



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

Magistrado Ponente

SC9909-2017

Radicación n° 11001-02-03-000-2014-01927-00

(Aprobada en sesión de veintiocho de junio de dos mil diecisiete)

Bogotá, D.C., doce (12) de julio de dos mil diecisiete (2017).

Se decide la solicitud de reconocimiento del laudo arbitral proferido en el caso n° 16088/JFR/CA, administrado por la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, en el proceso que promovió Tampico Beverages Inc. contra Productos Naturales de la Sabana S.A. Alquilería, con escrito de reconvención.

ANTECEDENTES

1. El apoderado judicial de Tampico Beverages Inc. (en adelante Tampico) solicitó la homologación del laudo, por el cual se desató la controversia respecto a la terminación del contrato de licencia de marca celebrado con Productos Naturales de la Sabana S.A. (en lo que sigue Alquilería), en el

cual se ordenó *«a Alquería a pagar a Tampico el 50% de los gastos administrativos de la CCI y los honorarios de los miembros del Tribunal Arbitral, fijados por la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, incurridos por Tampico, en el monto de US\$130,000.00» y «el 50% de los costos incurridos por Tampico para su defensa en este arbitraje que equivale al monto de US\$635,430.50»* (folio 170).

2. Los hechos relevantes de la solicitud pueden compendiarse así (folios 231-257):

2.1. El 1 de febrero de 2001 las partes celebraron un negocio de licencia de marca, que se ejecutó hasta el año 2009, momento en el cual se presentaron desavenencias respecto a su cumplimiento.

2.2. Concluido el contrato por Tampico, ésta promovió proceso arbitral para que se declarara que su terminación se ajustó a la ley, y se desestimara la existencia de una agencia comercial entre las partes, con una condena de perjuicios por la indebida comercialización de los productos identificados con la marca. Alquería se opuso y formuló demanda de reconvención.

2.3. El laudo final se emitió el 25 de junio de 2012. Los juzgadores accedieron a las súplicas del libelo inicial, salvo la relativa al pago de la indemnización deprecada. La contrademanda fue desestimada, por no existir entre las partes un contrato de agencia.

3. La Corte de Apelaciones de Santiago de Chile rechazó la anulación presentada por Alquilería, al encontrar que los árbitros actuaron dentro de sus facultades legales y convencionales (folios 218-224).

TRÁMITE DEL EXEQUÁTUR

1. Esta Corporación, en aplicación del artículo IV de la Convención Sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958 (en lo subsiguiente Convención de Nueva York o CNY), inadmitió la solicitud inicial, por faltar el original o copia auténtica del pacto arbitral, y de la constancia de ejecutoria (folios 260-263).

2. Al decidirse el remedio horizontal propuesto contra el anterior proveído, se admitió la demanda y se ordenó correr traslado a la parte afectada, con la precisión que el trámite se sujetaría a los dictados de la Convención de New York, *«siempre y cuando la Ley 1563 de 2012 no establezca un régimen más favorable»* (folio 314 reverso).

3. Surtido el enteramiento a la demandada, ésta se opuso, alegando que en el proceso arbitral se impidió el ejercicio de sus derechos, se desatendió el procedimiento convencionalmente pactado, y con la decisión se vulneró el orden público internacional de Colombia (folios 578-669).

4. La convocante, a *mutuo proprio* y en desarrollo de los derechos de defensa y contradicción, respondió al anterior escrito oponiéndose a sus fundamentos (folios 705-728).

5. Por auto 1927 de 19 de mayo de 2017, se admitieron como pruebas documentales las allegadas con el libelo inicial, el escrito de oposición, y la respuesta a este último, según el mérito que pudiera asignárseles. De manera opuesta, se negaron las solicitudes probatorias, por no estar previsto, en el trámite de exequatur de laudos internacionales, una etapa para su práctica.

ARGUMENTOS DE LA OPOSICIÓN

1. Sostuvo que Tampico, el 4 de febrero de 2009, designó a Eduardo Silva Romero como árbitro, quien aceptó y señaló que no existían situaciones que afectaran su independencia o imparcialidad.

El día 27 del mismo mes y año, esta sociedad, nombró a E Z como abogado de confianza, frente a lo cual, el mencionado juzgador ratificó su declaración de objetividad para decidir, sin que con posterioridad hiciera manifestaciones adicionales, a pesar que, en el formulario de aceptación y en el reglamento de arbitraje de la CCI, expresamente se advierte sobre la divulgación de todos los hechos que puedan afectar la independencia, tales como las relaciones con los apoderados de las partes.

2. Después de la interposición del recurso de anulación contra el laudo se descubrió que, ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a la Inversión -CIADI-, la firma de la cual es socio el señor Silva Romero -Dechert LLP- promovió un proceso en contra de la República de Perú, en el cual se designó a E...Z... como árbitro.

Significa que, «*de manera simultánea (i) el apoderado de Tampico en el Arbitraje 16088 (E...Z...) fungía como árbitro en el Caso CIADI; y (ii) el árbitro designado por Tampico para el arbitraje 16088, doctor Eduardo Silva Romero[,] era socio de la firma de abogados que representaba a Conviaf Callao en el caso CIADI, mismo donde el doctor Z... fungía como árbitro*» (folios 608-609). Esta situación era desconocida por los coárbitros.

Tal paralelismo de roles inició el 23 de julio de 2010 (comienzo del proceso ante el CIADI) y concluyó el 25 de junio de 2012 (terminación de la causa administrada por la CCI).

3. Arguyó que la independencia e imparcialidad son componentes estructurales del debido proceso, que se encuentran reconocidos en múltiples tratados sobre derechos humanos, por lo que su desconocimiento debe llevar a la denegación del exequatur, al transgredir el orden público internacional de Colombia, como lo reconoció la Corte en proveído de 27 de julio de 2011.

Aseguró que, varias normas en materia arbitral, incluyendo las directrices de la IBA (*International Bar Association*), reconocen la obligatoriedad de la objetividad de los árbitros, que se expresa, entre otras cargas, en la revelación de todos los factores que puedan comprometerla.

Citó la sentencia C-305 de 2013, en la que se analizó la constitucionalidad del artículo 15 de la ley 1563, para denotar que el deber de divulgación garantiza la imparcialidad, independencia, debido proceso y buena marcha de la administración. En el mismo sentido, refirió la sentencia de 25 de julio de 2016 del Consejo de Estado.

4. Preciso que *«la revelación de las relaciones entre un árbitro y el apoderado de las partes -como es aquí el caso del árbitro, doctor Silva Romero con el apoderado de Tampico E...Z...- es materia que ciertamente cae dentro de las situaciones que deben ser inmediatamente informadas, por corresponder a aquellas que pueden suscitar dudas justificadas acerca de la independencia e imparcialidad del árbitro»* (folios 644-645). Así lo consagró el artículo 15 de la ley 1563 y se desprende de las directrices de la IBA, en fundamento de lo cual invocó varios doctrinantes.

Desestimó que, el secreto profesional, pudiera oponerse a la comunicación de los datos relevantes, pues en estos casos el árbitro debe rehusar su designación o renunciar a la misma, como lo previenen las reglas en cita. Tampoco sirve de exoneración que la información sea

pública, pues la divulgación es un deber que está en cabeza de los árbitros.

5. Afirmó que *«[l]a omisión del árbitro, doctor Silva Romero[,] de informar su relación con el apoderado de Tampico... le impidió a Alquería hacer valer en el Arbitraje 16088 un derecho fundamental»* (folio 649), en concreto, contar con un tribunal independiente, pues no pudo recusar al árbitro, conforme lo permitía el artículo 11 del Reglamento de Arbitraje de la CCI, lo que atenta contra el orden público internacional de Colombia.

Adicionalmente, el procedimiento arbitral pactado fue desatendido, porque el reglamento en cita imponía a los árbitros *ser y permanecer* independientes, lo que no sucedió respecto al señor Silva Romero, quien faltó a su deber de develamiento, razón suficiente para negar efectos al laudo, como ha procedido en casos similares el Consejo de Estado y algunos tribunales franceses.

Reiteró que el debido proceso integra el orden público, el que se ve desatendido cuando hay fallas en el proceso de divulgación de hechos relevantes, como lo reconoció la Corte Constitucional en la sentencia C-305 de 2013.

RESPUESTA DE LA DEMANDANTE

1. Aclaró que, el nombramiento del señor Silva Romero como árbitro, fue previa a la designación de E... Z..., y, en

todo caso, la composición del tribunal administrado por el CIADI era de público conocimiento, ya que esta información fue difundida a través del sitio web del centro y de revistas especializadas.

Advirtió que el laudo emitido en el nuevo proceso fue adoptado por unanimidad y en contra de los intereses de la parte representada por Dechert LLP, a quien incluso se le negaron las medidas cautelares solicitadas, decisión última que se profirió antes del fallo emitido en el caso 16088.

Descartó, entonces, que existieran circunstancias fácticas que pusieran en entredicho la independencia e imparcialidad del doctor Romero Silva.

2. Aseveró que el opositor edificó sus reflexiones sobre las normas que regulan el arbitraje nacional, las que son exóticas al presente trámite y desatienden el principio de internacionalidad consagrado en la ley 1563.

Precisó que, por ser aplicable a la controversia el derecho chileno, mal podrían invocarse disposiciones nacionales, so pena de vulnerar las máximas de soberanía y territorialidad. Y es que, la valoración de la conducta del árbitro, debe hacerse a la luz del reglamento de arbitraje de la CCI y de las disposiciones del citado país, que incorporan un estándar diverso al doméstico, en tanto carecen de un listado específico de situaciones que deban revelarse, y no prevén la recusación por los defectos en el develamiento.

