”. *Songs of innocence and experience: ten years of emergency arbitration*. Artículo publicado en *American Review of International Arbitration (ARIA)*, 2018, pág. 237.

⁴² Artículo 29 de la ICC.

⁴³ Artículo 9B de la LCIA.

término que tiene el árbitro de emergencia para decidir⁴⁴, (iv) la sede, (v) el nombramiento y los términos para recusar a un árbitro de emergencia y (vi) los costos del procedimiento del árbitro de emergencia.

En relación con el estándar para que una medida cautelar sea concedida por un árbitro de emergencia, la mayoría de las instituciones de arbitraje no establecen cuál es el estándar legal que los árbitros de emergencia deben contemplar al momento de recibir y decidir una solicitud de medidas cautelares.⁴⁵

El reglamento de la CCI establece en que la parte solicitante, en su petición, debe indicar las razones por las cuales necesita medidas provisionales o conservatorias “urgentes” que no puedan esperar hasta la constitución del tribunal arbitral.⁴⁶ Por su parte, el reglamento de la ICDR establece que la parte solicitante debe indicar (i) la naturaleza de la medida, (ii) las razones por las cuales requiere la medida con carácter de “urgencia” y (iii) las razones por las cuales tiene derecho a esa medida⁴⁷. De manera que, en la práctica, al no tener estrictos estándares establecidos en los reglamentos de arbitraje institucional, los árbitros de emergencia se inclinan por evaluar y decidir las solicitudes con base en estándares internacionales, dejando en un segundo plano, los estándares establecidos por las leyes de la sede del arbitraje o contenidas en las leyes aplicables al contrato.⁴⁸

En efecto, aunque no hay consenso ni reglas generales, en la práctica los árbitros de emergencia han aplicado un estándar que gira en torno a los siguientes puntos establecidos en la ley modelo de la CNUNDMI⁴⁹: (i) la apariencia de buen derecho, (ii) la naturaleza del daño probable (que

⁴⁴ 15 días contempla el reglamento de la ICC.

⁴⁵ Grand Hanessian y Alexandra Dosman “*Songs of innocence and experience: ten years of emergency arbitration*”. Artículo publicado en *American Review of International Arbitration (ARIA)*, 2018.

⁴⁶ Ver literal e, numeral 3, del artículo 1 del apéndice V.

⁴⁷ Artículo 6 de la ICDR.

⁴⁸ Grand Hanessian y Alexandra Dosman “*Songs of innocence and experience: ten years of emergency arbitration*”. Artículo publicado en *American Review of International Arbitration (ARIA)*, 2018, pág. 227.

⁴⁹ Numeral 3 del artículo 26 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/uncitral-arbitration-rules-2013-s.pdf>

sea grave, serio, irreparable) y (iii) la proporcionalidad entre la medida cautelar solicitada y los posibles daños causados.⁵⁰

Por ejemplo, en casos en donde los árbitros de emergencia han decidido de acuerdo con las reglas de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC) el estándar para conceder las medidas cautelares ha girado en torno a “la probabilidad razonable de éxito en el fondo de la controversia”, “probabilidad razonable”, “reclamo serio” y “causa probable”; por su parte bajo las reglas del Centro de Arbitraje Internacional de Singapur (SIAC) los árbitros de emergencia han usado el estándar de “probabilidad real de ganar” y “buen caso defendible”; arbitrajes de emergencia bajo las reglas del Centro Internacional para la Resolución de Conflictos (ICDR) han concedido medidas cautelares bajo el estándar de “buenas perspectivas de éxito en los méritos”; finalmente, en casos de arbitraje de emergencia bajo las reglas de la ICC, los árbitros han analizado las solicitudes bajo el estándar de “riesgo de daño irreparable o sustancial a una de las partes” y “riesgo de daño irreparable a la jurisdicción del tribunal arbitral”.⁵¹

2.4. Solicitud de medidas cautelares ante el tribunal arbitral

La solicitud de medidas cautelares ante el tribunal arbitral una vez este se haya instalado, se rige por el reglamento aplicable al procedimiento pactado por las partes; de manera que los requisitos para solicitar medidas cautelares y el estándar para decretarlas se sujetará a dicho reglamento.

Por su parte, la Ley 1563 establece como estándar o condiciones para que sean solicitadas y decretadas, que se demuestre que las medidas cautelares son (i) conducentes, (ii) pertinentes, (iii) razonables y (iv) oportunas.⁵² Aun cuando esos requisitos parecen suficientes para evitar la solicitud y el decreto de medidas cautelares innecesarias, la Ley contempla y deja la posibilidad de que el tribunal condene en cualquier momento al peticionario de una medida cautelar a pagar costas e indemnizar los perjuicios que con ocasión a la medida cautelar pudiese sufrir la contraparte.⁵³

⁵⁰ Grand Hanessian y Alexandra Dosman, pág. 228.

⁵¹ Grand Hanessian y Alexandra Dosman “Songs of innocence and experience: ten years of emergency arbitration”. Artículo publicado en *American Review of International Arbitration (ARIA)*, 2018, págs. 227 a 230.

⁵² Art. 81 Ley 1563/2012.

⁵³ Art. 87 Ley 1563/2012.

A su vez, la Ley 1563 es clara al indicar que cualquier decisión en relación con las medidas cautelares, de ninguna manera significa o implica un prejuzgamiento de la controversia. El tribunal Arbitral podrá ordenar cualquier medida cautelar que busque (i) mantener o restablecer el status quo del derecho objeto de la controversia, (ii) impedir un daño o el entorpecimiento del procedimiento arbitral, (iii) preservar bienes que permitan ejecutar el laudo y preservar elementos de prueba que puedan ser pertinentes y relevantes para dirimir el conflicto.⁵⁴ Una vez decretada la medida cautelar, el tribunal podrá, por iniciativa propia o por solicitud de alguna de las partes, modificar, suspender o revocar la medida cautelar.⁵⁵

Finalmente, la ejecución de las medidas cautelares decretadas por un tribunal arbitral no comportan mayor dificultad en cuanto la Ley 1563 contempla expresamente que toda medida cautelar decretada por un tribunal arbitral será vinculante sin necesidad de surtir un procedimiento de reconocimiento.⁵⁶ Sin embargo, su ejecución aún depende de la autoridad judicial en cuanto debe ser solicitada y tramitada en la misma forma como se ejecutan las providencias proferidas por las autoridades judiciales colombianas, es decir, mediante un proceso ejecutivo, siendo el título ejecutivo la decisión del tribunal arbitral que decreta la medida cautelar.⁵⁷

Sin embargo, pese a que la autoridad judicial no podrá pronunciarse sobre el contenido de la medida cautelar, la ejecución de las medidas cautelares decretadas por un tribunal arbitral sí pueden ser denegadas por solicitud de la parte afectada o de oficio.⁵⁸ Por ejemplo, la parte afectada podrá alegar que (i) el acuerdo de arbitraje no es válido en virtud de la ley que lo rige, (ii) no fue debidamente notificada de la iniciación de la actuación arbitral, (iii) la decisión excede o se refiere a una controversia no prevista en los términos del acuerdo de arbitraje, (iv) que el procedimiento o la composición del tribunal haya privado a la parte afectada a su derecho de defensa en relación con la medida cautelar, (v) no se hay cumplido la orden de prestar caución y que (vi) la medida cautelar se revocó o suspendió por el tribunal arbitral. A su vez, la autoridad judicial de oficio podrá

⁵⁴ Art. 80 Ley 1563/2012.

⁵⁵ Art. 84 Ley 1563.

⁵⁶ Art. 88 Ley 1563/2012.

⁵⁷ Cárdenas Mejía, Juan Pablo, *Módulo de arbitraje nacional e internacional*. Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio, 2019, pág. 198. <https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/sites/default/files/biblioteca/m1-1.pdf>

⁵⁸ Art. 89 Ley 1563.

denegar la ejecución cuando vea que el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o cuando considere que la ejecución de la medida sería contraria al orden público internacional colombiano.

3. CONCLUSIONES

La importancia de proteger el objeto del litigio antes de que el tribunal arbitral tome una decisión resulta tan evidente e irrefutable que los reglamentos de arbitraje institucional y las legislaciones nacionales se han venido transformando y actualizando para suplir esta necesidad.

Es por ello que, un reglamento de arbitraje o una legislación nacional que no contemple y regule el uso de medidas cautelares, deja de ser atractivo para las partes. A su vez, un litigante o un operador judicial que no conozca la específica regulación aplicable a las medidas cautelares, pone en riesgo el éxito del caso y los intereses de las partes.

En este orden de ideas, el estudio de las medidas cautelares y la constante modernización de las normas que las regulan, como lo pretende el legislativo con el Proyecto de Ley, son dos elementos esenciales que deben ir siempre de la mano cuando se trata de administrar justicia.

Referencias

- Born, Gary. "Chapter 11: Provisional Measures in International Arbitration", en *International Arbitration: Law and Practice*. Wolters Kluwer, tercera edición. 2021.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. STC16248-2016 del 10 de noviembre de 2016. Magistrado ponente Ariel Salazar Ramírez.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 23 de octubre de 2018. Consejero ponente: Dr. César Palomino Cortés
- Superintendencia de Sociedades. Proceso N.º 2018-800-00362. Auto del 25 de septiembre de 2018.
- Grand Hanessian y Alexandra Dosman "Songs of innocence and experience: ten years of emergency arbitration". Artículo publicado en *American Review of International Arbitration (ARIA)*, 2018.
- Cárdenas Mejía, Juan Pablo, *Módulo de arbitraje nacional e internacional*, Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio, 2019, pág. 198.
- Auto del 13 de febrero de 2019 del Juzgado 19 Civil del Circuito de Bogotá bajo el radicado N.º 110013103019220180065700
- Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 16 de abril de 2021. Consejero ponente: Dr. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

Generalidades del arbitraje internacional en Colombia

HÉCTOR HERNÁNDEZ BOTERO^{1*}

BLANCA MARÍA BELTRÁN^{2**}

1. INTRODUCCIÓN

La rápida expansión del comercio internacional, con la globalización que ello implica, genera que sean cada vez más frecuentes las disputas entre partes con sede en diferentes Estados. Para resolver sus controversias las partes suelen acudir a arbitraje internacional para desligarse así de las cortes locales de los Estados y someterse a un tribunal que ambas perciben como neutral.

Colombia no ha sido ajena a esta realidad comercial. Por ello, el país ha promovido el arbitraje internacional tanto en su rol de sede como en el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros. En el desarrollo e impulso del arbitraje internacional, la Ley 1563 de 2012 juega un papel muy importante, pues reguló de manera moderna e integral la materia a través del establecimiento de un régimen dualista. Sin embargo, las altas cortes también han contribuido de manera fundamental al desarrollo y promoción del arbitraje internacional en Colombia. Por un lado, la Corte Constitucional al analizar la constitucionalidad de normas arbitrales y las tutelas contra laudos arbitrales y sentencias de anulación de laudos arbitrales y, por otro lado, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia al pronunciarse sobre el reconocimiento, ejecución y la anulación de laudos arbitrales internacionales, han sentado importantes precedentes sobre la naturaleza del arbitraje internacional en Colombia, el rol del juez nacional, y las causales de internacionalidad.

^{1*} Abogado de la Universidad del Rosario. Socio del equipo de solución de controversias de Philippi Prietocarizosa Ferrero DU & Uría. E-mail: Hector.hernandez@ppulegal.com.

^{2**} Abogada de la Universidad Externado de Colombia. Asociada junior del equipo de solución de controversias de Philippi Prietocarizosa Ferrero DU & Uría. E-mail: Blanca.beltran@ppulegal.com.

De lo anterior se desprende que Colombia tiene diferentes aproximaciones al arbitraje internacional según el rol en que se encuentre. Por un lado, Colombia puede ser la sede pactada por las partes para el arbitraje internacional. Por otro lado, Colombia puede verse llamada a decidir sobre el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral internacional en su territorio. En ambos casos resulta relevante la postura de la jurisprudencia y la legislación sobre el rol del juez colombiano y el ordenamiento jurídico frente al arbitraje internacional.

Dado que el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales internacionales será abordado en otro capítulo, en el presente escrito nos concentraremos en el rol que juega Colombia cuando es pactada por las partes como la sede del arbitraje. Para ello, expondremos la regulación normativa y algunos desarrollos sentados por la jurisprudencia frente a la figura del arbitraje internacional en Colombia, gracias a los cuales podemos ver su naturaleza especial y el grado de respeto que las cortes guardan hacia el sistema.

2. NATURALEZA DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL

Los pronunciamientos jurisprudenciales sobre el arbitraje comercial internacional suelen tener en cuenta las dinámicas económicas detrás de ello, como la globalización, la solidaridad internacional, la interdependencia estatal y la creciente interconexión económica y de personas, bienes y servicios. Estos factores hacen necesario el reconocimiento de excepciones a la jurisdicción de los jueces naturales de un Estado dentro de su territorio³.

La naturaleza del arbitraje es un tema que la doctrina y la jurisprudencia abordan constantemente con el fin de determinar si es de carácter contractual o jurisdiccional. Según la Corte Suprema de Justicia, la legislación colombiana no adoptó una postura al respecto, pero reconoce el carácter contractualista del arbitraje y su origen procesal⁴. Sin embargo, la jurisprudencia reconoce que, si bien los árbitros actúan en virtud de un principio de habilitación que emana del acuerdo de las partes, también es cierto que los árbitros ejercen una función jurisdiccional⁵. Es decir, la naturaleza del arbitraje es mixta.

³ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 27 de julio de 2011, magistrada ponente: Ruth Marina Díaz Rueda, exp.: 11001-0203-000-2007-01956-00.

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 3 de noviembre de 2021, magistrada ponente: Hilda González Neira, rad.: 11001-02-03-000-2017-01921-00.

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 9 de mayo de 2017, magistrada ponente: Margarita Cabello Blanco, Rad: 11001-31-03-019-2008-00247-0.

Ante su carácter mixto, la jurisprudencia nacional ha considerado que el arbitraje comercial internacional no tiene una naturaleza contractual⁶. Sin embargo, reconoce que algunas causales de anulación, como la consistente en que el tribunal se aparte de las normas procesales acordadas por las partes, deben abordarse desde una perspectiva negocial o contractual, pues su objetivo es proteger la ejecución del pacto arbitral como contrato⁷.

3. CAUSALES DE INTERNACIONALIDAD

El carácter internacional del arbitraje se determina a partir de los criterios contenidos en la Ley 1563 de 2012. Al respecto, el artículo 62 prevé tres situaciones en las cuales el arbitraje debe ser internacional: (i) cuando las partes del acuerdo arbitral tienen sus domicilios en Estados diferentes al momento de celebrar el pacto arbitral; (ii) cuando el lugar donde debe cumplirse una parte sustancial de las obligaciones o el lugar que tiene relación más estrecha con el objeto de litigio está ubicado fuera del Estado donde las partes tienen sus domicilios o (iii) cuando la controversia sometida a arbitraje afecta los intereses del comercio internacional.

Al introducir estas causales de internacionalidad, la Ley 1563 de 2012 modificó radicalmente la Ley 315 de 1996, mediante la cual se regulaba el arbitraje internacional. Para que un arbitraje tuviera el carácter de internacional, la Ley 315 de 1996 exigía que las partes acordaran que el arbitraje sería internacional, y, adicionalmente, que se cumpliera una de las cinco (5) causales de internacionalidad que preveía. Las causales de internacionalidad contenían las tres (3) previstas en el artículo 62 de la Ley 1563 de 2012, e incluía dos más que no fueron recogidas por el Estatuto Arbitral. Estas son (i) que las partes hubieran pactado que el arbitraje tendría lugar fuera del Estado en que las partes tenían sus domicilios y (ii) que las partes hayan convenido que el objeto del arbitraje vinculaba los intereses de más de un Estado.

Las modificaciones introducidas por la Ley 1563 de 2012 a los criterios de internacionalidad del arbitraje se inspiraron en la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de CNUDMI, sin embargo, dejaron de lado

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 27 de febrero de 2020, consejera ponente: María Adriana Marín, exp.: 11001-03-26-000-2018-00012-00 (60714).

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 27 de febrero de 2020, consejera ponente: María Adriana Marín, exp.: 11001-03-26-000-2018-00012-00 (60714).

las causales subjetivas de internacionalidad que dependía exclusivamente de la voluntad de las partes, y consagraron las causales de internacionalidad que dependen de criterios objetivos.

La decisión del legislador de incluir solo criterios objetivos de internacionalidad obedece a los lineamientos de la Corte Constitucional consagrados en la sentencia C-347/97. En esta sentencia, la Corte Constitucional dejó claro que debe haber un elemento extranjero para que las partes puedan acordar que el arbitraje será internacional.

El carácter objetivo de los criterios de internacionalidad implica que, ante la presencia de uno de ellos, el arbitraje es internacional. La internacionalidad del arbitraje no puede entonces ser modificada por un acuerdo entre las partes. Las partes podrían pactar que el arbitraje internacional se regule por las disposiciones del Código General del Proceso, sin que tal circunstancia altere la naturaleza del arbitraje⁸.

A continuación expondremos los criterios de internacionalidad adoptados por la Ley 1563 de 2012.

3.1. El domicilio de las partes

El literal a) del artículo 62 de la Ley 1563 de 2012 consagra el primer evento en que un arbitraje se considerará internacional, así: “[L]as partes en un acuerdo de arbitraje tengan, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus domicilios en Estados diferentes”. Es decir, la ley hace referencia al domicilio de las partes al momento de suscribir el pacto arbitral.

Adicionalmente, el artículo 62 contiene disposiciones especiales para determinar el domicilio de las partes, así:

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.
2. Si una parte no tiene ningún domicilio, se tomará en cuenta su residencia habitual.

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 3 de noviembre de 2021, magistrada ponente: Hilda González Neira, Rad: 11001-02-03-000-2017-01921-00. Ver también Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 15 de enero de 2019, magistrado ponente: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, Rad: 11001-02-03-000-2016-03020-00: “Para abreviar, a partir del 12 de julio de 2012 el arbitramento se considera internacional de manera objetiva, con independencia de la estipulación de las partes sobre la materia”.

El literal a) del artículo 62 hace referencia al domicilio de las partes al momento de suscribir el acuerdo arbitral. Surge entonces la necesidad de definir el concepto de domicilio de las partes.

La Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de CNUDMI no hace referencia al término “domicilio” sino “establecimientos” (en inglés, *place of business*) de las partes. Para interpretar el término domicilio, la doctrina propone, por un lado, aplicar la ley colombiana en lo referente al domicilio de las personas naturales y jurídicas. Por otro lado, la doctrina propone utilizar el desarrollo que el término “establecimiento” ha tenido en otros ámbitos del derecho comercial internacional, como la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías⁹.

Con ocasión de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, el término “establecimiento” implica que la parte tenga “presencia en un lugar con alguna duración y con poderes para comprometer por parte de quienes están en dicho lugar”¹⁰, en oposición a lugares en que una parte se encuentre de manera ocasional.

En el contexto de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías el “establecimiento” también hace referencia al lugar en donde se encuentra “el centro de la actividad de negocios”, siempre y cuando quien esté allí a la cabeza del negocio tenga la capacidad de hacerlo de manera independiente, y no se limite a actuar por cuenta de otro¹¹.

En conclusión, el concepto de domicilio puede nutrirse del concepto de “establecimiento”, el cual, a la luz del derecho internacional comercial, hace referencia a aquel lugar en que las partes se encuentran por un período de tiempo de considerable duración y desarrollan la actividad central de sus negocios, teniendo la capacidad de tomar decisiones de manera autónoma sobre la actividad económica que realizan.

⁹ Cárdenas Mejía, Juan Pablo, El Criterio De Internacionalidad En La Ley 1563 De 2012, Comité Colombiano de Arbitraje. Accedido por última vez el 12 de febrero de 2022. <https://ccacolombia.org/articulo/2>

¹⁰ Cárdenas Mejía, Juan Pablo, El Criterio De Internacionalidad En La Ley 1563 De 2012, Comité Colombiano de Arbitraje. Accedido por última vez el 12 de febrero de 2022. <https://ccacolombia.org/articulo/2>

¹¹ Cárdenas Mejía, Juan Pablo, El Criterio De Internacionalidad En La Ley 1563 De 2012, Comité Colombiano de Arbitraje. Accedido por última vez el 12 de febrero de 2022. <https://ccacolombia.org/articulo/2>

3.2. *El lugar de cumplimiento de las obligaciones*

El segundo criterio de internacionalidad, consagrado en el literal b) del artículo 62 de la Ley 1563 de 2012 hace referencia al lugar de cumplimiento de las obligaciones:

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.

Este criterio fue adoptado de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de CNUDMI. Al determinar cuál es el lugar que tiene una relación más estrecha con el cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones, las cortes de diferentes países han considerado como tal al lugar donde, en casos de contratos de compraventa, se envían o aceptan los bienes, o el lugar donde ocurre una transferencia del riesgo de una parte a la otra¹². La Corte Suprema de Justicia ha reconocido que cuando el cumplimiento de las obligaciones requiere “hacer tránsito por el extranjero, para que [tenga] lugar la venta del producto”¹³, se cumple con el criterio contenido en el literal b) del artículo 62 de la Ley 1563 de 2012.

En general, el término “parte sustancial” de las obligaciones ha sido interpretado como que son la mayoría de las obligaciones, aunque algunas cortes también analizan que solo sean algunas obligaciones sustanciales las que se cumplan fuera del Estado donde las partes tienen sus domicilios¹⁴.

En su aplicación, las cortes de diferentes países han considerado que el lugar donde ocurre el incumplimiento de las obligaciones no es relevante para determinar la internacionalidad de la disputa¹⁵.

Ahora bien, al analizar el lugar con la relación más estrecha con el objeto de litigio, las cortes de Hong Kong concluyeron que el arbitraje era internacional porque la supervisión y desarrollo del proyecto que era objeto del contrato debía desarrollarse en otro país¹⁶.

¹² Uncitral, 2012, *Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration*, p. 9.

¹³ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 22 de octubre de 2021, magistrado ponente: Luis Armando Tolosa Villabona, Rad: 11001-02-03-000-2019-03619-00.

¹⁴ Uncitral, 2012, *Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration*, p. 9.

¹⁵ *Ibíd.*

¹⁶ *Ibíd.*

3.3. Afectación a los intereses del comercio internacional

El último criterio de internacionalidad contenido en la Ley 1563 de 2012 dispone que un arbitraje será internacional cuando “[L]a controversia sometida a decisión arbitral afecte los intereses del comercio internacional”. Por la forma en que está planteada esta causal de internacionalidad, parece hacer referencia a aquellos eventos en que las partes tienen su domicilio en el mismo Estado, y allí mismo también cumplen sus obligaciones.

La necesidad de que los arbitrajes tengan un elemento de internacionalidad ya había sido reconocida por la Corte Constitucional en la sentencia C-347/97. Así pues, vale la pena preguntarse, ¿qué significa afectar los intereses del comercio internacional?

El razonamiento expuesto por un tribunal arbitral internacional y respaldado por la Corte Suprema de Justicia indica que, se afectan los intereses del comercio internacional cuando “el negocio entre las partes involucra o no el movimiento de bienes, fondos o servicios entre más de un Estado p (sic) cobija las economías o monedas de al menos dos países”¹⁷.

Este criterio no fue incluido en la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de CNUDMI. Su adopción fue inspirada por la legislación francesa, según la cual la afectación a los intereses del comercio internacional es una cuestión de naturaleza económica, y su configuración no requiere que la transferencia haya en efecto ocurrido¹⁸.

4. INTERVENCIÓN DEL JUEZ NACIONAL

Como ya expusimos en el presente texto, Colombia puede tener dos roles ante un arbitraje internacional: ser el lugar de la sede del arbitraje o ser el lugar en que una de las partes busca reconocer y/o ejecutar un laudo arbitral internacional. Como ya mencionamos, en el presente capítulo nos enfocaremos en el rol del juez colombiano cuando las partes pactan a Colombia como la sede del arbitraje.

Cuando Colombia es la sede de un arbitraje internacional, el juez local interviene durante el proceso arbitral como el juez de apoyo a los árbitros.

¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 3 de noviembre de 2021, magistrada ponente: Hilda González Neira, Rad: 11001-02-03-000-2017-01921-00.

¹⁸ Emmanuel Gaillard, John Savage, Fouchard, Gaillard, *Goldman on International Commercial Arbitration*, (1999), Kluwer Law International, págs. 56-60.

Después de que el tribunal profiere el laudo arbitral, el juez colombiano es el competente para conocer del recurso de anulación contra el laudo¹⁹.

La ley 1563 de 2012 contempla los eventos en los cuales el juez local interviene durante el procedimiento para brindar apoyo al tribunal arbitral y sus funciones. La intervención del juez local se rige por el principio de mínima intervención, según el cual, el juez no debe intervenir en el arbitraje salvo, excepcionalmente, por los eventos expresamente previstos en el Estatuto Arbitral, cuyo objetivo es corregir defectos graves en el laudo o servir de apoyo a las funciones del tribunal²⁰. Este principio fue consagrado en el artículo 67 de la Ley 1563 de 2012²¹.

La Ley 1563 de 2012 faculta al juez local a prestar apoyo al procedimiento arbitral en diferentes situaciones. En primer lugar, prevé que los jueces locales puedan decretar medidas cautelares antes o durante el transcurso

¹⁹ “Artículo 68. Autoridad judicial competente. La autoridad judicial competente para ejercer las funciones a que se refieren los artículos 71, 73 numerales 5 y 6, 76 numeral 2, 77 numeral 1, 88 inciso 1 y 3, 89, 90, 100, 111 y 116 será el juez civil del circuito. No obstante, cuando se trate de tribunales arbitrales en los que sea parte una entidad pública colombiana o quien ejerza funciones administrativas colombianas, lo será el juez administrativo. La anulación a que se refiere el artículo 108 y el reconocimiento y ejecución previstos en el artículo 113, serán de competencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. Cuando se trate de anulación de laudos proferidos por tribunales arbitrales con sede en Colombia en los que sea 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. En el evento de reconocimiento y ejecución de laudos proferidos por tribunales arbitrales con sede por fuera de Colombia en los que sea parte una entidad pública colombiana o quien ejerza funciones administrativas colombianas, la competencia para conocer del reconocimiento y ejecución previstos en el artículo 113, corresponderá a la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado”.

²⁰ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 15 de enero de 2019, magistrado ponente: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, Rad: 11001-02-03-000-2016-03020-00.

²¹ “Artículo 67. Alcance de la intervención de la autoridad judicial. En los asuntos que se rijan por la presente sección, no podrá intervenir ninguna autoridad judicial, salvo en los casos y para los propósitos en que esta sección expresamente así lo disponga”.

del arbitraje²², así como ejecutar²³, y cuando sea procedente, negar la ejecución, de las medidas cautelares ordenadas por tribunales arbitrales²⁴. En este último caso, el juez local puede pronunciarse sobre la procedencia de imponer una caución cuando (i) el tribunal arbitral no se haya pronunciado al respecto, o (ii) la caución sea necesaria para proteger los derechos de terceros frente a los cuales el tribunal arbitral no se haya pronunciado.

En segundo lugar, faculta al juez local a realizar la designación de los árbitros (i) en caso de árbitro único, sin un acuerdo previo sobre el nombramiento de árbitros, las partes no se pongan de acuerdo, (ii) en caso de que el tribunal esté compuesto por tres árbitros, sin un acuerdo previo sobre el nombramiento de árbitros, una de las partes se niegue a nombrar un árbitro, y (iii) en caso de que las partes hubieran acordado la forma de nombrar los árbitros, la parte o el tercero encargado de designar el árbitro no actúe según lo convenido²⁵. Es importante aclarar que esta facultad del

²² “Artículo 71. Acuerdo de arbitraje y decreto de medidas cautelares por una autoridad judicial. Cualquiera de las partes, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante el transcurso de las mismas, podrá solicitar de una autoridad judicial la adopción de medidas cautelares y esta podrá decretarlas, sin que por ello se entienda que ha renunciado al acuerdo de arbitraje”.

²³ “Artículo 88. Ejecución de medidas cautelares. **Toda medida cautelar decretada por un tribunal arbitral será vinculante sin necesidad de procedimiento alguno de reconocimiento y, salvo que el tribunal arbitral disponga otra cosa, su ejecución podrá ser solicitada ante la autoridad judicial, cualquiera que sea el Estado en donde haya sido decretada**”.

²⁴ “Artículo 89. Motivos para denegar la ejecución de medidas cautelares decretadas por el tribunal arbitral. Para la denegación de la ejecución de medidas cautelares decretadas por el tribunal, se aplicarán las siguientes reglas: 1. La autoridad judicial solo podrá denegar la ejecución de una medida cautelar en los siguientes casos y por las siguientes causales”.

²⁵ “Artículo 73. Nombramiento de los árbitros. En el nombramiento de árbitros en el arbitraje internacional: [...] 5. A falta de acuerdo: a) En el arbitraje con árbitro único, si las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la designación del árbitro dentro de los treinta (30) días contados a partir de la solicitud de una de ellas, la autoridad judicial procederá al nombramiento a instancia de cualquiera de las partes; b) En el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombrará un árbitro y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero; si una parte no nombra al árbitro dentro de los treinta (30) días siguientes al recibo de requerimiento de la otra parte para que lo haga, o si los dos árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre el tercero dentro de los treinta (30) días contados desde la comunicación de su nombramiento, la designación será hecha por la autoridad judicial, a petición de cualquiera de ellas. [...] 6. Cuando en un trámite de nombramiento convenido por las partes: a) Una parte no actúe conforme a lo estipulado en dicho trámite; o b) Las partes, o

juez puede ser modificada por las partes cuando deciden aplicar un reglamento de arbitraje. Por ejemplo, el reglamento de arbitraje del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá prevé que, en caso de que una parte se niegue a nombrar un árbitro, este será designado por el Centro²⁶.

En tercer lugar, la ley 1563 de 2012 le otorga la competencia al juez local para decidir sobre la recusación en arbitrajes *ad-hoc* cuando (i) se recuse al árbitro único, (ii) se recuse al presidente del tribunal y exista empate sobre la decisión de su recusación, y (iii) se recuse por la misma causa a más de un árbitro²⁷.

En cuarto lugar, la ley 1563 de 2012 faculta al juez local, salvo acuerdo entre las partes, a decidir sobre la solicitud presentada por una de las partes de que se declare la cesación del encargo de un árbitro, por considerar que este se encuentra impedido *de iure* o *de facto* para realizar sus funciones,

los árbitros, no puedan llegar a acuerdo conforme al mencionado trámite; o c) Un tercero, incluida una institución, no cumpla la función correspondiente, cualquiera de las partes podrá solicitar a la autoridad judicial que nombre el árbitro o adopte la medida necesaria, a menos que en el acuerdo sobre el trámite de nombramiento se prevean otros medios para conseguirlo”.

²⁶ “Artículo 3.8. Número de árbitros. [...] 5. Si dentro de los 30 días siguientes a la notificación de la solicitud de inicio del arbitraje las partes no hubiesen designado a la persona del árbitro, este será nombrado por el Centro. 6. Si la controversia debe ser resuelta por un tribunal compuesto por tres árbitros, en su respectiva solicitud y contestación a la solicitud de inicio de arbitraje, tanto la parte demandante como la parte demandada deberán designar un árbitro para su confirmación. Si una de las partes no designa a un árbitro en dichas presentaciones, lo hará el Centro por ellas. El tercer árbitro, quien a su vez actuará como presidente del tribunal, será nombrado por el Centro, sin motivación”.

²⁷ “Artículo 76. Procedimiento de recusación. En el procedimiento de recusación del arbitraje internacional: [...] d) Si la otra parte no conviene en la recusación y el árbitro recusado niega la razón o no se pronuncia, se procederá de la siguiente manera: i. Tratándose de árbitro único, la recusación será resuelta por la institución arbitral que lo hubiere nombrado o, a falta de ella, por la autoridad judicial. ii. Tratándose de un tribunal arbitral conformado por más de un árbitro, los árbitros restantes decidirán por mayoría absoluta. En caso de empate, decidirá el presidente del tribunal arbitral, a menos que él sea el recusado, caso en el cual resolverá la institución arbitral que hubiere efectuado su nombramiento o, a falta de esta, la autoridad judicial. iii. Si se recusa por la misma causa a más de un árbitro, resolverá la institución arbitral que hubiere participado en su nombramiento o ante la cual o bajo cuyas reglas se adelante el trámite arbitral, o a falta de esta la autoridad judicial”.

o cuando no las realice en un plazo razonable²⁸. Las partes pueden acordar que sea un tercero quien resuelva este tipo de solicitudes. Por ejemplo, el reglamento de arbitraje del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá le otorga esta facultad al Centro²⁹.

Por último, la ley 1563 de 2012 dispone que el juez local, a solicitud del tribunal arbitral o de cualquiera de las partes, colabore con el tribunal arbitral para la práctica de pruebas. Para ello, la autoridad judicial procederá como si se tratara de una comisión, atendiendo a las reglas del régimen probatorio y de competencia territorial³⁰.

A pesar del apoyo que el juez local presta al tribunal arbitral, la jurisprudencia ha dejado claro que esto no lo convierte en un “juez de instancia o superior funcional del panel arbitral”³¹, como se desprende del mencionado artículo 67 de la Ley 1563 de 2012.

Todos los eventos de colaboración previstos por el Estatuto Arbitral responden a situaciones procesales que requieren de facultades propias de los jueces locales, así como a la necesidad de garantizar agilidad al procedi-

²⁸ “Artículo 77. Falta o imposibilidad del ejercicio de las funciones. A falta de acuerdo de las partes: 1. Cuando un árbitro se vea impedido de jure o de facto para el ejercicio de sus funciones o no las ejerza dentro de un plazo razonable por el motivo que sea, cesará en su cargo si renuncia o si las partes acuerdan su remoción. De lo contrario, si subsiste un desacuerdo respecto a alguno de esos motivos, cualquiera de las partes podrá solicitar de la autoridad judicial que declare la cesación del encargo, decisión que no tendrá recurso alguno”.

²⁹ “Artículo 3.14. Terminación de las funciones del árbitro. 1. La función de un árbitro terminará si: a. El árbitro adquiere de jure o de facto una incapacidad para ejercer sus funciones como árbitro o por cualquier otra razón no las ejerza dentro de un plazo razonable y renuncia de oficio o las partes deciden conjuntamente dicha terminación. Si no existe acuerdo entre las partes respecto de estos hechos, cualquiera de las partes podrá solicitar al Centro que declare la cesación del árbitro en el ejercicio de su cargo, previa audiencia de este”.

³⁰ “Artículo 100. Colaboración de las autoridades judiciales para la práctica de pruebas. Tanto el tribunal arbitral como cualquiera de las partes con la aprobación de aquel, podrán pedir la colaboración de la autoridad judicial de cualquier país para la práctica de pruebas. La autoridad judicial atenderá dicha solicitud dentro del ámbito de su competencia territorial y con arreglo al régimen del respectivo medio probatorio. La autoridad judicial colombiana procederá al efecto de la misma forma que si se tratara de una comisión judicial”.

³¹ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 16 de diciembre de 2021, magistrado ponente: Octavio Augusto Tejeiro Duque, rad.: 11001-02-03-000-2021-00697-00.

miento arbitral e impedir que este se trunque ante eventos de negligencia de las partes.

5. INTERACCIÓN DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL Y EL DERECHO COLOMBIANO

En desarrollo del principio de habilitación³², el artículo 92 de la Ley 1563 de 2012 faculta a las partes para “convenir el procedimiento, directamente o por referencia a un reglamento arbitral.” En consecuencia, las reglas aplicables al procedimiento serán aquellas que acuerden las partes, ya sea porque ellas acuerden enteramente el reglamento aplicable o porque hagan referencia un reglamento arbitral preestablecido.

En caso de que las partes no acuerden un reglamento aplicable al arbitraje, el artículo 92 también faculta al tribunal arbitral a que aplique las normas que considere adecuadas, sujeto a la sección tercera de la Ley 1563 de 2012, sin que sea necesario que aplique las normas procesales colombianas. Cuando las partes guarden silencio sobre las reglas aplicables al procedimiento y esta cuestión sea decidida por el tribunal arbitral, este podrá dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado y la única limitación que tiene es que debe garantizar el derecho fundamental al debido proceso³³.

Ahora bien, si las partes o el árbitro deciden aplicar la Ley 1563 de 2012, y alguna cuestión no está regulada allí, esta será resuelta de conformidad con los principios generales que inspiran la materia³⁴. Es decir, en caso de vacío, la Ley 1563 de 2012 dispone que se apliquen principios generales, no la sección nacional ni las normas procesales colombianas.

Si bien la Ley 1563 de 2012 dispone que no es necesario aplicar las normas procesales colombianas en un arbitraje internacional, y que los vacíos serán resueltos con base en principios generales, es importante determinar el grado de interrelación entre el ordenamiento jurídico colombiano y el arbitraje internacional. Lo anterior, toda vez que es probable que durante el procedimiento arbitral y sus etapas subsiguientes, este se vea contrastado con el ordenamiento jurídico colombiano.

³² Consejo de Estado, Sentencia del 13 de abril de 2015, consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Rad: 11001-03-26-000-2014-00162-00 (52556).

³³ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 3 de noviembre de 2021, magistrada ponente: Hilda González Neira, Rad: 11001-02-03-000-2017-01921-00.

³⁴ Artículo 64 de la Ley 1563 de 2012.

La Corte Suprema de Justicia desarrolló una importante aproximación a la aplicación del derecho procesal colombiano en arbitrajes internacionales al analizar el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral internacional en que una parte alegaba que se le había vulnerado el debido proceso. Al estudiar disposiciones de la Convención de Nueva York para el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros que pueden resultar vagas o imprecisas al aplicarlas al caso concreto, la Corte Suprema de Justicia dispuso aplicar los principios procesales colombianos, “sin ir a la particularidad de las reglas sino a las garantías fundamentales del procedimiento”.³⁵

Por ejemplo, en el caso concreto en que una parte alegaba que se le había vulnerado el derecho a la defensa, la Corte realizó su análisis desde una perspectiva del debido proceso como derecho fundamental, materializado en las garantías mínimas del derecho a la defensa enunciadas por la Corte Constitucional en la sentencia C-641/2002 de 13 de agosto de 2002, dentro de las que se incluyen el derecho a ser informado de las actuaciones que modifiquen, creen o extingan un derecho, el derecho a presentar y controvertir pruebas y el derecho de contradecir las excepciones propuestas.

El derecho procesal colombiano también ha sido analizado en casos en que una parte alega que el laudo arbitral vulnera el orden público internacional colombiano mediante alguna actuación procesal. En un caso en concreto, la Corte Suprema de Justicia empezó su análisis por determinar si la figura procesal aparentemente vulnerada, esto es, la prejudicialidad, era un principio esencial del ordenamiento jurídico colombiano. Finalmente, la Corte concluyó que la prejudicialidad no es un principio esencial “que integre el núcleo esencial del debido proceso”³⁶ y su desconocimiento por el tribunal arbitral no generaba la anulación del laudo. A pesar de lo anterior, la Corte procedió a estudiar si en dicho caso, bajo las leyes colombianas, se habrían vulnerado las normas sobre litispendencia pues no habían dos procesos en los cuales sus decisiones guardarán íntima relación y los asuntos no pudieran proponerse como excepción en el otro.

Aunque en arbitraje internacional las partes tienen la libertad de escoger la ley aplicable al pacto arbitral que consideren, por conexidad con la disputa las partes pueden acordar que se aplique la ley colombiana. Por ejemplo, al estudiar un recurso de anulación en que una parte alegaba que

³⁵ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 27 de julio de 2011, magistrada ponente: Ruth Marina Díaz Rueda, exp.: 11001-0203-000-2007-01956-00.

³⁶ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 15 de enero de 2019, magistrada ponente: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, rad.: 11001-02-03-000-2016-03020-00.

la cláusula arbitral adolecía de nulidad, el Consejo de Estado analizó la validez de la cláusula a la luz del derecho colombiano, por ser la *lex arbitri* pactada por las partes. En consecuencia, el Consejo de Estado acudió al artículo 1502 del Código Civil para determinar si en el caso en concreto la cláusula adolecía de alguna nulidad³⁷.

En conclusión, si bien el arbitraje pretende ser neutral y un régimen autocompositivo, en la práctica muchos vacíos normativos del procedimiento pueden beneficiarse del régimen procesal colombiano, especialmente cuando su aplicación no obligue a las partes a acudir a la minucia de la ley sino a los principios que inspiran el debido proceso.

6. CONCLUSIÓN

Los pronunciamientos de las cortes nacionales han sido fundamentales para el desarrollo del arbitraje internacional en Colombia, pues han interpretado conceptos jurídicos que fueron incorporados en su totalidad del régimen internacional, así como de las legislaciones extranjeras. La labor del juez colombiano se ha encargado de armonizar la regulación del arbitraje internacional con las particularidades del sistema legal colombiano. En desarrollo de esta labor, las cortes nacionales han tenido especial deferencia por las decisiones arbitrales, así como por la figura como tal.

El desarrollo de la figura a través de pronunciamientos jurisprudenciales cumple un doble papel: además de sentar importantes precedentes sobre el arbitraje en Colombia, también puede ser usado por jueces extranjeros al interpretar leyes arbitrales de sus países, pues el arbitraje internacional promueve unificación en su práctica. Por tal razón, los jueces suelen acudir a pronunciamientos de jueces exteriores al momento de interpretar disposiciones originadas en la Ley Modelo o en la ley francesa. Resulta interesante analizar el nivel de acogida – o crítica – que los pronunciamientos jurisprudenciales nacionales pueden tener en el exterior.

Por otro lado, es innegable que la Ley 1563 de 2012 reconoce la importante labor que cumple el juez colombiano en su rol de juez de la sede y, como tal, juez de apoyo del tribunal arbitral internacional. Las dos autoridades se nutren constante y recíprocamente con roles y facultades previamente definidas que permiten tener claridad sobre la forma en que va

³⁷ Consejo de Estado, Sentencia del 17 de abril de 2020, consejera ponente: María Adriana Marín, exp.: 1101-03-26-000-2019-00015-00(63266).

a desarrollarse el proceso. Todo esto minimiza el riesgo de que el proceso arbitral internacional resulte traumático o no pueda ejecutarse.

La Ley 1563 de 2012 aún puede considerarse reciente y probablemente será mejorada con posibles modificaciones que están en trámite ante el Congreso. Su constante aplicación derivará en mayores y nuevos retos que deben resolver los jueces nacionales. Esto generará un mayor desarrollo jurisprudencial de la ley y, al tiempo, del arbitraje internacional en Colombia.

Referencias

Jurisprudencia

Consejo de Estado, Sentencia del 13 de abril de 2015, consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, rad.: 11001-03-26-000-2014-00162-00 (52556).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 27 de febrero de 2020, consejera ponente: María Adriana Marín, exp. 11001-03-26-000-2018-00012-00 (60714).

Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 27 de julio de 2011, magistrada ponente: Ruth Marina Díaz Rueda, rad.: 11001-0203-000-2007-01956-00.

Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 9 de mayo de 2017, magistrada ponente: Margarita Cabello Blanco, rad.: 11001-31-03-019-2008-00247-0.

Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 15 de enero de 2019, magistrado ponente: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, rad.: 11001-02-03-000-2016-03020-00.

Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 3 de noviembre de 2021, magistrada ponente: Hilda González Neira, rad.: 11001-02-03-000-2017-01921-00.

Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 16 de diciembre de 2021, magistrado ponente: Octavio Augusto Tejeiro Duque, rad.: 11001-02-03-000-2021-00697-00.

Artículos

Cárdenas Mejía, Juan Pablo, *El criterio de internacionalidad en la Ley 1563 De 2012, Comité Colombiano de Arbitraje, 12 de febrero de 2022.* <https://ccacolombia.org/articulo/2>

Libros

Emmanuel Gaillard, John Savage, Fouchard, Gaillard, *Goldman on International Commercial Arbitration*, (1999), Kluwer Law International,

Otros

Uncitral, 2012, *Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration.*

Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros en Colombia

JULIO CESAR GONZÁLEZ ARANGO^{1*}

ESTEBAN LAGOS-GONZÁLEZ^{2**}

1. INTRODUCCIÓN

El arbitraje internacional se ha convertido en el principal mecanismo para la resolución de conflictos en el marco del comercio internacional y de la inversión extranjera. No obstante, los árbitros carecen de facultades para ejecutar y/o hacer cumplir los laudos que profieren. En tal medida, para que un laudo extranjero pueda ser ejecutado en un país se requiere que las autoridades judiciales locales reconozcan y ordenen la ejecución de la decisión arbitral. Tratándose de laudos nacionales, usualmente las normas reconocen al laudo arbitral la misma fuerza que una sentencia local. No obstante, cuando se trata de laudos extranjeros se requiere que el estado reconozca valor a la decisión arbitral adoptada en el extranjero.

En este artículo se aborda el problema del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros por parte del Estado colombiano. Para tal fin, en primer lugar se realizará una breve aproximación histórica al reconocimiento del arbitraje internacional por parte de los estados. Luego, se abordará el concepto y la relevancia del “reconocimiento” y “ejecución” de los laudos extranjeros, para en un tercer momento estudiar la posición legal y jurisprudencial que el ordenamiento jurídico colombiano ha adoptado en relación con el reconocimiento de laudos extranjeros.

^{1*} Socio del departamento de Resolución de Conflictos de PPU.

^{2**} Asociado del equipo de Resolución de Conflictos de PPU.

2. APROXIMACIÓN HISTÓRICA AL RECONOCIMIENTO DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL Y SU INFLUENCIA RESPECTO DE RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDOS EXTRANJEROS

El arbitraje, como forma de justicia privada, apareció junto a los primeros vestigios de civilización, convirtiéndose en una de las primeras ideas de justicia³. En la antigüedad y en la edad media se reconocieron los efectos de las decisiones arbitrales. Con la Paz de Westfalia y la aparición del “Estado-nación” el arbitraje se convirtió en sujeto de regulación, aunque en un comienzo las cortes de varias jurisdicciones se mostraron reacias a aceptar el arbitraje como un mecanismo de resolución de disputas y se rehusaron a aceptar los compromisos arbitrales, incluso castigando a sus signatarios⁴.

Con diferentes matices, en el siglo XX la actitud frente al arbitraje cambió de manera gradual. Los estados comenzaron a permitir el arbitraje comercial bajo el estricto control del estado sede del arbitraje y las decisiones se asimilaban a las decisiones judiciales locales. Bajo este contexto se suscribió la Convención de Ginebra para la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1927⁵ (la “Convención de Ginebra de 1927”)⁶.

La Convención de Ginebra de 1927 permitía el reconocimiento de un laudo extranjero bajo el presupuesto de que el procedimiento arbitral y la autonomía de las partes se encontraba sujeta a las leyes del país donde el arbitraje tuvo lugar. El laudo solo era ejecutable en el exterior cuando se convirtiera en definitivo en el lugar en el que fue proferido, es decir, incluía un famoso requisito que ha llegado a conocerse como “doble exequátur”, según el cual los laudos arbitrales solo podían ser ejecutados a través de la Convención si eran “definitivos” en la sede del arbitraje. Es decir, si el laudo ya no podía ser impugnado en los tribunales de la sede.

³ Dolores Bentolila, “*Arbitrators as Lawmakers. The Creation of General Rules Through Consistent Arbitral Decision Making in International Commercial and Investment Arbitration*”, (tesis de doctorado N.º 1081 para obtener el título de PhD. en Derecho Internacional, Institut de hautes études internationales et du développement (Ginebra), 15.

⁴ *Ibid.*

⁵ Convención sobre la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras suscrita el 26 de septiembre de 1927 en Ginebra (Suiza). League of Nations Treaty Series, vol. 92: <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/LON/Volume%2092/v92.pdf>

⁶ No fue suscrita ni ratificada por Colombia.

Para promover el comercio y la inversión internacional, se inició un proceso para asegurar la eficacia del arbitraje internacional⁷ y reducir la interferencia de los sistemas de justicia nacionales. Este proceso encuentra uno de sus hitos más importantes en la suscripción de la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958⁸. (la “Convención de Nueva York de 1958”)⁹.

La Convención de Nueva York de 1958 implicó un avance significativo en el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales -respecto de la Convención de Ginebra de 1927-: se eliminó el doble exequatur, limitó las causales para negar el reconocimiento de un laudo y estableció la carga de la prueba a la parte que se opone a la ejecución del laudo¹⁰.

En similar medida, Colombia suscribió y ratificó la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (la “Convención de Panamá de 1975”)¹¹. Respecto del reconocimiento y ejecución de laudos tanto la Convención de Nueva York de 1958 como la Convención de Panamá de 1975 abordan las causales para denegar el exequatur, la carga de la prueba en el procedimiento de reconocimiento y de ejecución. Sin embargo, como explica el profesor Antonio Aljure Salame “[...] *en otros aspectos del arbitraje tienen tratamientos distintos o, simplemente, algunos de los temas regulados en una no tienen manifestación en la otra*”¹².

Existen otros tratados y convenciones internacionales que abordan el problema del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales internacionales, no obstante, no serán abordados en este artículo por ser relevantes para la realidad de Colombia, al no haber sido ratificados.

⁷ Las diferencias entre el arbitraje nacional e internacional pueden ser profundizadas en los capítulos “Tipos de arbitraje y centros de arbitraje: funciones y límites” y “Generalidades del arbitraje internacional en Colombia” de este libro.

⁸ Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras suscrita el 10 de junio de 1958. United Nations-Treaty Series, vol. 330, p. 3. (<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20330/volume-330-I-4739-English.pdf>)

⁹ Suscrita por Colombia el 25 de septiembre de 1979 y ratificada el 24 de diciembre de 1979.

¹⁰ Dolores Bentolila, “Arbitrators as Lawmakers”, 17.

¹¹ Suscrita por Colombia el 30 de enero de 1975 y ratificada el 25 de septiembre de 1979.

¹² Aljure Salame, Antonio. “Ámbito de aplicación de las convenciones de Nueva York y de Panamá sobre arbitraje internacional”. En: *Revista Internacional de Arbitraje*, Universidad Sergio Arboleda; Comité Colombiano de Arbitraje. Bogotá: Legis Editores, N.º 1 (2004).

La liberalización del arbitraje internacional se intensificó con los esfuerzos de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (“Uncitral” por sus siglas en inglés) y su Ley Modelo de la Uncitral sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 (la “Ley Modelo”) que muchos países han adoptado¹³. La Ley Modelo “redujo el control del Estado de la sede del arbitraje sobre el arbitraje internacional y permitió que el arbitraje internacional fuera más autónomo y eficaz”¹⁴. Estos esfuerzos, junto con el trabajo de centros de arbitraje internacional permitieron que el arbitraje internacional se desarrollara como el principal mecanismo de resolución de disputas en el marco del comercio internacional.

En el marco de las relaciones entre los estados, el arbitraje comenzó a ganar importancia a partir del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre estados y nacionales de otros estados de 1965¹⁵ (en adelante el “Convenio del Ciadi”). A través del Convenio del Ciadi se creó el Centro, una institución arbitral vinculada al Banco Mundial que facilita el arbitraje internacional entre estados e inversores de otros estados. Aunque el Convenio del Ciadi fue creado en un principio para resolver disputas entre estados respecto de contratos inter-estatales, con la suscripción de los acuerdos de protección de inversiones en los que usualmente se da el consentimiento para someter a arbitraje disputas entre los inversionistas de otros estados y los propios estados. Este proceso permitió que el arbitraje internacional se convirtiera también en el mecanismo ordinario de resolución de disputas entre los inversionistas y los estados¹⁶.

Como se ha visto, con la progresiva liberalización y reconocimiento de la importancia del arbitraje internacional, los requisitos para el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros ha variado significativamente en el contexto internacional. La Convención de Nueva York de 1958 es el instrumento jurídico internacional de mayor relevancia en esta materia, sin embargo, las decisiones judiciales internas de cada Estado son fundamentales para efectos de comprender el alcance y requisitos de un país para reconocer un laudo internacional que ha sido dictado en otro estado.

¹³ *Ibíd.*

¹⁴ Dolores Bentolila, “Arbitrators as Lawmakers”, 17.

¹⁵ Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre estados y nacionales de otros estados suscrito en Washington el 18 de marzo de 1965. United Nations-Treaty Series, vol. 575, (p. 159). <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20575/volume-575-I-8359-English.pdf>

¹⁶ Dolores Bentolila, “Arbitrators as Lawmakers”, 19.

3. EL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCIÓN DE LAUDOS EXTRANJEROS: CONCEPTO E IMPORTANCIA

“La facilidad en el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales es el componente más sólido de la arquitectura sobre la que se cimienta el arbitraje internacional”¹⁷. De hecho, no habría habido un auge del arbitraje internacional si no se hubiera encontrado alguna solución a un problema crucial: cómo reconocer y ejecutar los laudos arbitrales de manera transfronteriza¹⁸.

El reconocimiento del laudo implica que en otra jurisdicción distinta a la sede del arbitraje una corte local le confiere efectos legales a ese laudo extranjero¹⁹. Solo hasta que se reconoce efectos al laudo extranjero se puede considerar que la disputa de fondo ha sido resuelta bajo el derecho del país que reconoce el laudo. La decisión a través de la cual una autoridad judicial reconoce un laudo extranjero usualmente se conoce como *exequatur*²⁰.

No obstante, el reconocimiento de un laudo extranjero por sí solo no obliga a las partes a cumplir con las órdenes que el Tribunal profirió. Por ejemplo, imagínese que en un caso un Tribunal Arbitral resolvió que la parte A incumplió un contrato y, en consecuencia, debe pagar a la parte B una suma de dinero como consecuencia de los perjuicios que causó con su incumplimiento. El reconocimiento que hace la autoridad judicial respecto de dicho laudo implica que se reconoce que ya el conflicto entre la parte A y la parte B por el incumplimiento fue resuelto. Bajo el derecho del país en el que se reconoce el laudo, ya la disputa entre la parte A y la parte B se resolvió en cuanto se le reconoció valor jurídico al laudo. No obstante y salvo que la parte A de manera voluntaria quisiera acatar lo dispuesto en el laudo, el mero reconocimiento no implica para la parte A la obligación de pagar la suma que el Tribunal ordenó.

La “ejecución” es el proceso de obligar a una parte a realizar las acciones que fueron ordenadas o dispuestas por el Tribunal Arbitral²¹. En el marco de los litigios internacionales, el cobro (o ejecución) de las obligaciones re-

¹⁷ Andrea K. Bjorklund, “Enforcement” en Thomas Schultz and Federico Ortino (eds), *The Oxford Handbook of International Arbitration* (Oxford University Press, 2020), 186.

¹⁸ Alec Stone Sweet, Florian Grisel. *The Evolution of International Arbitration: Judicialization, Governance, Legitimacy*. Oxford University Press, 2017, 2.

¹⁹ Cole, T., & Ortolani, P. (2019). *Understanding International Arbitration* (1st ed.), 210. Routledge. <https://doi.org/10.4324/9781315751863>

²⁰ *Ibid.*

²¹ Cole, T., & Ortolani, P. (2019). *Understanding International Arbitration*, 210.

conocidas no siempre es fácil o voluntario²². Esta dificultad es la que explica precisamente la importancia de la figura del reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros. Los tribunales arbitrales carecen de facultades para hacer cumplir sus laudos, por tratarse de un sistema de justicia privada y temporal. Al respecto la doctrina internacional señala:

Un tribunal arbitral no puede obligar a un deudor a pagar el laudo dictado por el tribunal. El tribunal es *functus officio* y, aunque no lo fuera, carece de los mecanismos coercitivos propios de los tribunales judiciales; de ahí la necesidad de que los convenios internacionales obliguen a los Estados a prestar esa autoridad coercitiva a la asistencia del arbitraje, garantizando así que un acreedor pueda cobrar un laudo a su favor.²³

Los árbitros carecen de poder jurisdiccional de ejecución de sus propias decisiones en cuanto dicho poder se considera usualmente un atributo de la soberanía, que es ejercida exclusivamente por los Estados en sus territorios²⁴. No obstante, las autoridades judiciales contribuyen a superar dicha carencia a través del reconocimiento del carácter obligatorio de los laudos extranjeros y asistencia a la parte ganadora para la ejecución del laudo²⁵. El éxito de la Convención de Nueva York de 1958 para efectos de facilitar dicho reconocimiento y ejecución explica -al menos en parte- el auge del arbitraje internacional²⁶. Sin embargo, la ejecución de los laudos arbitrales en los tribunales locales no siempre es un asunto sencillo²⁷.

La Convención de Nueva York de 1958 es frecuentemente catalogada como un instrumento de derecho internacional “proejecución”. Los estados, al suscribirla y ratificarla -como Colombia- adquieren la obligación internacional de reconocer y ejecutar los laudos arbitrales extranjeros²⁸. Al respecto la doctrina internacional ha sostenido que:

²² Omar Gacía-Bolívar y Hernando Otero. “Introduction”. En: Omar Gacía-Bolívar y Hernando Otero. *Recognition and Enforcement of International Commercial Arbitral Awards in Latin America: Law, Practice and Leading Cases*, Editorial Brill Nijhoff, 2015, 1.

²³ Andrea K. Bjorklund, “Enforcement”, 187.

²⁴ Dolores Bentolila, “Arbitrators as Lawmakers”, 50.

²⁵ *Ibíd.*

²⁶ *Ibíd.*

²⁷ Omar Gacía-Bolívar y Hernando Otero. “Introduction”. En: Omar Gacía-Bolívar y Hernando Otero. *Recognition and Enforcement of International Commercial Arbitral Awards in Latin America: Law, Practice and Leading Cases*, Editorial Brill Nijhoff, 2015,.

²⁸ Es importante destacar que los laudos a los que se refiere la Convención de Nueva York de 1958 son aquellos “extranjeros” más no laudos “internacionales”. En consecuencia, aunque un laudo se haya dictado en un arbitraje incuestionablemente

La Convención tiene lo que a menudo se describe como un “sesgo pro-ejecución”. El propósito de la Convención no es identificar un conjunto estricto de criterios que deben cumplir los laudos arbitrales, sino facilitar el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales, casi sin importar su calidad o contenido. La Convención incluye excepciones que permiten a los tribunales rechazar el reconocimiento o la ejecución de un laudo, pero estas excepciones son permisivas: un tribunal no puede rechazar el reconocimiento o la ejecución a menos que se aplique una de las excepciones, pero la Convención permite a un tribunal decidir que se aplica una excepción pero ejecutar el laudo de todos modos [énfasis propio]²⁹.

En adición a lo anterior, la doctrina internacional ha señalado que el éxito en el arbitraje internacional depende en parte en la habilidad de la parte ganadora en la disputa para obtener el reconocimiento y ejecución del laudo en uno de los 169 estados parte³⁰ de la Convención de Nueva York de 1958³¹. La responsabilidad de hacer esfuerzos razonables para que un laudo sea ejecutable recae en las instituciones arbitrales, los árbitros y las partes³².

En resumen, las figuras del reconocimiento y ejecución de los laudos extranjeros constituyen una piedra angular del arbitraje internacional. La facilidad en el reconocimiento y ejecución de un laudo implicará un triunfo para las partes y los propios árbitros. Diferentes instrumentos legales internacionales han sido desarrollados para efectos de facilitar el reconocimiento y la ejecución de decisiones arbitrales, pero la Convención de Nueva York de 1958 es el instrumento que además de ser aceptado ampliamente, se ha consolidado y debido a su propio triunfo ha impulsado al arbitraje internacional como el mecanismo preponderante para la resolución de disputas internacionales.

nacional, siempre que se ejecute en un Estado distinto del de la sede del arbitraje, es ejecutable en virtud de la Convención de Nueva York de 1958.

²⁹ Cole, T., & Ortolani, P. (2019). *Understanding International Arbitration*, 203.

³⁰ Para obtener información actualizada sobre la situación de la Convención de Nueva York de 1958, depositado en poder del Secretario General de Naciones Unidas puede consultarse la Colección de Tratados de las Naciones Unidas. <https://treaties.un.org/pages/showDetails.aspx?objid=080000028002a36b>

³¹ Omar Gacía-Bolívar y Hernando Otero. “Introduction”, 6.

³² *Ibíd.*

4. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDOS ARBITRALES EN COLOMBIA

“En América Latina, el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales internacionales tiene una larga y a veces tumultuosa historia³³”. Colombia no es la excepción. Hasta el año de 2012, Colombia era considerada una “jurisdicción riesgosa” desde el punto de vista de la ejecución de laudos extranjeros³⁴.

Si bien es cierto, la Convención de Nueva York de 1958 es el instrumento internacional por excelencia respecto del reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, esta tiene muy pocos detalles respecto de los aspectos prácticos del proceso a través del cual se obtiene el exequátur y/o ejecución. En tal medida, resulta relevante consultar las fuentes legales y jurisprudenciales locales para efectos de comprender cómo, en Colombia, se puede obtener el reconocimiento de un laudo extranjero. Al respecto la doctrina internacional ha señalado:

Aunque los debates sobre el reconocimiento y la ejecución transfronterizos de los laudos arbitrales se centran, con razón, en la Convención de Nueva York, la propia Convención incluye muy pocos detalles sobre los aspectos prácticos del reconocimiento/ejecución, dejando los detalles del procedimiento a la decisión de cada jurisdicción. Como resultado, los procedimientos mismos y las acciones que un tribunal tomará para apoyar la ejecución de un laudo pueden variar significativamente dependiendo de la jurisdicción [énfasis propio]³⁵.

4.1. Trámite legal del reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral extranjero en Colombia

En Colombia está legalmente previsto el reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros dictados en procesos civiles, comerciales o laborales. La ejecución de un laudo extranjero en Colombia implica el reconocimiento del mismo a través de un proceso judicial que se adelanta ante la Corte Suprema de Justicia en su sala de Casación Civil o ante el Consejo de Estado. El propósito de ese trámite es que el laudo proferido por un tribunal extranjero tenga en Colombia los mismos efectos que una decisión dictada por un tribunal nacional.

³³ Omar Gacía-Bolívar y Hernando Otero. “Introduction”, 1.

³⁴ Rafael Bernal y Hernando Otero. Colombia. En: Omar Gacía-Bolívar y Hernando Otero. *Recognition and Enforcement of International Commercial Arbitral Awards in Latin America: Law, Practice and Leading Cases*, Editorial Brill Nijhoff, 2015.

³⁵ Cole, T., & Ortolani, P. (2019). *Understanding International Arbitration*, 202.

En Colombia, este proceso está regulado por la Convención de Nueva York de 1958 aprobada por el Estado colombiano a través de la Ley 39 de 1990, e incorporada en muchos de sus apartes por la Ley 1563 de 2012, Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional (“Ley 1563”). Al respecto la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

El Estatuto Arbitral, Ley 1563 de 2012, recoge las recomendaciones y los preceptos en materia de resolución de conflictos de la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, así como lo preceptuado por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), también conocida como Uncitral³⁶.

De acuerdo con la Ley 1563 los laudos arbitrales extranjeros, es decir aquellos proferidos por Tribunales Arbitrales con sede fuera del territorio colombiano son aquellos que deben ser sujetos al trámite de reconocimiento y ejecución. Si el laudo –a pesar de ser de carácter internacional– fue proferido por un Tribunal Arbitral con sede en Colombia, para los efectos de su reconocimiento el laudo se considera internacional.

Respecto de la competencia de la autoridad judicial para tramitar el proceso de reconocimiento y ejecución de laudos debe considerarse que, como se ha esbozado, esta competencia se divide entre el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia. Según la Ley 1563³⁷ el reconocimiento

³⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC4481-2021 de 22 de octubre de 2021. Rad. 11001-02-03-000-2019-03619-00. Magistrado ponente: Luis Armando Tolosa Villabona.

³⁷ El artículo 68 de la Ley 1563 de 2012 consagra: “Artículo 68. Autoridad judicial competente. La autoridad judicial competente para ejercer las funciones a que se refieren los artículos 71, 73 numerales 5 y 6, 76 numeral 2, 77 numeral 1, 88 inciso 1 y 3, 89, 90, 100, 111 y 116 será el juez civil del circuito. No obstante, cuando se trate de tribunales arbitrales en los que sea parte una entidad pública colombiana o quien ejerza funciones administrativas colombianas, lo será el juez administrativo. La anulación a que se refiere el artículo 108 y el reconocimiento y ejecución previstos en el artículo 113, serán de competencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. Cuando se trate de anulación de laudos proferidos por tribunales arbitrales con sede en Colombia en los que sea 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. En el evento de reconocimiento y ejecución de laudos proferidos por tribunales arbitrales con sede por fuera de Colombia en los que sea parte una entidad pública colombiana o quien ejerza funciones administrativas colombianas, la competencia para conocer del reconocimiento y ejecución previstos en el artículo 113, corresponderá a la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado”.

de un laudo arbitral que resuelve una disputa entre partes privadas se tramita por parte de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia. En contraste, la solicitud de reconocimiento de laudos en disputas en las que alguna de las partes es un órgano o entidad pública se tramita por parte de la Sección Tercera (sala plena) del Consejo de Estado.

Una vez el laudo ha sido reconocido, su ejecución se tramita ante los Jueces Civiles del Circuito (en disputas entre particulares) y en aquellos en los que sea parte una entidad pública, se tramitan ante los Tribunales Administrativos.

Como principio general, el laudo debe estar, necesariamente, ejecutoriado³⁸ y además vincular a las partes so pena de incurrir en una de las causales por las cuales se puede denegar el respectivo reconocimiento del laudo extranjero. Cualquier laudo extranjero debe presentarse ante los tribunales nacionales con el fin de lograr el respectivo reconocimiento y ejecutoria en el país.

Lo que se busca con este procedimiento es, básicamente, lograr una decisión del máximo órgano judicial en la que declare que el laudo extranjero es legal, válido y además vinculante para las partes y, por tanto, de obligatorio cumplimiento en Colombia. Así las cosas, la Ley 1563 introdujo un capítulo sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales en Colombia a partir del cual fijó unas pautas respecto de la forma en que se ejecutan y reconocen los laudos arbitrales. El artículo 111 de la Ley 1563 señala:

Los laudos arbitrales se reconocerán y ejecutarán así: 1. Un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya proferido, será ejecutable ante la autoridad judicial competente, a solicitud de parte interesada. 2. La parte que invoque un laudo o pida su ejecución deberá presentar el laudo original o copia de él. Si el laudo no estuviere redactado en idioma español, la autoridad judicial competente podrá solicitar a la parte que presente una traducción del laudo a este idioma. 3. 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. 4. Para la ejecución de laudos extranjeros, esto es de aquellos proferidos por un tribunal arbitral cuya sede se encuentre fuera de Colombia, será necesario su reconocimiento previo por la autoridad judicial competente.

³⁸ El artículo 112 de la Ley 1563 de 2012 consagra, en su literal v. que solo se podrá denegar el reconocimiento de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país, cuando la decisión no es aún obligatoria para las partes o fue anulado o suspendido por una autoridad judicial del país sede del arbitraje.

Para efectos de la ejecución de un laudo arbitral extranjero en Colombia, es importante hacer referencia al numeral 1 del artículo 111 de la ley 1563 ya citado en el entendido que todos los laudos arbitrales, sin importar el país en el que fueron dictados, son ejecutables en Colombia. Aquí es necesario aclarar que, como el Estado de Colombia suscribió la Convención de Nueva York, los laudos que se quieran ejecutar deberán cumplir con lo que establece el artículo V del citado instrumento.

Adicional a esto, el artículo 114 de la Ley 1563, consagró la normatividad aplicable al reconocimiento, así:

Artículo 114: **NORMATIVIDAD APLICABLE AL RECONOCIMIENTO.** Al reconocimiento del laudo arbitral se aplicarán exclusivamente las disposiciones de la presente sección y las contenidas en los tratados, convenciones, protocolos y demás actos de derecho internacional suscritos y ratificados por Colombia. En consecuencia, no serán aplicables las disposiciones establecidas en el Código de Procedimiento Civil sobre motivos, requisitos y trámites para denegar dicho reconocimiento, disposiciones que se aplicarán únicamente a las sentencias judiciales proferidas en el exterior.

Es por esto que la aplicación de la norma debe ser de conformidad con la Convención de Nueva York, instrumento de Derecho Internacional ratificado por Colombia.³⁹ Por otro lado y respecto de la decisión que tome el órgano competente respecto del trámite del reconocimiento del laudo, se tramitará en única instancia contra ella no procederá recurso o acción alguno⁴⁰. Finalmente la parte que solicite el reconocimiento presentará la solicitud ante la autoridad judicial competente acompañada de los documentos que establece el art. 111 de la Ley 1563.

En caso de encontrar completa la documentación, la autoridad judicial competente admitirá la solicitud y dará traslado por diez días (10) a la otra u otras partes. Vencido el término del traslado y sin trámite adicional, la autoridad judicial competente decidirá dentro de los veinte (20) días siguientes.

³⁹ El Código General del Proceso en su artículo 605 eliminó que las disposiciones aplicables respecto de sentencias extranjeras fueran las mismas para los laudos arbitrales proferidos en el exterior, al consagrar que “el exequátur de laudos arbitrales proferidos en el extranjero se someterá a las normas que regulen la materia”.

⁴⁰ “Artículo 113. Competencia funcional. La decisión adoptada por la autoridad judicial competente en el trámite de reconocimiento de los laudos que conforme a la presente sección demanden del mismo se tramitará en única instancia y contra ella no procederá recurso o acción alguna”.

4.2. Causales para negar el reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros en Colombia

La Ley 1563 solucionó algunos problemas que se presentaban al momento del reconocimiento de un laudo extranjero, y que antes de la Ley 1563 hacían que Colombia fuera considerada una jurisdicción no necesariamente *proarbitraje*. En algunos casos, y a pesar de que el Estado colombiano ratificó la Convención de Nueva York en 1990, la Corte Suprema consideraba que el laudo, además de cumplir con los requisitos del artículo V de la Convención, también debía supeditarse al cumplimiento de algunos requisitos que consagraba el Código de Procedimiento Civil [derogado por el Código General del Proceso en 2012] en su artículo 693⁴¹.

La Ley 1563 estipuló una lista taxativa de causales para denegar el reconocimiento de laudos en su art. 112. Este listado es coincidente con aquel consagrado en el art. 36 de la Ley Modelo de Uncitral.

“Artículo 112. Motivos para denegar el reconocimiento. Solo se podrá denegar el reconocimiento de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado, en los casos y por las causales que taxativamente se indican a continuación: a) A instancia de la parte contra la cual se invoca, cuando ella pruebe ante la autoridad judicial competente del país en que se pide el reconocimiento o la ejecución: i. Que para el momento del acuerdo de arbitraje estaba afectada por alguna incapacidad; 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 el laudo; o ii. Que la parte contra la cual se invoca el laudo 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; o iii. 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, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o iv. Que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, a la ley del país donde se adelantó o tramitó el arbitraje; o v. Que el laudo no es aún obligatorio para las partes o fue anulado o suspendido por una autoridad judicial del país sede del arbitraje; o b) Cuando la autoridad judicial competente compruebe: i. Que, según la ley colombiana, el objeto de la controversia no era susceptible de arbitraje; o ii. Que el reconocimiento o la ejecución del laudo serían contrarios al orden público internacional de Colombia. Si se hubiere pedido la anulación o la suspensión del laudo

⁴¹ El artículo 693 del Código de Procedimiento Civil, en su inciso 2 estableció que, respecto de los efectos de las sentencias extranjeras “se aplicará a los laudos arbitrales proferidos en el exterior”.

ante una autoridad judicial del país sede del arbitraje, la autoridad judicial colombiana, si lo considera procedente, podrá aplazar su decisión sobre el reconocimiento del laudo y, a instancia de la parte que pida aquello, esta podrá también ordenar a la otra parte que otorgue caución apropiada.

4.3. Decisiones de la Corte Suprema de Justicia respecto del reconocimiento de laudos extranjeros

Como se ha desarrollado, la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Civil– es la única autoridad judicial competente para tramitar el reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros⁴² cuando las partes de la disputa son todas privadas y sus decisiones son de única instancia⁴³. En tal medida, resulta necesario examinar cómo ha sido la evolución en la jurisprudencia relacionada con conflictos entre privados.

4.3.1. Sentencia de 20 de noviembre de 1992

Esta es una decisión que por antonomasia ubicaba a Colombia en el contexto internacional como una jurisdicción que no era necesariamente *pro arbitraje*. En esta sentencia la Corte Suprema de Justicia reconoció un laudo extranjero pero lo hizo con base en el Código de Procedimiento Civil (“CPC”)⁴⁴, en lugar de aplicar la Convención de Nueva York de 1958, lo cual significó incorporar para el trámite de reconocimiento una serie de requisitos formales no previstos en la citada convención. En esa oportunidad, la Corte realizó el estudio para el reconocimiento del laudo a partir de los requisitos del art. 694 del CPC, lo que conllevó incluso a la exigencia del doble exequatur, el cual resulta ajeno a la Convención de Nueva York. En esta decisión la CSJ señaló:

En ese orden de ideas, la sociedad peticionaria *satisfizo no solo las exigencias procesales nacionales, sino también los requerimientos que sobre el particular especifica la convención invocada*, aunando en tal forma todos los presupuestos que justifican la concesión del exequátur solicitado para el laudo arbitral proferido en los Estados Unidos de Norteamérica⁴⁵.

⁴² Art. 30 (5) del CGP.

⁴³ Art. 113 de la Ley 1563.

⁴⁴ Rafael Bernal y Hernando Otero. Colombia, 82.

⁴⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia de 20 de noviembre de 1992. Magistrado ponente: Héctor Martín Naranjo.

4.3.2. Sentencia de 12 de mayo de 2011

En una línea jurisprudencial similar a la mencionada en la sección anterior, la Corte Suprema de Justicia⁴⁶ negó el reconocimiento de un laudo porque el demandante no probó la firmeza del laudo aportando un certificado del tribunal arbitral a tal efecto (basándose para ello en el art. 694-3 del CPC) y porque tampoco aportó una traducción del acuerdo de arbitraje como exige la Convención de Nueva York. Como puede apreciarse, casi 20 años después de la decisión referida anteriormente, la Corte Suprema mantenía su postura de hacer exigible normas locales al trámite del reconocimiento, pero esta vez con una postura mixta que recogía normas del código procesal civil colombiano y de la Convención de Nueva York.

4.3.3. Sentencia de 27 de julio de 2011

La postura anterior fue, poco después, modulada. El mismo año (2011), la Corte Suprema concedió el reconocimiento de un laudo proferido en los Estados Unidos⁴⁷. En esta ocasión, no se exigió la prueba de la firmeza del laudo, ya que la firmeza no había sido cuestionada por el demandado. Otras objeciones, como el hecho de que un procedimiento basado en los mismos contratos estaba pendiente de definición en Colombia, y de que el laudo se refería a derechos de propiedad y a bienes que son de propiedad exclusiva del Estado colombiano, fueron denegadas, no siendo estas razones de rechazo según el art. V de la Convención de Nueva York. El argumento de que la controversia en cuestión afectaba a la soberanía del Estado colombiano y que, por tanto, la cláusula arbitral era inválida (art. V(1)(a)) tampoco prosperó porque los contratos que contenían la cláusula solo afectaban a la autonomía privada de las partes contratantes. En el mismo sentido, tampoco prosperó la objeción de violación del orden público: los contratos objeto del arbitraje no eran -aunque sí estaban relacionados con ellos- contratos “petroleros” o “estatales” que debieran regirse por la ley colombiana y por ello ser de competencia exclusiva de los tribunales colombianos. La Corte Suprema de Justicia aprovechó la oportunidad para afirmar, como luego lo dispondría la Ley 1563, que el orden público es el “orden público internacional”, limitado a los principios básicos o fundamentales del derecho colombiano.

⁴⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 12 de mayo de 2011. Rad. 11001-0203-000-2011-00581-00. Magistrado ponente: William Namén Vargas.

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 27 de julio de 2011. Rad. 11001-0203-000-2007-01956-00. Magistrado ponente: Ruth Marina Díaz Rueda.

Esta decisión introdujo un cambio notable en la aplicación de la Convención de Nueva York vs. las normas locales y fue una de las primeras, aunque no la única, en proponer una definición del concepto de orden público internacional en el contexto del reconocimiento de laudos extranjeros. Con ella se cuestionó y revisó el paradigma de interpretación aplicado previamente por la Corte Suprema de Justicia, respecto de la aplicabilidad de los requisitos previstos en el CPC al trámite del exequatur, discusión que luego fue resuelta de manera tajante por el art. 114 de la Ley 1563, según el cual, “no serán aplicables las disposiciones establecidas en el Código de Procedimiento Civil sobre motivos, requisitos y trámites para denegar dicho reconocimiento, disposiciones que se aplicarán únicamente a las sentencias judiciales proferidas en el exterior”, lo cual representa un importante avance, a nuestro juicio en la dirección correcta, en materia de reconocimiento de laudos internacionales.

Con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1563, en las sentencias SC 8453-2016, SC 12467-2016, SC 9909-2017 y SC 877-2018, la CSJ determinó que las normas procesales aplicables a la anulación y el reconocimiento de laudos arbitrales son exclusivamente la Sección Tercera de la Ley 1563 y las normas internacionales incorporadas al sistema jurídico colombiano sobre arbitraje internacional.

4.3.4. Sentencia de 23 de marzo de 2018

La Corte Suprema de Justicia concedió el reconocimiento de un laudo definitivo⁴⁸ dictado de acuerdo con las normas de la Corte de Arbitraje de Madrid en un litigio derivado de un contrato de compraventa de coque metalúrgico. Se cumplían las condiciones para solicitar el reconocimiento según la Convención de Nueva York de 1958 y la ley de arbitraje colombiana: el laudo final era un laudo ajustado a los requisitos previstos en dichos instrumentos; se había dictado sobre la base de un acuerdo de arbitraje; y el demandante había aportado una copia del laudo, junto con una apostilla, y una copia debidamente certificada y traducida del contrato que contenía la cláusula de arbitraje.

Dado que el demandado no había comparecido en el procedimiento de reconocimiento, la Corte Suprema de Justicia solo examinó los motivos de denegación del art. V(2) de la Convención de Nueva York. En primer lugar,

⁴⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC877-2018 de 5 de 23 de marzo de 2018. Rad. SC877-2018. Magistrado ponente: Ariel Salazar Ramírez

la Corte concluyó que el litigio era arbitrable ya que afectaba a intereses y derechos privados de los que las partes podían disponer libremente. En segundo lugar, el reconocimiento no debía denegarse por motivos de orden público. La referencia del art. V(2)(b) de la Convención sobre el “orden público” debía interpretarse en el sentido de “orden público internacional” de Colombia por referencia expresa de la Ley 1563 a esta materia (art. 112).

En esta decisión, la Corte aborda con más detalle el concepto de orden público internacional señalando que este abarca los principios fundamentales del sistema jurídico y social de un Estado y bajo este prisma concluye que el laudo cuyo reconocimiento se solicitaba no vulneraba este principio en cuanto (i) el demandado había comparecido en el procedimiento arbitral y presentado su defensa; y (ii) el laudo había decidido cuestiones relativas al interés privado de las partes contratantes sin que con ello se trataran cuestiones que trascendieran ese interés privado, que podrían ser dignas de protección en virtud de la disposición de “orden público” de la Convención de Nueva York de 1958.

Al margen de que esta decisión fue proferida en vigencia de la Ley 1563 de 2012 y está alineada con los criterios previstos en dicha ley para el reconocimiento de laudos extranjeros, la misma resulta interesante no solo porque la Corte Suprema, ante la ausencia de la parte demandada aplicó al caso concreto un test para identificar la violación del orden público internacional de Colombia, sino también porque precisó, bajo el entendido que la Convención de Nueva York prevé que ella es aplicable a “*laudos proferidos por árbitros*”⁴⁹, que un *laudo parcial* debería ser ejecutable bajo las reglas de la Convención de Nueva York si dicho laudo constituye la adjudicación final del tribunal arbitral respecto de un asunto sustancial.⁵⁰

4.4..Decisiones del Consejo de Estado respecto del reconocimiento de laudos extranjeros

A pesar de ser la jurisdicción competente para estudiar el reconocimiento de laudos extranjeros en los que una entidad pública esté involucrada, no ha sido prolífica la actividad del Consejo de Estado -Sección Tercera- en esta materia.

En efecto, mediante Sentencia de 17 de abril de 2020 el Consejo de Estado resolvió una demanda de solicitud de reconocimiento de un laudo extranjero que fue proferido por un tribunal arbitral con sede en Estados

⁴⁹ Art. II(1) de la Convención de Nueva York de 1958.

⁵⁰ Pág. 11.

Unidos en el que se resolvía una disputa que involucraba a una entidad estatal -entidad descentralizada por servicios de segundo nivel-⁵¹.

En el trámite del reconocimiento del laudo se generó una controversia respecto de si Bioenergy Zona Franca debía ser considerada una entidad pública. Aspecto medular para que el Consejo de Estado tuviera competencia para resolver la solicitud de reconocimiento. Mediante auto de 14 de agosto de 2019 el Consejo de Estado resolvió

De acuerdo con lo anterior, es claro entonces que Ecopetrol S. A., tiene el 100 % de las acciones de la sociedad Andean Chemicals Ltda., la que a su vez posee el 99,410372282835 % de las acciones de la sociedad Bioenergy S. A. S. –que, como ya se vio, es considerada como sociedad de economía mixta–, sociedad cuya participación accionaria, en Bioenergy Zona Franca S. A. S., es del 100 %. [...] Ahora bien, se tiene que en la creación de entidades descentralizadas de segundo grado, el porcentaje de participación de capital estatal en estas, corresponderá al porcentaje de participación de capital estatal en la entidad o entidades descentralizadas de primer grado que participen en su conformación. “Lo anterior, no resulta ajeno al régimen legal de las sociedades comerciales, puesto que se encuentra contemplado así mismo, en las normas que regulan lo concerniente a los grupos empresariales, como es el caso de lo dispuesto por el artículo 3º de la Ley 222 de 1995, en relación con la escisión de las sociedades, el cual dispone: [...] Ahora bien, el hecho de que la socia mayoritaria de la sociedad Bioenergy S.A.S. –que, a su vez, es la única propietaria de las acciones de Bioenergy Zona Franca S. A. S.– sea una sociedad constituida en Bermuda, bajo las leyes de ese país, no resulta suficiente para descartar su naturaleza de entidad descentralizada de segundo nivel, constituida al 100% con capital proveniente de una sociedad de economía mixta colombiana –Ecopetrol S. A.–, en la que la Nación posee más del 80% de su propio capital; pues dicha naturaleza se conserva a pesar del régimen jurídico al que se halle sometida, en cuanto a su existencia, sus actos y contratos, las relaciones entre los socios y entre la sociedad y los terceros, que bien puede ser el vigente en el lugar de su constitución. [...] En tales condiciones, para los efectos de la aplicación de lo dispuesto por el último inciso del artículo 68 de la Ley 1563 de 2012, la sociedad Bioenergy Zona Franca S. A. S., es considerada entidad pública, y, por lo tanto, esta jurisdicción es la competente para resolver sobre la solicitud de reconocimiento de laudo arbitral internacional, presentada por Isolux Ingeniería S. A., respecto del Laudo Final del 10 de junio de 2016 y el Addendum y decisión al laudo final fechado el 28 de octubre de 2016, proferidos con ocasión del proceso arbitral que se adelantó ante la Corte Internacional

⁵¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 17 de abril de 2020. Rad. 11001-03-26-000-2019-00015-00(63266). Consejera ponente. María Adriana Marín.

de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) en el que fueron parte Bioenergy Zona Franca S. A. S. e Isolux Ingeniería S. A.⁵².

Respecto de la discusión materia del fondo para el reconocimiento, el Consejo de Estado acudió a las providencias que han sido proferidas por la Corte Suprema de Justicia para sustentar su decisión, al no contar con precedentes de esa misma corporación. En igual medida acudió a fuentes doctrinales para soportar su decisión de reconocimiento del laudo extranjero.

En la precitada sentencia, el Consejo de Estado aclaró el alcance de la función de reconocimiento que le es encomendada, en los siguientes términos:

El reconocimiento a que se hace alusión es un asunto de derecho internacional privado, que corresponde a un juicio que adelanta la autoridad judicial competente del lugar en el que se pretende hacer valer, sobre la admisibilidad de los efectos de una decisión arbitral extranjera, para que le sea reconocida la misma eficacia que produciría una decisión similar en dicho lugar. Constituye, así mismo, un acto formal y declarativo, en tanto que, de un lado, *se prescinde de revisar el fondo del asunto, ya que no se valoran los hechos, [...]* sino que se resuelve sobre los requisitos formales exigidos para proferirlo; y de otro lado, el reconocimiento deja, en todo caso, que la cosa juzgada extranjera produzca los mismos efectos que produciría en su Estado de origen⁵³.

Las consideraciones del Consejo de Estado respecto del reconocimiento fueron sintetizadas por esta Corporación en los siguientes términos:

[...] la regla general es el reconocimiento judicial de los laudos arbitrales extranjeros, como requisito para su ejecución en el territorio nacional, el cual se producirá siempre que i) se presente el laudo original o copia del mismo, ii) en idioma español o debidamente traducido. i) los motivos para denegar el reconocimiento del laudo arbitral extranjero son taxativos, pues el juez competente no puede hacerlo por razones diferentes; ii) se refieren exclusivamente a cuestiones procedimentales, y, por tanto, no permiten la revisión sustantiva o los méritos del laudo, y iii) la carga de la prueba recae sobre la persona que se opone a su reconocimiento. No cabe duda de que la persona que se opone al reconocimiento del laudo arbitral es quien tiene la carga de

⁵² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de 19 de agosto de 2019. Rad. 11001-03-26-000-2019-00015-00(63266). Consejera ponente. María Adriana Marín.

⁵³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 17 de abril de 2020. Rad. 11001-03-26-000-2019-00015-00(63266). Consejera ponente: María Adriana Marín.

acreditar las razones por las cuales considera que el mismo no es procedente, conforme a las causales establecidas para ello⁵⁴.

Afortunadamente y como puede apreciarse de los apartes de la sentencia citada arriba transcritos, el Consejo de Estado tiene en líneas generales una misma aproximación en estas materias a la de la Corte Suprema de Justicia, lo cual es relevante y conveniente para cualquier jurisdicción que pretenda ser reconocida en el contexto internacional como pro arbitraje.

5. CONCLUSIONES

El arbitraje internacional ha ganado relevancia y posicionamiento en el contexto internacional como un mecanismo idóneo para la resolución de disputas gracias a la posibilidad de que las decisiones arbitrales sean reconocidas y ejecutadas por tribunales nacionales que les reconocen valor legal y las hacen cumplir. Colombia, luego de la entrada en vigencia de la Ley 1563, adaptó su interpretación legal y jurisprudencial en el sentido en línea con los compromisos internacionales adoptados con la Convención de Nueva York de 1958, cuyo fin último es propender por el reconocimiento de las decisiones arbitrales.

Aún cuando el desarrollo jurisprudencial en nuestra jurisdicción no es demasiado extenso, lo cierto es que se puede afirmar que la Corte Suprema de Justicia ha propendido por respetar los estándares internacionales que procuran el respeto de la autonomía arbitral y el reconocimiento de las decisiones arbitrales extranjeras y en esta misma línea ha venido recorriendo su propio camino el Consejo de Estado.

⁵⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 17 de abril de 2020. Rad. 11001-03-26-000-2019-00015-00(63266). Consejera ponente María Adriana Marín.

Referencias

- Alec Stone Sweet, Florian Grisel. *The Evolution of International Arbitration: Judicialization, Governance, Legitimacy*. Oxford University Press, 2017, 2.
- Aljure Salame, Antonio. “Ámbito de aplicación de las convenciones de Nueva York y de Panamá sobre arbitraje internacional”. En *Revista Internacional de Arbitraje*, Universidad Sergio Arboleda; Comité Colombiano de Arbitraje. Bogotá: Legis Editores, N.º 1 (2004)
- Andrea K Bjorklund, “Enforcement” en Thomas Schultz and Federico Ortino (eds), *The Oxford Handbook of International Arbitration* (Oxford University Press. 2020)
- Cole, T., & Ortolani, P. (2019). *Understanding International Arbitration* (1st ed.). Routledge. <https://doi.org/10.4324/9781315751863>
- Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre estados y nacionales de otros estados suscrito en Washington el 18 de marzo de 1965. United Nations-Treaty Series, vol. 575 (p. 159) <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20575/volume-575-I-8359-English.pdf>
- Convención sobre la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras suscrita el 26 de septiembre de 1927 en Ginebra (Suiza). League of Nations Treaty Series, vol. 92: <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/LON/Volume%2092/v92.pdf>
- Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras suscrita el 10 de junio de 1958. United Nations-Treaty Series, vol. 330. <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20330/volume-330-I-4739-English.pdf>
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia de 20 de noviembre de 1992. Magistrado ponente: Héctor Martín Naranjo.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 27 de julio de 2011. Rad. 11001-0203-000-2007-01956-00. Magistrada ponente: Ruth Marina Díaz Rueda.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC877-2018 de 5 de marzo de 2018. Rad. SC877-2018. Magistrado ponente: Ariel Salazar Ramírez.
- Dolores Bentolila, “Arbitrators as Lawmakers. The Creation of General Rules Through Consistent Arbitral Decision Making in International Commercial and Investment Arbitration”, (Tesis de Doctorado N.º 1081 para obtener el título de PhD en Derecho Internacional, Institut de hautes études internationales et du développement (Ginebra). <https://repository.graduateinstitute.ch/record/290294>
- Omar Gacía-Bolivar y Hernando Otero. “Introduction”. En: Omar Gacía-Bolivar y Hernando Otero. *Recognition and Enforcement of International Commercial Arbitral Awards in Latin America: Law, Practice and Leading Cases*, Editorial Brill Nijhoff, 2015.
- Rafael Bernal y Hernando Otero. “Colombia”. En Omar Gacía-Bolivar y Hernando Otero, *Recognition and Enforcement of International Commercial Arbitral Awards in Latin America: Law, Practice and Leading Cases*, Editorial Brill Nijhoff, 2015.

El abuso del derecho en materia societaria: el papel del arbitraje y la jurisprudencia de la delegatura de procedimientos mercantiles

FELIPE CUBEROS DE LAS CASAS^{1*}

DAVID BELTRÁN DÁVILA^{2**}

1. INTRODUCCIÓN

Durante décadas la justicia arbitral fue el principal mecanismo pactado por los empresarios para la solución de conflictos societarios del más variado rango. Ello obedeció a la necesidad de contar con un foro especializado en dichas materias, debido a las limitaciones que el sistema judicial estatal tuvo en ese sentido, a pesar de los intentos por tener una jurisdicción comercial especializada, que había sido regulada por el Decreto 2273 que 1989 pero que careció de una implementación adecuada.

Por lo anterior, y pese a los costos que representaba el arbitraje, la comunidad jurídica colombiana se abocó a pactar cláusulas compromisorias y a ventilar estos asuntos ante tribunales con árbitros especializados en asuntos comerciales, civiles y en algunos casos societarios, en donde se profirieron los principales fallos de la época y se sentaron bases conceptuales que luego serían aplicadas por todos los operadores jurídicos en Colombia.

^{1*} Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana (1992). Tiene una Especialización en Derecho Comercial de la Universidad de Los Andes (1994), un Diploma en Negocios y Cooperación para la Cuenca del Pacífico, Beca JICA, Tokio, Japón (1994), y obtuvo una Maestría con honores en Derecho Comercial Internacional, Queen Mary & Westfield College, University of London, Inglaterra (1998). Socio de PPU experto en materias corporativas, contractuales y procedimientos mercantiles (Insolvencia y Arbitraje). E-mail: felipe.cuberos@ppulegal.com, teléfono: +5713268400.

^{2**} Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, Colombia (2006). Cuenta con una Especialización en Derecho de Sociedades de la misma institución (2008) y una Maestría en *International Business Law* de la Universidad de Tilburg, Países Bajos (2011). Asociado principal de Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría en el área de derecho corporativo y M&A. david.beltran@ppulegal.com, teléfono: +5713268400.

Sin embargo, no cesaron los esfuerzos legislativos para que el Estado lograra intervenir en la solución de los conflictos societarios. Es así como la Superintendencia de Sociedades (“SDS”) mantuvo competencias administrativas como entidad de supervisión para vigilar y actuar en ciertas circunstancias cuando se configuraran hechos constitutivos de violaciones al régimen societario, pero que por su naturaleza misma son de corte eminentemente sancionatorio (responsabilidad administrativa) y no resarcitorio para las partes involucradas. Paralelamente, el legislador continuó con sus esfuerzos para crear una jurisdicción especializada para asuntos societarios, dotando a las Superintendencias de ciertas facultades judiciales, que inicialmente bajo la ley 446 de 1998 se limitaban al reconocimiento de los presupuestos de ineficacia, y que posteriormente fueron complementándose con distintos cuerpos normativos hasta llegar al Código General del Proceso³ bajo el cual se permitió que la Delegatura de Procedimientos Mercantiles de la SDS asumiera el conocimiento del más amplio rango de acciones relacionadas con los conflictos societarios, habiéndose requerido la intervención de la Corte Constitucional en ese camino para resolver las preocupaciones de muchos operadores jurídicos que veían con muy malos ojos el que una autoridad administrativa tuviera capacidad de impartir justicia⁴.

Dentro de ese variado universo de posibles conflictos societarios, tanto la jurisdicción arbitral como la de la SDS han analizado a profundidad el régimen del abuso del derecho en materia societaria, que es sin duda uno de los problemas de mayor relevancia en jurisdicciones como la colombiana, en donde, por la naturaleza mayoritariamente cerrada de las sociedades comerciales⁵, hay un importante semillero de conflictos entre socios.

El objeto de este escrito es analizar cómo ha sido el desarrollo del concepto del abuso del derecho en la justicia arbitral, cómo esos principios fueron recogidos por la jurisprudencia de la SDS, y revisar cómo se han nutrido, incluso eventualmente para oponerse en ciertos casos, estas dos

³ En cualquier caso, vale considerar que en este interregno se expidió también la Ley 1258 de 2008 creadora de las S. A. S. en Colombia, en cuyo artículo 44 ya se atribuían funciones jurisdiccionales a la Superintendencia de Sociedades.

⁴ A manera de ejemplo, la Sentencia C-1641 de 2000 en donde se hizo referencia a los requisitos de imparcialidad e independencia de los funcionarios administrativos que ejercen atribuciones jurisdiccionales, manifestando que el ejercicio de funciones jurisdiccionales por la SDS no se oponía al régimen constitucional colombiano.

⁵ Jacelly Céspedes, Maximiliano González y Carlos A. Molina, “Ownership and capital structure in Latin America, *Journal of Business Research*”, 63, (2010), 290. <https://ssrn.com/abstract=1755785>.

jurisdicciones, para, finalmente, abordar críticamente la utilidad del mecanismo arbitral en la evolución del derecho societario colombiano.

2. LOS CONFLICTOS SOCIETARIOS EN COLOMBIA

Actualmente el régimen legal colombiano se nutre de diversas acciones legales para abarcar el amplio espectro de disputas que pueden originarse en el contexto del contrato social. Es así como el artículo 24 numeral 5 del Código General del Proceso contiene un nutrido listado de acciones que podrían ejercerse para solucionar distintos conflictos societarios⁶ ya sea ante la SDS o ante los Jueces Civiles del Circuito, sin perjuicio de la posibilidad de acudir también a los mecanismos alternativos de solución de conflictos, y naturalmente al arbitraje, sin el cual no hubiese sido posible esa conquista legal consistente en el reconocimiento jurídico de las más variadas acciones societarias, pero más relevante aún, el desarrollo de la

⁶ “ARTÍCULO 24. Ejercicio de funciones jurisdiccionales por autoridades administrativas. Las autoridades administrativas a que se refiere este artículo ejercerán funciones jurisdiccionales conforme a las siguientes reglas: [...] 5. La Superintendencia de Sociedades tendrá facultades jurisdiccionales en materia societaria, referidas a: a) Las controversias relacionadas con el cumplimiento de los acuerdos de accionistas y la ejecución específica de las obligaciones pactadas en los acuerdos. b) La resolución de conflictos societarios, las diferencias que ocurran entre los accionistas, o entre estos y la sociedad o entre estos y sus administradores, en desarrollo del contrato social o del acto unilateral. c) La impugnación de actos de asambleas, juntas directivas, juntas de socios o de cualquier otro órgano directivo de personas sometidas a su supervisión. Con todo, la acción indemnizatoria a que haya lugar por los posibles perjuicios que se deriven del acto o decisión que se declaren nulos será competencia exclusiva del Juez. d) La declaratoria de nulidad de los actos defraudatorios y la desestimación de la personalidad jurídica de las sociedades sometidas a su supervisión, cuando se utilice la sociedad en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, los accionistas y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados. Así mismo, conocerá de la acción indemnizatoria a que haya lugar por los posibles perjuicios que se deriven de los actos defraudatorios. e) La declaratoria de nulidad absoluta de la determinación adoptada en abuso del derecho por ilicitud del objeto y la de indemnización de perjuicios, en los casos de abuso de mayoría, como en los de minoría y de paridad, cuando los accionistas no ejerzan su derecho a voto en interés de la compañía con el propósito de causar daño a la compañía o a otros accionistas o de obtener para sí o para un tercero ventaja injustificada, así como aquel voto del que pueda resultar un perjuicio para la compañía o para los otros accionistas”.

teoría del abuso del derecho en materia societaria como título para la solución de algunos de los más complejos pleitos societarios.

Ese listado actual de acciones societarias es el resultado de distintos avances legislativos, motivados entre otras cosas por la realidad de los pleitos societarios que se ponían a consideración de las autoridades judiciales y arbitrales, que en un inicio no tenían una acción específica bajo la cual pudieran ventilarse, y que para ser resueltos obligaron a los operadores jurídicos a acogerse a los principios generales del derecho -entre ellos la buena fe y la teoría del abuso del derecho-, y en los que, como se demostrará más adelante, la justicia arbitral tuvo un papel preponderante.

En efecto, el régimen societario colombiano tuvo que someterse a distintas modificaciones a efectos de llegar a los niveles de protección actuales. Como lo señala la SDS en varios estudios⁷, antes de la expedición del Código de Comercio de 1971, las normas sobre protección a los socios eran bastante limitadas, al punto que, por ejemplo, en lo atinente a la distribución de utilidades (considerado por la doctrina y la jurisprudencia como uno de los principales eventos en donde puede ocurrir el abuso del derecho en materia societaria)⁸, la doctrina nacional indicaba que “[E]n la legislación anterior, el régimen respectivo era de completa libertad, y los socios, especialmente los grupos mayoritarios, podían llegar hasta el extremo de no distribuir ninguna utilidad, y destinarla toda a la formación de reservas”.⁹

Con la expedición del Código de Comercio, se establecieron nuevas reglas sobre el funcionamiento de las sociedades, así como algunos mecanismos para la protección de los socios y la solución de conflictos societarios. En efecto, se regularon de manera más profunda aspectos de la vida societaria como el funcionamiento de los órganos sociales, el derecho de inspección, la distribución de utilidades (incluyendo súper mayorías para evitar la retención de utilidades), la sanción de la ineficacia liminar, esto es, la ausencia total de efectos legales para aquellas conductas que violaran de manera “grave” el régimen societario, entre otras medidas, muchas de las cuales tuvieron su fundamento en la idea de proteger los derechos de los socios minoritarios.

⁷ Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos Mercantiles, Sentencia de Isabel Cristina Sánchez Beltrán contra Centro Integral de Atención del Infractor de Tránsito S. A. S. y otros, 18 de julio de 2014.

⁸ Néstor Humberto Martínez Neira, *Cátedra de Derecho Contractual Societario*, (Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010) 420.

⁹ Samuel Finkielstein y otros, *Comentarios al Código de Comercio*, 2.^a ed., vol. I, (Bogotá, Gama Impresores Ltda., 1980) 130-131.

No obstante, la capacidad de las medidas adoptadas aún resultaba limitada frente a la realidad del tráfico mercantil. A manera de ejemplo, en materia de acciones legales típicamente societarias, la regulación sobre la declaración de los presupuestos de ineficacia de ciertos actos sociales, así como la acción de impugnación de decisiones del máximo órgano social quedaron en la práctica confinadas a resolver asuntos meramente formales, limitándose a abordar asuntos básicos como el simple cumplimiento de las formas (quórum, mayoría, convocatoria) para la adopción de decisiones, teniendo serias dificultades para llegar a asuntos más sustanciales, como por ejemplo, la nulidad misma de las decisiones sociales por objeto o causa ilícita.

En efecto, fueron variadas las opiniones que en su momento se dieron sobre el alcance del artículo 191 del Código de Comercio, según el cual eran anulables las decisiones del máximo órgano social “que se adopten sin el número de votos previstos en los estatutos o en las leyes, o excediendo los límites del contrato social”, particularmente en materia del entendimiento de cuándo se estaban excediendo los límites del contrato, llevando a interpretar en la mayoría de los casos que la acción contemplada en la norma referida sería solo aplicable en el evento de ausencia de mayoría para la adopción de las decisiones, discusión que solo vino a ser zanjada con la expedición del Código General del Proceso y con las decisiones que en torno a ello vino a adoptar la Delegatura de Procedimientos Mercantiles de la SDS, donde se indicó que:

A la luz de lo expresado en el párrafo anterior, el Despacho considera necesario aclarar que la acción de impugnación intentada por el demandante se ha previsto en nuestro ordenamiento para controvertir falencias formales en la adopción de decisiones del máximo órgano social. Según lo previsto en los artículos 190 y 191 del Código de Comercio, la acción de impugnación tan solo es procedente cuando se ‘adopten [decisiones sociales] sin el número de votos previstos en los estatutos o en las leyes, o excediendo los límites del contrato social’ y cuando tales determinaciones ‘no se ajusten a las prescripciones leales o a los estatutos’. En el presente caso, sin embargo, los hechos narrados en la demanda no parecerían apuntar a la existencia de estos defectos formales, sino, más bien, al incumplimiento de los deberes de los administradores de (...), el ejercicio abusivo del derecho de voto por parte de los accionistas mayoritarios de la compañía o, posiblemente, a la utilización inapropiada del beneficio de limitación de responsabilidad en una sociedad anónima. De pretenderse lo anterior, el demandante debería intentar alguna de las acciones contempladas en los artículos 252 de la Ley 1450 de 2011 y 24 del Código General del Proceso.¹⁰

¹⁰ Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos Mercantiles, Alvaro José Rizo contra Emi Records, Auto de fecha 17 de septiembre de 2014.

Adicionalmente, en materia de impugnación de decisiones sociales, resultaba muy difícil superar la barrera del término de dos meses para intentar la acción de que trata el artículo 191 del Código de Comercio, existiendo incluso antecedentes de decisiones judiciales que hablaban de la necesidad de agotar el requisito previo de la conciliación para intentar la acción aun cuando lo que allí se debatiera fuera la nulidad absoluta de la decisión, que no es típicamente un asunto transigible, generándose con ello además la imposibilidad de cumplir con el término perentorio de los dos meses.

Finalmente, es importante mencionar cómo el Código de Comercio omitió regular acciones contra las decisiones de la Junta Directiva, dejando a los socios desprotegidos en casos, por ejemplo, de capitalizaciones reglamentadas o decididas por la Junta Directiva de manera ilegal.

Otras acciones societarias, como serían las de responsabilidad de los administradores, solo empezaron a tener mayor relevancia cuando, luego de la creación de la Delegatura de Procedimientos Mercantiles, se hizo patente el aumento de número de acciones interpuestas y se reforzaron criterios que hicieron casi objetivo en algunos eventos el régimen de deberes de los administradores sociales¹¹.

Es allí donde la práctica arbitral mostró mayor relevancia en el mundo societario. En efecto, la capacidad del arbitraje para extender su influencia a cualquier asunto disponible de las partes, llevó a los operadores jurídicos frente a conflictos societarios a proponer acciones en las que se debatían hechos más allá de las simples formalidades que rodeaban la formación de la voluntad de la sociedad, llegando hasta aquellos en los que se debatía en mayor medida la forma en que los socios actuaban entre ellos y respecto de la sociedad, fundamentándose en principios generales de derecho: la buena fe y el deber general de no abusar de los derechos.

Consecuentemente los tribunales arbitrales, apoyados en antecedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia, desarrollaron la aplicación de los principios de la buena fe y del abuso del derecho en materia

¹¹ Particularmente las acciones sobre cumplimiento del régimen de conflictos de intereses, en donde la SDS manifestó abiertamente que la no revelación oportuna de los hechos constitutivos de un conflicto y la ausencia de autorización al administrador para participar en un acto donde confluye un conflicto de intereses genera la nulidad del acto independientemente de si ese mismo acto podía o no resultar beneficioso para la sociedad (ver Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos Mercantiles, SAC Estructuras Metálicas S. A. contra José Daniel Correa Senior y Otros, Sentencia de SAC 9 de julio de 2013).

societaria, en importantes fallos en los que se debatió la posibilidad de la indemnización de perjuicios cuando el acto abusivo (de socios o de la sociedad misma) generaba daños a los asociados, tal como se analizará más adelante.

Todo ese desarrollo jurisprudencial se vio posteriormente reflejado en disposiciones legales como la Ley 1258 de 2006 que reguló ciertas acciones societarias en el marco de las sociedades por acciones simplificadas, para llegar al Código General del Proceso que, entre otras cosas, pretendió ampliar las facultades jurisdiccionales en materia de solución de conflictos societarios teniendo en cuenta la práctica judicial más reciente para la época¹².

Es por ello que vale la pena repasar en algunos de los más icónicos pronunciamientos arbitrales en materia societaria, la forma en que allí se analizó particularmente la figura del abuso del derecho.

3. DE LA JURISPRUDENCIA SOCIETARIA EN COLOMBIA EN MATERIA DEL ABUSO DEL DERECHO

3.1. El Arbitraje en temas societarios

Establecida la relevancia del arbitraje en materia societaria, según ha sido ello resaltado incluso en ordenamientos internacionales tan relevantes como la reforma que tuvo en 2011 la normatividad de sociedades de capitales en España, y entendiendo cómo este mecanismo de solución de conflictos logró durante décadas suplir la necesidad de los operadores jurídicos de acceder a acciones judiciales declarativas que no estaban contempladas típicamente en la ley mercantil, es pertinente analizar cómo fue el desarrollo del principio de la buena fe y del abuso del derecho en materia arbitral como fuente legal de decisión de algunos de los más complejos asuntos que por esa vía se debatieron en el ámbito societario, y cómo ha venido ello dándose hasta nuestros días.

Como nota curiosa, encontramos que uno de los primeros antecedentes en la materia se encuentran en un laudo proferido en equidad y no en derecho, en donde el tribunal arbitral, acudiendo a los principios de la buena fe, decide analizar una decisión de capitalización de una sociedad,

¹² Ver Proyecto de Ley 196 de 2011 –Cámara–, publicado en la *Gaceta del Congreso*, Año XX, N.º 250 de 11 de mayo de 2011.

partiendo de la base de que, según “la concepción tradicional se estima que las determinaciones mayoritarias encarnan el denominado querer social, o sea que representan la expresión volitiva, del ente societario, manifestada por conducto del órgano social competente”, no obstante lo cual dicho pronunciamiento también reconoce que en ocasiones es necesaria la intervención judicial, cuando la decisión del máximo órgano se aparta

[...] de modo significativo del denominado interés social, para confundirse con la simple suma de los intereses individuales de los asociados mayoritarios, intereses que en cuanto se expresan en dirección contraria a la que guía la protección que el ordenamiento jurídico dispensa a las decisiones de la mayoría, abre las puertas a la corrección de la desviación mediante la aplicación de la figura del abuso del derecho.¹³

Dicho Laudo propone en el debate societario una materia que luego se volvería objeto de amplia discusión en escenarios judiciales y arbitrales, y es si para determinar la existencia del abuso del derecho es necesario evaluar el elemento volitivo detrás de la adopción de las decisiones sociales, y ello lo plantea este pronunciamiento cuando afirma que, para el caso de la capitalización abusiva, habría que establecer “el propósito subyacente de diluir la participación en el capital de socios minoritarios”¹⁴.

Posteriormente, en el Laudo Arbitral de German Alfonso y Cía. Ltda. y otros contra Dataflux S. A. y otros, se profundizó el análisis de la figura del abuso del derecho, acudiendo a elementos tales como la evaluación de la decisión social abusiva cuando esta se aparta del “*interés social*”. En ese sentido, dicho Laudo, aun cuando no hace un desarrollo exhaustivo de lo que debe entenderse por el interés social, menciona que debe partirse de la base de que las decisiones de la mayoría son obligatorias, justificando el papel de relevancia que el querer del socio mayoritario tiene, pero trayendo elementos de una suerte de régimen de deber fiduciario del mayoritario frente a la sociedad y a los minoritarios:

No por el solo hecho de haber utilizado su poder mayoritario para obtener la aprobación de todas las proposiciones que fueron objetadas por el grupo minoritario, puede afirmarse sin más análisis, que los accionistas mayoritarios abusaron de su posición dominante en perjuicio del grupo minoritario. Las mayorías son para ejercerlas y ellas deben determinar la directriz de la compañía. El desarrollo del objeto social no puede quedar supeditado a la voluntad unánime de los socios puesto que, precisamente, la disimilitud de

¹³ Laudo Arbitral de Guillermo Mejía Rengifo contra Lucila Acosta Bermúdez Alfonso Mejía Serna e Hijos Ltda. y otros, 17 de marzo de 2004.

¹⁴ *Ibíd.*

opiniones sobre la marcha de la sociedad, permite que en un debate amplio y leal se determine su rumbo, en beneficio de la sociedad y por ende de todos sus socios. *Pero lo que sí es claro y se ha expuesto en forma exhaustiva en este laudo, es que el ejercicio del voto tiene que estar supeditado al ámbito legal y estatutario que se le ha fijado y, en particular, al beneficio social, dejando de lado intereses particulares.*¹⁵

Este pronunciamiento, si bien marca un hito importante en la comprensión de que en términos generales la voluntad mayoritaria puede coincidir con el interés social, o que al menos así puede presumirse, tiene la deficiencia de asumir que los accionistas votan prescindiendo de todo interés particular, lo cual supone desechar el interés patrimonial que cada quien tiene sobre su participación accionaria, eliminando de tajo la normal distinción entre derechos políticos y económicos que en nuestro sistema se encuentra plasmada de manera categórica en disposiciones como el artículo 379 del estatuto mercantil.

Ese debate judicial continuó enriqueciéndose después, de tal manera que la protección a los accionistas en materia del abuso del derecho continuó ampliándose, ofreciendo alternativas adicionales a la víctima del abuso del derecho para la defensa de sus intereses.

Un ejemplo de esa tendencia fue el laudo de Elio Sala contra Manuel de Bernardi y otros, proferido en un arbitraje que se surtió ante la Cámara de Comercio de Medellín que, pese a su anulación por un fallo de la Corte Constitucional que avaló el derecho del accionista mayoritario controlante a “derogar” la cláusula compromisoria de los estatutos sociales durante el desarrollo del proceso arbitral mismo, sentó una base conceptual que merece ser analizada.

En efecto, en dicho caso el accionista minoritario alegó haber sido objeto de un maltrato continuado por parte del mayoritario, quien además de ordenar su retiro de la compañía a la edad de sesenta años por “jubilación”, aprobó decisiones sociales para retener utilidades, lo apartó completamente de la administración social y, según se argumentó, aprobó una capitalización con la que se diluyó al minoritario a una participación irrisoria en el capital social.

En ese evento, el Tribunal, luego de revisar la ausencia de un interés económico serio en todas y cada una de las decisiones analizadas, que de-

¹⁵ Laudo Arbitral de German Alfonso y Cía. Ltda. y otros contra Dataflux S. A. y otros, 29 de noviembre de 2005.

mostraba un interés dañino en aquellas, concluyó que el mayoritario, apoyado de un “alter ego”, esto es, un patrimonio autónomo que se rindió a su voluntad, había abusado de sus derechos de manera sistemática, posibilitando que decisiones sociales que ya no podían ser atacadas por la vía de la impugnación en los términos del artículo 191 del Código de Comercio o de la declaración de presupuestos de ineficacia, y respecto de las que el mayoritario podía alegar cómodamente una “prescripción” para mantenerlas pese a su irregularidad, podían ser objeto del análisis por la vía del abuso del derecho y de la aplicación de la teoría de la buena fe, al encontrar reprochable una suerte de “abuso del derecho continuado”:

El abuso de los derechos en el contexto de una sociedad puede consistir, como lo ha señalado la doctrina y la jurisprudencia, entre otras conductas, en una capitalización efectuada con el propósito de diluir a un accionista o a un grupo de accionistas, en la retención injustificada de las utilidades sociales o en la celebración de contratos entre vinculados. Todas estas actuaciones pueden tener fines o propósitos independientes y específicos, encaminados a producir un efecto abusivo. [...] Pero existe una modalidad de abuso de los derechos en el contexto societario mucho más amplia, profunda y nociva, que consiste en *la utilización de todas o algunas de esas conductas y otras, que en sí mismas pueden no constituir un abuso del derecho independiente, para producir un rompimiento de los rectos fines y objetivos del contrato social*. Este abuso del derecho parte de las actuaciones premeditadas de la mayoría, con el interés de dañar o perjudicar a la minoría, manifestado a través de actos societarios diversos que están todos inspirados en esa intención abusiva inicial. Probadada esa intención inicial de carácter general de abusar de la condición de accionista mayoritario, *no es necesario que los actos individuales sean actos constitutivos de abuso independientes para ser declarados como tales; lo serán simplemente en la medida en que se encuentren enmarcados en el desarrollo de un acto de abuso general de la condición de accionista mayoritario*. Se utiliza la condición de accionista mayoritario para promover decisiones en el ámbito social que tengan un propósito general desviado, que busquen el privilegiar la posición individual de la mayoría y que, en general, prevalidos de esa condición, ejerzan el derecho al voto con una intención distinta a la de proteger o promover el interés social.¹⁶

Finalmente, es relevante indicar cómo en el laudo en mención, apoyado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, se sentó el principio según el cual el juzgador no tiene que limitarse únicamente a darle aplicación a la teoría clásica de la culpa para evaluar la existencia del abuso del derecho, sino que corresponde “al recto y sano criterio del fallador la configuración de conductas que puedan ser calificadas de abusivas”¹⁷.

¹⁶ Laudo Arbitral de Elio Sala contra Manuel de Bernardi y otros, 2 de octubre de 2007.

¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 1 de abril de 2003.

La tendencia hacia un mayor proteccionismo por la vía de la teoría del abuso del derecho continuó enriqueciéndose en otras decisiones arbitrales, según pasa ello a ilustrarse.

En el Laudo de Yepes Ávila y Cía. S. en C. y Otros contra Inversiones Lopera Macias S. en C. y otros, se mencionan tres elementos para demostrar la existencia del abuso del derecho:

[i] una falta al deber de la buena fe que debe imperar en el desarrollo de toda actuación interpersonal y en la ejecución de cualquier género de contratos¹⁸, [ii] ilicitud en el sentido de que parte o se inicia con el ejercicio legítimo de un derecho pero se desvía de la finalidad y función natural de ese derecho hacia un objetivo nocivo o pernicioso. En el caso de las sociedades se manifiesta en buscar un propósito o finalidad que no beneficia a todo el conjunto social sino arbitrariamente a un solo asociado o a un solo grupo de asociados con perjuicio o lesión para los demás¹⁹ [y (iii) un detrimento patrimonial].

Nótese que hasta ese momento continuaba concibiéndose una limitación de base a los pronunciamientos judiciales y arbitrales sobre el abuso del derecho, bajo la consideración de que si bien había lugar a la indemnización de perjuicios, no era aún posible en todos los casos retrotraer los efectos de la actuación abusiva, posibilidad que solo vino a tenerse luego de la expedición de la Ley 1450 de 2011, de la Ley 1258 de 2008 en materia de S. A. S. y del Código General del Proceso, no obstante lo cual, aun sin esas normas, los actos abusivos podrían eventualmente considerarse sujetos a retrotraerse en razón de la violación de las normas imperativas generales que prohíben abusar de los derechos²⁰.

Ahora bien, en dicho Laudo se recogió parte de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia, indicando que en la valoración del abuso del derecho el juzgador no está limitado por el elemento volitivo de la acción de quien abusa, sino que hay también lugar a verificar un elemento objetivo de la acción:

[...] esa ilicitud originada por el “abuso” puede manifestarse de manera subjetiva –cuando existe en el agente la definida intención de agraviar un interés ajeno o no le asiste un fin serio y legítimo en su proceder– o bajo la forma objetiva cuando la lesión proviene del exceso o anormalidad en el ejercicio de

¹⁸ Laudo Arbitral de Yepes Ávila y Cía. S. en C. y Otros contra Inversiones Lopera Macias S. en C. y otros, 3 de agosto de 2011.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Artículos 13 y 95 de la Constitución Política de Colombia y artículo 830 del Código de Comercio.

*determinada facultad, vista la finalidad para la cual fue esta última incorporada y reconocida en el ordenamiento positivo [énfasis propio].*²¹

Así las cosas, se mantuvo la tendencia de no limitar la responsabilidad por el abuso del derecho a la teoría clásica de la culpabilidad y enmarcarla particularmente en el dolo, pero se continuaron añadiendo elementos de deberes fiduciarios del socio mayoritario frente a la sociedad y a los minoritarios, incluso llegando a hacerse referencia a la posibilidad de un “conflicto de intereses” al seno del máximo órgano social, situación que no está propiamente regulada en el ordenamiento jurídico colombiano puesto que este es explícito en referirse a conflictos de los administradores, pero no así a los de accionistas. En efecto, el laudo anota lo siguiente:

Para no extenderse académicamente, que no es la finalidad de un laudo arbitral, el Tribunal comparte lo que afirma el autor antes citado cuando dice que “en cada oportunidad en que un accionista ejercita el voto, lo hace movido por un interés o causa. Cuando dicho interés coincide con el de la sociedad y el de los restantes socios, su ejercicio es legítimo, pues en este caso, los intereses son coincidentes y paralelos”. Empero, es bien probable, que en presencia de las alternativas que plantea toda decisión por parte de un órgano social, el socio tenga la disyuntiva de votar satisfaciendo sus propios intereses y expectativas o en función del interés social. En estos casos, estamos en presencia de un típico conflicto de interés, situación que no solo se da en presencia de un interés económico paralelo del socio, sino también en relación con “cualquier ventaja de carácter político-social o profesional.”²²

Esa misma línea de pensamiento se mantuvo en posteriores fallos, como es el caso de Nelly Daza de Solarte contra CSS Constructores S. A. y otros, aun cuando fue objeto de cierta profundización.

En ese evento, se reforzó la teoría de la existencia de un posible deber fiduciario entre los socios²³, ahora no centrado exclusivamente en la relación de expropiación del mayoritario frente al minoritario, sino también del no abuso del minoritario de sus prerrogativas legales, para lo cual se echó mano del concepto anteriormente estudiado del interés social:

²¹ Laudo Arbitral de Yepes Ávila y Cía. S. en C. y Otros contra Inversiones Lopera Macias S. en C. y otros, 3 de agosto de 2011.

²² *Ibíd.*

²³ Centro de Arbitraje y Conciliación, Cámara de Comercio de Bogotá. *Laudo arbitral del 4 de marzo, 2019.* Nelly Daza de Solarte, María Victoria Solarte Daza vs. CSS Constructores S.A y Carlos Alberto Solarte Solarte..

Ahora bien, delineados algunos de los aspectos centrales del abuso del Derecho en sede societaria, importa manifestar para terminar este punto que uno de los criterios esenciales establecidos por la ley, la jurisprudencia y la doctrina para determinar cuándo la conducta de los socios se torna antijurídica, en particular abusiva, estriba en llamado 'interés social'. Es cierto, tal interés social, igualmente asimilado por algunos a interés de la sociedad, ha sido objeto de acera polémica, justamente por su significado y por su alcance, realmente difíciles de establecer, como quiera que, por su morfología, se constituye en un concepto jurídico indeterminado, en sí mismo difícil de asir y, de contera, llamado a ser escrutado, alinderado y ponderado en el caso concreto (casus), vale decir en cada situación en particular, precisamente por la plasticidad y la ductilidad que caracteriza a este tipo de conceptos, igualmente conocidos como conceptos o principios válvula, o de textura abierta, entre otras calificaciones ("cláusulas generales", etc.).²⁴

Sobre ese Laudo es igualmente importante destacar que fue proferido ya en plena vigencia de la Ley 1258 de 2008, y contrasta frente al análisis que se hará de la jurisprudencia de la SDS, en el sentido que, según el Laudo en mención, y en consonancia con lo ya expresado líneas atrás en el presente estudio, el régimen del abuso del derecho en materia societaria no está limitado a los parámetros de la Ley 1258 de 2008, sino que debe mirarse en el sentido más amplio según el mandato del artículo y los principios del artículo 830 del Código de Comercio²⁵:

No todo el espectro de aplicación de la figura del abuso del derecho en el derecho de sociedades está abarcado por la norma de la Ley 1258 de 2008, no todas las hipótesis de configuración del abuso del derecho están incluidas en las que recoge la mencionada ley, que se centra en la solución de situaciones que se generan con ocasión del ejercicio del derecho de voto, sin que ello obste para resaltar el mérito indiscutible de darle acogida explícita a la figura en el campo societario, brindándole así protección a los afectados por algunas de las más perniciosas manifestaciones de esta modalidad de comportamiento, que el ordenamiento jurídico rechaza con vigor, incluso antes de su consagración expresa en la normatividad mercantil.²⁶

Los anteriores principios y esa tendencia de protección en materia del abuso del derecho no vinculada exclusivamente al dolo, fueron igualmente reconocidos en el Laudo de Carlos Hakim vs. Gyptec S. A. y otros, en donde se expresó que:

²⁴ Laudo Arbitral de Nelly Daza de Solarte contra CSS Constructores S.A. y otros, 7 de diciembre de 2016.

²⁵ "Artículo 830. El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause".

²⁶ Laudo Arbitral de Nelly Daza de Solarte contra CSS Constructores S.A. y otros, 7 de diciembre de 2016.

[...] igualmente conclusiva, por su parte, es la doctrina nacional y foránea, al reiterar que la intención de dañar, o el deliberado querer de perjudicar, per se, no son causa exclusiva del abuso. Por ello es por lo que se puede abusar de un derecho, desde una perspectiva objetiva, sin que sea indefectible aludir a la mala fe, a la temeridad, o actos típicamente protervos.²⁷

Más recientemente, se profirió el Laudo de Ernesto Serrano Pinto contra William Serrano Pinto y otros²⁸, en el cual el Árbitro Único echó mano de la doctrina de la SDS que se analiza más adelante para definir los elementos constitutivos del abuso del derecho, resaltando que para declarar su existencia es necesario probarlo, lo que en términos del abuso del mayoritario frente al minoritario implica que

[...] junto con la aplicación de las reglas de la sana crítica y la experiencia deben llevar al juzgador a la convicción, sin lugar a duda razonable de que los accionistas mayoritarios tenían la inequívoca voluntad de lesionar al accionista minoritario.

3.2. Comparación de la posición arbitral con la jurisprudencia de la SDS

Para analizar la jurisprudencia de la SDS en materia del abuso del derecho, es importante tener en cuenta que las bases sobre las que se fundó fueron esencialmente aquellas contenidas en el Artículo 43 de la Ley 1258 de 2008, que recogiendo la actividad jurisprudencial reciente y reconociendo las limitaciones que se habían tenido en materia de arbitraje en el sentido de que la consecuencia del abuso del derecho sería únicamente la indemnización de perjuicios²⁹, intentó crear un régimen más amplio sobre la concepción y consecuencias del abuso del derecho, aunque lo hizo bajo un ordenamiento específicamente dirigido a las sociedades por acciones simplificadas.

Como analizaremos más adelante sin embargo, aun cuando el sustento legal de la teoría del abuso del derecho sería más amplio, la jurisprudencia de la SDS se apartó generalmente de la concepción amplia de los orígenes del abuso sentada por la justicia arbitral, en donde se llegó a hablar de la posibilidad

²⁷ Laudo Arbitral de Carlos Hakim vs. Gyptec S.A. y otros, 15 de mayo de 2017.

²⁸ Laudo Arbitral de Ernesto Serrano Pinto contra William Serrano Pinto y otros, 6 de marzo de 2020.

²⁹ Francisco Reyes Villamizar, “La sociedad por acciones simplificada: Una verdadera innovación en el derecho societario latinoamericano” (Bogotá, Legis), *Revista Foro Derecho Mercantil*, N°:22, ene.-mar./2009. 43-77.

de un origen objetivo del conflicto societario, para reiterarse en cambio en la jurisprudencia de la SDS la necesidad de un origen volitivo pero sin desconocer la posible presencia de elementos que permitirían inferir la existencia de deber fiduciario de los socios entre sí y para con la sociedad.

En efecto, fue pacífica la jurisprudencia de la SDS sobre el abuso del derecho al establecer sus elementos de la siguiente manera:

- Debe analizarse la existencia de un elemento volitivo, esto es, “la intención de provocar un daño o de obtener una ventaja injustificada. Se trata del ejercicio de derechos políticos con ‘*un propósito que excede la finalidad del derecho de votar a favor o en contra de una determinación*’ [énfasis propio]”³⁰.

En este punto llama la atención cómo la SDS en un fallo posterior, analizó tanto la conducta del demandado como la del demandante, para entender si las actuaciones de uno y otro habrían sido justificables a la luz de la teoría del abuso del derecho. En ese caso la SDS indicó que:

Sin perjuicio de lo anterior, en el presente caso existe un atenuante que debe ser tenido en cuenta al momento de examinar las actuaciones de los demandados. En verdad, el Despacho estima que la conducta de los antiguos administradores de Colvinsa S.A. constituyó una defensa proporcional ante las medidas adoptadas por el grupo de accionistas liderado por el señor Kassem.³¹

Para establecer la existencia de ese elemento volitivo, se podrían analizar elementos indiciarios de esa intención dañina, que, según la SDS, podría desprenderse de la existencia de un conflicto intra societario previo, no obstante lo cual las pruebas que se alleguen al proceso deben dejar claro, sin lugar a duda alguna, que el infractor tenía una intención reflexiva de un resultado determinado:

La simple existencia de un conflicto intrasocietario no es suficiente para concluir, sin más, que las determinaciones controvertidas en un proceso de abuso de mayoría deben ser anuladas. Para que se imponga esta sanción,

³⁰ Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos Mercantiles, Serviucis S. A. contra Nueva Clínica Sagrado Corazón S. A. S., Sentencia de 19 de diciembre de 2013.

³¹ Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos Mercantiles, Colombiana de Envases Industriales (Colvinsa) S. A. contra Adelaida Portillo Lizarazo y otros, Sentencia de 2 de julio de 2014.

es necesario que se aporten pruebas adicionales que permitan constatar el ánimo lesivo del accionista mayoritario.³²

Esto llevó entonces a la jurisprudencia de la SDS a manifestar abiertamente que en materia del abuso del derecho existe una carga probatoria calificada. Particularmente sobre el abuso de la mayoría, la jurisprudencia de la SDS expresó lo siguiente:

Para resolver el presente caso, es preciso recordar que, tal y como lo ha sostenido esta Superintendencia, a los demandantes en un proceso de abuso de mayoría *les corresponde una elevada carga probatoria*. [...] Para tal efecto, no será suficiente alegar que las decisiones aprobadas en una reunión asamblearia fueron contrarias a los intereses subjetivos de un accionista minoritario, sino que, más bien, *deberá probarse que las actuaciones del controlante estuvieron motivadas por una finalidad ilegítima. De no satisfacerse esta carga probatoria, las pretensiones del minoritario inconforme serían inexorablemente desestimadas* [énfasis propio]³³.

- La existencia de un daño a la sociedad o a otros socios, o la obtención de una ventaja injustificada a favor de quien actuó abusivamente o de un tercero³⁴.

Nótese en todo caso, que la SDS buscó matizar sus fallos, de manera que se entienda que los derechos de la mayoría o de la minoría no son absolutos, en un esfuerzo por balancear los intereses de uno y otro a efectos de permitir el tráfico mercantil:

Sin perjuicio de lo anterior, es pertinente aclarar que la presente decisión debe interpretarse en forma restrictiva. Lo expresado en esta sentencia *no puede entenderse en el sentido de que los accionistas minoritarios cuentan*

³² Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos Mercantiles, Martha Cecilia López contra Comercializadora G. L. S. A. S. y otros, Sentencia de 17 de septiembre de 2015.

³³ Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos Mercantiles Martha Omaira Cárdenas Castelblanco contra Omar Dionisio Cárdenas Castelblanco y otros, Sentencia de 22 de febrero de 2016. También ver Sentencia de Edgar Orlando Corredor contra Induesa Pinilla & Pinillas S. en C. y Juan Manuel Pini-lla, 11 de mayo de 2018, Sentencia de Sandra Beatriz Martínez González contra Sagrotrán S. A., 8 de agosto de 2019 y Sentencia de Sforza Emprendimientos S. A. S. contra Proyecto Calle 100 S. A. S. hoy liquidada y otros, 8 de agosto de 2019.

³⁴ Ver Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos Mercantiles, Capital Airports Holding Company contra CAH Colombia S.A., Sentencia de 27 de febrero de 2014, y sentencia de Isabel Cristina Sánchez Beltrán contra Centro Integral de Atención del Infractor de Tránsito S. A. S. y otros, 18 de julio de 2014.

con un derecho intrínseco a participar en los órganos de administración de una compañía, ni mucho menos que, una vez tales asociados formen parte de la junta directiva, se conviertan en funcionarios inamovibles. Es claro para este Despacho que la elección y remoción de los directores de una compañía les corresponde a los accionistas, reunidos en el seno del máximo órgano social, con sujeción al sistema de votación aplicable tales efectos. En este pronunciamiento simplemente se censura, por abusivo, el voto ejercido con la finalidad, a todas luces ilícita, de ocasionar perjuicios y obtener ventajas indebidas, particularmente en hipótesis de conflicto y en el curso de un proceso de venta sobre el control de una compañía [énfasis propio].³⁵

Es de destacar, sin embargo, que la SDS aplicó los principios así analizados fundándose en los parámetros del Artículo 43 de la Ley 1258 de 2008, extendiéndolos a conflictos societarios en sociedades distintas a la sociedad por acciones simplificada³⁶, lo que contrasta con las decisiones arbitrales atrás analizadas que tomaban el Artículo 43 de la Ley 1258 de 2008 como un criterio más de interpretación del régimen del abuso del derecho pero no lo limitaba exclusivamente a ese artículo como al parecer quería hacerlo la jurisprudencia de la SDS.

Sin perjuicio de lo anterior, vale la pena destacar que hay un pronunciamiento de la Delegatura de Procedimientos Mercantiles de la SDS que pareció alejarse de los parámetros jurisprudenciales así analizados. En un caso en donde se debatían pretensiones de abuso del derecho en el contexto de una sociedad en comandita por acciones³⁷, la SDS, luego de manifestar que el origen de la regulación en Colombia del conflicto de intereses es el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008 y que en virtud de lo establecido por el artículo 252 de la Ley 1450 de 2011 y el Artículo 24 numeral 5 del Código General del Proceso no se restringía en su aplicación exclusivamente a las sociedades por acciones simplificadas, echó mano de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

³⁵ Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos Mercantiles Serviucis S. A. contra Nueva Clínica Sagrado Corazón S. A. S., Sentencia de 19 de diciembre de 2013.

³⁶ Ver por ejemplo la aplicación de esos principios en la sentencia de Colombiana de Envases Industriales (Colvinsa) S.A. contra Adelaida Portillo Lizarazo y otros, 2 de julio de 2014 y la Sentencia de Martha Cecilia López contra Comercializadora G. L. S. A. S. y otros, 17 de septiembre de 2015.

³⁷ Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos Mercantiles Cristina Vargas Guerrero y Constanza Vargas Guerrero contra Nicolás Vargas Guerrero y Promotora y Administradora de Sociedades y Cía. (Proadso y Cía.) S. C. A., Sentencia de 2 de mayo de 2019.

profusamente citada por la justicia arbitral, para concluir que respecto del elemento volitivo ampliamente defendido por la SDS también es posible verificarlo “bajo forma objetiva cuando la lesión proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio de determinada facultad, vista la finalidad para la cual fue esta última incorporada y reconocida en el ordenamiento positivo” y que por lo tanto

[...] la falta imputable a título de dolo o culpa grave no es un elemento indispensable para la adecuada caracterización del abuso del derecho concebido como “[...] principio general incorporado al ordenamiento por la jurisprudencia en desarrollo de la norma del artículo 8o de la Ley 153 de 1887.

Finalmente, en un fallo posterior del año 2021, la SDS volvió a su posición reiterada, de la exigente carga probatoria para quien decida alegar el abuso del derecho, en todos los contextos de dicho abuso, incluso para el evento del abuso de paridad.³⁸

4. CONCLUSIONES

El papel del arbitraje en materia societaria fue preponderante para el desarrollo de esa materia desde la década de los 90 hasta la fecha. El arbitraje se constituyó en el mecanismo esencial de resolución de conflictos societarios, y a pesar del advenimiento de las competencias plenas a la SDS para la solución de ese tipo de conflictos, continúa coexistiendo y generando algunas de las decisiones más relevantes para el derecho societario.

Si bien hay matices en la forma en que la jurisprudencia arbitral y la de la SDS abordan el estudio del abuso del derecho en materia societaria, es cierto que los principios con los que se guía la SDS en sus fallos se decantaron luego de la actividad arbitral de la década de los 90 y la primera década del siglo XXI, y que al final ambas corrientes de pensamiento llegan a un mismo resultado: el castigo del acto abusivo, la reparación del año, y cuando ello es posible el “restablecimiento del derecho”.

Es importante señalar que aun cuando ambas corrientes jurisprudenciales se han desarrollado en protección de intereses societarios similares, la forma en que abordan el origen del abuso del derecho es algo distinta,

³⁸ Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos Mercantiles, William de Jesús Ramírez González contra Olga Lucía Acevedo Moreno y Golpeautos Colisiones S.A.S., Sentencia de 2 de marzo de 2021.

toda vez que la jurisprudencia de la SDS ha sido más insistente en que debe probarse un elemento “volitivo”, esto es, la intención de quien abusa del derecho en causar un daño u obtener un beneficio injustificado, mientras que la jurisprudencia arbitral ha tendido a ser más amplia invocando elementos objetivos “sin que sea indefectible aludir a la mala fe, a la temeridad, o actos típicamente protervos”.³⁹

Por lo anterior, y ante lo profuso del uso del mecanismo arbitral en materia societaria, es previsible continuar nuevos avances en la materia. Sería ideal que ambas corrientes lograran conciliar una postura “unificada” sobre el origen o causa del acto abusivo, no obstante lo cual el debate judicial ha sido enriquecedor.

³⁹ Laudo Arbitral de Carlos Hakim vs. Gyptec S. A. y otros, 15 de mayo de 2017.

Referencias

Doctrina

- Francisco Reyes Villamizar, “La sociedad por acciones simplificada: Una verdadera innovación en el derecho societario latinoamericano” (Bogotá, Legis), *Revista Foro Derecho Mercantil*, N°:22, ene.-mar./2009.
- Jacelly Céspedes, Maximiliano González y Carlos A. Molina, “Ownership and capital structure in Latin America”, *Journal of Business Research*, 63 (2010), 290., <https://ssrn.com/abstract=1755785>.
- Nestor Humberto Martínez Neira, *Cátedra de Derecho Contractual Societario*, (Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010).
- Proyecto de Ley 196 de 2011 –Cámara–, *Gaceta del Congreso*, Año XX, N.º 250, 11 de mayo de 2011.
- R. Kraakman, P. Davies, H. Hansmann, G. Hertig, K. Hopt, H. Kanda, y E. Rock, *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, (Oxford University Press 2004).
- Samuel Finkielstein y otros, *Comentarios al Código de Comercio*, 2ª Ed., Vol. I, (Bogotá, Gama Impresores Ltda., 1980).

Jurisprudencia

- Corte Constitucional, Sentencia C-1641 de 2000.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 1 de abril de 2003.
- Laudo Arbitral de Guillermo Mejía Rengifo contra Lucila Acosta Bermudez Alfonso Mejía Serna e Hijos Ltda. y otros, 17 de marzo de 2004.
- Laudo Arbitral de German Alfonso y Cía. Ltda. y otros contra Dataflux S. A. y otros, 29 de noviembre de 2005.
- Laudo Arbitral de Elio Sala contra Manuel de Bernardi y otros, 2 de octubre de 2007.
- Laudo Arbitral de Yepes Ávila y Cía. S. en C. y Otros contra Inversiones Lopera Macias S. en C. y otros, 3 de agosto de 2011.
- Laudo Arbitral de Nelly Daza de Solarte contra CSS Constructores S. A. y otros, 7 de diciembre de 2016.
- Laudo Arbitral de Carlos Hakim vs. Gyptec S. A. y otros, 15 de mayo de 2017.
- Laudo Arbitral de Ernesto Serrano Pinto contra William Serrano Pinto y otros, 6 de marzo de 2020.
- Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos Mercantiles, SAC Estructuras Metálicas S. A. contra José Daniel Correa Senior y Otros, Sentencia de SAC 9 de julio de 2013.
- Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos Mercantiles, Serviucis S. A. contra Nueva Clínica Sagrado Corazón S. A. S., Sentencia de 19 de diciembre de 2013.

- Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos Mercantiles, Capital Airports Holding Company contra CAH Colombia S. A., Sentencia de 27 de febrero de 2014.
- Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos Mercantiles, Colombiana de Envases Industriales (Colvinsa) S. A. contra Adelaida Portillo Lizarazo y otros, Sentencia de 2 de julio de 2014.
- Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos Mercantiles, Isabel Cristina Sánchez Beltrán contra Centro Integral de Atención del Infractor de Tránsito S. A. S. y otros, Sentencia de 18 de julio de 2014.
- Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos Mercantiles, Alvaro José Rizo contra Emi Records, Auto de fecha 17 de septiembre de 2014.
- Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos Mercantiles, Martha Cecilia López contra Comercializadora G. L. S. A. S. y otros, Sentencia de 17 de septiembre de 2015.
- Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos Mercantiles, Martha Omaira Cárdenas Castelblanco contra Omar Dionisio Cárdenas Castelblanco y otros, Sentencia de 22 de febrero de 2016.
- Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos Mercantiles, Edgar Orlando Corredor contra Induesa Pinilla & Pinillas S. en C. y Juan Manuel Pinilla, Sentencia de 11 de mayo de 2018.
- Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos Mercantiles, Cristina Vargas Guerrero y Constanza Vargas Guerrero contra Nicolás Vargas Guerrero y Promotora y Administradora de Sociedades y Cía. (Proadso y Cía.) S. C. A., Sentencia de 2 de mayo de 2019.
- Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos Mercantiles, Sandra Beatriz Martínez González contra Sagrotrán S.A., Sentencia de 8 de agosto de 2019.
- Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos Mercantiles, Sforza Emprendimientos S. A. S. contra Proyecto Calle 100 S.A.S. hoy liquidada y otros, Sentencia de 8 de agosto de 2019.
- Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimientos Mercantiles, William de Jesús Ramírez González contra Olga Lucía Acevedo Moreno y Golpeautos Colisiones S. A. S., Sentencia de 2 de marzo de 2021.

Homenajes & congresos

Este libro recoge una aproximación de los autores sobre diferentes temas del Estatuto de Arbitraje, Ley 1563 de 2012, tanto desde la perspectiva del arbitraje doméstico como del arbitraje internacional.

Los artículos que componen este libro se han escrito de forma sencilla y de fácil comprensión para aquellos que inician el estudio de las materias que aquí son abordadas. Lo anterior, por supuesto, sin renunciar al rigor necesario desde la perspectiva jurídica de una institución tan importante en el mundo del derecho como lo es el arbitraje. En esta obra, los autores abordan diversos temas relacionados con el arbitraje que van desde su génesis y la importancia del pacto arbitral a temas como la intervención de terceros, el recurso de anulación del laudo, las medidas cautelares, el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros en Colombia y el arbitraje en materia societaria, entre otros. En fin, los autores buscan que los lectores tengan una visión integral de esta institución jurídica, entendiendo que la mayoría de los destinatarios de estos artículos son estudiantes universitarios de derecho con un especial interés en el mundo del arbitraje.

Los comentarios y consideraciones realizados por los autores no pretenden pontificar o ser la única verdad sobre las materias objeto de estudio. En cambio, su vocación es la de invitar a la reflexión y al estudio riguroso de esta interesante área del derecho. Los autores esperan que este libro cumpla el propósito de generar gran interés por la materia y sirva como herramienta de estudio y conocimiento.



tirant
lo blanch

