



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA
Magistrado Ponente

SC4480-2021

Radicación n.º 11001-02-03-000-2019-03417-00

(Aprobado en Sala virtual de quince de septiembre de 2021)

Bogotá, D.C., trece (13) de octubre de dos mil veintiuno
(2021)

Se resuelve el recurso de anulación formulado por la Compañía 8768820 CANADA INC. frente al laudo arbitral de 2 de agosto de 2019, con adición del 12 de septiembre siguiente, proferido por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, dentro del proceso arbitral promovido por la recurrente contra la Compañía Minera Los Mates S.A.S y otros.

1. PRETENSIONES

1.1. La recurrente pretende que esta Corporación disponga:

1.1.1. Anular el laudo proferido el 2 de agosto de 2019, por la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, complementado mediante auto del 12 de septiembre del

mismo año, con fundamento en el numeral 1º, literal d) del artículo 108 de la Ley 1563 de 2012.

1.1.2. Ordenar la devolución de todos los gastos y costos sufragados debido al proceso arbitral y al laudo; así como proceder a las restituciones correspondientes, si el laudo anulado hubiere sido ejecutado en todo o en parte.

1.1.3. Mantener la validez de la cláusula compromisoria para convocar, de nuevo, un nuevo Tribunal Arbitral, manteniendo las pruebas debidamente practicadas y las actuaciones no afectadas por la anulación.

2. ANTECEDENTES

2.1. Los hechos relevantes de la solicitud pueden compendiarse de la siguiente manera:

2.1.1. En el 2010 se constituyó legalmente la Compañía Minera Los Mates S.A.S., debidamente registrada en la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, lugar donde fijó su domicilio. El objeto social de aquella se fijó en desarrollar la actividad minera.

2.1.2. Desde su constitución, hasta el 18 de diciembre de 2014, dicha compañía tuvo un único accionista, llamado Ary Fernando Pernet Márquez, con 30.000 acciones.

2.1.3. El 19 de diciembre de 2014 Pernet Márquez, en su condición de único socio, emitió el título No. 1 de traspaso del total de las acciones, es decir 30.000, a favor de la sociedad 8768820 Canadá Inc. mediante contrato de compraventa. Se buscaba que las acciones de la Compañía Minera Los Mates S.A.S fueran negociadas en el mercado público de valores, razón por la cual el pago de la segunda parte del precio pactado se sometió a condición suspensiva, la cual no se pudo concretar porque Droz Fenestor - representante de Canadá Inc.- no era el de la sociedad minera.

2.1.4. En marzo de 2015, la sociedad 8768820 Canadá Inc. designó como representante legal de la compañía Minera Los Mates S.A.S. a José Luis Avella Santos, tal y como consta en el acta No. 6, la cual fue debidamente registrada en el registro público mercantil.

2.1.5. El 22 de noviembre de 2016, 8768820 Canadá Inc. remueve la representación de Avella Santos, como se evidencia en el acta No. 7 y designa como representante a Droz Fenestor, decisión que se encontraba exclusivamente en cabeza del único accionista 87688220 Canadá INC.

2.1.6. La referida designación se realizó en medio de una reunión de Asamblea General de accionistas consignada en Acta No. 8 del 13 de julio de 2017 pero, en dicho relato se deja constancia de una participación accionaria, que según la solicitante no concuerda con la realidad.

2.1.7. A su vez, el 13 de julio de 2017 Avella Santos inició acciones legales ante la Cámara de Comercio de Medellín de Antioquia, con el propósito de remover a los administradores de la Compañía Minera Los Mates y para nombrar a otros; esto último debidamente registrado e inscrito, como consta en el Acta No. 8 de la compañía.

2.1.8. En los estatutos de la compañía minera, en su artículo 36, se acordó pacto arbitral, específicamente. para dirimir las impugnaciones de las decisiones de la Asamblea General de accionistas.

2.1.9. Droz Fenestor impulsó el trámite arbitral ante la Cámara de Comercio de Medellín, contra la Compañía Minera Los Mates S.A.S., Ary Fernando Pernet Márquez, José Avella Santos y Hernán Alfonso García, pretendiendo se declarara

“(...) [l]a Nulidad del Acta No. 8 del 13 de julio de 2017 de la Asamblea de Accionistas de la Compañía Minera Los Mates S.A.S conforme a la falta de legitimación de los señores ARY FERNANDO PERNETT MÁRQUEZ, JOSÉ LUIS AVELLA SANTOS Y HERNÁN ALFONSO GARCÍA COLONIA para actuar como accionistas de la Compañía Minera Los Mates S.A.S, [que en consecuencia] cesen los efectos de la inscripción realizada el 31 de octubre de 2017, [como] de los actos realizados por el Sr. José Luis Avella Santos en calidad de representante legal principal y/o del Sr. Herman Alfonso García Colonia en calidad de representante legal suplente”.

2.1.10. La Unidad de Arbitraje del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable composición, designó como árbitro a Luis Fernando Pérez González, ante la falta de

acuerdo entre las partes, sin presentarse, frente a ello, oposición alguna.

2.1.11. Posesionado Pérez González, la autoridad arbitral estableció que el trámite era de naturaleza internacional, conforme a lo previsto en el literal a) del artículo 62 de la Ley 1563 de 2012, toda vez que la parte demandante en el proceso fue la sociedad 87688220 Canadá INC., domiciliada en Canadá.

2.1.12. Los allí convocados se opusieron proponiendo las defensas de falta de legitimación por activa, indebida representación legal y caducidad.

2.1.13. Fundamentalmente, aquéllos alegaron que la sociedad 87688220 Canadá INC nunca ostentó la calidad de única accionista de la Compañía Minera Los Maste S.A.S. pues la compra de las acciones de Ary Fernando Pernet Márquez no le otorgaba dicha calidad, ya que éste no fungía como único accionista de la compañía, a saber, también lo eran José Luis Avella Santos y Hernán García Colonia.

2.1.14. El laudo se profirió el 2 de agosto de 2019, declarándose próspera la excepción de falta de legitimación en causa por activa de la sociedad 87688220 Canadá INC, alegada por la compañía convocada.

2.1.15. El 14 de agosto de 2019, la sociedad Canadá INC solicitó la corrección, adición y/o aclaración del laudo,

pues en su sentir, la composición del Tribunal de arbitramento fue errónea ya que el árbitro que lo decidió hacía parte de la lista de árbitros nacionales, mas no de la internacional, esta última de la cual debió designarse la autoridad judicial, por cuanto, adujo, una de las partes es extranjera, lo que imponía aplicar las reglas y procedimientos del arbitraje internacional.

2.1.16. Sobre lo anterior, el Tribunal Arbitral resolvió: i) “(...) *aclarar el laudo proferido el 2 de agosto de 2019 indicando que el escrito de la demanda que se tuvo en cuenta para proferir la decisión fue efectivamente el radicado por la parte convocante el 4 de febrero de 2019, como escrito de demanda definitivo e integrado con los requisitos que se ordenó subsanar*”; y, ii) negar la solicitud de incompetencia, así como la corrección de las irregularidades presentadas en el registro accionario (Fl. 88-89 cdno. principal)

3. EL RECURSO DE ANULACIÓN

3.1. El extremo vencido formuló recurso de anulación contra la decisión arbitral, alegando la causal prevista en el numeral 1º, literal d) del artículo 108 de la Ley 1563 de 2012, según el cual el laudo se podrá anular a petición de parte o de oficio en los siguientes eventos:

*“1. A solicitud de parte, cuando la parte recurrente pruebe: (...) d) **que la composición del tribunal o el procedimiento arbitral no se ajustaron al acuerdo entre las partes**, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta sección de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho*

acuerdo, que no se ajustaron a las normas contenidas en esta sección de la ley” (subraya fuera de texto).

3.2. Refiere la recurrente, dado que una de las partes del litigio es una sociedad extranjera, tanto la composición del Tribunal como el procedimiento Arbitral es el correspondiente al internacional, establecido en la Ley 1563 de 2012. Agregó que, si bien, en cuanto a las reglas del arbitraje, se procedió a dar aplicación a las internacionales, no sucedió lo mismo con el nombramiento del árbitro.

3.3. En torno a lo expuesto, la parte recurrente, expuso:

“El 16 de agosto de 2018, el Tribunal de forma oficiosa y conforme con la naturaleza de la parte convocante, decidió ajustar el carácter del Tribunal, declarándolo como un TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTERNACIONAL. [Sin embargo], el árbitro a pesar de conocer en su fuero interno, que no tenía las calidades para ser árbitro internacional, ni hacer parte de las listas de árbitro de dicho Centro, no ajustó la competencia del Tribunal y continuó dirigiendo el proceso sin hacer ninguna manifestación al respecto (...) por lo tanto el trámite arbitral siguió su curso, frente a un juez sin competencia y sin haberse modificado el nombramiento del árbitro”.

Agregó que, de acuerdo con el Reglamento de la Cámara de Comercio de Medellín, el árbitro competente para conocer la controversia debía hacer parte de la lista de árbitros internacionales del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Medellín; tal supuesto, adujo, no se cumplió a pesar de la buena fe de los accionantes y de las manifestaciones de éstos ante el Tribunal para que lo advirtiera, circunstancia que, asevera, configura una

irregularidad procesal digna de causar la nulidad del laudo, según la jurisprudencia presentada por la parte recurrente.

4. CONSIDERACIONES

4.1. Esta Corporación es competente para resolver el recurso extraordinario de anulación aquí presentado, de acuerdo con el inciso segundo del artículo 68 de la Ley 1563 de 2012, que preceptúa su competencia con respecto a dichos recursos en contra de laudos arbitrales internacionales, con sustento en las causales taxativas previstas por la ley; supuestos que se configuran en el presente caso.

En efecto, existe un laudo impugnado, de fecha 2 de agosto de 2019, complementado por el *Addendum* del 12 de septiembre del mismo año, proferido por la Cámara de Comercio de Medellín, en su Centro de Arbitraje y Conciliación, con sede en esa ciudad, e integrado para dirimir la controversia surgida entre las sociedades 8768820 CANADA INC. y la compañía Minera Los Mates S.A.S., Ary Fernando Pernet Márquez, José Luis Avella Santos y Hernán Alfonso García Colonia; siendo la primera parte una sociedad constituida en Canadá, con domicilio en la ciudad de Montreal y, las demás sociedades, con origen colombiano.

Igualmente, esta Corporación es competente pues se han cumplido con rigor los términos de traslado y lo encomendado por el artículo 109 de la Ley 1563 de 2012,

siendo posible en este punto, sin que haya lugar a más trámite, que sea proferida sentencia que resuelva los problemas jurídicos que aquí se discuten.

4.2. Es pertinente en este punto dar cuenta de la naturaleza jurídica del proceso que es objeto de debate en esta providencia, siendo este el arbitramento internacional; esta misma Corporación, en su precedente, ha aclarado que el arbitramento:

«es un mecanismo alternativo de resolución de conflictos, autorizado por la Constitución Nacional, mediante el cual las partes de una controversia, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, confían su decisión a unos particulares, que adquieren el carácter de árbitros y administran justicia en esa específica disputa, a través de un procedimiento preestablecido y en única instancia que finaliza con el laudo, cuya obligatoriedad han aceptado de antemano, sus efectos hacen tránsito a cosa juzgada y es susceptible de ser atacado a través del recurso de anulación, y contra la sentencia que decide este y el mismo laudo, el de revisión, medios impugnativos que por su carácter extraordinario no permiten reexaminarlo integralmente, sino por las causales previstas taxativamente en la ley»¹.

En concordancia con las directrices del derecho internacional, el Estado colombiano ha adoptado distintos mecanismos para la armonización de su sistema jurídico con el internacional. En tal medida, incorporó la Convención de Nueva York de 10 de junio de 1958 por medio de la Ley 29 de 1990, que trata sobre el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales internacionales. Aunque la mencionada ley fue declarada inexecutable por la Sala Constitucional de la

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia 11 de septiembre de 2012, Exp. T. N.º. 01862-00

entonces Corte Suprema de Justicia, la Convención de Nueva York sigue brindando un útil marco para entender el procedimiento para reconocer adecuadamente los laudos internacionales, y su viabilidad jurídica.

Del mismo modo, mediante la Ley 44 del 19 de septiembre de 1986, el Estado colombiano adoptó en su sistema jurídico la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de la ciudad de Panamá del 30 de enero de 1975, la cual reconoce la validez del arbitraje internacional como mecanismo alternativo de solución de conflictos y para dirimir diferencias derivadas de negocios mercantiles.

A su vez, suscribió la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales de la ciudad de Montevideo en Uruguay del 8 de mayo de 1979, y adoptada por la Ley 16 de enero 22 de 1981, que pretende asegurar la eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales entre los países suscritos al tratado, y que remite a lo no previsto en ella a la Convención de Panamá.

Finalmente, con el objetivo de contribuir de manera importante al establecimiento de un marco jurídico unificado para la solución justa y eficaz de controversias nacidas de las relaciones comerciales internacionales el derecho nacional colombiano, mediante los precedentes normativos citados anteriormente, ha acogido lo dispuesto por la Ley Modelo de

la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre arbitraje comercial internacional, aprobada el 11 de diciembre de 1985 por la misma organización.

En desarrollo de los precedentes normativos citados anteriormente, el Estado colombiano expidió la Ley 315 del 12 de septiembre de 1996 que reguló el arbitraje internacional en el territorio colombiano, donde se dispuso:

“El arbitraje internacional se regirá en todas sus partes de acuerdo a las normas de la presente Ley, en particular por las disposiciones de los Tratados, Convenciones, Protocolos y demás actos de derecho internacional suscritos y ratificados por Colombia, los cuales priman sobre las reglas que sobre el particular se establecen en el Código de Procedimiento Civil. En todo caso, las partes son libres de determinar la norma sustancial aplicable conforme a la cual los árbitros habrán de resolver el litigio. También podrán directamente o mediante referencia a un reglamento de arbitraje, determinar todo lo concerniente al procedimiento arbitral incluyendo la convocatoria, la constitución, la tramitación, el idioma, la designación y nacionalidad de los árbitros, así como la sede del Tribunal, la cual podrá estar en Colombia o en un país extranjero”.

Esta disposición fue incorporada mediante el Decreto 1818 del 7 de septiembre de 1998, el cual compilaba las normas concernientes a los mecanismos alternativos de solución de conflictos. Este Decreto fue finalmente derogado por la Ley 1563 de 2012, que actualmente regula el arbitraje nacional e internacional en el país, de acuerdo con las guías y preceptos de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

4.2. Ha existido entonces en el ordenamiento jurídico colombiano una tendencia a unificar y a fortalecer el arbitraje como mecanismo de solución de conflictos. No obstante, por su naturaleza especial, los mecanismos para impugnar el laudo arbitral se han limitado rigurosamente al recurso extraordinario de anulación; bajo unas estrictas causales taxativas, que tienen como fin proteger el derecho al debido proceso de las partes, pero sin la posibilidad de trasladar al juez de la anulación la potestad de examinar el fondo de la controversia. Siendo lo anterior potestad exclusiva de los árbitros, el ordenamiento ha propendido por impedir que el mencionado recurso extraordinario se convierta en una instancia más del proceso.

4.2.1 De tiempo atrás, sobre el recurso extraordinario de anulación, esta Corporación ha establecido:

“Su procedencia está restringida en gran medida, y de manera particular porque solo es dable alegar a través de él las precisas causales que taxativamente enumera la ley con lo que es bastante para destacar que se trata de un recurso limitado y dispositivo. Su naturaleza jurídica especial así advertida, sube más de punto si se observa que a través de dichas causales no es posible obtener, stricto sensu, que la cuestión material dirimida por los árbitros pueda ser reexaminada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial que conozca de la impugnación. No se trata, pues, de un recurso para revisar o replantear lo que ya fue objeto de decisión mediante arbitramento, como en tal caso, entre otras cosas, muy fácil quedaría desnaturalizar la teleología de acudir a ese tipo de administración de justicia. Si tal se permitiese, ciertamente en nada habrían avanzado las partes. Por el contrario, las causales de anulación del laudo miran es el aspecto procedimental del arbitraje, y están inspiradas porque los más preciados derechos de los litigantes no hayan resultado conculcados por la desviación procesal del arbitramento”. (Sentencia 13 de junio de 1990).

Posteriormente señaló: “Por esta vía no es factible revisar las cuestiones de fondo, que contenga el laudo ni menos aún las apreciaciones críticas, lógicas o históricas en que se funda en el campo de la prueba, sino que su cometido es el de controlar el razonable desenvolvimiento de la instancia arbitral”².

De lo anterior se deriva que el recurso tenga como objetivo principal el garantizar el derecho al debido proceso de las partes de la controversia, debiendo la parte afectada recurrir a él por medio de las expresas causales que el legislador ha consagrado para ello, demostrando así que hubo un error de procedimiento que afecta el mencionado derecho fundamental, pero sin que esto signifique que se pueda demostrar mediante este recurso un error sustantivo en el juzgamiento, pues no está en su naturaleza el fin de reiniciar el debate ya juzgado y fallado por los árbitros.

La ley arbitral colombiana, Ley 1563 de 2012, es clara en establecer que la limitación planteada al recurso de anulación busca que los jueces que lo estudian no deban hacer una revisión de fondo de la controversia, con valoración de pruebas, o donde se juzguen los razonamientos jurídicos en que se basaron los árbitros del tribunal arbitral. Según el artículo 107 de la citada Ley: *“la autoridad judicial no se pronunciará sobre el fondo de la controversia ni calificará los criterios, valoraciones probatorias, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral”*.

²Corte Suprema de Justicia, Sala Civil sentencia de 21 de febrero de 1996, Rad. 5340.

Que el recurso de anulación tenga estas estrictas limitaciones se debe a que la decisión arbitral sea el resultado de la actividad jurisdiccional que transitoriamente los árbitros ejercen, pero con una naturaleza definitiva, obligatoria y con efectos de cosa juzgada, cobijada bajo el principio de la inmodificabilidad de las decisiones judiciales.

Debido a la importancia que tiene la cláusula compromisoria, y que en ella las partes delegaron a los árbitros competencia para juzgar una eventual controversia, ellas mismas se deben someter a lo que estos decidan, motivo por el cual una posible modificación al laudo solo será posible cuando exista un yerro procedimental tan grave que provoque una violación a las garantías del debido proceso de las partes o porque se desconozca o afecte el orden público.

Igualmente, de acuerdo con la Ley Modelo de la CNUDMI, que tiene las bases de la reglamentación del arbitraje internacional en Colombia, el trámite del recurso de anulación deberá surtirse con soporte en la normatividad del país sede del arbitraje, de acuerdo con el principio de territorialidad; y atendiendo los principios generales que en la materia han demarcado los convenios internacionales, especialmente la Convención de Nueva York de 1958, que obliga a los estados firmantes a reconocer la autoridad de la sentencia arbitral.

Este último convenio internacional previó taxativamente las causales por las cuales se podrá negar el

reconocimiento de un laudo arbitral internacional (art. V.) y que recogió la Convención de Panamá de 1975 (art. 5º). La Ley Modelo de Arbitraje de 1985 (CNUDMI) estandarizó las razones por las que se puede motivar la petición de nulidad en su artículo 34; normatividad que ha servido en la práctica como dispositivo unificador y como base para la Ley 1563 de 2012, que acoge en sus supuestos dichas causales, en su artículo 108.

Por lo tanto, de acuerdo con esta tendencia internacional a tener como válidos los laudos arbitrales internacionales, para que el reclamo de nulidad en nuestro país prospere, deberá probarse que alguna de las causales del artículo 108 de la Ley 1563 existe, sin que sea posible a esta Corporación extenderse a otros motivos diferentes, o a aplicarse otros por analogía.

4.3. En el caso en concreto, la Corte procederá a analizar y estudiar el alcance de las causales que fueron invocadas por la accionante para soportar la petición de anulación. Ella invocó como tal el literal d) del artículo 108 de la Ley 1563 de 2012, el cual consagra:

“ARTÍCULO 108. CAUSALES DE ANULACIÓN. La autoridad judicial podrá anular el laudo arbitral a solicitud de parte o de oficio:

*“1. A solicitud de parte, cuando la parte recurrente pruebe:
“[...].*

“d) Que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron al acuerdo entre las partes, salvo que

dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta sección de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se ajustaron a las normas contenidas en esta sección de la ley”.

Es pertinente en este punto referir el artículo 92 de la Ley 1563 de 2012, el cual regula la naturaleza consensual y el respeto a la voluntad de las partes en materia de arbitramento, declarando que: “[L]as partes, con sujeción a las disposiciones de la presente sección, podrán convenir el procedimiento, directamente o por referencia a un reglamento arbitral” y, en ausencia de esta manifestación de voluntad de los involucrados, es el Tribunal Arbitral quien debe decidir cómo proceder en el proceso, con apego a las normas de la misma ley. El citado artículo indica:

“(…) el tribunal arbitral podrá dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado, con sujeción a lo dispuesto en la presente sección y sin necesidad de acudir a las normas procesales de la sede del arbitraje. Esta facultad incluye la de determinar la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas”.

4.3.1 De la citada normativa es posible inferir la existencia de dos (2) formas en que es posible dar forma al procedimiento arbitral y al cual debe estar ceñida la actuación. En primer lugar, éste puede fijarse por el acuerdo de las partes en su cláusula compromisoria o, en segundo y a falta del primero, por el buen saber de los árbitros del tribunal, que deberán ceñirse a la ley arbitral y a las normas procesales generales.

4.3.2 La jurisprudencia de esta Corporación ha explicado³ que la primera forma en que pueden configurarse las normas de procedimiento del litigio se deriva o es una exteriorización del ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes involucradas, en el sentido en que la ley les permite convenir libremente el procedimiento al que deberán ajustarse los árbitros en las actuaciones del litigio.

Estas incluyen, aunque no se limitan, al número y designación, al igual que la calidad, de los árbitros, así como la forma en que pueden ser reemplazados de ser necesario; al idioma en que deberá darse el proceso y el laudo final; a la manera de aportar pruebas, práctica de audiencias, términos, entre otros.

El límite, se ha dicho, es el respeto a la igualdad y al debido proceso de los involucrados, como lo indica el artículo 91 de la Ley 1563. Aún más, las partes podrían estipular que el proceso arbitral se sujete a las reglas preestablecidas de uno u otro reglamento arbitral determinado, siendo ejemplos los referidos en la Ley Modelo de la CNUDMI, la Comisión Interamericana de Arbitraje Internacional o la Cámara Internacional de Comercio, entre otros.

Es usual que la primera forma de fijar el procedimiento del litigio se dé en los denominados arbitrajes *ad hoc*, mientras que el segundo modo es más común en el arbitraje

³ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 19 de diciembre de 2018, Número de radicación: 11001-02-03-000-2017-03480-00.

institucional, en donde es común que los árbitros deban ceñirse a las reglas preestablecidas del centro de arbitraje en el que se estén llevando las controversias.

4.3.3 La segunda forma de establecer el procedimiento del litigio, en el que los árbitros pueden dirigirlo de acuerdo con su sano juicio, tiene como límite fundamental el respeto al derecho fundamental al debido proceso de las partes, sin que ellos deban remitirse obligatoriamente a las normas de procedimiento de la sede de arbitraje, pero siempre garantizando los parámetros que prevé la ley arbitral, al igual que la normatividad internacional avalada por Colombia.

4.3.4. Aunque la libre autonomía de las partes es el principio rector que guía el establecimiento de las reglas de procedimiento del litigio, se ha establecido que las normas y convenciones internacionales tienen un carácter meramente supletivo. Esto quiere decir que, a falta de un acuerdo expreso entre las partes sobre dichas reglas, y faltando el buen juicio de los árbitros para decidir las normas de procedimiento, habrá lugar a aplicar las reglas de la Convención de Panamá, que en su artículo 3º establece que: *«a falta de acuerdo expreso entre las partes del arbitraje se llevará a cabo conforme las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC).*

De esta forma se llenan todos los posibles vacíos o lagunas normativas a la hora de determinar el procedimiento de la controversia, ante una cláusula compromisoria

anómala, remitiendo ante un vacío a las reglas de la Comisión Interamericana de Arbitraje Internacional.

4.3.5. En lo que respecta a las cláusulas en que las partes expresamente disponen qué reglas deberán seguir los árbitros al momento de llevar la controversia, se ha indicado que es posible que se disponga una actuación en derecho o en equidad. En el primero de los casos el tribunal deberá decidir de acuerdo con las normas de derecho elegidas por las partes, y en ausencia de esta indicación, deberán aplicar aquellas normas de derecho que estime pertinentes. Siendo claramente aquellas correspondientes al derecho sustantivo del Estado en que se está llevando la controversia, para nuestro caso las leyes del ordenamiento colombiano.

En el segundo caso, cuando las partes dispongan que deberá llevarse el procedimiento en equidad (“*ex aequo et bono*”) esta manifestación deberá ser expresa y, de acuerdo con el artículo 101 de la Ley arbitral, 1563 de 2012, y el 28 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje internacional, los árbitros deberán decidir “*con arreglo a las estipulaciones del contrato y teniendo en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso*”.

Así las cosas, salvo manifestación explícita en contrario, la decisión arbitral y el procedimiento mismo deberá darse en derecho, con arreglo a las disposiciones expuestas por las partes, teniendo como guía y norte las estipulaciones

contractuales al igual que cualquier otro uso comercial pertinente.

4.3.6. A forma de conclusión de este apartado, es posible establecer, siguiendo el precedente de esta Corporación⁴, que la causal de anulación referida en el literal d) del artículo 108 de la Ley Arbitral (1563 de 2012), se configura cuando el tribunal arbitral desatiende sin justificación alguna aquellas pautas de procedimiento fijadas por las partes en la cláusula compromisoria (o por remisión, en caso así dispuesto por ellas), de tal forma que la omisión recaiga sobre todo el trámite arbitral y no sobre una actuación determinada. Este yerro puede haber causado una vulneración al derecho de contradicción y defensa de las partes involucradas, habiéndose puesto de presente al tribunal por la parte afectada, siendo ignorada su petición para superar la respectiva vulneración.

Este último punto es importante, pues debe la parte, o las partes, manifestar oportunamente que existe un yerro jurídico en la respectiva oportunidad procesal, no habiendo lugar a cuestionamientos posteriores, si estas no lo hicieren oportunamente. De la misma forma, la causal se configura cuando, por ejemplo, los árbitros hubiesen decidido fallar en equidad, no existiendo por las partes una manifestación expresa a hacerlo de ese modo.

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 19 de diciembre de 2018, Número de radicación: 11001-02-03-000-2017-03480-00.

4.4. Del caso concreto

4.4.1. Es importante insistir que el recurso de anulación solo puede demandarse para hacer ver errores en la forma, en el procedimiento y no en razones de fondo. Así, en el recurso extraordinario de anulación se analiza la validez formal del laudo y no un estudio sobre la decisión que se adoptó. Debido a la prohibición expresa que se impone al juez del recurso, solo es posible en el fondo del mismo analizar errores *in procedendo* y no *in iudicando*. De esta forma se comprueba que la anulación no está pensada para ser una instancia adicional en el proceso, donde se reabra el debate jurídico de fondo.

4.4.2. A partir del material judicial del expediente, se procede ahora a hacer un recuento de lo sucedido entre los árbitros y las partes en el litigio, en lo atinente a las etapas del proceso, en donde las partes tuvieron la posibilidad de pronunciarse sobre la validez de la designación de los árbitros.

4.4.3. Para iniciar, la cláusula compromisoria, indicó:

“ARTICULO 36° Cláusula Compromisoria: *la impugnación de las determinaciones adoptadas por la Asamblea General de Accionistas deberá adelantarse ante un Tribunal de Arbitramento conformado por un árbitro, el cual será designado por acuerdo de las partes, o en su defecto, por el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantil de la Cámara de Comercio del domicilio social. El árbitro designado será abogado inscrito, fallará en derecho y se sujetará a las tarifas previstas por el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantil de la Cámara de Comercio del domicilio social, re registrá*

por las leyes colombianas y de acuerdo con el reglamento del aludido Centro de Conciliación y Arbitraje”.

4.4.4. De su lectura, fulge patente, en ningún momento, las partes tuvieron la intención de que el árbitro designado en el proceso arbitral fuese extranjero, ni tampoco, como se verá en las comunicaciones, manifestaron algún cuestionamiento dirigido a lograr la modificación de la cláusula compromisoria, en lo atinente a la nacionalidad del árbitro.

4.4.5. Ahora, se hace necesario detenerse en el primer momento procesal donde las partes pudieron recurrir la designación de los árbitros, en particular, se hace referencia a la comunicación numerada 201830000120 de 10 de enero de 2018, mediante la cual la abogada del centro de arbitraje, Sara Helena Agudelo Duque, informó a la apoderada de la parte convocante que el lunes 22 de enero de 2018 a las 8:30 a.m. se llevaría a cabo la audiencia en la cual los sujetos procesales, de común acuerdo, escogerían el árbitro que integraría el Tribunal y, de igual modo, les comunicó la posibilidad de modificar la cláusula compromisoria.

Así mismo, comunicó a la convocada de la presentación de la solicitud para la integración de un Tribunal de Arbitramento en contra de la compañía minera Los Mates S.A.S., José Luis Avella Santos y Hernán García; así como quien obraba como convocante, esto es, Droz Fenestor, dado el pacto arbitral dispuesto en el artículo 36 de los estatutos de la Compañía Minera Los Mates S.A.S.

4.4.6. En una segunda oportunidad, esto es, el 22 de enero de 2018 a las 8:30 a.m., se reunieron las partes del litigio para el nombramiento de los árbitros. Allí se dejó constancia de lo siguiente: *“las partes no desean nombrar de mutuo acuerdo al árbitro en esta reunión”*, para lo cual señalaron como una nueva fecha para hacer el nombramiento el 26 de febrero de 2018 a las 8:30 a.m., esto sin perjuicio de que las partes acordaran, por sus medios, el nombre del árbitro designado.

Adicionalmente, se dejó constancia que, al ser las pretensiones del litigio menores a 400 SMLV para un eventual sorteo del árbitro, se tendría en cuenta el reglamento del centro y la cláusula compromisoria, en la que se estableció que, el árbitro sería nombrado por sorteo entre aquellos especializados en sociedades, de la lista B del centro, apoyados en el *software* de arbitraje MASCINFO.

4.4.7. En comunicado de 26 de febrero, la jefe de la unidad de arbitraje les informó a los intervinientes la imposibilidad de llevar a cabo la reunión ese día, reprogramándola, en consecuencia, para el 28 del mismo mes. En esa oportunidad se indicó, expresamente, que dicha diligencia sería para la designación del árbitro de común acuerdo y para, si así lo deseaban, modificar el pacto arbitral.

4.4.8. De acuerdo con lo obrante en el plenario (Fl. 0000079), reposa el acta de reunión en donde se dio trámite

al nombramiento de árbitros de común acuerdo o modificación de la cláusula, allí se estableció que el nombramiento del árbitro se realizaría por medio de sorteo de la lista B, de árbitros especialistas en derecho de sociedades, apoyados por el *software* del centro.

4.4.9. El 1º de marzo de 2018 se realizó el sorteo público para la designación de árbitro principal y dos suplentes, todos especialistas en derecho de sociedades, para conocer el caso (Fl. 0000087). Efectuado dicho sorteo, fue elegido el doctor Luis Fernando Pérez González como árbitro principal y los doctores Nicolás Ruiz Moreno y Juan Sebastián Correa Ruiz, en calidad de árbitros suplentes.

4.4.10. El 6 de marzo de 2018 la jefe de la Unidad de Arbitraje envió a las partes la notificación sobre la designación del árbitro nombrado, Luis Fernando Pérez González (Fl. 0000089).

Fluye inconcuso que, ni en ese momento, ni en lo que se ha recorrido hasta ahora, se puede encontrar una manifestación de las partes en contra de la designación de Pérez González, ni de su nacionalidad ni de sus calidades.

4.4.11. A su turno, el 15 de marzo de 2018 la jefe de la Unidad citó a las partes a audiencia para el 26 de marzo, en la que se llevó a cabo la instalación del Tribunal arbitral (Fl. 0000092). En el acta de la referida audiencia, se menciona que asistieron las partes y el árbitro nombrado,

adicionalmente se dicta el primer auto del proceso, donde, entre otros, se declaró instalado, se nombra secretario y se hizo el juicio de admisibilidad de la demanda (Fl. 0000096).

Revisado el expediente, no es posible encontrar ningún reparo de las partes frente a la designación de los árbitros. Tanto es así que, al 8 de abril de 2018, se encuentra el acta de audiencia en donde el árbitro, Luis Fernando Pérez González, continúa desempeñándose con normalidad en su cargo (Fl. 0000128).

4.4.12. Aunado a lo anterior, el secretario del Tribunal certificó que hasta el 23 de abril de 2018 no hubo oposición por parte de los sujetos procesales con respecto a la designación o calidad del árbitro (Fl. 0000149). Lo mismo ocurrió el 11 de mayo siguiente, dejó constancia de lo actuado hasta ese momento, advirtiéndose la ausencia de manifestación respecto a lo ejecutado y practicado por el árbitro (Fl. 0000254). Igualmente, el 20 de junio de 2018 (Fl. 276), no se evidenció acusación alguna, en relación con la calidad del árbitro.

El 25 de junio de 2018, el secretario realizó un recuento de lo actuado hasta el momento, sin que se demuestre que los sujetos procesales formularon oposición frente a la condición o aptitud del árbitro asignado (Fl. 0000284). De otro lado, el árbitro el 27 de junio plasmó con nitidez que no hubo hasta el momento ningún pronunciamiento de las

partes con relación a sus calidades como funcionario designado (Fl. 0000291).

4.4.13. Resulta también importante mencionar el escrito de fecha 12 de julio de 2018, en donde la convocante decide reformar la demanda, en la cual tampoco hace referencia alguna a la naturaleza del proceso o calidad del árbitro.

4.4.14. Se resalta, en el auto No. 11 de 16 de agosto de 2018 el Tribunal adecúa el trámite del proceso, debido a los domicilios de los extremos en conflicto, pues éstos figuraban en países diferentes; por tanto, se determinó que el procedimiento debía ser cambiado a arbitraje internacional. Al punto, la autoridad arbitral expuso:

“(...) [T]eniendo en cuenta que las partes no se opusieron al nombramiento del árbitro único de conformidad con lo indicado en el numeral 4º del artículo 185 del Reglamento, el Tribunal se encuentra constituido desde el momento en que el centro notificó a las partes la aceptación del Árbitro, poniendo en conocimiento su declaración de independencia”.

4.4.15. Después de ese auto, el secretario, en diferentes oportunidades, señaló que lo actuado tenía validez sin que hubiera manifestación en contrario, por parte de los involucrados (Fl. 0000494 y 0000495).

4.4.16. Sobre el acta de declaración de competencia, fijación de procedimiento y honorarios (fol. 0000505), se observa que los involucrados no efectuaron pronunciamiento

alguno, en relación con la legitimación del tribunal o de sus miembros, cuestión, además, reiterada en la comunicación de 19 de noviembre de 2018, efectuada por el secretario.

4.4.17. Finalmente, se observa que en las fechas: 31 de enero de 2019, 11 de febrero, 15 de marzo y 12 de abril del mismo año, el secretario certificó que, para tales datas, no había evidencia de oposiciones, en cuanto al nombramiento del árbitro. (F1 0000642, 0000662, 0000673).

4.4.18. Se encuentra, asimismo, que el proceso materia de controversia se surtió conforme a la ley, respetándose el derecho de defensa y contradicción de los intervinientes, en cuanto a las solicitudes y práctica de pruebas, sin que, se reitera, exista evidencia de algún cuestionamiento, por parte de aquéllos, en torno a la calidad del árbitro o frente a las decisiones por él emitidas.

4.4.19. Destácase, solo hasta el 14 de agosto de 2019, la parte convocante, en la solicitud de aclaración, corrección y modificación del laudo, censuró la designación del doctor Luis Fernando Pérez González, al no ostentar la calidad de árbitro internacional, de acuerdo con la certificación allí allegada, expedida por la Cámara de Comercio de Medellín.

4.5. A la luz del recuento efectuado, se concluye que los interesados tuvieron a su alcance distintas oportunidades para objetar la competencia y calidades del árbitro, esto,

incluso desde el momento de su nombramiento; no obstante, se mantuvieron silentes hasta la emisión del fallo.

Debe señalarse que, si bien invocaron lo aquí aducido para lograr la anulación del laudo, al plantear las mencionadas reclamaciones de aclaración, corrección y modificación del mismo, en esa oportunidad la autoridad arbitral ratificó su competencia para conocer del asunto, señalando, de un lado, no ser contraria a derecho su actuación y, de otro, resultar improcedente tales pedimentos por los motivos aducidos.

4.6. Con todo, corresponde advertir que la designación del árbitro estuvo reglamentada en su integridad por la cláusula compromisoria, la cual, en el caso concreto, nada contenía sobre la calidad del árbitro.

Además, observado el Reglamento de Arbitraje Internacional de la Cámara de Comercio de Medellín en su artículo 192⁵ -norma aplicable a falta de acuerdo de las

⁵ Reglamento de Arbitraje Internacional de la Cámara de Comercio de Medellín, Art. 192 “ . El tribunal arbitral es competente para decidir sobre su propia competencia incluso en lo referente a las excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo arbitral. Para esos efectos:

a. Un Acuerdo de Arbitraje que forme parte de un contrato se considerará un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato; y,

b. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo o inválido no entraña ipso jure la nulidad o invalidez de la cláusula arbitral.

2. La excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá oponerse a más tardar en el momento de presentar el escrito de contestación de la demanda o, con respecto a una reconvencción, en el escrito de contestación a esa reconvencción. Sin embargo, las partes no se verán impedidas de oponer esta excepción por el hecho de que hayan designado a un árbitro o participado en su designación.

3. La excepción basada en que el tribunal arbitral ha excedido su mandato, deberá oponerse tan pronto como se plantee durante las actuaciones arbitrales la materia que supuestamente exceda su mandato.

4. El tribunal arbitral podrá, en cualquiera de los casos mencionados en los numerales 2 ó 3 del presente artículo, admitir el trámite de una excepción presentada con posterioridad, si considera justificada la demora.

partes- se encuentra que las partes debían formular la excepción de falta de competencia, a más tardar al momento, al contestar la demanda o con la respuesta al posible libelo de reconvención; sin embargo, nada de ello sucedió, como se expresó en los apartados superiores, pues las partes no reprocharon la calidad del árbitro designado en las etapas mencionadas. La oportunidad, entonces precluyó.

Significa que, en lo debatido, la impugnante está yendo contra sus propios actos, en clarísima vulneración de la regla “*venire contra factum proprium non valet*”, derivada del principio de la buena fe, con expresa consagración positiva tanto constitucional como legalmente en el ordenamiento jurídico colombiano. Es principio universal y del derecho nacional que nadie puede venir válidamente contra sus propios actos, con fundamento en la regla: “*adversus factum suum quis venire non potest*”, según la cual, no es ilícito hacer valer una prerrogativa yendo en contra de su propia conducta anterior, porque resulta incompatible con esa conducta precedente. Se trata de un límite al propio derecho subjetivo para observar lealtad y buena fe.

Adicionalmente, recuérdese, conforme lo ha señalado la jurisprudencia de esta Corporación, la prosperidad de la causal prevista en el literal d), artículo 108 de la Ley 1563 de 2012 se estructura

5. El tribunal arbitral podrá resolver las excepciones a que se hace referencia en los numerales 2 y 3 del presente artículo como cuestión previa, mediante un laudo parcial, o bien en el laudo final.

“(…) Cuando el tribunal desatiende injustificadamente aquellas pautas de procedimiento fijadas por las partes bien por definición directa o por remisión a un reglamento arbitral, siempre que la omisión recaiga sobre todo el trámite y no de una actuación determinada, o que con ello se haya vulnerado – el derecho de contradicción y defensa- y, pese a ser puesto en conocimiento del Tribunal por el afectado, no se hubieran adoptado las medidas para superar la vulneración, caso contrario, si estas no hacen manifestación alguna con la mecánica procesal, no habrá lugares a cuestionamientos posteriores”⁶.

No obstante, se itera, lo anterior no tuvo lugar, pues además de ceñirse la autoridad arbitral a lo consignado en la cláusula compromisoria y a lo preceptuado en Reglamento de Arbitraje Internacional de la Cámara de Comercio de Medellín, la interesada no invocó, de manera oportuna, la supuesta ausencia de competencia del citado juzgador.

4.7. En consecuencia, no se configura la causal invocada por la recurrente, por cuanto el árbitro fue designado conforme a las condiciones establecidas en la cláusula compromisoria y, por consiguiente, ante el silencio de las partes en las oportunidades establecidas para rebatir su nombramiento, impide a esta Corte, acoger la anulación deprecada.

⁶Corte Suprema de Justicia, Sala Civil Sentencia de 19 de diciembre de 2018, Rad. No. 1001020300020170348000.

5. DECISIÓN

De acuerdo con lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. DECLARAR INFUNDADO el recurso de anulación formulado por la sociedad 8768820 CANADA INC. frente al laudo arbitral de 2 de agosto de 2019, del cual se negó su complemento, adición y aclaración el 12 de septiembre siguiente, dentro del proceso arbitral promovido por la recurrente contra la Compañía Minera Los Mates S.A.S y otros.

SEGUNDO. CONDENAR a la empresa impugnante, 8768820 CANADA INC., al pago de las costas procesales; inclúyase como agencias en derecho la suma de seis millones de pesos (\$6.000.000). La Secretaría de la Sala practicará la respectiva liquidación.

TERCERO. DEVOLVER el expediente del proceso arbitral al Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia y anéxese copia de este fallo.

CUARTO. ARCHIVAR oportunamente el expediente de la actuación que adelantó la Corte.

QUINTO. COMUNICAR la presente decisión a las partes y a la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FRANCISCO TERNERA BARRIOS
Presidente de Sala

HILDA GONZÁLEZ NEIRA

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

LUIS ALONSO RICO PUERTA

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA