

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO JUZGADO TREINTA Y NUEVE CIVIL CIRCUITO

Bogotá D.C., julio treinta (30) de dos mil veintiuno (2021)

REF: Declarativo verbal No. 2017 - 00296

Procede el Despacho a resolver las excepciones previas denominadas pacto arbitral, falta de legitimación por pasiva y prescripción que fueron esgrimidas por Menzies Aviation Colombia Holdings SAS, Menzies Aviation PLC y Menzies Aviation USA-Inc, quienes ostentan la calidad de demandadas en el libelo principal.

SUSTENTACIÓN

Refiere el procurador judicial que en el contrato de compraventa de acciones celebrado el 16 de agosto de 2013 se acordó una cláusula compromisoria en virtud de la cual cualesquiera desavenencia contractual sería desatada por un Tribunal de Arbitramento que en su concepto debe ser de carácter internacional, que aún continúa vigente; pacto que ha sido desatendido por los demandantes quienes formularon la demanda inicialmente ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá que se tramitó bajo las pautas de un arbitraje nacional o doméstico que se frustró *ab initio* porque la demandada no pagó los honorarios y gastos señalados en la ley; empero, dice, dicha actuación carece de efectos vinculantes ya que no implica la extinción de los efectos de la cláusula compromisoria.

Para sustentar la excepción de pacto arbitral, afincando en la vigencia de los efectos de la cláusula compromisoria, refiere que se dan cabalidad los criterios o factores objetivos de internacionalidad previstos en el artículo 62 de la ley 1563 de 2012, cuales son: (i) domicilio de las partes, (ii) lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones y, (iii) afectación de los intereses del comercio internacional, los cuales brevemente explica del porqué se dan en el caso bajo estudio. En razón a lo anterior existe una falta de

competencia de la justicia ordinaria, pues el conflicto debe dirimirse bajo las reglas de un arbitraje internacional y, en consecuencia, debe rechazarse la demanda.

En relación con la excepción de “falta de legitimación por pasiva”, alega básicamente que los demandantes pretenden dirigir la acción contra Menzies Aviation Colombia Holdings SAS con el propósito de hacerle extensivas las actuaciones desplegadas por Menzies Aviation INC, sociedad domiciliada en Estados Unidos, más aún, cuando la primera de ellas no había sido constituida para el momento en que fue celebrado el contrato de compraventa.

En el mismo sentido también la orientan contra Menzies Aviation PLC que es una sociedad inglesa que no tiene nada que ver con el contrato que dio origen a la reclamación judicial. Entonces, no es posible que por el simple hecho de ser Menzies Aviation PLC la matriz de Mach y Menzies USA, pueda tenerse como parte en la celebración del contrato y, por ende, vinculada al proceso.

Finalmente alega también la excepción de prescripción bajo el entendimiento de que las partes dispusieron que cualquier reclamación por parte de los accionistas vendedores debería hacerse dentro de los tres años después de la fecha de cierre y, en esa dirección, como esta última data fue el 28 de agosto de 2013, cualesquier reclamación debió ser presentada a más tardar hasta el 28 de agosto de 2016, por lo que los demandantes han ejercitado su acción judicial por fuera del lapso acordado, abriéndose paso la excepción esgrimida.

CONSIDERACIONES

Sea lo primero poner de presente que las excepciones previas se encuentran señaladas taxativamente en el artículo 100 del CGP, y su trámite y decisión corresponde hacerlo de manera precedente para evitar anomalías, tales como fallos inhibitorios o nulidades procesales.

Sobre la excepción de “*compromiso o cláusula compromisoria*” contemplada en el numeral segundo del citado canon normativo, precisa el juzgado que los denominados genéricamente “*arbitramento*” o “*pacto arbitral*”, constituyen un método alternativo autorizado por la ley para que las partes puedan dirimir las controversias que se presentan en la ejecución de las obligaciones que adquieren. Por virtud del pacto arbitral las partes voluntariamente sustraen del conocimiento de la jurisdicción ordinaria tales divergencias sometiéndolas a la decisión de los árbitros, como medio para sustituir la actividad judicial del

Estado; sin perjuicio, desde luego, de que excepcionalmente, mediante el recurso de anulación, ésta pueda conocer de lo que se decida en el laudo.

Respecto de dicha figura, la Honorable Corte Suprema de Justicia, Magistrado Ponente Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss, en sentencia del 17/06/1997 precisó:

“1) COMPROMISO ARBITRAL Y CLAUSULA COMPROMISORIA - Distinción: Cuando el conflicto “...ha surgido, el acuerdo que los compromitientes celebran para someterlo al conocimiento y resolución de árbitros recibe el nombre de ‘compromiso arbitral’, mientras que si lo que acontece es que, habiendo celebrado determinado contrato las partes convienen por anticipado en que, de llegarse a presentar diferencias futuras acerca de la inteligencia o la aplicación de dicho contrato, ellas serán conocidas y resueltas por árbitros, el acuerdo así concertado y accesorio por definición a una negociación principal, se denomina ‘cláusula compromisoria’”.

a.- “...la cláusula compromisoria es el medio del que de ordinario deriva el arbitraje necesario de fuente convencional, bien puede decirse que por fuerza de un pacto de esta naturaleza, ante un género determinado de controversias futuras vinculadas a una específica relación contractual, las partes no tienen absoluta libertad para acudir a los tribunales del Estado en demanda de justicia, sino que por principio y en virtud de la cláusula en cuestión, quedan bajo imposición de recurrir al arbitraje. Es en consecuencia un convenio accesorio con función preparatoria que, además de individualizar algunos de los elementos indispensables para que pueda operar el mecanismo de solución alternativa de conflictos en que el arbitraje consiste, entraña la adhesión de aquellas mismas partes al régimen procesal previsto en la ley para el arbitramento y la renuncia a la jurisdicción judicial ...”.

(...)

“ La principal consecuencia de tipo procesal que provoca la existencia de una cláusula compromisoria es, entonces, la de excluir para el futuro la actividad jurisdiccional de conocimiento respecto de las cuestiones litigiosas que dicha cláusula abarca, haciendo posible, por lo tanto, que si uno de los contratantes entabla acción ante los jueces o tribunales ordinarios, no obstante encontrarse ella de por medio, pueda el otro, interesado en hacer valer el pacto arbitral celebrado, emplear la excepción previa correspondiente que en orden a alcanzar ese objetivo y

separándola con indudable corrección técnica de las excepciones motivadas en la falta de jurisdicción o de competencia, consagra el Num. 3º del Art. 97 del C de P.C. Pero a esta excepción llamada a operar como un impedimento procesal según quedó visto, no le es extraño en modo alguno el fundamento dispositivo peculiar de la institución jurídica que le infunde razón de ser, y es por eso que para evitar los errores conceptuales en que en esta materia con frecuencia se incurre, errores de los que por cierto suministra elocuente ejemplo la demanda de casación en estudio, no debe pasarse por alto que, en patente oposición a aquello que acontece cuando de arbitrajes forzosos de origen legal se trata - hipótesis esta en la cual toma cuerpo una prohibición terminante para las partes de acudir a los organismos judiciales del Estado -, el arbitraje necesario de fuente convencional importa tan sólo la renuncia consensual a servirse de esa vía, de donde se desprende que en el primer evento, no les está permitido a quienes involucra el conflicto, ni aun de común acuerdo, prescindir del arbitramento, mientras que en el segundo, por obra del principio dispositivo cuyo predominio en el ámbito de los pactos arbitrales es axiomático, pueden dejarlos sin efecto los compromitentes expresa o tácitamente, “...expresamente al convenir en ello de ese modo, y tácitamente cuando uno de los sujetos ligados por la cláusula compromisoria demanda ante un juzgado y la contraparte no excepciona, casos ambos en los cuales los interesados entran, lícitamente, en un campo procesal que según dicha cláusula les estaba vedado...” (Dante Barrios de Angelis. El Juicio Arbitral. Cap. II, Num.7).

En lo que aquí respecta, tenemos además que determinar si el pacto arbitral alegado es o no es de carácter internacional en los términos del artículo 62 de la Ley 1563 de 2012, situación que debe analizar este Despacho a efectos de resolver la excepción previa que ha sido propuesta.

En ese sentido, es de destacar que la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras de Nueva York de 1958, adoptada por la República de Colombia mediante Ley Aprobatoria de Tratado No. 39 de 1990, señala en el numeral 1º del Artículo II que “[C]ada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje”.

A su vez, el numeral 3° del mismo Artículo II de la Convención indica que “[E]l tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, **remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable**”. (Destacado del Juzgado)

Por su parte, el inciso cuarto del artículo 62 de Ley 1563 de 2012, indica que: “[S]e entiende que el arbitraje es internacional cuando: a) Las partes en un acuerdo de arbitraje tengan, al momento de la celebración de ese **acuerdo, sus domicilios en Estados diferentes**; o b) El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, está situado fuera del Estado en el cual las partes tienen sus domicilios; o c) La controversia sometida a decisión arbitral afecte los intereses del comercio internacional”. (Destacado del Juzgado)

De la lectura de la cláusula 11.10 del contrato de compraventa de acciones de fecha 16 de agosto de 2013, al rompe no encuentra este Despacho que se trate de un pacto arbitral ineficaz, nulo o inaplicable. Tampoco aparece en el plenario alguna prueba que lo derrumbe. Por lo cual se advierte *ab initio*, que este Despacho está obligado a honrar lo señalado en el numeral 3° del Artículo II de la Convención de Nueva York antes referida, en el sentido de remitir a las partes a arbitraje para que sea allí donde resuelvan sus diferencias.

Como es sabido, les corresponde a los árbitros y no a la justicia ordinaria definir si un pacto arbitral es eficaz o no y si los dota o no de competencia. Es el principio de la Kompetenz-Kompetenz que es reconocido sin ambages por la doctrina y jurisprudencia patrias.

En la sentencia T-1224/08 la Corte Constitucional se refirió a este importante principio en los siguientes términos:

«El principio kompetenz-kompetenz en la justicia arbitral

En sentencia SU-174 de 2007, la Corte analizó el principio kompetenz-kompetenz que rige la justicia arbitral. En aquella oportunidad se dijo:

“El principio kompetenz-kompetenz, según el cual los árbitros tienen competencia para decidir sobre su propia competencia está expresamente

plasmado en la legislación colombiana (artículo 147, numeral 2 del Decreto 1818 de 1998) y goza de reconocimiento prácticamente uniforme a nivel del derecho comparado, las convenciones internacionales que regulan temas de arbitramento,^[11] las reglas de los principales centros de arbitraje internacional,^[12] las reglas uniformes establecidas en el ámbito internacional para el desarrollo de procesos arbitrales^[13] y la doctrina especializada en la materia,^[14] así como decisiones judiciales adoptadas por tribunales internacionales.^[15] En virtud de este principio, los árbitros tienen la potestad, legalmente conferida, de determinar si tiene competencia para conocer de una determinada pretensión relativa a una disputa entre las partes, en virtud del pacto arbitral que le ha dado fundamento.¹

Este principio cuenta con un claro reconocimiento en el ordenamiento jurídico colombiano. En efecto, el numeral 2 del artículo 147 del Decreto 1818 de 1998, que reprodujo el texto del artículo 124 de la Ley 446 de 1998, dispone que en la primera audiencia de trámite, “el Tribunal resolverá sobre su propia competencia mediante auto que sólo es susceptible de recurso de reposición”. Si los árbitros se declaran incompetentes, el efecto previsto en la ley es que “se extinguen definitivamente los efectos del pacto arbitral” (artículo 124 de la Ley 446 de 1998). Esta competencia básica no implica, por supuesto, que los árbitros sean los únicos jueces con potestad para establecer el alcance de su propia competencia. Las decisiones del tribunal arbitral sobre su propia competencia también pueden ser objeto de recursos judiciales como el de anulación, con base en la causal contenida en el numeral 8 del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 (el cual fue compilado en el numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998) y en el numeral 4 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993 (el cual fue compilado en el numeral 4 del artículo 230 del Decreto 1818 de 1998). Sin embargo, el principio kompetenz-kompetenz les confiere a los árbitros un margen interpretativo autónomo para definir el

¹ ^[11] ver el art. V-3 del Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional; el art. 41 de la Convención de Washington que creó el CIADI; y la Ley Modelo de UNCITRAL, Art. 16-3.

^[12] Art. 15.1 de las Reglas de la American Arbitration Association; Art. 8.3. de las Reglas de la Cámara de Comercio Internacional; Art. 14.1 de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA).

^[13] Art. 21.1 de las Reglas de UNCITRAL

^[14] Ver a este respecto: Emmanuel Gaillard y John Savage (eds.): Fouchard Gaillard Goldman “On International Commercial Arbitration”. Kluwer Law International, 1999. También se puede consultar: Bühring-Uhle, Christian: “Arbitration and Mediation in International Business”. Kluwer Law International, 1996, p. 42-44; Caivano, Roque: “Arbitraje”, Vilella Editor, Buenos Aires, 2000; Várady, Tibor, Barceló, John y von Mehren, Arthur: “International Commercial Arbitration”. American Casebook Series – West Group, St. Paul, 1999, p. 111.

^[15] Ver el caso Nottebohm (1953) y el caso relativo al Laudo Arbitral adoptado por el Rey de España el 23 de diciembre de 1906 (1960), ambos de la Corte Internacional de Justicia.

alcance de su propia competencia, y se deriva de la proposición según la cual no ha de descartarse prima facie que las partes habilitantes han confiado en la capacidad de los árbitros de adoptar decisiones definitivas en relación con los conflictos que se someten a su conocimiento; el principio kompetenz-kompetenz permite, así, que los árbitros sean los primeros jueces de su propia competencia, con anterioridad a cualquier instancia judicial activada por las partes”.»

Con base en el principio mencionado, sin perjuicio de la competencia exclusiva del tribunal arbitral internacional quien decidirá lo que en derecho corresponda, este Despacho denota que para el presente caso se cumple uno de los criterios excluyentes a que hace referencia el artículo 62 de la Ley 1563 de 2012, esto es, que *“las partes en un acuerdo de arbitraje tengan, **al momento de la celebración de ese acuerdo**, sus domicilios en Estados diferentes”*, situación que se pudo verificar teniendo en cuenta que para el 16 de agosto de 2013, fecha de suscripción del contrato de compraventa que contiene la cláusula arbitral, las partes tenían domicilios distintos, como es por ejemplo el caso de la sociedad Skypark International Limited cuyo lugar de constitución fueron las islas Vírgenes Británicas desde el 24 de julio de 2000. A lo anterior se suma que los domicilios de las demandantes MARIA DEL ROSARIO BARRERO MAHECHA y VICTORIA BARRERO MAHECHA son en la ciudad de Bethesda, Maryland, Estados Unidos, hecho que no fue controvertido.

Resta mencionar, que el considerar que las partes por autonomía de la voluntad pueden decidir si un arbitraje es nacional o internacional, no es de recibo por parte de este Despacho, pues el artículo 62 de la Ley 1563 de 2012 ya citado, es el que indica cuando un arbitraje es internacional, y las partes, pese a gozar de libertad contractual, no pueden pactar “contra legem”.

En efecto, tal como se indicó en intervención de la Academia Colombiana de Jurisprudencia dentro de la tutela T-354 de 2019, *“...en la Sentencia SC-001 del 15 de enero de 2019 , la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, al resolver un recurso de anulación contra un laudo internacional donde se sostenía que en el pacto arbitral no aparecía la indicación expresa de su naturaleza internacional, **había resuelto que tal omisión no tenía ninguna consecuencia jurídica en tanto la Ley 1563 de 2012 había eliminado la necesidad del convenio de internacionalidad y por tanto, para***

que el arbitraje fuera internacional, bastaba con que se concretara cualquiera de los criterios fijados en la misma ley... ”². (Destacado)

De manera que es la ley la que define a través de sus criterios, si el arbitraje es o no internacional, calidad que no está sujeta a la libre disposición de una de las partes. Por lo tanto, no se puede soslayar el carácter internacional de un arbitraje por la simple voluntad de una de las partes, pues basta que se configuren uno de los presupuestos consagrados en la ley para que se considere internacional, salvo pacto posterior expreso en contrario.

Respecto del arbitraje adelantado, se resalta que la presente discusión usualmente se ventilaría ante un tribunal arbitral nacional en la audiencia primera de trámite que es el espacio donde el tribunal decide sobre su competencia conforme el artículo 30 de la Ley 1563 de 2012, audiencia que no se llevó a cabo por no pagarse los honorarios del tribunal en el plazo concedido posterior a la audiencia de conciliación y fijación de honorarios del artículo 25 de la mencionada Ley.

No obstante, este Despacho pudo verificar que la discusión se trató en el tribunal arbitral antes de dicha audiencia (al momento de la admisión de la demanda) y que, en punto con el primer criterio del artículo 62 de la Ley 1563 de 2012, esto es, que ***“las partes en un acuerdo de arbitraje tengan, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus domicilios en Estados diferentes”***, el tribunal tuvo una consideración de la cual este despacho difiere, pues basta con que una de las partes se encuentre en domicilio distinto para que se configure el criterio de internacional, independiente del número de sujetos involucrados en la controversia y de si de los demás están domiciliados en Colombia.

Ahora bien, en el hipotético caso en que el juzgador pudiese interpretar los criterios del artículo 62 de la Ley 1563 de 2012, -facultad que no comparte este Despacho- cumple mencionar que el hecho de que el arbitraje se hubiere pactado en idioma inglés, es un fuerte indicio de que las partes pactaron un arbitraje internacional, pues los pleitos locales (de jurisdicción ordinaria o arbitral nacional) se manejan en idioma español, conforme el artículo 104 del Código General del Proceso. Este entendimiento y la aplicación del específico pacto para interpretar íntegramente la cláusula arbitral, luce más acorde con el principio de la utilidad, efectividad o conservación de las cláusulas convenidas

² Corte Constitucional, sentencia T-354 de 2009. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/T-354-19.htm>

al momento de interpretar un contrato, contenido positivamente en el artículo 1620 del Código Civil, en virtud del cual “el sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno”.

De lo anterior concluye este Despacho en primera medida que, (i) el arbitraje referido para la actual controversia era de carácter internacional y; (ii) que pese a ser internacional, la parte actora activó la cláusula compromisoria para un arbitraje nacional.

Siendo que el pacto arbitral fue activado para un arbitraje nacional y no para un arbitraje internacional, este Despacho considera que la cláusula arbitral fue activada de manera errónea, lo que da lugar a que no hayan cesado los efectos de la cláusula compromisoria referida, pues el trámite adelantado no es vinculante para el pacto arbitral internacional, en el cual los trámites tienen marcadas diferencias y, entre otras, que a falta de pago por una de las partes de la porción que le corresponde no implica per se el fenecimiento del proceso arbitral ni los efectos de la cláusula compromisoria. (Ley 1563 de 2012 Art. 62 y Ss. Reglamento de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio de Bogotá, arts. 3.34., 3.36. y 3.39).

Considerar lo contrario, sería una forma de burlar la obligatoriedad de las partes de acudir a un arbitraje internacional pactado, pues bastaría con (i) activar erróneamente un arbitraje local, (ii) no cancelar los honorarios fijados con base en la normatividad aplicable para el arbitraje nacional en procura de que cesaren los efectos del pacto, y (iii) acudir posteriormente a la jurisdicción ordinaria a adelantar el proceso que debió conocer desde un principio el tribunal internacional.

Por todo lo anterior, este despacho declarará probada la excepción de pacto arbitral propuesta por el extremo pasivo, en orden a lo cual las partes deben remitirse al arbitraje internacional pactado y para que sea el tribunal que se integre quien decida sobre su propia competencia.

Finalmente, en punto con la posibilidad de que existieren algunas partes no signatarias del pacto arbitral, se destaca que le corresponde al tribunal arbitral internacional y no a este Despacho decidir lo que en derecho corresponda sobre adhesión o no de dichas partes al pacto arbitral.

Al resolverse esta primera excepción, no resulta necesario emprender el análisis de las demás excepciones propuestas contra la demanda inicial y la demanda de reconvenición, cuyas pretensiones de esta última guardan relación igualmente con el contrato de compraventa referido.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE

1. DECLARAR la prosperidad de la excepción previa denominada “PACTO ARBITRAL”.
2. ABSTENERSE de resolver las demás excepciones propuestas.
3. DECLARAR terminado el presente proceso, por lo que se ordenará el archivo del diligenciamiento.
4. CONDENAR en costas a la parte demandante (demanda principal). Para el efecto, se fijan como agencias en derecho la suma de \$20.000.000,oo.

Notifíquese y cúmplase,



CÉSAR EDUARDO DÍAZ VALDIRI
JUEZ