Frente a las situaciones que deben declararse, trajo a consideración las reglas de la IBA y la Nota de Orientación al Reglamento CCI de 2012, para dilucidar que se no lista, como de imperativa divulgación, la conducta descrita por la Alquería. En todo caso, puntualizó que la deficiente revelación no conlleva, *ipso iure*, la descalificación del árbitro, mucho menos, la anulación o no reconocimiento del laudo.

3. Explicó que, únicamente la vulneración material y efectiva del debido proceso, podría impedir la homologación, siempre que se traduzca en una afectación del «*resultado del arbitraje*» (folio 719) y que el tema se haya ventilado en anulación.

Repudió la supuesta privación del derecho de la demandada a presentar su caso ante un tribunal objetivo, pues no está demostrada la actuación parcializada del árbitro Romero Silva; por el contrario, el tribunal constituido ante el CIADI falló en contra de los intereses de la prohiada de aquél, lo que demuestra la ecuanimidad de su decisión en el caso 16088, que se decidió por unanimidad.

Concluyó que la censura se basa en sospechas, carentes de fundamentación fáctica y alejadas de los estándares legales aplicables.

4. Rechazó que la Alquería no alegara, en sede arbitral o de anulación, la supuesta afectación de sus garantías, pues los datos sobre la designación de los árbitros en el proceso CIADI, estuvieron disponibles desde el 23 de julio de 2010. La demora de casi un año en promover la reclamación sugiere que la demandada *«consideró que los hechos de los que ahora se queja no suponían una violación a sus derechos... o que... no eran de tal entidad como para ser invocados como causal de anulación... o prefirió guardarse sus alegaciones como un ‘as bajo la manga’ para presentarlas en este proceso»* (folio 721).

5. Desechó la vulneración al procedimiento arbitral, en tanto la opositora no justificó su conclusión, más allá de recordar sus quejas sobre la independencia e imparcialidad. En todo caso, amén de la experiencia del doctor Silva Romero, *«resulta apenas lógico concluir que si... no reveló que era apoderado en un caso de inversión... es porque tenía plena convicción y conocimiento de que tal situación no es de aquellas que debe ser revelada a las partes de conformidad con el reglamento CCI»* (folio 722).

Reiteró que Alquería pudo haber recusado al árbitro dentro del proceso arbitral, por lo que su inacción no puede cohonestarse.

6. Cuestionó que el estándar aplicable a un árbitro nacional, encargado de administrar justicia y, por ende, sometido a los requerimientos de los jueces, pueda

extenderse a uno internacional, so pena de atentar contra la soberanía de los estados. Desdeñó que las disposiciones sobre revelación, propias de los juicios domésticos, integren el orden público internacional, pues no fueron duplicadas al regular la materia en la ley 1563.

Despreció que la sentencia C-305/13 pudiera considerarse en el caso, pues su análisis se centró en el arbitraje local y el rol de los árbitros cuando administran justicia, reflexiones extrañas al internacional.

Recordó que el orden público, según el derecho internacional privado, no se confunde con el constitucional o el interno, sino que se refiere a los valores o principios básicos de la nación, tales como las garantías fundamentales que aseguran el derecho de defensa y un juicio ecuánime, cuya desatención no se mostró de forma incuestionable en el caso.

Con todo, aunque se admitiera que la revelación es un estándar internacional, no se probó el perjuicio incuestionable a lo público; por el contrario -aseveró-, se demostró el desinterés de los árbitros, porque las decisiones finales fueron adoptadas por unanimidad, sin que haya evidencia de faltas a la integridad por parte de los juzgadores.

Concluyó que la oposición pretende desviar el estudio del derecho aplicable, para adentrarse en la noción de

orden público, lejana a su entendimiento en el campo del derecho internacional privado.

CONSIDERACIONES

1. La presente decisión se sujetará a la ley 1563 de 2012, por cuanto el proceso de exequatur se promovió el 27 de agosto de 2014 (folio 259), esto es, después de su entrada en vigencia.

De acuerdo con los artículos 64 ibidem y 605 del Código General del Proceso, este último estatuto no resulta aplicable a la materia, pues sólo podrán considerarse las reglas especialmente diseñadas para el reconocimiento de laudos arbitrales proferidos en el extranjero. También serán observados los instrumentos internacionales suscrito por Colombia, siempre que se encuentren en vigor.

La competencia para conocer de la actuación está radicada en la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, por expreso mandato del inciso segundo del artículo 68 de la ley en cita, y el numeral 4 del artículo 30 de la codificación procesal mencionada.

2. La homologación es un trámite jurisdiccional que busca otorgar, a una sentencia judicial proveniente del exterior, o a un laudo internacional, efectos equivalentes a los de un proveído local, de suerte que, sin adelantar un

nuevo juicio, pueda lograrse su cumplimiento o ejecución en Colombia.

Los interesados, de esta forma, logran que la resolución proferida por un juzgador foráneo haga tránsito a cosa juzgada al interior de otro, evitando que cada jurisdicción emita un pronunciamiento particular con eventuales contradicciones.

Tal posibilidad, supone una atenuación del principio de soberanía nacional, originado en el deber de colaboración armónica entre los estados, en orden a facilitar el tránsito de personas y capitales que es connatural a la sociedad globalizada en que vivimos.

Esta Sala ha señalado que:

La dinámica que impone la globalización de todas las actividades de la sociedad moderna, caracterizada por la interconexión económica y cultural, derivada del tráfico de personas, bienes y servicios, ha influido en la tendencia actual del Derecho Internacional Privado de propugnar por el reconocimiento y cumplimiento de los fallos proferidos en el exterior, sobre una base previa de reciprocidad, constituyendo esa orientación una clara excepción a la facultad soberana de administrar justicia por los órganos de la jurisdicción en su respectivo territorio. (SC, 27 jul. 2011, rad. n° 2007-01956-00)

3. En el siglo XX se produjo una expansión del comercio mundial y, consecuentemente, del arbitraje como forma de resolución de controversias entre los comerciantes, quienes vieron la necesidad de contar con

mecanismos que permitieran otorgar efectos a los laudos al interior de los diferentes países, para garantizar la intangibilidad de estas decisiones y evitar la pluralidad de actuaciones.

Total que, en tratándose de transacciones transfronterizas, es común que intervengan variados actores, por lo que al presentarse una controversia entran en colisión diversas jurisdicciones y regímenes normativos, que de someterse a las *reglas de conflicto* del derecho internacional privado, llevaría a la bifurcación de la controversia en múltiples procesos y al sometimiento a un derecho nacional en beneficio de la parte allí domiciliada¹.

Para superar los anteriores escollos, en Ginebra, en el seno de la Sociedad de Naciones, el 24 de septiembre de 1923 se adoptó el «*Protocolo Relativo a las Cláusulas de Arbitraje en Materia Comercial*», que reconoce validez a los acuerdos arbitrales internacionales, como forma alternativa de solución de controversias.

El 26 de septiembre de 1927, en igual ciudad, se aprobó la *Convención para la Ejecución Sentencias Arbitrales Extranjeras*, que instauró un procedimiento estandarizado para la homologación de laudos internacionales, el cual entró a regir el 25 de julio de 1929, con la participación de más de 29 estados.

¹ Cfr. Brower, Charles H, *The Functions and Limits Arbitration and Judicial Settlement under Private and Public International Law*. En *Duke Journal of Comparative & International Law* 18.2 (2008): 259-310, p. 261.

Sin embargo, exigencias tales como el «*doble exequátur*», así como el extenso catálogo de causales para negar la homologación, impulsaron una revisión de los citados *acuerdos*, que concluyó con un nuevo marco regulatorio uniforme, aprobado en Nueva York el 19 de junio de 1958, por las Naciones Unidas, denominado «*Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras*». Este tratado fue aprobado en Colombia mediante la ley 39 de 1990.

En el ámbito interamericano también se adelantó una tarea de armonización, siguiendo de cerca este último instrumento. El primer mecanismo que se acogió fue la *Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional* (en el futuro *Convención de Panamá*), suscrita en la ciudad de Panamá el 30 de enero de 1975, vigente en nuestro país desde el 29 de diciembre de 1986².

También se firmó la *Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros*, adoptada en Montevideo el 8 de mayo de 1979. Autorizada en Colombia a través de la ley 16 de 1981, en vigor desde el 10 de septiembre de la misma anualidad, con el depósito de la ratificación ante la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos³.

² <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-35.html>.

³ <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-41.html>.

Estos tratados tuvieron eco en el regulación interna, con la expedición de la ley 315 de 1996, que reguló el arbitraje internacional, bajo la premisa que su pacto era posible, siempre que se cumpliera con uno de los eventos de internacionalidad reconocidos por el legislador, y se sometiera a los «[t]ratados, Convenciones, Protocolo y demás actos de Derecho Internacional suscritos y ratificados por Colombia» (artículo 2).

El Decreto 1818 de 7 de septiembre de 1998, compilatorio, entre otras normas, de la ley 267 de 1996, por la cual se aprobó el *Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, hecho en Washington el 18 de marzo de 1965*, expresamente previó:

Artículo 220.1. Todo Estado contratante reconocerá el laudo dictado conforme a este convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado...

3. El laudo se ejecutará de acuerdo con las normas que, sobre ejecución de sentencias, estuvieren en vigor en los territorios en que dicha ejecución se pretenda (artículo 54 Ley 267 de 1996)

Con ocasión de la adopción de la ley modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, por la *Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional* (CNUDMI), modificada en la 64ª Sesión Plenaria de 4 de

diciembre de 2006⁴, se creó la necesidad de armonizar las disposiciones locales con los estándares foráneos, lo que dio origen a la ley 1563, también denominada *Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional*.

En el Capítulo IX de la Sección Tercera de la esta ley, se consagró un procedimiento particular para el reconocimiento y ejecución de laudos internacionales, indicando los requisitos que deben satisfacerse (artículo 111), las causales de denegación (artículo 112), la competencia funcional (artículo 113), la normatividad aplicable (artículo 114), y el trámite a seguir (artículo 115). Claro está, sin perjuicio «*de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente en Colombia*» (artículo 62).

Así las cosas, «*[e]n materia de reconocimiento de laudos arbitrales proferidos en el exterior, el conjunto normativo cuya aplicación se impone a partir del 12 de octubre de 2012 -fecha en que entró en vigencia la Ley 1563- está integrado por la sección tercera de esa regulación y los instrumentos internacionales incorporados al ordenamiento jurídico positivo por haber sido suscritos y ratificados por el Estado colombiano*» (CSJ, SC8453, 24 jun. 2016, rad. n° 2014-02243-00).

4. El régimen de homologación se asienta en unas máximas, que le sirven de guía y de fuente de interpretación, las cuales pueden compendiarse de la

⁴ Cfr. https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf.

siguiente manera: (i) interpretación *pro-internacional*; (ii) principio *pro-ejecución* o *pro-reconocimiento*; (iii) taxatividad de las causales de denegación; (iv) ausencia de revisión sustancial; y (v) doble control. A continuación se glosarán.

4.1. Internacionalidad de la interpretación

Si bien el exequatur es un procedimiento eminentemente local, regulado por normas de orden público, lo cierto es que tiene relevancia en el ámbito mundial, pues del mismo depende que los laudos desaten de forma definitiva los litigios sometidos a conocimiento de los árbitros.

De allí que se busque una hermenéutica que trascienda la esfera nacional y que propenda por un entendimiento común o, por lo menos, armónica con la conceptualización realizada por estrados judiciales de otros países. No puede olvidarse que están sobre la mesa tratados multilaterales y normas modelo, por lo que sería irrazonable que cada estado tenga una interpretación diferente, aunque los supuestos normativos sean idénticos.

De allí que el artículo 64 de la ley 1563 consagrara el principio de *marras*, al prescribir que «*[e]n la interpretación del arbitraje internacional habrán de tenerse en cuenta **su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe***» (negrilla fuera de texto).

Se suscita, entonces, que las instituciones que rigen el arbitraje internacional sean analizadas de forma auto-referencial, de acuerdo con la exegética de mayor aceptación en el concierto mundial, en orden a favorecer la homogenización de su aplicación. Así lo señaló la CNUDMI el 7 de julio de 2006, al recordar que es deseable «*la interpretación y aplicación uniformes de las convenciones internacionales y de las leyes uniformes en el campo del derecho mercantil internacional*»⁵.

Exclúyase, en consecuencia, la posibilidad de acudir a los estándares locales para desentrañar el contenido de las prescripciones transnacionales, o para complementarlas, pues con esto se atentaría la mencionada internacionalidad. Por ello, el citado artículo 64 dispone que «*[l]as cuestiones reguladas en materia de arbitraje internacional que no estén expresamente resueltas en ella se resolverán de conformidad con los principios generales que la inspiran*».

Schwenzer y Muñoz, en consideraciones que son válidas para el presente caso -*mutatis mutandi*-, precisaron:

La referencia al carácter internacional... indica que el carácter de sus reglas debe ser tomado en consideración al aplicar cualquier método de interpretación. Plasma el principio de interpretación autónoma, esto es, el significado de los términos utilizados por la Convención debe ser determinado independiente a cualquiera idea interna preconcebida. Las soluciones desarrolladas deben

⁵ Recomendación relativa a la Interpretación del párrafo 2 del artículo II y del párrafo 1 del artículo VII de la convención sobre el reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York, el 10 de junio de 1958, aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional el 7 de julio de 2006, en su 39º período de sesiones.

*ser aceptables en distintos sistemas legales con distintas tradiciones legales*⁶.

4.2. Principio pro-reconocimiento

La Convención de Nueva York (artículo III) consagró, como compromiso obligatorio para los países firmantes⁷, reconocer la *autoridad de la sentencia arbitral* y conceder su ejecución, siempre que se satisfagan las condiciones allí previstas.

Canon similar se encuentra en el artículo 4 de la Convención de Panamá, que preceptúa que los laudos tienen *fuerza de sentencia judicial ejecutoriada*, y que «*[s]u ejecución o reconocimiento podrá exigirse en la misma forma que la de las sentencias dictadas por tribunales ordinarios nacionales o extranjeros*».

Para estos fines, el exequatur no podrá someterse a «*condiciones apreciablemente más rigurosas, ni honorarios o costas más elevados, que las aplicables al reconocimiento o a la ejecución de las sentencias arbitrales nacionales*» (artículo III de la CNY); en otras palabras, no será posible imponer cargas más onerosas al reconocimiento, que aquellas establecidas para el arbitraje local⁸.

⁶ Ingeborg Schwenzer y Edgardo Muñoz, *Comentario sobre la convención de las Naciones Unidas sobre Los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, Tomo I, Thomson Reuters, Aranzadi, 2011, España, p. 341.

⁷ Gary B. Born. *Arbitraje Internacional: Norma y práctica*, 2ª Ed., Wolters Kluwer, 2012, p. 379.

⁸ Suprema Corte de Juzgamiento de Canadá, 20 may. 2010, Caso n° 32738, Yugraneft Corp. v. Rexx Management Corp.

Se consagró una favorabilidad hacia la homologación, conocida como *pro-ejecución* o *pro-reconocimiento*, con el fin de preferir el otorgamiento de fuerza vinculante al laudo en el país en que se promueve el exequatur, aún en casos de duda, salvo que deba rechazarse por configurarse una causal de denegación.

Por ello, cuando deban aplicarse diversos marcos normativos o, una misma disposición admita múltiples interpretaciones, tal disyuntiva deberá resolverse a favor de la hermenéutica que suponga menores exigencias para el reconocimiento.

Esta regla ha sido inferida del artículo VII de la Convención de Nueva York, el cual ordena que *«[l]as disposiciones de la... Convención no afectarán la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales concertados por los Estados Contratantes ni privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque»*. Se entiende que se *«permite al país de reconocimiento otorgar un régimen más favorable al reconocimiento del laudo extranjero si ese régimen está acogido por un tratado acogido por ese país o por la legislación de derecho interno»*⁹.

⁹ Organización de los Estados Americanos, Departamento de Derecho Internacional, *Arbitraje Comercial Internacional: El Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias y*

4.3. *Taxatividad de las causales de denegación*

La Convención de Nueva York, como ya anunció, procuró la estandarización de los motivos para rehusar el exequatur de laudos internacionales, de suerte que este aspecto no quedara al arbitrio de cada país, sino que se propendiera por la uniformidad entre los diversos regímenes normativos, sin perjuicio del principio *pro-ejecución*.

Para estos fines, el tratado estableció un catálogo taxativo de siete (7) causales, cinco (5) de las cuales proceden a instancia de parte, y dos (2) de manera oficiosa¹⁰, que por su naturaleza excepcional deben interpretarse de forma restrictiva¹¹. En su orden son: incapacidad de las partes, invalidez del acuerdo de arbitraje, deficiencias procesales, alejamiento del ámbito de aplicación del pacto arbitral, incompetencia del tribunal, anulación o suspensión del laudo, ausencia de arbitrabilidad y vulneración del orden público.

Sobre la materia, esta Corporación ha manifestado que:

[L]a precitada convención [estableció] las únicas causas que pueden dar lugar a la negación del reconocimiento de la sentencia arbitral, congregándolas en dos grupos, según

Laudos Arbitrales Extranjeros, Reunión de Alto Nivel, Miami, Florida, 21 y 22 de enero de 2013, p. 132.

¹⁰ Cfr. CSJ, SC, 27 jul. 2011, rad. n° 2007-01956-00.

¹¹ Edgar Neira Orellana, *Arbitrabilidad, Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras y Legislación Ecuatoriana*. En Carlos Alberto Soto Coaguila, *Convención de Nueva York de 1958. Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras*, Instituto Peruano de Arbitraje, Magna Ediciones, 2009, p. 168.

provenzan de la actividad desplegada por la parte afectada con la sentencia, al demostrar la falta de convenio o cláusula compromisoria o vicios de forma en la integración del tribunal de arbitramento; o, emanen de la decisión que en tal sentido profiera la autoridad competente del país donde se pide el reconocimiento (SC, 20 nov. 1992).

Se trata de un listado *numerus clausus*, definido de manera exhaustiva¹², que guarda armonía con el artículo 5 de la Convención de Panamá¹³ y el artículo 112 de la ley 1563, aunque son algunas pequeñas variaciones.

4.4. No revisión sustancial

El tribunal, ante quien se promueva el exequatur, deberá circunscribir su estudio a la verificación de los requisitos formales establecidos en la regulación para concederlo, sin reexaminar la relación jurídica sustancial.

Recuérdese que la homologación no constituye una instancia adicional o un recurso de alzada, que permita al opositor cuestionar la decisión arbitral, sino un instrumento para revisar ciertos aspectos extrínsecos al proveído¹⁴ y garantizar su armonía con los estándares regulatorios del país. Por ello, el fallador no podrá adentrarse en la revisión «*de las decisiones*», ni «*introducir*

¹² Gary Born, *International Arbitration: Law and Practice*, Wolters Kluwer, 2a Ed., 2016, Países Bajos, p. 385.

¹³ Es principio admitido que la Convención de Panamá fue cuidadosamente diseñada para ser totalmente compatible con la Convención de Nueva York. Albert Jan van den Berg, *The New York Convention 1958 and Panama Convention 1975: Redundancy or Compatibility?* En *Arbitration International*, Kluwer Law International, Volume 5 Issue 3, 1989, p. 214.
214 - 229

¹⁴ CSJ, SC10089, 25 jul. 2016, rad. n° 2013-02702-00.

modificaciones o aclaraciones al contenido de las mismas» (CSJ, AC, 3 may. 2012, rad. n° 2008-01760-00).

Sobre el punto, el Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial (ICCA) señaló:

La corte no tiene la facultad para sustituir su propia decisión sobre el fondo por la decisión del tribunal arbitral incluso si el tribunal arbitral ha emitido una decisión errónea de hecho o de derecho.

*La Convención no permite una apelación de facto sobre aspectos procesales; más bien establece causales para la denegación del reconocimiento o ejecución solamente si la autoridad relevante encuentra que existe una violación de una o más de esas causales de denegación...*¹⁵

4.5. Doble control

La doble ejecución instaurada en los acuerdos de Ginebra fue eliminada por la Convención de Nueva York¹⁶ y, en su lugar, se estableció una coexistencia entre el recurso de anulación y la homologación.

Así, en el país de sede del arbitraje, se precavió la posibilidad de acudir a la justicia ordinaria para lograr la suspensión o anulación del proveído arbitral (literal e. del numeral 1 del artículo V ibidem), como una forma de control de validez del laudo. Adicionalmente, en el país en

¹⁵ International Council for Commercial Arbitration, Guía del ICCA para la Interpretación de la Convención de Nueva York de 1958, 2013, p. 81, disponible en <http://www.oas.org>.

¹⁶ Cfr. Calvin A. Hamiilton y Luis Capiel, *Pasado, Presente y Futuro de la Convención de Nueva York. Reseña con Consideración del Borrador de Van Den Berg*. En Carlos Alberto Soto Coaguila, ob cit, p, 348.

que se pretenda el reconocimiento, es menester impulsar un exequatur (artículos II, III, IV y V de la CNY), con el fin de viabilizar su cumplimiento o ejecución.

Se estableció un reparto de atribuciones, pues «*el juez de la sede del arbitraje es el encargado de controlar la validez del laudo, por vía de los recursos que su legislación interna habilite contra ellos; y el juez del lugar donde el laudo se intenta hacer valer es el encargado de hacerlo cumplir forzosamente, para lo cual debe aplicar su propia legislación, que usualmente le manda controlar, previamente, si se dan las condiciones que ésta exige para que un laudo extranjero sea susceptible de ejecución en ese Estado*»¹⁷.

Con la ley modelo de la CNUDMI se propendió por la unificación de las causales de anulación y reconocimiento, al punto de consagrar motivos paralelos que, en consecuencia, se someten a una interpretación común. Sobre el punto, se ha sostenido:

*Los motivos para impugnar un laudo en virtud de la Ley Modelo se deriva del artículo V de la Convención de Nueva York... En consecuencia, las precedentes relacionadas con el artículo V de la Convención de Nueva York son aplicables a las disposiciones correspondientes de los artículos 34 y 36 de la Ley Modelo. Estos precedentes aceptan que la regla general de interpretación del artículo V es que los motivos de denegación de la ejecución se deben interpretarse de forma restrictiva*¹⁸.

¹⁷ Roque J. Caivano, *Control Judicial en el Arbitraje*, Abeledo Perrot, 2011, Buenos aires, p. 237.

¹⁸ Corte Suprema de Ontario, 22 sept. 1999, caso Corporación Transnacional de Inversiones SA de CV versus STET Int'l SpA: «*The grounds for challenging an award under the Model Law are derived from Article V of the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (the "New York Convention")*».

Tal fue la tendencia acogida en la ley 1563 pues, las causales para la impugnación (artículo 108), son equivalentes a las de denegación de la homologación (artículo 112).

Esta asimilación no significa que los mecanismos pierdan su independencia, ya que se diferencian por los efectos territoriales que son predicables de cada uno. Total que la anulación, por promoverse en el lugar en que se profirió el laudo y conforme a la ley de dicho país, sólo tiene efectos en dicha circunscripción. Mientras que la homologación tendrá eficacia en el estado en que se promueva, por suponer una revisión del orden público interno.

De allí que, las decisiones adoptadas en cada uno de estos medios de control, carezcan de efectos en el otro, excluyéndose fenómenos como la litis-dependencia o la cosa juzgada.

Claro está, la Convención de Nueva York permite que el juzgador del reconocimiento se abstenga de conceder la solicitud si la sentencia arbitral *«ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia»* (literal e.

Accordingly, authorities relating to Article V of the New York Convention are applicable to the corresponding provisions in Articles 34 and 36 of the Model Law. These authorities accept that the general rule of interpretation of Article V is that the grounds for refusal of enforcement are to be construed narrowly: A.J. Van Den Berg, New York Convention of 1958 Consolidated Commentary, cited in Yearbook Comm. Arb. XXI (1996) at pp. 477-509».

del numeral 1 del artículo V de la CNY)¹⁹; así como aplazar su decisión, hasta que se falle el proceso en el exterior (artículo VI ibidem). Eventualidades que están sometidas a la discrecionalidad del órgano judicial, quien soportará su decisión en principios tales como la independencia, autonomía, celeridad, debido proceso y confianza legítima.

Colijase que, la falta de interposición de la anulación en manera alguna afecta el trámite del exequatur, ni restringe sus efectos, ya que este último puede adelantarse al margen de aquél e incluso en contravía de sus decisiones.

De allí que se sostenga que:

Está claro que una parte que tiene un laudo en su contra tiene dos opciones. Primero, puede recurrir a los tribunales del país donde el laudo fue dictado para intentar anularlo. Si el laudo es anulado, la anulación en sí misma es una razón para oponerse al reconocimiento en el marco de la Convención. Segundo, la parte deudora puede decidir no tomar ninguna acción para anular el laudo y esperar hasta que el reconocimiento sea buscado e intentar en esa etapa alegar una causal reconocida por la Convención para oponerse al reconocimiento²⁰.

5. Precisado el anterior marco normativo y los principios que lo inspiran, es menester listar los requisitos que deben satisfacerse para la prosperidad de la solicitud, para lo cual se tendrán en cuenta las convenciones de

¹⁹ Iguales reglas pueden consultarse en los artículos 5 (literal e.) y 6 de la Convención de Panamá, y 112 (ordinal v. del numeral a. e inciso final).

²⁰ Corte Suprema de Hong Kong, 13 jul 1994, caso China Nanhai Oil Joint Service Corp. Shenzhen Branch v. Gee Tai Holdings Co. Ltd.

Nueva York y Panamá, y la ley 1563, normas aplicables al caso, por haber sido Chile el país que sirvió de sede al arbitraje.

De forma previa debe recordarse que, en desarrollo del principio *pro-ejecución*, deberán considerarse los cánones que sean menos gravoso para el reconocimiento, aunque suponga dejar de lado lo prescrito por los instrumentos internacionales. Así se advirtió en auto de 18 de agosto de 2016:

El principio ‘pro-aplicación’, en otras palabras, impone al juzgador que conduzca el procedimiento según el marco normativo que tiene requisitos más laxos, aunque con ello se deje de lado lo dispuesto en la Convención de 1958. Eso sí, debe excluirse cualquier tipo de entremezclamiento de las normas, pues ello iría en contravía del objetivo de facilitar el reconocimiento de los laudos internacionales, como es propio del principio ‘pro-ejecución’...

En el *sub lite*, deberán acreditarse los siguientes requerimientos para acceder a la homologación pretendida:

(i) La decisión a homologar debe ser una sentencia arbitral.

El artículo I de la Convención de Nueva York dispone que este instrumento sólo es aplicable al reconocimiento de *sentencias arbitrales*, que «no sólo comprenderá las *sentencias dictadas por los árbitros nombrados para casos determinados, sino también las sentencias dictadas por los*

órganos arbitrales permanentes a los que las partes se hayan sometido».

Se afirma que sentencia de este tipo es una «*decisión vinculante adoptada en un proceso contencioso por un tercero nombrado directa o indirectamente por las partes, que resuelve una controversia jurídica entre ellas en torno a una determinada relación*», siempre que en el país de origen se le reconozca esta calidad. Tiene tal linaje «*tanto el laudo final que decide la controversia, como los laudos parciales que resuelven aspectos separables de la misma*»²¹.

Se desestima esta condición frente a «*las resoluciones intraprocesales mediante las cuales el tribunal arbitral ordena y conduce el procedimiento arbitral, con independencia de su denominación*», así como las «*cautelares ordenadas por los árbitros*»²², medidas preliminares y ordenes provisionales²³.

(ii) La controversia tiene que ser comercial.

El artículo 1 de la Convención de Panamá determina que el acuerdo arbitral será reconocido si cubre «*diferencias que pudiesen surgir o que hayan surgido... con relación a un negocio de carácter mercantil*», en una clara limitación sobre el tipo de disputas que son susceptibles de ser desatadas a través de árbitros.

²¹ Miguel Virgós, *El reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros*, En Revista del Club Español del Arbitraje, España, 2009, nº 5, p. 80 y 81.

²² Idem.

²³ International Council for Commercial Arbitration, op. cit., p. 17-19.

A su vez, la Convención de Nueva York precisa que la fuente puede ser «*contractual o no contractual*» (artículo II), excediendo la noción clásica de negocio mercantil, para comprender vínculos extracontractuales, siempre que se hayan originado en un acto o hecho mercantil.

(iii) *Allegar el laudo.*

La solicitud deberá estar acompañada del laudo original o de una copia del mismo, según lo previene el numeral 2 del artículo 111 de la ley 1563.

No se requiere el «*original debidamente autenticado de la sentencia o una copia de ese original que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad*», como lo establece el artículo IV de la CNY, por ser más favorable la norma local que eliminó la exigencia de la autenticidad.

