

VII CONCURSO UNIVERSITARIO DE ENSAYOS EN MÉTODOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS -2014-

ORGANIZAN:

**CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ,
CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN CÁMARA DE COMERCIO DE MEDELLÍN
PARA ANTIOQUIA Y CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN CÁMARA DE
COMERCIO DE CALI**

I. Datos personales		
1.	Nombre completo	Natalia Mondragón Martínez
2.	Identificación	C.C. 1.151.953.624 de Cali
3.	Teléfonos	446 23 96 – 316 584 70 73
4.	Dirección	Carrera 4 E # 52 A 73 Cali
5.	Correo electrónico	Nataly.mym@hotmail.com
II. Información académica		
1.	Universidad	Icesi
2.	Semestre	Séptimo
3.	Idiomas	Español –Inglés Intermedio
4.	Otros	
III. Información del ensayo		
1.	Título	El arbitraje internacional : reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales
2.	Tema	Arbitraje internacional y laudos arbitrales-Derecho Internacional Privado.
3.	Breve descripción del ensayo (no exceda un párrafo de seis líneas)	El ensayo tiene por objeto explicar a través del arbitraje internacional la posibilidad de reconocer y ejecutar un laudo arbitral expedido en un país diferente al de la sede de origen, mostrando las falencias de la Corte Suprema de Justicia al llevar a cabo dicho proceso por medio del exequátur, haciendo énfasis en las causales de negación Establecidas en el artículo V de la convención de Nueva York de 1958, específicamente en aquella que impide el reconocimiento de un laudo arbitral que ha sido anulado y, la contrariedad del orden público.
4.	Número de hojas	20 hojas

Al inscribirse en este concurso, el participante:

1. Manifiesta conocer y aceptar en su totalidad las reglas del concurso.
2. Cede sus derechos de autor a la entidad organizadora, con fines académicos de publicación en medios gráficos y por internet, motivo por el cual dichas publicaciones no serán remuneradas a los participantes.
3. Autoriza al organizador a utilizar sus nombres para la publicación de sus ensayos.

FIRMA PARTICIPANTE.

Natalia Mondragón Martínez
c.c. 1.151.953.624 de Cali (v)

que se le otorga al principio de favorabilidad consistente en que si por vía legislativa o convencional, hay un régimen más favorable que la Convención de Nueva York, se podrá aplicar el exequatur sin sujetarse a las causales de anulación del artículo V dispuestas en la misma.

En la primer parte del escrito, se hace alusión al exequatur como trámite que permite la internacionalización de las relaciones comerciales, pues a través de un control de legalidad se puede reconocer y ejecutar un laudo arbitral independientemente de que haya sido proferido bajo un sistema jurídico diferente. El procedimiento *grosso modo* consiste en que una vez suscitada la controversia contractual ésta es resuelta por un árbitro mediante la expedición de un laudo, que no admite revisión en cuanto al fondo⁷, el cual puede ser reconocido o no en el país en el que se pretende la ejecución, diferente al de la sede arbitral. Dicho reconocimiento en el caso de Colombia se tramita ante la Corte Suprema de Justicia, Corporación que realiza una reinterpretación del laudo a la luz del ordenamiento jurídico nacional⁸, observando dos elementos muy importantes: la reciprocidad diplomática y la reciprocidad legislativa⁹.

En el segundo aparte, se presentarán las dificultades que implica el reconocimiento de un laudo dictado en un país distinto al que se pretende hacer reconocer, que ha sido anulado en la sede de origen, y que busca ser ejecutado en otra. Para desarrollar lo anterior, se tomará como base la teoría de la deslocalización en contraposición a la teoría territorialista¹⁰. Estas teorías permiten dar cuenta de la relevancia que tiene el control de legalidad por parte del juez de la sede arbitral, del cual puede surgir o no, la posibilidad de que el laudo pueda ser reconocido en otra jurisdicción¹¹. Para ilustrar lo anterior, se realizará una breve exposición del caso *Termorio vs Electranta S.A*¹², caso que resultó polémico por cambiar el precedente de la jurisprudencia norteamericana, pues en casos anteriores al mismo, como el desarrollado entre la Fuerza aérea de la República Árabe de Egipto y la empresa norteamericana Chromalloy Aero Services (CAS) se dio prevalencia

⁷ JIMÉNEZ FIGUERES, *El sistema de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, Estudios de arbitraje*, Editorial jurídica de Chile (2007), p.521.

⁸ Corte Constitucional, sentencias: T-716/96, MP. Antonio Barrera Carbonell; C-347 de 1997, M.P. Jorge Arango Mejía

⁹ "La reciprocidad consistente en que laudos arbitrales extranjeros, pronunciados en un país extranjero en procesos de jurisdicción voluntaria, tendrán en Colombia la fuerza que les concedan los tratados existentes con ese país, y en su defecto la que allí se reconozca a las proferidas en Colombia. Es decir, se adopta la reciprocidad diplomática con fundamento en lo previsto en los tratados públicos, y subsidiariamente, la reciprocidad legislativa, o sea, la misma fuerza que en el Estado respectivo se reconozca en la ley o en la práctica a las sentencias dictadas en Colombia". MONROY CABRA, *Arbitraje comercial nacional e internacional*, legis editores S.A (1998), p.226-227.

¹⁰ "La teoría territorialista se funda en la idea de que el laudo internacional se encuentra introducido en el orden interno del país de la sede arbitral, de la cual emana su eficacia; en contraposición, la teoría de la deslocalización se fundamenta en la idea de deslocalizar el arbitraje internacional y, por esa misma vía, el laudo internacional de la esfera local o interna del país de la sede arbitral, de manera tal que la influencia judicial interna sea menos importante". CORREA ANGEL, *El reconocimiento y la ejecución de un laudo internacional anulado en el país de la sede arbitral*. En: revista *lex mercatoria*, vol. 7, núm 2 (2008), P.6-15.

¹¹ CORREA ANGEL, *El reconocimiento y la ejecución de un laudo internacional anulado en el país de la sede arbitral*. En: revista *Mercatoria*, vol. 7, núm 2 (2008), P. 2.

¹² Consejo de Estado Sala de lo contencioso administrativo, Sección Tercera, M.p. Germán Rodríguez Villamizar, agosto de 2002. Exp. 21.041.

EL ARBITRAJE INTERNACIONAL: RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDOS ARBITRALES

La fundamentación del arbitraje como mecanismo alternativo de resolución de controversias está consagrado en el artículo 116 de la Constitución política de 1991 y desarrollado por la ley 1563 de 2012, la cual regula el arbitraje a nivel nacional e internacional. Esto brinda la posibilidad de administrar justicia a particulares ajenos al conflicto de manera transitoria¹, toda vez que son las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad quienes habilitan a los árbitros por medio de la cláusula compromisoria o el compromiso, en los que se pacta que en caso de presentarse una controversia, las partes acudirán a un tribunal arbitral. El pacto celebrado entre las partes es independiente del contrato principal al cual se refiere el litigio, y por lo tanto, no se ve afectado por hechos que determinen la extinción, invalidez o ineficacia del contrato². Cabe resaltar, que una vez se resuelve el conflicto desaparece la razón de ser de la función arbitral³, de aquí la característica transitoria del mecanismo.

Luego, vale la pena preguntarse por los sujetos intervinientes *¿Podría afirmarse que el arbitraje al llevarse a cabo por particulares es privado?* El arbitraje es de naturaleza pública ya que los árbitros se envisten de una función que se lleva a cabo bajo los postulados constitucionales y de orden público de los estados nacionales⁴, independientemente de que este tipo de proceso esté permeado por la voluntad de las partes.

El desarrollo del presente escrito se enmarca dentro del denominado Derecho Internacional Privado⁵, particularmente en los procedimientos que deben llevarse a cabo cuando surgen controversias por el incumplimiento de un contrato mercantil⁶. Para el caso que nos ocupa, el documento estará delimitado a conflictos en los cuales una de las partes es colombiana, o en su defecto, cuando el laudo arbitral deba reconocerse en Colombia. No obstante, se hará una excepción a dicha delimitación al contrarrestar el caso Termorío con el caso de la Fuerza aérea de la República Árabe de Egipto y la empresa norteamericana Chromalloy Aero Services (CAS), con el fin de evidenciar el cambio en la línea de argumentación de los tribunales norteamericanos y la importancia

¹ ILLERA SANTOS, *La resolución de conflictos: un análisis en el contexto de los masc*. En: ámbito jurídico (febrero 20 – 09 marzo de 2014).

² CÁRDENAS MEJÍA, *El contrato de arbitraje: La autonomía del contrato de arbitraje- el principio de la autonomía del contrato de arbitraje o pacto arbitral*. Legis, (1999) Bogotá, p. 79.

³ Sentencia C-294/95, (Corte Constitucional; M.P: Jorge Arango Mejía; 06 de julio de 1995)

⁴ ESCOBAR CÓRDOBA, Criterio jurídico No. 1: *El arbitraje internacional*, Pontificia Universidad Javeriana de Cali (2001), p. 4.

⁵ En el derecho internacional, se estipula la regla jurisprudencial de que el derecho internacional prevalece sobre el derecho interno, debido a la globalización y a la internacionalización del derecho, de lo que se colige que el derecho internacional constituye una verdadera fuente del derecho constitucional. MONROY CABRA, *El derecho internacional como fuente del derecho constitucional*. En: ACDI, Universidad del Rosario, Vol. 1, (2008).

⁶ ESCOBAR CÓRDOBA, Criterio jurídico No. 1: *El arbitraje internacional*, Pontificia Universidad Javeriana de Cali (2001), p. 6.

que se le otorga al principio de favorabilidad consistente en que si por vía legislativa o convencional, hay un régimen más favorable que la Convención de Nueva York, se podrá aplicar el exequatur sin sujetarse a las causales de anulación del artículo V dispuestas en la misma.

En la primer parte del escrito, se hace alusión al exequátur como trámite que permite la internacionalización de las relaciones comerciales, pues a través de un control de legalidad se puede reconocer y ejecutar un laudo arbitral independientemente de que haya sido proferido bajo un sistema jurídico diferente. El procedimiento *grosso modo* consiste en que una vez suscitada la controversia contractual ésta es resuelta por un árbitro mediante la expedición de un laudo, que no admite revisión en cuanto al fondo⁷, el cual puede ser reconocido o no en el país en el que se pretende la ejecución, diferente al de la sede arbitral. Dicho reconocimiento en el caso de Colombia se tramita ante la Corte Suprema de Justicia, Corporación que realiza una reinterpretación del laudo a la luz del ordenamiento jurídico nacional⁸, observando dos elementos muy importantes: la reciprocidad diplomática y la reciprocidad legislativa⁹.

En el segundo aparte, se presentarán las dificultades que implica el reconocimiento de un laudo dictado en un país distinto al que se pretende hacer reconocer, que ha sido anulado en la sede de origen, y que busca ser ejecutado en otra. Para desarrollar lo anterior, se tomará como base la teoría de la deslocalización en contraposición a la teoría territorialista¹⁰. Estas teorías permiten dar cuenta de la relevancia que tiene el control de legalidad por parte del juez de la sede arbitral, del cual puede surgir o no, la posibilidad de que el laudo pueda ser reconocido en otra jurisdicción¹¹. Para ilustrar lo anterior, se realizará una breve exposición del caso *Termorio vs Electranta S.A*¹², caso que resultó polémico por cambiar el precedente de la jurisprudencia norteamericana, pues en casos anteriores al mismo, como el desarrollado entre la Fuerza aérea de la República Árabe de Egipto y la empresa norteamericana *Chromalloy Aero Services (CAS)* se dio prevalencia

⁷ JIMÉNEZ FIGUERES, *El sistema de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, Estudios de arbitraje*, Editorial jurídica de Chile (2007), p.521.

⁸ Corte Constitucional, sentencias: T-716/96, MP. Antonio Barrera Carbonell; C-347 de 1997, M.P. Jorge Arango Mejía

⁹ "La reciprocidad consistente en que laudos arbitrales extranjeros, pronunciados en un país extranjero en procesos de jurisdicción voluntaria, tendrán en Colombia la fuerza que les concedan los tratados existentes con ese país, y en su defecto la que allí se reconozca a las proferidas en Colombia. Es decir, se adopta la reciprocidad diplomática con fundamento en lo previsto en los tratados públicos, y subsidiariamente, la reciprocidad legislativa, o sea, la misma fuerza que en el Estado respectivo se reconozca en la ley o en la práctica a las sentencias dictadas en Colombia". MONROY CABRA, *Arbitraje comercial nacional e internacional*, legis editores S.A (1998), p.226-227.

¹⁰ "La teoría territorialista se funda en la idea de que el laudo internacional se encuentra introducido en el orden interno del país de la sede arbitral, de la cual emana su eficacia; en contraposición, la teoría de la deslocalización se fundamenta en la idea de deslocalizar el arbitraje internacional y, por esa misma vía, el laudo internacional de la esfera local o interna del país de la sede arbitral, de manera tal que la influencia judicial interna sea menos importante". CORREA ANGEL, *El reconocimiento y la ejecución de un laudo internacional anulado en el país de la sede arbitral*. En: revista *lex mercatoria*, vol. 7, núm 2 (2008), P.6-15.

¹¹ CORREA ANGEL, *El reconocimiento y la ejecución de un laudo internacional anulado en el país de la sede arbitral*. En: revista *Mercatoria*, vol. 7, núm 2 (2008), P. 2.

¹² Consejo de Estado Sala de lo contencioso administrativo, Sección Tercera, M.p. Germán Rodríguez Villamizar, agosto de 2002. Exp. 21.041.

al principio de favorabilidad en concordancia con el ordenamiento jurídico doméstico, presupuesto que no se evidenció en el caso Termorio.

Como tercer punto a desarrollar se pretende evidenciar la variación de los parámetros que utiliza la Corte Suprema de Justicia para reconocer y ejecutar un laudo dictado en el extranjero, específicamente en casos cuyo objeto verse sobre controversias contractuales suscitadas entre sociedades comerciales, a través del sistema del exequátur. Para esto, se estudiarán los siguientes casos: Drummond Ltda vs Ferrovías en Liquidación y Ferrocarriles Nacionales de Colombia S. A.¹³, Protesting S.A vs Ross Energy S.A¹⁴, caso Merck¹⁵, y FAI insurances Limited vs Compañía agrícola de Seguros S.A¹⁶, entre otros. Este análisis permite concluir que al no guardar una línea pacífica de argumentación dicha Corporación, está poniendo en riesgo la seguridad jurídica, el principio de legalidad y los intereses económicos de las partes.

1. EL EXEQUÁTUR COMO TRÁMITE PARA RECONOCER LAUDOS ARBITRALES INTERNACIONALES

Ante la globalización del comercio y del tráfico jurídico, y la necesidad de reconocer y amparar situaciones que tienen origen por fuera de los límites territoriales, surge el interés de darle validez y eficacia a las situaciones jurídicas, y, ejecución a las decisiones de los jueces y tribunales extranjeros a través del exequátur. Este trámite consiste en la habilitación emanada de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, para que un laudo arbitral proferido en un país extranjero produzca efectos en Colombia y sea aplicable. Es así como el exequátur tiene como fuente el principio de la soberanía estatal, y por tanto, no se discute la justicia o el acierto del fallo extranjero, sino que, de modo exclusivo, se verifican o controlan otros aspectos de ese proceso que puedan llegar a afectar el orden jurídico nacional¹⁷.

Para que un laudo arbitral pueda ser sometido al trámite del exequátur se requiere que tenga la calidad de laudo extranjero, es decir, que sea proferido en un Estado diferente al lugar en el cual se pretende reconocer y ejecutar, sin importar la naturaleza de contencioso o de jurisdicción voluntaria, y demás requisitos estipulados en el artículo 694 del Código de Procedimiento Civil colombiano y, en el artículo 606 del Código General del Proceso¹⁸. En cuanto a los tratados y la ley colombiana, se establece

¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.p. Fernando Giraldo Gutiérrez, diciembre 19 de 2011. Exp. 1100102030002008-01760-00

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.p. Ruth Marina Díaz Rueda, julio 27 de 2011. Exp. 11001-0203-000-2007-01956-00

¹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Auto del 26 de enero de 1999. Exp. 7474.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.p. Nicolás Bechara Simanca, febrero 29 de 1996. Exp. 3626.

¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Auto de fecha de 2 de febrero de 1994.

¹⁸ El Artículo 694 del Código de Procedimiento Civil colombiano y el artículo 606 del Código General del Proceso, de manera idéntica consagran los requisitos para que un laudo arbitral pueda ser sometido al trámite del exequátur: que haya reciprocidad diplomática (que exista tratado entre Colombia y el Estado de origen donde se proferió el laudo) o en caso de que ésta no se dé, que haya reciprocidad legislativa o de hecho (que

jurisprudencialmente que existe una supremacía del derecho de los tratados sobre las normas. Este sustento quedó consagrado en la ley 406 de 1997, mediante la cual se aprobó la Convención de Viena sobre tratados internacionales. De la misma manera, respecto del arbitraje internacional concretamente, el artículo 62 de la ley 1563 de 2012 dispone, que el arbitraje internacional se regirá en todas sus partes de acuerdo con las normas de la misma ley, sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente en Colombia¹⁹.

En este punto es necesario preguntarnos *¿Cómo distinguir cuándo se está ante un arbitraje internacional?*²⁰ Para ello se requiere tener en cuenta los siguientes elementos: que el contrato objeto de disputa vincule a contratistas de diferentes países; que el cumplimiento del mismo sea fuera del Estado en el cual las partes tienen su domicilio; que la controversia afecte intereses del comercio internacional; y finalmente que el litigio esté gobernado por más de un sistema jurídico²¹, lo que implica que se renuncie al principio de territorialidad de la ley, dado que las partes contratantes escogen las reglas jurídicas sustanciales y procesales aplicables al caso controvertido. De lo anterior, cabe destacar que el arbitraje no se sitúa en una zona de no derecho, por el contrario, se encuentra sujeto a reglas de organización y de funcionamiento, traducidas en la constitución de un orden jurídico inter-estatal o un tercer orden jurídico. No obstante, esta postura no es absoluta, y por tanto se establece que el arbitraje oscila entre la autonomía e integración de los ordenamientos jurídicos²².

Es importante traer a colación que antes de la entrada en vigencia de la ley 1563 de 2012, en una oportunidad se demandó la inconstitucionalidad de los artículos 1º (parcial) y 4º (parcial) de la ley 315 de 1996 derogada, pues esto permite dilucidar que no habiendo un elemento internacional, se permitía someter una controversia a arbitraje internacional. Sobre este punto, la Corte Constitucional concluyó respecto artículo 1, numeral 3 de la citada ley, que aun teniendo todas las partes en conflicto el mismo domicilio, y estando

se admita la norma extranjera que permita efectuar dicho trámite o que a las sentencias colombianas se les de aplicación y ejecución en el país de origen del laudo) con el Estado extranjero de donde provenga la decisión arbitral; que no verse sobre derechos reales constituidos al iniciarse el proceso; que no se oponga a disposiciones de orden público; que se encuentre ejecutoriada de conformidad con la ley del país de origen; que el asunto sobre el cual recae no sea de competencia exclusiva de los jueces colombianos; que en Colombia no exista proceso en curso ni sentencia ejecutoriada de jueces nacionales sobre el mismo asunto y que si se hubiere dictado en proceso contencioso, se haya cumplido el requisito de la indebida citación y contradicción del demandado, conforme a la ley del país de origen, lo que se presume por la ejecutoria.

¹⁹ GIL ECHEVERRY, *El exequátur de laudos arbitrales*. En: *Nuevo régimen de arbitramento*. Cámara de comercio de Bogotá, 1999, p.480.

²⁰ "El arbitraje es internacional cuando así se pacta y cuando cumple alguno de los puntos de conexión establecidos en el art 62 de la ley 1563 de 2012. En cambio, es extranjero, según el artículo 3, cuando todo laudo arbitral se profiera por un tribunal cuya sede se encuentra fuera del territorio nacional. El criterio diferenciador es que el laudo extranjero solo atiende al lugar del arbitraje, que debe haber sido fuera del territorio nacional; en cambio, en el arbitraje internacional hay otros factores de conexión unidos al pacto expreso de las partes". MONROY CABRA, *Regulación colombiana del arbitraje internacional*. En: *Arbitraje comercial nacional e internacional*. Legis (1998), p. 254.

²¹ ESCOBAR CÓRDOBA, Criterio jurídico No. 1: *El arbitraje internacional*, Pontificia Universidad Javeriana de Cali (2001), p. 6-7.

²² BRUNO OPPETIT, *Normología*. En: *Teoría del arbitraje*. Legis editores S.A, 2006, p.185-195.

éste en Colombia, puede existir un elemento extranjero. No obstante, la Corte le da una interpretación diferente al artículo 4, afirmando que le asiste razón al demandante ya que, si el contrato es celebrado "con persona nacional" y no existe ningún elemento en la controversia extranjero, no hay por qué someter las diferencias a un tribunal de arbitramento internacional²³.

Lo anterior, es contemplado por la Convención de Nueva York de 1958 ratificada por Colombia mediante la ley 39 de 1990. Dicha convención resuelve el problema de la primacía de la soberanía nacional como código genético de todo Estado Nación²⁴, ya que es el elemento central ligado a la seguridad jurídica pues integra el plexo de normas y procedimientos que debe estar a disposición de los actores comerciales²⁵, logrando que se reconozcan y ejecuten decisiones proferidas en Estados diferentes. Esto debido a que contempla un conjunto de disposiciones que permiten la internacionalización de las relaciones comerciales, dentro de las cuales se encuentra el artículo V que regula las causales de negación del exequátur²⁶. La convención de Nueva York presume la fuerza obligatoria del laudo proferido en un país suscriptor, dejándole a la oposición la carga de la prueba para el no reconocimiento o denegación del exequátur²⁷. De lo anterior se concluye que la aplicación de la convención mencionada prevalece respecto de las normas de derecho interno coadyuvando a la internacionalización de las relaciones comerciales y a la relativización del principio de la soberanía estatal.

Al hablar del sistema de exequátur, se hace referencia al reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral (que requiere motivación para que sea válido) proferido en un Estado

²³ Sentencia C-347 de 1997, (Corte Constitucional; M.P: Jorge Arango Mejía; 23 de julio de 1997)

²⁴ Fali S. Nariman. *La contribución de la Convención de Nueva York a la mundialización del arbitraje internacional*. En: Día de la Convención de Nueva York, Sala del Consejo de Administración de la Sede de las Naciones Unidas. 1998. Nueva York. P. 11-14.

²⁵ CÁRDENAS J. Emilio. *Los beneficios de ratificar la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958, o de adherirse a ella*. En: Día de la Convención de Nueva York, Sala del Consejo de Administración de la Sede de las Naciones Unidas. 1998. Nueva York. P. 14-17.

²⁶ *Causales de negación del reconocimiento del laudo arbitral extranjero*. Artículo V de la convención de Nueva York de 1958: incapacidad de alguna de las partes o por casos en los que el arbitraje está prohibido en la legislación colombiana; falta de notificación a la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral de la designación del árbitro y del procedimiento; Falta del derecho de defensa; Indebida notificación al demandado; que la sentencia se refiera a una diferencia no prevista en la cláusula compromisorio, o que exceda el compromiso; falta de congruencia del laudo con las pretensiones de la demanda, no obstante, cuando se trata de pronunciamientos extra-petita se podrá otorgar el exequátur para aquellas disposiciones del laudo que sean congruentes, denegando su ejecución únicamente respecto a las resoluciones incongruentes o no previstas en el acuerdo; que la constitución del tribunal y el procedimiento se encuentre fuera del acuerdo o contraria a la ley; que se efectúe una indebida integración del tribunal y que se haya seguido un procedimiento diferente al pactado; si la sentencia no tiene fuerza vinculante, porque ha sido anulada o suspendida por autoridad competente; por falta de ejecutoriedad de la sentencia o pérdida de ejecución de la misma por haberse anulado o suspendido el laudo; cuando el objeto no sea susceptible de arbitraje; y si la ejecución o reconocimiento es contrario al orden público, es decir, contrario a los principios fundamentales que rigen la organización de un Estado.

²⁷ GIL ECHEVERRY, *El exequátur de laudos arbitrales*. En: *Nuevo régimen de arbitramento*. Cámara de comercio de Bogotá, 1999, p.472

diferente a aquel en el que se pretende ejecutar. En cuanto a la ejecución, ésta hace alusión al cumplimiento efectivo de la decisión tomada por el árbitro, la cual puede ser voluntaria o forzosa. Para el estudio que nos ocupa, es relevante la ejecución forzosa, que se da cuando una de las partes se resiste a la decisión adoptada y decide desconocerla. La parte que ha sido favorecida con la decisión buscará entonces el cumplimiento forzoso de la misma. Como los árbitros carecen de poder de imperio (posibilidad de utilizar los medios coercitivos para lograr el cumplimiento forzoso de la decisión), la parte afectada deberá recurrir a los tribunales nacionales (dotados del poder de imperio del Estado) para lograr dicho cumplimiento²⁸. Es así como la necesidad de reconocer y ejecutar las decisiones judiciales extranjeras encuentra asidero constitucional en los artículos 9, 226 y 227²⁹.

Cabe aclarar que un laudo arbitral puede ser final, interlocutorio o parcial, de lo cual surge la pregunta: *¿cuáles laudos son ejecutables?* Las decisiones arbitrales que son ejecutables bajo la convención de Nueva York (o que pueden ser objeto de un recurso de anulación) son aquellas que corresponden con la noción de laudo, esto es, una decisión sobre uno o varios aspectos de la disputa entre las partes, con carácter separable e identificable, que verse sobre los derechos de las partes y que, al menos sobre el aspecto a que se refiere, tenga un carácter definitivo³⁰.

De lo expuesto anteriormente se puede concluir, que aunque la soberanía de los Estados conlleva a que sean los jueces quienes impartan justicia en el territorio respectivo, Colombia acepta que ésta soberanía tenga una excepción, fundamentada en las exigencias de la internacionalización y eficacia de la justicia³¹, y ésta excepción es precisamente el exequátur.

2. LA DESLOCALIZACIÓN DE LOS LAUDOS ARBITRALES Y LA POSIBILIDAD DE RECONOCER UN LAUDO ANULADO EN LA SEDE PRINCIPAL

La posibilidad de que un laudo anulado sea reconocido en otro Estado diferente al de la sede arbitral se encuentra limitado por el control que ejercen los jueces sobre el laudo arbitral, lo cual hace que pierda casi toda su eficacia. Dicho control del laudo internacional podrá ser efectuado al menos por las jurisdicciones de dos Estados: la del lugar de la sede arbitral que conocerá del recurso sobre el laudo y la del lugar donde se pretenda ejecutar el mismo, que decidirá la demanda de exequátur y su posterior ejecución³². Ésta eficacia también se encuentra notoriamente limitada por la causal de denegación de un

²⁸ Nigel Blackaby, *La importancia de la forma y del alcance de la decisión arbitral para su ejecución*. En: MANTILLA-SERRANO. *Arbitraje internacional. Tensiones actuales*. Legis editores S.A (2007). P. 171-172.

²⁹ Sentencia T-716/96, (Corte Constitucional; M.P: Antonio Barrera Carbonell; 16 de diciembre de 1996).

³⁰ Nigel Blackaby, *La importancia de la forma y del alcance de la decisión arbitral para su ejecución*. En: MANTILLA-SERRANO. *Arbitraje internacional. Tensiones actuales*. Legis editores S.A (2007). P. 181-189.

³² CORREA ANGEL, *El reconocimiento y la ejecución de un laudo internacional anulado en el país de la sede arbitral*. En: revista *Mercatoria*, vol. 7, núm 2 (2008).

laudo debido a la violación del orden público, en concordancia con que el control de legalidad de los jueces está sujeto a que no se vulnere el ordenamiento jurídico dentro de lo cual se encuentran inmersa las normas de orden público.

Es claro que la Convención de Nueva York del 10 de junio de 1958, permite someter el reconocimiento y ejecución del laudo al ejercicio de los jueces de cada país miembro, quienes pueden negar el exequátur si la parte interesada aporta prueba de la existencia de la una de las causales establecidas en el artículo V de la citada convención, dentro de las cuales se encuentra el hecho de que el laudo sea anulado en la sede del arbitraje³³, pero, *¿hasta qué punto resulta obligatoria la aplicabilidad de dichas causales?*

La respuesta a éste interrogante se encuentra circunscrita al principio de la disposición más favorable según los términos del artículo VII (I) de la Convención de Nueva York, la cual establece que las disposiciones contenidas en la misma no afectan la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales sobre el reconocimiento y ejecución de laudos que se hayan suscrito internamente por el Estado contratante, de éste punto se predica la disposición de compatibilidad. Sin embargo, resulta pertinente señalar que al poderse aplicar diferentes acuerdos pueden surgir discrepancias dada la regulación del caso por diferentes instrumentos convencionales; y con el fin de dirimir esa dificultad, se podrá hacer uso de la regla máxima de efectividad la cual le permitirá al tribunal elegir aquel instrumento que permita la mayor eficacia del objetivo³⁴.

Teniendo en cuenta lo anterior, se podría establecer que si un país cuenta con un régimen más favorable que el que ofrece la Convención de Nueva York, ya sea por vía legislativa o convencional, el juez del exequátur podrá aplicarlo sin sujetarse a las causales del artículo V.

Lo anterior depende en gran medida de la importancia que le otorgue a la sede arbitral el juez del exequátur. Éste puede considerar que el laudo se encuentra sujeto en el ordenamiento jurídico del país de la sede arbitral, tal como lo predica la teoría territorialista, a través de la cual se establece que la sede determina la ley aplicable y su campo de acción, y la jurisdicción de los tribunales quienes conocerán de los incidentes que sobre el laudo se interpongan. Esto implica que el laudo tenga nacionalidad, y por lo tanto, con ésta teoría el juez conduce su decisión a la negación del exequátur sobre el laudo que ha sido anulado en la sede en la que se profirió, ya que dicho laudo anulado deja de existir tanto en el país de origen como en cualquier otro donde se demande el trámite del exequátur.

³³ Ver: RIVERA JULIO CERSAR, Arbitraje Internacional: *criterios opuestos reflejados en dos sentencias relevantes*. Disponible en: http://www.rivera.com.ar/sites/default/files/rivera_arbitraje-internacional-criterios-opuestos-dos-sentencias-relevantes.pdf

³⁴ SIQUEIROS JOSÉ LUIS , *¿Puede Ejecutarse un Laudo Extranjero que ha sido Anulado por el Juez Competente?*, En: Revista de Derecho Privado, Año 8, Número 22, Enero-Abril (1997)

No obstante, el juez basándose en la teoría de la deslocalización cuyo eje central es que el laudo encuentra su fundamento en la autonomía de la voluntad, puede determinar que el laudo no está incorporado en el ordenamiento jurídico del país de la sede arbitral, y por lo tanto, que éste no pertenece a ningún ordenamiento en particular, lo que permitiría que se concediera el exequátur al laudo anulado en la sede de origen.

Para ilustrar éstas teorías, haré alusión al caso Termorío en contraposición al caso Chromalloy³⁵. En el primero de los casos, Electranta S.A sociedad con capital mixto, fue creada con el fin de proveer electricidad a la ciudad de Barranquilla. Esta sociedad había firmado un acuerdo con Termorío S.A en virtud del cual ésta última se comprometía a generar electricidad y Electranta a comprarla por un lapso de veinte años. El acuerdo contenía una cláusula compromisoria cuya modificación por medio de un otrosí, especificaba que en caso de controversia, las diferencias se someterían a un arbitraje en Colombia bajo las reglas de la Cámara de Comercio Internacional. Es decir, una cláusula arbitral designando un típico arbitraje internacional con sede en Colombia.

Tiempo después de ejecutado el contrato, el gobierno colombiano inició un plan de privatización y creó una nueva sociedad, Electro Caribe, a la que transfirió todos los activos de Electranta sin las obligaciones contractuales que ésta tenía con respecto a Termorío. Lo anterior, provocó un incumplimiento del contrato por parte de Electranta ya que Termorío continuó generando energía, sin recibir contraprestación alguna. De esta manera Termorío convocó la formación del tribunal arbitral, el cual condenó al Estado colombiano a pagar cerca de 60 millones de dólares al contratista. Este laudo nunca fue ejecutado por Electranta y por el contrario fue objeto de un recurso de anulación ante el Consejo de Estado, Corporación que decidió anular el laudo en razón a una nulidad del pacto arbitral, sin que dicha causal de anulación estuviese estipulada en la ley 80 de 1993, respecto de lo cual, se argumentaba que la naturaleza jurídica de Electranta era la de un contrato estatal especial sujeto a las normas del derecho privado.

De esta forma, el Consejo de Estado se basó en la ley antigua que había sido derogada para anular el laudo. Dicha ley establecía que no se podía desarrollar trámites arbitrales bajo procedimientos o instituciones que no estuviesen registradas ante el Ministerio de Justicia, lo cual sucedía con el reglamento de la CCI. Es así como dicha corporación interpretó que la ley vigente en Colombia a la fecha del acuerdo arbitral no autorizaba un procedimiento diferente al previsto en la ley colombiana, y que no había criterios para determinar que el arbitraje se podía caracterizar de internacional.

³⁵ Consejo de Estado Sala de lo contencioso administrativo, Sección Tercera, M.p. Germán Rodríguez Villamizar, agosto de 2002. Exp. 21.041; MANTILLA-SERRANO FERNANDO, *Algunos apuntes sobre la ejecución de los laudos anulados y la Convención de Nueva York*, en: 15 *International Law*, Revista Colombiana de Derecho Internacional, 15-40 (2009); RIVERA JULIO CERSAR, *Arbitraje Internacional: criterios opuestos reflejados en dos sentencias relevantes*. Disponible en: http://www.rivera.com.ar/sites/default/files/rivera_arbitraje-internacional-criterios-opuestos-dos-sentencias-relevantes.pdf; CORREA ANGEL, *El reconocimiento y la ejecución de un laudo internacional anulado en el país de la sede arbitral*. En: revista Mercatoria, vol. 7, núm 2 (2008).

Termorío sociedad con capital extranjero, pide el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral anulado al tribunal de Culumbia, y éste concluye que es un asunto colombiano, respecto de la prestación de servicios públicos en Colombia, y que el arbitraje se sujetó a la ley Colombiana, y por lo tanto, no se encuentra habilitado para contrariar la Corporación competente como lo es el Consejo de Estado.

De dicha decisión, cabe destacar que el análisis del tribunal se basó en la sentencia que anuló el laudo, más no en la eficacia del mismo, prescindiendo del artículo VII de la Convención. Además, no tuvo en cuenta que la causal invocada por el Consejo de Estado colombiano para anular el laudo no es de orden internacional, y por el contrario, se trata de una causal local, ligada a concepciones jurídicas nacionales, lo que no tiene efectos internacionales. Por tal razón, solo es válida la anulación del laudo que verse sobre causales del alcance internacional.

En este caso, resulta evidente la aplicación de la teoría territorialista, pues el Tribunal de Culumbia no reconoció el laudo que había sido anulado por el Consejo de Estado, aludiendo al argumento de que era un asunto propio del Estado colombiano y que no podía interferir en esta decisión. De esto se colige, la primacía del ordenamiento jurídico del país en el cual se dictó el laudo arbitral, el criterio de la nacionalidad y la inexistencia de un laudo arbitral luego de ser anulado.

El caso Termorío es sustancialmente contrario al suscitado entre la Fuerza aérea de la República Árabe de Egipto y la empresa norteamericana Chromalloy Aero Services (CAS), caso en el cual la segunda suministraba repuestos y mantenimiento para helicópteros militares de propiedad de la primera. Éstas habían estipulado cláusula compromisoria en caso de controversia. En el momento del diferendo CAS demandó, y la decisión sobre el objeto de la demanda resultó favorable para la empresa, no obstante, el gobierno de Egipto impugnó tal decisión, y esto llevó a la anulación de la sentencia arbitral. Pero la negativa no fue suficiente, y por tanto, CAS solicitó ante los tribunales estadounidenses el reconocimiento y ejecución del laudo, quienes consideraron que el ordenamiento doméstico era más favorable y propicio para los efectos previstos en el artículo VII de la Convención, y en esa virtud ordenó el reconocimiento y ejecución del laudo que había sido anulado, sin tomar en consideración que la intención de las partes plasmada en el pacto arbitral era que ninguna decisión de los árbitros fuera apelable, cláusula que resultaba ser válida y acorde al orden público de los Estados Unidos.

Respecto de éste caso, cabe mencionar que se encuentra plasmada la aplicación de la teoría de la deslocalización, pues se reconoce un laudo arbitral que ha sido anulado en la sede de origen, en razón a la percepción de que el laudo no está incorporado en el ordenamiento jurídico en el cual fue proferido, y que por lo tanto, es autónomo y no pertenece a ningún ordenamiento en particular.

Seguidamente, surge el interrogante acerca de si el arbitraje tiene fuero o no. Para resolver dicha cuestión basta con indicar que la palabra fuero hace alusión a una localización estatal, a la idea de investidura por parte del Estado. Ésta noción de fuero suele confundirse con la de sede. Sin embargo, si el árbitro tiene efectivamente una sede, él no está investido por el Estado en el cual se encuentra la misma. Y por lo tanto, surge la idea de que el fuero se ha desmaterializado, y se ha desplazado hacia un espacio simbólico, el cual es el consentimiento de las partes, elemento que inviste al árbitro de capacidad para resolver un conflicto³⁶.

Teniendo en cuenta que hay muchas consideraciones en torno a la interpretación que se debe de dar a la Convención de Nueva York, resulta importante traer a colación otro criterio de aplicabilidad de la misma, y es aquel que indica que todo laudo dictado fuera del territorio del Estado donde se pide su ejecución o reconocimiento se beneficiará de la Convención, independientemente de que ese laudo haya sido dictado dentro del marco de un arbitraje interno o internacional. Lo que implica que aunque el laudo se haya dictado en un Estado determinado y por tanto, éste excluido de la Convención, ésta le será aplicable si dicho Estado lo asimila a un laudo extranjero³⁷.

Ya habiendo hecho alusión a la anulación del laudo arbitral en la sede de origen como causal para denegar el reconocimiento de un laudo extranjero, cabe mencionar la causal que indica que el laudo extranjero es contrario al orden público. Para delimitar ésta noción se estableció una interpretación por parte del Comité de Arbitraje Comercial Internacional de la Asociación de Derecho Internacional. Según lo dispuesto por éste Comité, ésta figura nace de la ponderación del interés del Estado por mantener un sistema de cooperación jurídica internacional eficaz, y del interés de salvaguardar el respeto de los valores esenciales del mismo Estado³⁸. De lo anterior, nace la idea de que la eficacia del arbitraje internacional se encuentra limitada por el control de legalidad que ejerce el juez que pretende reconocer el laudo sujeto a la causal de denegación por violación del orden público.

De éste aparte del escrito se puede concluir que es posible que un laudo arbitral que es anulado en la sede de origen sea reconocido y ejecutado en un Estado diferente. Esto debido a la teoría de la deslocalización fuertemente acogida por los doctrinantes y por la jurisprudencia francesa y americana. Respecto de ésta última cabe resaltar, que modificó el criterio de argumentación, toda vez que en el caso Chromalloy concedió el exequátur,

³⁶ CLAY Thomas; MANTILLA Fernando; DI ROSA Paolo; COX- ALOMAR Rafael, *Localización y deslocalización*. En: MANTILLA-SERRANO *Arbitraje internacional. Tensiones actuales*, Legis editores S.A (2007), p. 191-251.

³⁷ MANTILLA-SERRANO FERNANDO, *Algunos apuntes sobre la ejecución de los laudos anulados y la Convención de Nueva York*, en: 15 *International Law*, Revista Colombiana de Derecho Internacional, 15-40 (2009)

³⁸ Álvaro López de Argumedo Piñeiro, Marco de Benito Llopis-Llombart, *El orden público como causa de denegación de reconocimiento de un laudo arbitral extranjero: criterios para su aplicación práctica*. En: revista "Actualidad Jurídica Uría Menéndez" Núm. 11, Mayo-Agosto (2005).

mientras que en caso Termorío negó el reconocimiento. La posibilidad del reconocimiento de un laudo anulado se da específicamente por la autorización si se quiere, del artículo VII de la Convención de Nueva York, el cual consagra el principio de la disposición más favorable implícitamente, y da la posibilidad de aplicar la legislación o una convención doméstica por resultar más favorable a los intereses de las partes.

3. ANÁLISIS DE CONTROVERSIAS ENTRE SOCIEDADES COMERCIALES Y VARIACIÓN DE LOS PARÁMETROS ARGUMENTATIVOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTITIA

Por medio del arbitraje internacional se pretende que los laudos sean reconocidos y ejecutados en cualquier país independientemente de las diferencias entre los ordenamientos jurídicos involucrados. Por un lado, el reconocimiento tiene como propósito conferir al laudo el carácter de acto jurisdiccional válido y eficaz en el ordenamiento nacional en el cual se interpone la demanda de exequátur. Por otro lado, la ejecución busca el cumplimiento forzado de las obligaciones y derechos contenidos en el laudo previamente reconocido por el Estado.

La homologación en Colombia de una sentencia arbitral proferida en el extranjero se lleva a cabo por la Corte Suprema de Justicia, que deberá verificar la regularidad internacional del laudo a la luz del ordenamiento jurídico nacional, sin entrometerse en el acierto del fallo proferido por el tribunal de arbitramento. En este entendido, el exequátur obedece al principio de la soberanía estatal.

Para ilustrar como se lleva a cabo el trámite del exequátur en Colombia, se hará alusión a algunos casos polémicos cuyo reconocimiento y ejecución se han decidido por la Corte Suprema de Justicia, Corporación que ha variado significativamente los parámetros de argumentación.

En el caso PETROTESTING COLOMBIA S.A Y SOUTHEAST INVESTMENT CORPORATION, ANTES ROSNEFT AMERICA INC promovido en contra de HOLSAN OIL S.A, hoy denominada ROSS ENERGY S.A³⁹, se pretende la homologación de la sentencia arbitral en la cual se declara que Ross Energy incumplió con el Acuerdo de Operaciones Conjuntas, cuyo objeto era regular las obligaciones y derechos de las empresas en mención originados en el Contrato de Producción Incremental correspondiente al campo denominado Suroriente ubicado en el Departamento de Putumayo en Colombia, adjudicado por la empresa de Petróleos – ECOPETROL - al consorcio conformado por las mismas. Dado ese incumplimiento la sociedad Ross Energy fue requerida en el 25%, 50% y finalmente en el 100% de su interés de participación en el Consorcio así como con respecto a los derechos bajo el Contrato de Producción Incremental.

³⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.p. Ruth Marina Díaz Rueda, julio 27 de 2011. Exp. 11001-0203-000-2007-01956-00

Al enterarse la accionada de la pérdida de participación por el incumplimiento que se configuró, alegó que el laudo arbitral no satisfacía los presupuestos de tratados internacionales y los establecidos por la legislación colombiana para su homologación; además formuló tacha de falsedad sobre la traducción del Acuerdo de Operaciones Conjuntas. Y sumado a ello, invocó como defensa la obligatoriedad del sometimiento a la ley colombiana, estado de indefensión, exceso de la sentencia respecto de los términos de la cláusula compromisoria, que el objeto del laudo arbitral recae sobre derechos reales del territorio colombiano, existencia de proceso en curso sobre el mismo asunto, y finalmente alega que el reconocimiento de la sentencia es contrario al orden público.

La parte accionante, considera que existe reciprocidad diplomática entre Estados Unidos y Colombia, y que para tal efecto se basarán en la Convención de Nueva York. Adiciona dicha parte que las obligaciones emanadas del acuerdo involucran intereses privados y que por tanto, no se ve afectado el orden público. Aduce también que en Colombia no existe otro proceso sobre el mismo asunto, y que los negocios que suscitaron la controversia tuvieron por objeto derechos personales; además que dicha disputa se generó entre particulares en torno al cumplimiento de un contrato privado, denominado Acuerdo de Operación Conjunta que se extendió en algunos aspectos al Acuerdo con el Operador. Además, afirma que la parte accionada no se encontraba en estado de indefensión, pues las condiciones en caso de controversia se habían pactado en la cláusula compromisoria.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia afirma que el debate no gira en torno al Contrato de Producción Incremental celebrado con la empresa Ecopetrol, y que por lo tanto, no puede hablarse de que el contrato objeto de disputa es de carácter estatal y, que se sujeta a normas de derecho público, pues la disputa es suscitada por intereses particulares sobre un contrato privado. Además aduce que el estado de indefensión alegado no es procedente, pues como se puede dilucidar en la etapa probatoria quedó demostrado que desde el inicio del acuerdo y del pacto de la cláusula compromisoria, se estipuló el idioma en el cual se iba a llevar a cabo el desarrollo del proceso y, que se iba a hacer ante el Centro de Resolución de Disputas de la Asociación Americana de Arbitraje (ICDR), de lo cual se colige, que el proceso no es el escenario adecuado para alegar indefensión respecto del aspecto idiomático y económico. Por tanto, la Corte Suprema de Justicia decide conceder el exequátur de la sentencia arbitral cuyo árbitro pertenece al CIDR con sede en New York.

De esta providencia, cabe resaltar que la Corte Suprema de Justicia observa los requisitos de reciprocidad que debe haber entre los países involucrados, y una vez, evidencia la reciprocidad diplomática traducida en la ratificación del Convenio de Nueva York, entra a analizar las causales de negación del reconocimiento de los laudos arbitrales consagradas en el artículo V, y seguidamente analiza la defensa de la parte accionada a la luz del objeto de disputa contrastándolo con dichas causales y el ordenamiento jurídico colombiano. Desde mi perspectiva resulta un poco desproporcionado el argumento en contra de la indefensión por el carácter idiomático y económico, toda vez que, si bien las condiciones estaban estipuladas en la cláusula

compromisoria, eso no obsta para determinar con claridad las complicaciones que al momento de una controversia puedan surgir, ya que está sujeto a una condición incierta, pues así como puede haber un conflicto, de la misma manera, puede no darse.

En el caso entre DRUMMOND LTD como reclamante, FERROVÍAS EN LIQUIDACIÓN Y FERROVÍAS NACIONALES DE COLOMBIA S.A. (FENOCO)⁴⁰, se decide sobre la solicitud de exequátur respecto de los laudos parcial de 25 de julio de 2005, su adición del 7 de noviembre de ese mismo año, y sobre el laudo final de 10 de junio de 2006, con su complemento del 29 de septiembre de la misma anualidad. El objeto de la controversia gira en torno al contrato de transporte de carbón desde mina Pribenow hasta Puerto Drummond en Ciénaga Magdalena, con duración de 30 años, contados desde el 5 de junio de 1992. Durante el desarrollo de la vía férrea del Atlántico suscrita el 9 de septiembre de 1999 entre Ferrovías y Fenoco, la primera cedió a la segunda el contrato de transporte advirtiendo que ambas responderían solidariamente ante la Drummond.

El 3 de octubre de 2001 la Drummond acudió a un proceso arbitral debido a los incumplimientos en la ejecución del contrato de transporte por parte de Fenoco, Ferrovías y el grupo Dragados S.A. El 24 de junio de 2003, el Tribunal emitió laudo parcial en cuya virtud rechazó las objeciones de Ferrovías a ser tenida en cuenta como parte en el arbitraje, y acogió la misma objeción planteada por Dragados. El 25 de julio de 2005, se profirió otro laudo parcial en el cual se decidieron la mayor parte de las cuestiones sometidas a arbitraje, y posteriormente, éste fue objeto de una adición el 7 de noviembre de 2005. Finalmente, se expidió un laudo definitivo el 10 de junio de 2006 con adición en el mismo año en el cual se determinó que tanto Ferrovía como Fenoco debían pagar la suma de US\$ 189.584.00, de manera separada y sin solidaridad alguna por el incumplimiento configurado.

De acuerdo a lo anterior, el análisis de este caso se basará en la homologación de los laudos parcial y definitivo, con sus correspondientes adiciones, proferidos por tres árbitros adscritos a la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional con sede en París.

Dentro de las excepciones invocadas por las partes afectadas, se encuentra la del Instituto Nacional de Concesiones, que denomina "inoponibilidad de los laudos arbitrales", porque si bien era el administrador del negocio de concesión celebrado entre Ferrovías y Fenoco, ésta no está llamada a responder por las condenas impuestas en los laudos, toda vez que no le son oponibles por haber sido proferidas en un proceso en el cual no fue parte, pues la cesión del contrato de concesión de la red férrea del Atlántico no implicó para INCO la asunción de las obligaciones derivadas de procesos judiciales.

No obstante, frente a esa excepción la Corte afirma que el Decreto 1791 de junio de 2003 ordenó la supresión de Ferrovías y dispuso su liquidación, además precisó que el liquidador de Ferrovías cedería en 6 meses a la entidad que asuma la competencia de la

⁴⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.p. Fernando Giraldo Gutiérrez, diciembre 19 de 2011. Exp. 1100102030002008-01760-00

red férrea concesionada todos los contratos, estableció que hasta que no se llevara a cabo la cesión el liquidador seguía ejecutándolos, y que luego de la liquidación el Ministerio de Transporte asumiría la totalidad de los procesos judiciales en que fuere parte dicha entidad. Teniendo en cuenta lo anterior, es preciso aseverar que a éste trámite se convocaron las eventuales afectadas con los laudos extranjeros, es decir, la Nación (Ministerio del Transporte) como responsable de la totalidad de los procesos judiciales en los que Ferrovías fue parte, y al INCO como cesionario del contrato de concesión Férrea del Atlántico, por tanto, no prospera la excepción.

Tanto Fenoco como el Ministerio del Transporte excepcionan que el laudo versa sobre bienes que se encontraban en el territorio colombiano al momento de iniciarse el proceso, es decir, que en éste caso se está excepcionando la causal del artículo V de la Convención de Nueva York por haber reciprocidad diplomática entre Colombia y Francia, que indica que no se puede homologar el laudo en casos no contemplados por la legislación colombiana, no obstante en la sentencia objeto de estudio se dice que no se configura ninguna de las causales, posición con la que no estoy de acuerdo, porque si bien la excepción no prospera, no es por ese motivo, es porque el trámite arbitral no busca en sí la declaratoria de un derecho real sobre un bien, sino que la acción propuesta es de naturaleza contractual, los litigantes que concurrieron al trámite fueron los suscriptores o cesionarios del negocio jurídico en controversia, la pretensión se contrajo al incumplimiento de ese acuerdo de voluntades, y la resolución del caso se centró en los efectos, inter partes, a que daba lugar la infracción de las estipulaciones del correspondiente acuerdo.

Sumado a esto, el Ministerio de transporte y Fenoco afirman que los fallos son contrarios al orden público porque imparten órdenes a las autoridades colombianas para aprobar o improbar modificaciones de uso público, en tratándose de una vía férrea. La Corte por su parte, afirma que las órdenes impartidas por el Tribunal de Arbitramento se limitaron a aspectos propios del contrato operacional para transporte privado.

Se alega además la excepción de que los laudos recayeron sobre asuntos de competencia exclusiva de los jueces colombianos, pues se reserva a los jueces especializados en lo contencioso administrativo, la expedición de actos relacionados con la definición de planes de trenes, aplicación de multas y banas de mantenimiento. La Corte asevera que la ley 39 de 1990 reconoce aplicación de la Convención de Nueva York frente a contratos estatales.

Respecto a diversas excepciones no contempladas en el artículo V de la Convención de Nueva York alegadas por las partes, la Corte no hace el mínimo esfuerzo de contemplarlas y analizarlas, lo que desde mi punto de vista es un poco arbitrario, porque si bien lo que se busca es observar que el laudo no sea contrario al ordenamiento jurídico en que se pretende ejecutar, eso no obsta para que se vulnere de cierta forma el debido proceso, ya que de un análisis minucioso puede configurarse tácitamente o una de las causales del artículo V de la Convención de Nueva York, o una de las contempladas en el Código de Procedimiento Civil.

Se excepciona también que no se cumplió con la debida citación y contradicción de los demandados. Al respecto afirma la Corte que a ferrovías se le enteró de la iniciación del trámite y que de hecho tuvo oportunidad para presentar su caso, independientemente de que se encontrara en liquidación, pues como quedó plasmado anteriormente, el liquidador como representante legal debe seguir atendiendo los procesos judiciales, hasta que se efectúe la entrega de los inventarios.

Por lo anterior, se ordena conceder el exequátur para el laudo parcial y su adición del 25 de julio y 7 de noviembre de 2005, así como el laudo final y su complemento del 10 de junio y 29 de septiembre de 2006, proferidos por el Tribunal de Arbitramento según reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París, que desató la controversia desatada por Drummond Ltda contra Ferrovías en Liquidación y Ferrocarriles Nacionales de Colombia S.A.

De las dos sentencias anteriores que conceden el exequátur es posible afirmar que, ambas delimitan el alcance de las circunstancias que permiten denegar el reconocimiento de un laudo extranjero, en los términos de la convención de Nueva York, específicamente en cuanto a dos de éstas: el desconocimiento del orden público, y el hecho de que la parte sobre la cual se invoca el laudo no haya podido ejercer los medios de defensa directamente. En lo que concierne al orden público, se puede afirmar que indirectamente estaban involucradas entidades del Estado y bienes públicos, además se estaban impartiendo órdenes y determinando suposiciones que deberían de efectuarse por la administración pública propiamente dicha. Respecto de los medios de defensa es posible resaltar que no se hace un análisis exhaustivo de las causales de denegación invocadas por los afectados.

De la controversia suscitada entre las firmas FAI INSURANCES LIMITED, FAI GENERAL INSURANCES COMPANY LIMITED, FAI CARS OWNERS MUTUAL INSURANCE COMPANY LIMITED, sociedades constituidas de acuerdo con las leyes de Australia, y la COMPAÑÍA AGRÍCOLA DE SEGUROS S. A⁴¹, sociedad existente de acuerdo con las leyes de Colombia, se profirió un laudo arbitral en el cual la Compañía Agrícola de Seguros termina siendo condenada a pagar a las firmas demandantes la suma de doscientos cincuenta y siete mil novecientos treinta y tres con ochenta y nueve (\$257.933.89) Dólares Australianos, más intereses por valor de cuarenta y seis mil doscientos noventa (\$46.290) Dólares Australianos.

El litigio se originó en el incumplimiento por parte de Agrícola de Seguros S. A. de contratos de reaseguro en que participó en el mercado de Londres a través del Pool de reaseguros denominado "Pool Latinoamericano de Reaseguros."

Afirma el demandante que el fallo para el cual se pide el exequátur no se opone a las leyes u otras disposiciones de orden público, exceptuadas las de procedimiento, y que no era de competencia exclusiva de los jueces colombianos por tratarse de negocios que la Compañía Agrícola de Seguros celebró en Londres. Además, indica que en Colombia, no

⁴¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Mp. Nicolas Bechara Simanca, febrero 29 de 1996. Exp. 3626.

existe ningún proceso ni ninguna sentencia ejecutoriada de jueces nacionales sobre el asunto.

Respecto de la reciprocidad que debe predicarse para que se pueda reconocer un laudo arbitral, se afirma que en Inglaterra, la ley le concede fuerza a las sentencias proferidas por Tribunales Colombianos en procesos contenciosos. Dado que se trata de un régimen de Common Law, las normas que rigen el reconocimiento y la ejecución de sentencias proferidas por tribunales extranjeros no están consagradas en una ley escrita, sino que corresponden a principios que han quedado sentados como ley, siendo consecuencia de reiteradas y uniformes providencias judiciales.

Por su parte la Compañía Agrícola excepciona que no existe tratado multilateral o bilateral, a través del cual Colombia e Inglaterra hayan establecido la posibilidad de que laudos arbitrales pronunciados en ese país pueda ser ejecutado en Colombia. Además expone que la decisión arbitral no puede ser considerada de carácter jurisdiccional, y que la sentencia así como se profirió viola normas imperativas.

La Corte al respecto considera que existen normas legales en el cual se permite que se configure la reciprocidad legislativa, según lo estipulado por los abogados ingleses George Robert Clarke y Andrew Midsomer Leggat. Luego de examinado el asunto de la reciprocidad, la Corte pasa a determinar si la sentencia extranjera es apta para surtir efectos en Colombia, según lo establecido en el artículo 694 del CPC. Al no configurarse ninguna de las causales consagradas en el precitado artículo la Corte resuelve conceder el exequátur.

Respecto de la anterior decisión cabe afirmar que se otorga el exequátur a pesar que existe un pacto arbitral en el contrato suscrito entre las sociedad inmiscuidas en el conflicto, a lo largo de la providencia no se hace alusión a la misma para corroborar si ésta efectivamente se le había otorgado competencia al tribunal inglés, y de éste manera se afecta el debido proceso de la Compañía agrícola. Sumado a ello, no se tuvo en cuenta que tanto el Reino Unido de Gran Bretaña⁴² dentro del cual se encuentra Inglaterra, como Colombia habían suscrito la Convención de Nueva York. De lo anterior, se puede concluir que la Corte Suprema de Justicia no debió haber concedido el exequátur sin antes analizar la competencia del tribunal extranjero para proferir el laudo y la reciprocidad que se debe predicar entre el país originario del laudo y el país en el cual se pretende la ejecución.

Finalmente, en lo que concierne a la controversia suscitada entre MERCK & CO. INC., MERCK FROSST CANADA INC. Y FROSST LABORATORIES INC. Contra TECNOQUIMICAS S.A.⁴³, ésta fue decidida mediante laudo interlocutorio por árbitro único designado por la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional,

⁴² El Reino Unido de Gran Bretaña (Inglaterra, Gales y Escocia) e Irlanda del Norte ratificaron la Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, en fecha de 24 de septiembre de 1975, y éste entró en rigor el 23 de diciembre de 1975. Ver: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html

⁴³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Auto del 26 de enero de 1999. Exp. 7474.

laudo cuyo reconocimiento en Colombia por la Corte Suprema de Justicia, es el asunto analizado en éste escrito.

El conflicto se basó en el incumplimiento por parte de Tecnoquímicas de las obligaciones contraídas en los contratos de distribución, licencia, suministro y prestación de servicios. Respecto de éste asunto, el Tribunal arbitral profiera laudo parcial en el que se decide que las cláusulas compromisorias de los contratos son válidas, que el tribunal es competente, que Tecnoquímicas debe abstenerse de realizar acciones contrarias a las cláusulas compromisorias, y de proseguir con el proceso arbitral ante la Cámara de Comercio de Bogotá. Es parcial la decisión porque el tribunal de arbitramento se abstiene de resolver la petición de decretar daños solicitada por los demandantes, lo que se decidirá en el laudo definitivo.

La Corte para determinar si es viable conceder el exequátur realiza un análisis exhaustivo de las disposiciones que sobre el procedimiento arbitral y la demanda de exequátur consagra el Código de Procedimiento Civil. Seguidamente determina la reciprocidad entre los países involucrados, y centra su argumentación en lo que se debe entender por laudo, a la luz de lo estipulado por la Convención de Nueva York.

A partir del anterior análisis, la Corte considera que se requiere que las decisiones extranjeras tengan el carácter de definitivas y firmes, puesto que si se trata de pronunciamientos provisionales, éstos van a ser modificados por la autoridad foránea que los emitió, y por lo tanto, se desdibujaría la naturaleza del trámite del exequátur. Y finalmente concluye que los laudos extranjeros que se limitan a definir la competencia, resuelven un aspecto de carácter procesal, previo y parcial, y no alcanzan la definición de las diferencias sustanciales, de lo que se desprende que no puede ser objeto de exequátur. Teniendo en cuenta esto, la Corte rechaza la demanda.

Desde mi perspectiva, la Corte no es asertiva en cuanto a la noción de laudo definitivo, porque la interpretación que le da al artículo I de la convención es restrictiva, puesto que no es cierto que la decisión deba ponerle fin al procedimiento arbitral, y esto ha quedado consignado en la doctrina y en reglamentos de arbitraje, instrumentos en los cuales se afirma que un laudo puede ser interlocutorio y parcial. Además, no es cierto que el laudo objeto de disputa verse solamente sobre la competencia del tribunal, ya que en éste también se hace alusión a la validez de las cláusulas y a las restricciones en torno a las acciones que ejerza Tecnoquímicas, y desde este punto de vista, se debería otorgar el exequátur debido a que puso fin a un tema central de la discusión.

De los casos anteriormente expuestos, queda demostrado que la Corte Suprema de Justicia varía los parámetros para conceder el exequátur de un laudo proferido por un tribunal foráneo, toda vez que limita el alcance de las causales para anular un laudo arbitral consagradas en el artículo V de la Convención de Nueva York, vulnera el debido proceso de la partes accionadas, no determina con certeza el criterio de reciprocidad que debe haber para poder reconocerse un laudo arbitral y no interpreta de manera adecuada lo establecido en la Convención acorde con el espíritu de la misma. Dadas estas irregularidades, las partes han visto afectados sus intereses económicos y jurídicos.

CONCLUSIONES

La idea de internacionalización de las relaciones comerciales y de globalización ha hecho que cambien los paradigmas en torno al principio de la soberanía nacional como código genético de un Estado. Para coadyuvar con ese cambio se ha permitido que un laudo pueda ser reconocido y ejecutado en un Estado diferente al de origen, por medio de la aplicación de la Convención de Nueva York de 1958, y disposiciones relativas al mismo tópic. En el caso Colombiano, la Corporación encargada de llevar a cabo este proceso es la Corte Suprema de Justicia.

Dentro de las teorías que permiten que el laudo arbitral se desligue o no del ordenamiento jurídico dentro del cual se profiere, se encuentran la teoría territorialista en contraposición a la teoría de la deslocalización. Ésta última teoría permite que un laudo anulado pueda ser reconocido en un Estado diferente al de la sede arbitral, debido a que le da prevalencia, al criterio según el cual el laudo no pertenece a ningún ordenamiento jurídico. De la misma manera, el principio de favorabilidad, se encuentra como una excepción a la aplicación de la Convención de Nueva York, ya que admite que se aplique el ordenamiento doméstico y se omita la aplicación de las causales del artículo V por ser más beneficioso para los intereses de las partes, y ser válidamente reconocida su aplicación nacionalmente.

Finalmente, luego de exponer casos cuya solución ha resultado polémica, se puede concluir que la Corte Suprema de Justicia si ha variado considerablemente los parámetros argumentativos para conceder el reconocimiento y la posterior ejecución de las obligaciones plasmadas en los laudos arbitrales, toda vez que ha delimitado el alcance de las causales de denegación consagradas en el artículo V de la Convención de Nueva York, y en ocasiones omite la reciprocidad como característica necesaria para poder llevar a cabo el trámite del exequátur. De la misma manera, se observa que en ocasiones no analiza con detalle los presupuestos fácticos y por lo tanto, niega el exequátur con fundamento en argumentaciones lejanas de lo que se pretende, como en el caso en el que no concedió el exequátur debido a que se trataba de un laudo parcial.

Bajo estos supuestos, se hace un llamado para que apliquen las Convenciones y disposiciones domésticas atendiendo a los fines y presupuestos para los cuales han sido creados, de tal manera que no se vean afectados abruptamente los intereses de las partes debido a la mala aplicación de los instrumentos legales, pues la argumentación en determinados casos resulta vaga e inapropiada con respecto al fin buscado por las partes que demandan.

BILIOGRAFÍA

ÁLVARO LÓPEZ DE ARGUMEDO PIÑEIRO, MARCO DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, *El orden público como causa de denegación de reconocimiento de un laudo arbitral*

extranjero: criterios para su aplicación práctica. En: revista "Actualidad Jurídica Uriá Menéndez" Núm. 11, Mayo-Agosto (2005).

BRUNO OPPETIT, *Teoría del arbitraje*. Legis editores S.A, (2006).

CLAY Thomas; MANTILLA Fernando; DI ROSA Paolo; COX- ALOMAR Rafael, *Localización y deslocalización*. En: MANTILLA-SERRANO *Arbitraje internacional. Tensiones actuales*, Legis editores S.A (2007).

CÁRDENAS MEJÍA, *El contrato de arbitraje: La autonomía del contrato de arbitraje- el principio de la autonomía del contrato de arbitraje o pacto arbitral*. Bogotá, Legis, (1999).

CÁRDENAS J. EMILIO. *Los beneficios de ratificar la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958, o de adherirse a ella*. En: Día de la Convención de Nueva York, Sala del Consejo de Administración de la Sede de las Naciones Unidas. 1998. Nueva york.

CORREA ANGEL, *El reconocimiento y la ejecución de un laudo internacional anulado en el país de la sede arbitral*. En: revista *lex mercatoria*, vol. 7, núm 2 (2008).

ESCOBAR CÓRDOBA, Criterio jurídico No. 1: *El arbitraje internacional*, Pontificia Universidad Javeriana de Cali (2001).

FALI S. NARIMAN. *La contribución de la Convención de Nueva York a la mundialización del arbitraje internacional*. En: Día de la Convención de Nueva York, Sala del Consejo de Administración de la Sede de las Naciones Unidas. 1998. Nueva york.

GIL ECHEVERRY, *El exequátur de laudos arbitrales*. En: *Nuevo régimen de arbitramento*. Cámara de comercio de Bogotá, 1999.

ILLERA SANTOS, *La resolución de conflictos: un análisis en el contexto de los MASC*. En: ámbito jurídico (febrero 20 – 09 marzo de 2014).

JIMÉNEZ FIGUERES, *El sistema de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, Estudios de arbitraje*, Editorial jurídica de Chile (2007).

MANTILLA-SERRANO FERNANDO, *Algunos apuntes sobre la ejecución de los laudos anulados y la Convención de Nueva York*, en: 15 *International Law*, Revista Colombiana de Derecho Internacional, (2009).

MONROY CABRA, *El derecho internacional como fuente del derecho constitucional*. En: ACDI, Universidad del Rosario, Vol. 1, (2008).

MONROY CABRA, *Arbitraje comercial nacional e internacional*, Legis editores S.A (1998).

NIGEL BLACKABY, *La importancia de la forma y del alcance de la decisión arbitral para su ejecución*. En: MANTILLA-SERRANO. *Arbitraje internacional. Tensiones actuales*. Legis editores S.A (2007).

RIVERA JULIO CERSAR, *Arbitraje Internacional: criterios opuestos reflejados en dos sentencias relevantes*. Disponible en: http://www.rivera.com.ar/sites/default/files/rivera_arbitraje-internacional-criterios-opuestos-dos-sentencias-relevantes.pdf

SIQUEIROS JOSÉ LUIS , *¿Puede Ejecutarse un Laudo Extranjero que ha sido Anulado por el Juez Competente?*, En: *Revista de Derecho Privado*, Año 8, Número 22, Enero-Abril (1997).

SENTENCIAS:

Corte Constitucional

Sentencia C-294 de 1995, (Corte Constitucional; M.P: Jorge Arango Mejía; 06 de julio de 1995)

Sentencia T- 716 de 1996 (Corte Constitucional, M.P. Antonio Barrera Carbonell; 16 de diciembre de 1996)

Sentencia C-347 de 1997 (Corte Constitucional; M.P. Jorge Arango Mejía; 23 de julio de 1997)

Consejo de Estado

Consejo de Estado Sala de lo contencioso administrativo, Sección Tercera, M.p. Germán Rodríguez Villamizar, agosto de 2002. Exp. 21.041.

Corte Suprema de Justicia

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.p. Fernando Giraldo Gutiérrez, diciembre 19 de 2011. Exp. 1100102030002008-01760-00

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.p. Ruth Marina Díaz Rueda, julio 27 de 2011. Exp. 11001-0203-000-2007-01956-00

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Auto del 26 de enero de 1999. Exp. 7474.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Mp. Nicolas Bechara Simanca, febrero 29 de 1996. Exp. 3626.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Auto de fecha de 2 de febrero de 1994.