«*Y es que... la normativa colombiana es una adaptación de la Ley Modelo de la CNUDMI... la que había sido revisada en el año 2006²⁴ ‘(...) para liberalizar los requisitos formales y reflejar la enmienda introducida en el artículo 7, relativo a la forma del acuerdo de arbitraje. Según el texto actual del*

²⁴ Recuérdesse el informe de ponencia para primer debate de la Ley 1563 en la Cámara de Representantes, en la cual se indica que “(...) *[e]n lo relativo al arbitraje internacional, este proyecto de ley toma como base lo establecido en la Ley Modelo Uncitral expedida en 1985 y reformada en el año 2006 (...)*” (Gaceta del Congreso 108 de 27 de marzo de 2012). Lo mismo se observa en el informe de ponencia del Senado de la República: “(...) *En relación con el arbitraje internacional, quizás el punto en el que merece la pena hacer el mayor énfasis es el que el Proyecto de Ley incorpora la tendencia internacional sobre la materia, a través de la adopción, en buena parte, de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, o por sus siglas en inglés, (Uncitral), en su versión más reciente (2006) (...)*” (Gaceta del Congreso 817 de 2 de noviembre de 2011).

párrafo 2) del artículo 35, ya no es necesario presentar una copia certificada del acuerdo de arbitraje (...)» (AC5269, 18 ag. 2016, dentro de la radicación).

(iv) Arrimar las traducciones.

Deberán traducirse las piezas que están en un idioma diferente al castellano, en los casos en que haya sido requerido por la autoridad judicial competente, según lo señalado en el artículo 111 de la ley 1563.

Repárese que, en todo caso, el artículo 260 del Código de Procedimiento Civil dispone que *«[p]ara que los documentos extendidos en idioma distinto del castellano puedan apreciarse como prueba, se requiere que obren en el proceso con su correspondiente traducción efectuada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, por un intérprete oficial o por traductor designado por el juez; en los dos primeros casos la traducción y su original podrán ser presentados directamente»* (actualmente 251 del Código General del Proceso).

(v) Inexistencia de motivos de denegación.

Satisfechos los requisitos formales antes enunciados, el juzgador deberá adentrarse en la revisión de las causales de denegación, verificando oficiosamente las que se encuentran bajo su resorte, así como las alegadas por el opositor en el trámite de reconocimiento.

Dispone el artículo V de la Convención de Nueva York que *podrá* denegarse el reconocimiento, cuando el convocado demuestre: «a) *Que las partes en el acuerdo... estaban sujetas a alguna incapacidad... o que dicho acuerdo no es válido...*; o b) *Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa;* o c) *Que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria...*; o d) *Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo... o... a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje;* o e) *Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida...*».

También es posible rechazar la súplica si el juzgador de la ejecución comprueba: «(a) *Que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible por vía de arbitraje;* o (b) *Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país*».

A su vez, el artículo 112 de la ley 1563 prescribe:

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.

Se advierte que, según la Convención de Nueva York, será potestativo de la Corte conceder o no el exequatur, por lo que es posible «*admitir la ejecución del laudo aun cuando alguna de esas causales se verifique*»²⁵. Diferente a la norma nacional, que ordena negar la solicitud de configurarse cualquiera de las causales.

6. El caso concreto

Aplicadas las anteriores consideraciones al reconocimiento del laudo arbitral proferido en el caso n° 16088/JFR/CA, encuentra la Corte que deberá accederse al

²⁵ Roque J. Caivano, *op. Cit.*, p. 329.

mismo, pues se satisfacen los requerimientos antes mencionados, como se detallará en los subsiguiente.

6.1. La decisión a homologar es una sentencia arbitral, emitida por un tribunal constituido bajo las reglas de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional²⁶, y en ella se resolvió de manera definitiva una controversia entre las partes, en desarrollo del pacto arbitral incorporado al contrato de 1 de febrero de 2001²⁷.

Adicionalmente, en la carátula de este documento expresamente se advierte que se trata de un *laudo final*²⁸. Aseveración que es armónica con el hecho 12 de la solicitud de exequatur²⁹, que fue aceptado por la convocada en el ordinal III del escrito de oposición³⁰.

6.2. El litigio giró en torno «a la vigencia y aplicación del Contrato de Licencia de la Marca suscrito entre Marbo Inc. y Alquería, en octubre de 2001»³¹, por lo que tiene una naturaleza eminentemente comercial.

Más aún, la demandada pretendió la aplicación de las normas sobre agencia mercantil, así como el pago de la cesantía reglada en el artículo 1324 del Código de Comercio, aspecto que es propio del ámbito comercial³².

²⁶ Folios 19-171.

²⁷ Folio 202.

²⁸ Folio 19.

²⁹ Folio 237.

³⁰ Folio 585.

³¹ Folio 23.

³² Ídem.

6.3. Junto con la solicitud de exequatur se allegó la copia del laudo arbitral³³, debidamente autenticada ante la Notaría Sexta del Círculo de Bogotá.

6.4. Por haberse adelantado el proceso, y emitido el laudo, en idioma castellano, no se solicitó la traducción de ningún documento.

En todo caso, las partes anexaron las traslaciones de los escritos redactados en idioma inglés, condición *sine qua non* para asignarles mérito de convicción en el presente caso.

6.5. Análisis de las causales de denegación oficiosas.

A continuación se verificarán los dos (2) motivos dispuestos por el legislador, como fundamento para negar de oficio el exequatur, trayendo a colación los argumentos del opositor.

Conviene precisar que la falta de alegación de un argumento, en el trámite de la anulación que cursó ante la Corte de Apelaciones de Santiago de Chile, no impide su invocación en el proceso de reconocimiento, como lo impone el principio de doble control, por lo que no se comparte el pretexto de la parte demandante en sentido contrario. Así las cosas, se revisarán todos los reparos del opositor.

³³ Folio 256.

6.5.1. Arbitrabilidad de la controversia:

Según el ordinal i. del literal b) del artículo 112 de la ley 1563, en concordancia con el literal (a) del numeral 2 del artículo V de la CNY, se denegará el reconocimiento de la providencia cuando el asunto decidido no sea susceptible de solución por vía arbitral.

En Colombia, según los artículos 116 de la Constitución Política y 13 (3) de la ley 270 de 1996, podrá acudir a este mecanismo de solución de conflictos en todos los casos señalados por la ley. A su vez, el canon 69 de la ley 1563 precisó que, en materia comercial internacional, se podrán arbitrar todas las controversias surgidas de *relaciones jurídicas determinadas, contractuales o no*.

A su vez, el precepto 15 del Código Civil dispone que sólo «*[p]odrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que solo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia*».

En suma, la arbitrabilidad objetiva está condicionada a que se trate de controversias comerciales, surgidas de una relación jurídica determinada, sobre derechos de libre disposición y susceptibles de ser renunciados.

En el caso se satisfacen estos elementos, porque la materia sometida a conocimiento de los árbitros versó sobre

la naturaleza de una relación comercial originada en un contrato marcario, entre partes claramente determinadas y frente a prestaciones que únicamente incumben a las mismas. Así se infiere de la descripción realizada por el tribunal arbitral:

Tampico sostiene que el Contrato es un contrato de licencia de marca y no se puede tipificar como un contrato de agencia comercial; que el Contrato expiró en sus propios términos, o por no haberse prorrogado por término indefinido y haberse dado una notificación de terminación legal y oportuna; y reclama daños y perjuicios a Alquilería por incumplimiento del Contrato durante su vigencia.

Alquilería sostiene que el Contrato se tipifica jurídicamente como de agencia comercial y que Tampico terminó unilateral e injustificadamente el Contrato; reclama la prestación de indemnización establecidas respectivamente en el inciso primero y segundo del artículo 1324 del Código de Comercio; así como los perjuicios generados por la terminación del Contrato en sus modalidades de daño emergente y lucro cesante³⁴.

Remárquese que los asuntos en disputa eran esencialmente patrimoniales, derivados de unos perjuicios causados con la supuesta terminación irregular de un contrato, cuya tipicidad también estaba en entredicho, por lo que son prestaciones renunciables y, por ende, transigibles.

6.5.2. Observancia del orden público

La homologación también será negada si se comprueba que «el reconocimiento o la ejecución del laudo

³⁴ Folio 23.

serían contrarios al orden público internacional de Colombia», como lo prescribe de forma categórica el ordinal ii. del literal b) del artículo 112 de la ley 1563.

Conviene anotar que la noción *orden público* no es unívoca, pues varía dependiendo del momento histórico y de las condiciones sociales, por lo que su concreción es en extremo dificultosa.

En antaño, se asociaba con los bienes públicos reconocidos por los integrantes de una comunidad determinada, medido en términos de salubridad, moralidad, confianza, seguridad individual, entre otros³⁵. Con posterioridad se concibió *como los principios fundamentales e intereses generales sobre los cuales descansa el ordenamiento jurídico del Estado*³⁶.

Sin embargo, modernamente se distinguen diferentes acepciones, dependiendo de su alcance y campo de aplicación. Por ejemplo, se habla de orden público (i) de dirección, para denotar las normas que regulan el logro de los objetivos del Estado³⁷; (ii) de protección, relativo a los instrumentos de promoción de actividades o personas³⁸; (iii) nacional, que incluye todos los principios y cánones que establecen las reglas mínimas de funcionamiento de la

³⁵ Hon. W. R. Biddle, *Public Policy*. En Law Student's Helper, n° 16, 1908, Estados Unidos de América, p. 155.

³⁶ Messineo, Francesco. *Doctrina General del Contrato*. S. Sentis Melendo y M. Volterra (Traductores), Ediciones Jurídicas Europa-América - R. O. Fontanarrosa, Buenos Aires, 1952, p. 484.

³⁷ Atilio A. Alterini, *El estatuto del consumidor*. En Trigo Represas, Félix y Stiglitz, Rubén S., *Contratos*, Ed. La Rocca, 2001, Argentina, p. 422.

³⁸ Idem.

sociedad; (iv) internacional, que denota los valores esenciales de un Estado, que no son susceptibles de negociación en el concierto internacional; (v) trasnacional, representado en los principios compartidos por todas las naciones civilizadas³⁹; (vi) verdaderamente internacional, vinculado a las nociones mínimas de justicia y moralidad que son aceptadas por diferentes sociedades alrededor del mundo⁴⁰.

Al margen de la admisibilidad de cada noción, lo cierto es que la ley 1563 precisó que el exequatur únicamente podrá rehusarse cuando se afecte el *orden público internacional de Colombia*. De esta forma dejó de lado una visión parroquial, propia del Código de Procedimiento Civil, en cuya virtud se exigía que el laudo no atentara contra ninguna norma de interés general. En la actualidad, bastará verificar que la sentencia arbitral esté en armonía con las máximas fundamentales de las diversas instituciones jurídicas patrias.

Esta es la posición aceptada por esta Corporación:

[E]l concepto de ‘orden público’ que en el foro nacional tiene la virtualidad de enervar el reconocimiento o la ejecución de un ‘laudo extranjero’, hecho bajo el amparo de la aludida Convención de Nueva York, se limita a los principios básicos o fundamentales de las instituciones... Por lo tanto, en principio, el desconocimiento de una norma imperativa propia del ‘foro’ del juez del exequátur, per se, no conlleva un ataque al mencionado instituto, lo será, si ello trae como consecuencia el

³⁹ Devin Bray y Heather L. Bray, *International Arbitration and Public Policy*, JurisNet LLC, 2015, New York, p. 25.

⁴⁰ Idem.

resquebrajamiento de garantías de linaje superior, como las antes enunciadas. (SC, 27 jul. 2011, rad. n° 2007-01956-00)

Así las cosas, «*únicamente si el laudo arbitral para el que se pide el reconocimiento lesiona los valores y principios básicos o fundamentales en que se inspiran las instituciones jurídicas del ordenamiento patrio, podría denegarse su reconocimiento*» (SC8453, 24 jun. 2016, rad. n° 2014-02243-00).

Integran el orden público internacional los derechos fundamentales, los bienes jurídicos tutelados por los tipos penales, el principio de la buena fe, la prohibición de abuso del derecho, y otros estándares que salvaguardan un mínimo de moralidad en la sociedad⁴¹.

Así mismo, la Sala precisó que «*comprende... garantías procesales pertinentes a este asunto, tales como la imparcialidad del tribunal arbitral y el respeto al debido proceso*» (SC5207, 18 ab. 2017, rad. n° 2016-01312-00).

Ahora bien, para concretar la noción de orden público es necesario acudir al principio *pro-ejecución*, con el fin de evitar hermenéuticas extensivas y acotar su alcance a los mínimos esenciales, así como resolver los casos dudosos a favor del reconocimiento. Tal es la regla interpretativa internacionalmente admitida y cuyo precedente más emblemático es la sentencia de 23 de diciembre de 1974, de la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de Estados

⁴¹ Cfr. SC12467, 7 sep. 2016, rad. n° 2014-02737-00.

Unidos de América⁴². Allí se dijo que el *sesgo pro-ejecución* conlleva una lectura restrictiva de la excepción del orden público, pues de lo contrario se desconocería la razón de ser de la Convención de Nueva York, como es «*remover los obstáculos preexistentes para lograr la ejecución*».

En suma, el orden público internacional se refiere a las nociones más básicas de moralidad y justicia⁴³, que sirven de sustrato a las instituciones jurídicas patrias, tanto sustanciales como procesales, vistas de forma restrictiva.

En el *sub lite*, no se advierte que el laudo proferido en el caso n° 16088/JFR/CA desconozca los valores o principios básicos de la juridicidad nacional, pues la decisión del tribunal arbitral se fundamentó en el respecto de la autonomía de la voluntad, que es precisamente el soporte nuclear de nuestro sistema contractual (artículos 335 de la Constitución Política, 1495, 1502 del Código Civil, 4 y 846 del Código de Comercio).

Justamente, los árbitros «*[p]ara abordar y resolver el caso,... [llevaron] a cabo su análisis desde dos perspectivas distintas: la primera, consistente en el examen e interpretación de las estipulaciones del Contrato; y la segunda, mediante la evaluación del desarrollo práctico que*

⁴² Caso Parsons Whittemore Overseas Co Inc v Société Générale de l'Industrie du Papier (RAKTA).

⁴³ Cfr. Alan Redfern y Martin Hunter, *International Arbitration*, 5a Ed., Oxford, 2009, Reino Unido, p, 659.

de hecho le dieron las partes a su negocio durante su fase de ejecución»⁴⁴.

Así se muestra en los numerales 522 a 555 del proveído, donde analizaron variadas cláusulas y anexos del contrato de licencia de marca, con el fin de desestimar la existencia de una agencia mercantil. También se hizo en los ordinales 595 a 605 y 609 a 635, donde se resaltó la carencia de acuerdo para definir los *bradplan* de la marca y la renovación del convenio.

Y es que la libertad contractual faculta a la partes para regular el tipo y contenido de sus vínculos negociales, en aspectos tales como su duración, extinción y prestaciones patrimoniales, temas que fueron objeto de decisión por el tribunal arbitral y que resolvió acudiendo a lo pactado y ejecutado, en completa armonía con el orden público internacional de Colombia.

De otro lado, tampoco se avizora una vulneración de los estándares mínimos del debido proceso, porque la Alquería intervino en el proceso en salvaguardia de sus intereses, contendiendo con las alegaciones de su contraparte y formulando las propias.

Así se colige del recuento de actuaciones procesales efectuado en el laudo final, donde se reveló que (i) «[e]l 4 de febrero de 2009, la Secretaría de la CCI notificó la Demanda

⁴⁴ Folio 126.

de Arbitraje a Alquilería»; (ii) «[p]or carta del 16 de marzo de 2009, la Secretaría de la CCI acusó recibo de la carta de la parte Demandada y constató que... presentó excepciones relativas a la existencia, validez o alcance del acuerdo de arbitraje...»; (iii) «[e]l 14 de abril de 2009, la Secretaría de la CCI acusó recibo de la Contestación a la Demanda de Arbitraje y Demanda Reconvencional presentadas por la parte Demandada...»; (iv) «[d]el 4 al 8 de abril de 2011, se celebró la Audiencia en Santiago, Chile»; y (v) «[e]l 6 de julio de 2011... la Demandada presentó el Alegato de Conclusión de Alquilería...» (folios 24-41).

Ahora bien, en punto a la supuesta vulneración del orden público procesal, con ocasión de la falta de revelación de una situación acaecida entre uno de los árbitros y un abogado de la parte demandante, según lo afirmado por el opositor, anticipése que no tiene vocación de prosperidad.

Sobre el punto, memórese que la convocada enrostró falta de independencia e imparcialidad, por no haberse dado a conocer a la Alquilería que, el árbitro Silva Romero y el apoderado judicial E...Z..., habían concurrido en otro proceso, en el que aquél fungía como representante de la parte demandante, y éste como árbitro.

Tal situación fáctica se encuentra demostrada a partir de las *declaraciones de independencia* del juzgador, pues las suscritas el 3⁴⁵ y 7 de marzo de 2009⁴⁶ indican que era

⁴⁵ Folios 365 y 366.

«independiente de cada una de las partes» y que tenía «la intención de seguir siéndolo», sin que fueran objeto de actualización en el curso del proceso para poner de presente la anterior situación, como lo señaló el Secretario General Adjunto de Corte Internacional de Arbitraje de la CCI⁴⁷.

Más aún, el co-árbitro Jorge Suescún Melo expresó que «durante el proceso arbitral... no fu[e] informado por el doctor Eduardo Silva Romero, ni por ninguna otra persona, de los hechos sobre los que versa [la] pregunta»⁴⁸.

Además están probados los hechos que sirven de base a la acusación, esto es, que los señores Silva Romero y E...Z..., fueron árbitros recíprocos en dos (2) procesos diferentes, de forma concomitante, uno administrado por la CCI y el otro por el CIADI. El primero comenzó el 1 de febrero de 2009 y concluyó el 25 de junio de 2012⁴⁹; el segundo estuvo en trámite desde el 2 de febrero de 2010 hasta el 21 de mayo de 2013⁵⁰.

Aspectos sobre los que no hay disenso entre los intervinientes, quienes aceptaron su ocurrencia en el escrito de oposición y en la respuesta a éste.

⁴⁶ Folio 359

⁴⁷ Folios 368.

⁴⁸ Folio 529.

⁴⁹ Folios 24 y 171.

⁵⁰ Folios 466 a 473, y 674.

Ahora bien, la situación descrita, que podría ser reprochable desde un punto de vista ético, e incluso atentar contra normas imperativas locales, no tiene al alcance de impedir el reconocimiento del laudo, por cuanto no contraviene el orden público internacional de Colombia.

Ciertamente los artículos 228 y 230 de la Constitución Política consagraron que las decisiones de la administración de justicia deben ser independientes y estar subordinadas al imperio de la ley, por lo que no pueden verse sometidas a *«presiones o a insinuaciones, recomendaciones, exigencias, determinaciones o consejos por parte de otros órganos del poder, inclusive de la misma rama judicial»* (CC, C228/2012, reiterada CC, C154/2016).

En el mismo sentido, el precepto 5 de la ley 270 de 1996 dispone que la *«[l]a Rama Judicial es independiente y autónoma en el ejercicio de su función constitucional y legal de administrar justicia»*, por lo que proscribe que algún superior pueda *«insinuar, exigir, determinar o aconsejar a un funcionario judicial para imponerle las decisiones o criterios que deba adoptar en sus providencias»*.

En armonía, el canon 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, integrante del bloque de constitucionalidad, prescribe que *«[t]oda 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» (artículo 10). Sobre esta norma, la Observación general n° 32 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, aclaró que el «*[e]l requisito de imparcialidad tiene dos aspectos. En primer lugar, los jueces no deben permitir que su fallo esté influenciado por sesgos o prejuicios personales... En segundo lugar, el tribunal también debe parecer imparcial a un observador razonable»* (párrafo 21).

Es claro, entonces, que una de las máximas fundamentales del debido proceso, en Colombia, es la autonomía e independencia del juzgador, por lo que resulta innegociable en el ámbito mundial.

Sin embargo, en orden a determinar cuáles situaciones pueden subvertir las bases fundamentales de la garantía de marras, es menester efectuar un análisis caso por caso, teniendo como marco de referencia el carácter restrictivo del orden público internacional, la interpretación *pro-internacionalidad*, y el principio *pro-ejecución*.

Sobre el primer aspecto, es importante evidenciar que el legislador flexibilizó los motivos que tienen la potencialidad de afectar la objetividad del juzgador, pues transitó de una enumeración taxativa, a enunciaciones genéricas, en las que corresponde al afectado ponderar su afectación y la necesidad de separarse del caso.

En efecto, el artículo 150 del Código de Procedimiento Civil (ahora 141 del Código General del Proceso), prescribió 14 motivos de recusación, definidos con absoluta precisión, en los cuales procede la remoción del juzgador y su sustitución por uno nuevo. Algo similar se estableció para el arbitraje nacional, pues el artículo 16 de la ley 1563 dispuso que *«[l]os árbitros... están impedidos y son recusables por las mismas causales previstas para los jueces en el Código de Procedimiento Civil»* y *«por las inhabilidades, prohibiciones y conflictos de intereses señalados en el Código Disciplinario Único»*. Adicionalmente, consagró la misma consecuencia a la omisión de revelar *«si coincide o ha coincidido con alguna de las partes o sus apoderados en otros procesos arbitrales»* (artículo 15 ibidem).

Empero, al normarse el arbitraje internacional hubo un distanciamiento, porque el artículo 75 ibidem estableció que *«[u]n árbitro sólo podrá ser recusado si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia, o si no posee las calidades convenidas por las partes»*, sin establecer un listado de situaciones que sirviera de guía para concretar su contenido.

Este cambio de política regulatoria evidencia que, el estándar de imparcialidad que integra el orden público internacional, no puede ser inferido de la enumeración vigente en los estatutos procesales locales, sino que debe adoptarse a partir de criterios de razonabilidad.

Respecto al segundo aspecto, valga decirlo, la internacionalidad de la hermenéutica, existe una tendencia a acudir a las Directrices IBA sobre Conflictos de Interés en Arbitraje Internacional 2014, para definir las situaciones que afectan la objetividad de los árbitros, por corresponder a una compilación realizada por expertos -de diferentes culturas jurídicas- que refleja la práctica actual en una parte significativa de la comunidad arbitral⁵¹.

Por ello, si bien carecen de fuerza de ley, «*en la práctica... las instituciones frecuentemente consideran sus previsiones*»⁵². Por ejemplo, en un estudio realizado por la CCI, de 187 casos en que estuvo en discusión la imparcialidad del árbitro, 106 se decidieron con base en las directrices en mención, por lo que es una fuente de derecho suave de amplia aceptación⁵³.

Estas reglas categorizan las situaciones que pueden afectar la independencia e imparcialidad del árbitro, en tres (3) grupos, divididos por colores. Las rojas crean dudas objetivas y justificadas sobre la falta de objetividad del árbitro, por lo que deben ser informadas y, en algunos casos, imponen rehusar la designación. Las naranjas corresponden a hechos que, evaluados a los ojos de las partes, tienen la aptitud de comprometer la independencia e

⁵¹ Thomas W. Walsh y Ruth Teitelbaum, *The LCIA Court Decisions on Challenges to Arbitrators: An Introduction*. En William W. Park (ed), *Arbitration International Special Edition on Arbitrator Challenges*, 2011, p. 287.

⁵² Gary Born, *International Arbitration: Law and Practice*, op. cit., p. 140.

⁵³ Enric Picanyol, *Due Process and Soft Law in International Arbitration*. En *Revista del Club Español del Arbitraje*, Wolters Kluwer, España, 2015, Volumen 2015, n° 24, p. 54.

imparcialidad del árbitro, de allí que se imponga su comunicación. Y las verdes son circunstancia que normalmente no se divulgan, salvo que se considere conveniente hacerlo según las particulares del caso.

Por último, el principio *pro-ejecución* permitirá resolver las dudas a favor del reconocimiento, por lo que debe ser ostensible la vulneración del orden público para rehusar el exequatur.

Evaluada la conducta del señor Silva Romero, censurada en la actuación *sub examine*, a la luz de las anteriores premisas, se observa que la misma no está incluida en ninguno de los listados realizados por la International Bar Association, ni siquiera en el verde, lo que justificaría que no fuera objeto de revelación y que, por ende, no comprometa la independencia e imparcialidad.

Más aún, una revisión de catálogos complementarios a las directrices de la IBA⁵⁴, devela que la hipótesis reprochada tampoco aparece incorporada, lo que se explica por cuanto los árbitros internacionales conforman un gremio reducido, donde es usual que concurren en diferentes procesos, por lo que sólo hay una afectación a la objetividad cuando la relación trasciende el campo profesional y pasa al personal⁵⁵, lo que no se probó en el *sub lite*.

⁵⁴ Cfr. Folios 555 a 574.

⁵⁵ Cfr. Ramón Mullerat Obe, *The IBA Guidelines on Conflicts of Interest Revisited Another Contribution to the Revision of an Excellent Instrument, Which Needs a Slight*

Así las cosas, ante la ausencia de una pauta que exigiera al árbitro Silva Romero comunicar a la Alquería el inicio del proceso ante el CIADI, esta omisión no puede considerarse como atentatoria del debido proceso y, por ende, de los valores esenciales del estado colombiano, en virtud del carácter restrictivo de este último.

Total que, la obligación de revelación establecida para el arbitraje local respecto a los procesos en que han concurrido los árbitros y los abogados (artículo 15 de la ley 1563), no fue replicada en el internacional, por lo que mal podría considerarse como un principio fundante del sistema jurídico, ya que de ser ésta la intención del legislador, se habría reiterado la exigencia para todos los arbitramentos.

Claro está, era imperativo para el juzgador privado hacer una evaluación de su eventual parcialidad, considerando los hechos que rodearon su designación, tales como el momento en que se hizo el nombramiento, la naturaleza de los trámites arbitrales, las partes vinculadas a la controversia, el número de árbitros, entre otros aspectos, pues de existir debió haberse separado del caso.

Sin embargo, una ponderación de estas circunstancias muestra razonablemente la ausencia de afectación a la imparcialidad del Tribunal, por cuanto: el señor Silva Romero, en la proceso administrado por la CCI, fue designado y aceptó su nombramiento antes del

Daltonism Treatment. En Revista del Club Español del Arbitraje, Wolters Kluwer, España 2012, Volumen 2012, n° 14, p. 85

apoderamiento realizado a E...Z...; actuó de consumo con los demás árbitros, pues el laudo se profirió por unanimidad; la resolución negó pretensiones a ambas partes; el proceso iniciado en el año 2010, administrado por el CIADI, concernió a un arbitraje de inversión; los sujetos procesales y *causa petendi* de este último no guardan conexión alguna con el proceso CCI⁵⁶; la decisión final se adoptó al unísono por los árbitros; y la parte apoderada por el señor Silva Romero obtuvo un laudo desfavorable a sus intereses.

Hubiera sido deseable que el citado árbitro informara a Alquería de su apoderamiento, en el proceso en que era árbitro E...Z..., más aún por su amplia experiencia internacional⁵⁷. Sin embargo, la ausencia de este actuar no se traduce en una desatención al debido proceso, pues tal omisión no afecta el núcleo esencial de la imparcialidad, condición *sine qua non* para rehusar el exequatur.

En adición, aunque se admitiera que hubo un yerro en el comportamiento del señor Silva Romero, el mismo tampoco podría calificarse como atentatorio del orden público internacional colombiano.

Y es que las mencionadas reglas de la IBA precisan que la falta de comunicación de un hecho, «*no debe llevar automáticamente a la no designación del árbitro, ni a la descalificación posterior del mismo ni a la nulidad del lado.*

⁵⁶ Cfr. Folio 680 y 681.

⁵⁷ Folios 685 a 693.

El solo hecho de que el árbitro no haya revelado ciertos hechos o circunstancias no implica por sí que el árbitro deba ser calificado de parcial o falta de independencia: ello dependerá sólo de los hechos o circunstancias que no se revelaron»⁵⁸.

Luego, la carencia de divulgación, en este contexto, no es un motivo de descalificación en sí mismo considerado⁵⁹, sino que debe sumarse a hechos relevantes que demuestren una falta de independencia o una probabilidad razonable de parcialidad⁶⁰, prueba que se echa de menos en el caso.

Por último, no puede olvidarse que la afectada centró su cuestionamiento en la actuación del señor Silva Romero, sin hacer reparo alguno a los demás co-árbitros, por lo que un yerro individual no puede servir de base para descalificar un laudo que fue proferido por unanimidad.

Las anteriores consideraciones permiten desestimar la oposición por vulneración del orden público internacional de Colombia.

6.6. Análisis de las causales de parte.

La Alquería deprecó la denegación del exequatur por habersele impedido contar con un tribunal independiente, y

⁵⁸ International Bar Association, *Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional*, 2014, Reino Unido, p. 22.

⁵⁹ Jeffrey Waincymer, *Procedure and Evidence in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2012, p. 310.

⁶⁰ Karel Daele, *Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Arbitration*, International Arbitration Law Library, Volume 24, 2012, p. 13.

recusar al árbitro dentro del proceso. También por la desatención del procedimiento arbitral, con ocasión de la falta de revelación de una conducta contraria a la imparcialidad. En los párrafos siguientes se hará su evaluación.

6.6.1. Vulneración de los derechos de la afectada.

Dispone la ley 1563 que el reconocimiento será negado cuando, *«la parte contra la cual se invoca el laudo[,]. no pudo, por cualquiera otra razón, hacer valer sus derechos»* (ordinal ii. del literal a del artículo 112). Similar redacción tiene la Convención de Nueva York, pero precisa que la causal se configura cuando no se pudo *«hacer valer sus medios de defensa»* (literal b. del numeral 1 del artículo V).

Se requiere, entonces, un desconocimiento del procedimiento arbitral de tal entidad que implique el cercenamiento de los derechos de la parte; no basta cualquier irregularidad o pifia para denegar el reconocimiento, sino que se requiere que sea de entidad suficiente para generar indefensión de la afectada o impedirle presentar sus argumentos ante el Tribunal.

Al analizar esta causal, la Corte precisó:

Está erigido dicho motivo de invalidación del laudo arbitral internacional, como garantía del derecho de defensa y contradicción, en cuanto se deniega, impide u obstaculiza el acceder a conocer y participar en la escogencia o designación de los árbitros, o de enterarse oportunamente de la existencia del

juicio arbitral, o de promover las actuaciones válidamente autorizadas para la defensa de sus derechos...

...corresponden a irregularidades u obstáculos para intervenir en la fase de la designación de los árbitros o para su recusación, o respecto de la contestación de la demanda arbitral, o en cuanto a la intervención en la práctica de las pruebas, o los alegatos de conclusión, o en lo relativo a la oportunidad para interponer recursos (SC5207, 18 ab. 2017, rad. n° 2016-01312-00).

Con anterioridad, había manifestado:

En punto del ejercicio del ‘derecho de defensa’, concretamente en lo relativo al ‘derecho a presentar su caso’, la doctrina coincide en señalar que el mismo significa o se traduce en que ‘las partes en un procedimiento deben tener la oportunidad de presentar su posición antes de que se dicte una decisión’, sin que el mismo se agote con la efectiva presencia o representación del llamado ‘siempre y cuando haya sido convocado regularmente’; quedando claro que la indefensión no surge de circunstancias voluntarias o queridas por la parte citada...

Ahora, en el escenario jurídico colombiano las posibilidades de defensa que se deben ofrecer en cualquier procedimiento se han desarrollado a partir de la temática de protección de los derechos fundamentales y sobre el particular la jurisprudencia constitucional ha señalado, que ‘(...) entre las garantías mínimas objeto de protección, el artículo 29 de la Constitución Política consagra, entre otras, (i) el derecho de acceso a la administración de justicia con la presencia de un juez natural; (ii) el derecho a ser informado de las actuaciones que conduzcan a la creación, modificación o extinción de un derecho o a la imposición de una obligación o sanción; (iii) el derecho de expresar libre y abiertamente sus opiniones; (iv) el derecho de contradecir o debatir las pretensiones o excepciones propuestas; (v) el derecho a que los procesos se desarrollen en un término razonable y sin dilaciones injustificadas y, por supuesto, (vi) el derecho a presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra’ (SC, 27 jul. 2011, rad. n° 2007-01956-00).

El Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial, al analizar esta causal en la Convención de Nueva York, precisó:

Lo que debe demostrarse es que la parte que se resiste a la ejecución de alguna forma le fue impedido ejercer su derecho de defensa ante el tribunal arbitral... El artículo V(1)(b) requiere que a las partes les sea otorgado el derecho a una audiencia justa que cumpla con los requerimientos mínimos de justicia⁶¹.

Total que el arbitramento se caracteriza por su informalidad y flexibilidad⁶², por lo que esta causal no puede interpretarse en el sentido de generar un completo rigorismo en la actuación. Su campo de aplicación se limita a los casos en que se desconozcan los derechos de contradicción, defensa, bilateralidad y otros connaturales al debido proceso.

Alquería, en el *sub examine*, alegó que su derecho a contar con un tribunal independiente e imparcial fue cercano, aspecto que se desestimó en el numeral 6.5.2. de esta providencia, al que se remite por brevedad.

En adición, se dolió de haber perdido la oportunidad de recusar al árbitro Silva Romero, por la omisión en la revelación de una circunstancia que ponía en entredicho su objetividad.

⁶¹ *International Council for Commercial Arbitration*, op. cit., p. 92 y 93.

⁶² Gary Born, *International Arbitration: Law and Practice*, op. cit., p. 396.

Al respecto, procede señalar que, según el artículo 11 del Reglamento de Arbitraje de la CCI, norma aplicable al caso por el acuerdo arbitral pactado entre las partes, *«la demanda de recusación deberá ser presentada por la parte interesada dentro de los 30 días siguientes a la recepción por ésta de la notificación de nombramiento o confirmación del árbitro, o dentro de los 30 días siguientes a la fecha en que dicha parte fue informada de los hechos y las circunstancias en que funda su demanda»* (numeral 2).

Este trámite comienza a instancia de parte, para lo cual basta hacer una solicitud, dentro del límite temporal señalado en la normatividad, dirigida a la Corte de Arbitraje de la CCI, quien decidirá previa consulta a todos los interesados (numeral 3 del artículo 11 ibidem).

Luego, Alquilería pudo haber ejercido esta facultad, en los términos convencionales, sin requerir para ello de la comunicación del señor Silva Romero. Su derecho no fue limitado o restringido por el actuar de los árbitros.

Más aún, dado que la información sobre el proceso administrado por el CIADI estaba disponible vía *on line*⁶³, pudo ser consultada por la demandada y, de encontrarla relevante, invocarla para promover la solicitud de remoción.

Ciertamente, la revelación voluntaria realizada por el señor Silva Romero habría llamado la atención de los

⁶³ Folio 672 reverso.

interesados para su eventual recusación. Sin embargo, y al margen de aquélla, las partes pudieron haber acudido a esta figura para suplicar el cambio del árbitro, sin mayores exigencias que la oportunidad de su interposición.

En todo caso, este yerro no impidió a la demandada presentar su caso ante el Tribunal, ni la colocó en una situación de indefensión. Por el contrario, sus argumentos de oposición y reconvención, fueron estudiados y decididos en el laudo que ahora pretende homologarse.

Rememórese que la accionada fue vinculada al proceso, participó en las audiencias, pudo expresar sus opiniones libremente, controvirtió los argumentos de la demandante, solicitó pruebas, participó en la recolección de los medios suasorios, y alegó de conclusión, al punto que sobre estos aspectos no erigió censura alguna.

Así las cosas, infiérase que la Alquería pudo hacer valer sus derechos en el proceso y, en todo caso, se admitirse un cercenamiento, el mismo no afectó la posibilidad de plantear sus argumentos en la actuación.

6.6.2. Desatención del procedimiento arbitral.

Prescribe el ordinal iv. del literal a) del artículo 112 de la ley 1563 que se rehusará el reconocimiento, cuando se pruebe que «*el procedimiento arbitral no se ajust[ó] al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal*

acuerdo, a la ley del país donde se adelantó o tramitó el arbitraje».

Arguyó la afectada que, en el *sub lite*, se desatendió el trámite convenido, porque la actuación se siguió sin observarse las reglas sobre independencia e imparcialidad.

Desestímese el anterior razonamiento, por cuanto no se demostró que el árbitro actuara en contravía de lo dispuesto en el reglamento de arbitraje de la CCI, que en su artículo 7 prescribe: *«[e]l árbitro deberá dar a conocer inmediatamente y por escrito, tanto a la secretaría como a las partes, cualesquiera hechos o circunstancias [susceptibles, desde el punto de vista de las partes, de poner en duda su independencia] que pudieren surgir durante el arbitraje».*

Tal precepto consagró un estándar subjetivo de revelación, en tanto se exigió la divulgación de todas las hipótesis que, a criterio del árbitro, considere pueden afectar su imparcialidad⁶⁴. No se trata de un catálogo taxativo de situaciones, que impusiera la necesaria divulgación de las mismas, ni mucho de un criterio objetivo. Por el contrario, quedó en manos del juzgador la determinación de las circunstancias que deberían ser comunicadas, teniendo como referente las calidades e intereses de las partes.

⁶⁴ Margaret L. Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Cambridge University Press, 2008, Reino Unido, p. 132.

De hecho, en las *declaraciones de independencia* se incluyó la siguiente advertencia: «*según mi leal saber y entender, no existen hechos o circunstancias, pasadas o presentes, que necesiten ser reveladas por ser susceptibles de poner en duda mi independencia desde el punto de vista de cada una de las partes*»⁶⁵. Lo que denota el carácter subjetivo de la calificación de los hechos.

Así las cosas, que el señor Silva Romero aplicara la cláusula del reglamento de arbitraje y, a partir de una evaluación razonable, concluyera que no debía comunicar a las partes sobre su participación en otro proceso, mal podría calificarse como un desconocimiento del procedimiento arbitral.

En todo caso, como ya se explicó en esta providencia, existían circunstancias que podían llevar a concluir sobre la innecesaridad de la divulgación, pues se trataba de procesos de naturaleza diferente, con partes extrañas, y *causas petendi* sin conexión.

Los precedentes razonamientos, permiten desvirtuar la configuración de la causal de denegación que se alegó.

7. Acreditados, como están, los requisitos señalados en la legislación para el exequatur, se accederá al mismo.

⁶⁵ Folios 359 y 365.

8. No habrá lugar a la condena en costas, por la naturaleza del trámite y por no estar demostrada su causación.

DECISIÓN

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrado justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **resuelve** conceder el reconocimiento exequátur del laudo arbitral proferido en el caso n° 16088/JFR/CA, administrado por la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.

Sin costas en el trámite.

Notifiquese.

LUIS ALONSO RICO PUERTA

Presidente de Sala

MARGARITA CABELLO BLANCO

(Ausencia justificada)

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

(Ausencia justificada)

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA