

Sumario

Revisión judicial de laudos; causales de anulación taxativas; Termorio; *kompetenz-kompetenz*; tutela contra laudos; apelación contra laudos

La anulación judicial del laudo arbitral colombiano Bancolombia *v.* Gilinski ha provocado comentarios tanto por el inusitado número de veces en que los jueces se han pronunciado —y podrán llegar a pronunciarse— sobre un laudo arbitral, como por las variantes interpretativas de la regla del *numerus clausus* en las causales de anulación. Luego de resuelto el recurso de anulación, por vía de tutela, al caso le esperan hasta cuatro pronunciamientos más en relación con la nulidad del laudo, lo cual hace inestable el resultado y extiende exageradamente el proceso.

Abstract

Judicial review of arbitration awards; limited grounds for annulment; Termorio; *kompetenz-kompetenz*; tutela injunction against awards; appeal of arbitration awards

Judicial annulment of a Colombian award, —Bancolombia *v.* Gilinski case—, arouses comments given both, the unusual number of instances in which judges have issued a decision —or may do so in the future— regarding an arbitration award, and the diverse interpretations of the *numerus clausus* principle applied to annulment grounds. After the annulment trial was finished, a “tutela” injunction filed against the trial, triggered as much as four new instances all related to the annulment, turning the final verdict unstable and making the proceedings severely extensive.

Comentario a la sentencia de anulación del laudo arbitral Bancolombia *v.* Gilinski

por Antonio Aljure Salame

La comunidad internacional puso sus ojos en Colombia a raíz de la sentencia del Consejo de Estado que anuló el laudo de Termorío¹ con base en una causal que además de no ser invocada, no aparecía entre las causales de anulación de un laudo contenidas en la ley colombiana.

Recientemente se produjo una nueva sentencia en el ya largo proceso que enfrenta a Bancolombia con la familia Gilinski. Nos referimos a la proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia el 13 de mayo pasado en la que, en segunda instancia de una acción de tutela², se revocó lo decidido por la Sala de Casación Civil el 28 de febrero de 2008.

Para entender la situación hay que decir que inicialmente el Bancolombia obtuvo laudo arbitral favorable en 9 de sus 18 reclamaciones,

1 Sentencia 21041, Sección Tercera, Consejo de Estado de Colombia, agosto 1.º, 2002.

2 En Colombia, la *acción de tutela* es un recurso de carácter constitucional que permite a cualquier persona reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante procedimiento preferente y sumario, la protección de sus derechos fundamentales cuandoquiera que estos resulten vulnerados o amenazados por acción u omisión de una autoridad pública o de un particular, siempre que no se disponga de ningún otro medio de defensa judicial o que transitoriamente se evite un perjuicio irremediable.

el 30 de marzo del 2006, lo que significó una condena para los Gilinski de \$ 63.216.447.152³.

Posteriormente, el Tribunal Superior de Bogotá en Sala de Decisión Civil, al resolver un recurso de anulación interpuesto contra el laudo, decidió, el 26 de febrero de 2008, que este era nulo⁴, basado en la causal segunda del artículo 163 del decreto 1818 de 1998⁵ que consiste en no haberse constituido el tribunal arbitral en forma legal siempre que se hubiera alegado dicho vicio en la primera audiencia de trámite.

La Sala Civil de la Corte, por vía de tutela⁶, suspendió los efectos de la anulación hasta la presentación del recurso extraordi-

nario de revisión por encontrar que era viable, y, finalmente, la Sala Laboral revocó la decisión de la Civil⁷ en instancia de impugnación de la acción de tutela, por no hallar probado un perjuicio irreparable y porque al ser la tutela un amparo subsidiario, cabía primero el recurso de revisión.

Si bien se trata de dos laudos proferidos en arbitrajes nacionales, esto no impide que tengan repercusiones internacionales: comerciales, unas, por la confianza que tengan compañías extranjeras en contratar con empresas nacionales a la luz de la seriedad de la jurisdicción arbitral y legales, otras, por la rapidez y eficacia de laudos si se quiere ver a Colombia como sede arbitral en

3 *Bancolombia v. Jaime Gilinski Bacal, Laudo Arbitral, marzo 30, 2006, Cent. de Arb., Cámara de Comercio de Bogotá.* En: *Laudos Arbitrales de la Cámara de Comercio de Bogotá, [CD-ROM], Bogotá: Legis, 2008.*

4 Tribunal Superior de Bogotá, sentencia de febrero 26 de 2002, Expediente 0887, M.P. Germán Valenzuela Valbuena.

5 El Decreto 1818 de 1998 "Estatuto de los mecanismos de solución de conflictos" en la República de Colombia.

6 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, sentencia de marzo 28 de 2008, Expediente 00384, M.P. Edgardo Villamil Portilla.

7 Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, sentencia de mayo 13 de 2008, Acta 23, Radicado 20951, M.P. Luis Javier Osorio López.

procesos de esta naturaleza. Recordemos, si no, la tendencia internacional de reconocer al juez de la sede arbitral la competencia para determinar la validez de laudos allí proferidos, y las perturbaciones que ha tenido la aprobación del TLC entre EE.UU. y Colombia por la anulación del laudo Termorío.

Dos comentarios merecen, en nuestra óptica, los pronunciamientos judiciales en el caso de Bancolombia: el inusitado número de veces en que los jueces se pronuncian sobre un laudo arbitral y las variantes interpretativas de la regla del *numerus clausus* en las causales de anulación, aspecto que fue tratado por la sentencia del Consejo de Estado que anuló el laudo de Termorío.

Sobre el primer tópico diremos de entrada que tan nociva es la ausencia del recurso de anulación contra laudos como el exceso de intervención judicial.

En el primer caso, el de la ausencia de recurso, sea por renuncia de las partes o por prohibición legal, los resultados son descorazonadores para todo país que pretenda tener como política estatal o empresarial el ser sede de arbitrajes internacionales. Basta con ver los experimentos de Bélgica o Suiza, que permitían la renuncia del recurso, lo que llevó a que ningún operador de arbitraje quisiera elegir como sede esos países. La razón parece obvia, pero solo el experimento la comprobó: las partes quieren que los árbitros decidan de fondo pero desean tener un recurso para enmendar vicios que la doctrina llama *in procedendo*.

El segundo caso, el del exceso de la intervención judicial, es el que vivimos nosotros y que nos parece tan nocivo como el primero. Si tomamos el laudo del 30 de marzo del 2006, notamos que tuvo un recurso de anulación, que nos parece normal, pero a continuación, por vía de tutela, podrá

Si bien es cierto que los laudos pueden contener errores, aun en derechos fundamentales, el remedio resulta peor que la enfermedad

haber hasta cuatro pronunciamientos más —si se consideran las dos instancias de la tutela, su eventual revisión por la Corte Constitucional y el recurso de nulidad que esta última estableció para sus fallos—⁸. La más loable de las razones, como es la posibilidad de enmendar un yerro judicial que quebranta un derecho fundamental, nos lleva al escenario caótico de la inseguridad jurídica.

¿Cómo entender este entuerto? Desde luego que el abogado que tenga a su disposición un recurso de tutela no se abstendrá de proponerlo, por la tendencia humana de hacer hasta lo imposible por no perder. Pero el problema está en el diseño de la institución que por la amplitud del concepto del derecho fundamental y por la infinidad de conexiones con otros derechos, hace que prácticamente todo laudo sea revisable en tutela, lo que expone a diferentes resultados, sobre la base de meras discrepancias legales.

Además de lo dicho, se ha creado sin querer otro problema, cual es el del error en la propia sentencia de tutela, que, contrariando su propósito, genera injusticias frente a laudos adoptados con *sindéresis*.

Si se siguiera el argumento de la reducción *ad absurdum*, siempre tendría que haber un recurso contra estropicios generados por tutelas precipitadas o simplemente ilegales.

En suma, si bien es cierto que los laudos pueden contener errores, aun en derechos fundamentales, el remedio resulta peor que la enfermedad, pues es mayor el daño que se causa por tratar de enmendar todos los laudos que el que se causa por prohibir tutelas contra los mismos.

En el plano internacional creemos que esto es cierto, pues una empresa extranjera preferirá la certeza de un laudo tan solo controlada por el recurso de anulación, a la Caja de Pandora de la tutela.

8 Si bien la Corte Constitucional de Colombia tiene la facultad discrecional de seleccionar sentencias de tutela para su revisión, al finalizar el presente comentario dicha Corte no se había manifestado en cuanto a la escogencia de la sentencia comentada.

El segundo comentario tiene que ver con la taxatividad de las causales de anulación. En el caso *Termorío*, el Consejo de Estado, para anular el laudo, echó mano de la facultad oficiosa del juez para declarar una nulidad absoluta cuando estén presentes en el proceso todas las partes del contrato y se encuentre probada la respectiva causal. Como se indicó atrás, la causal que prosperó no fue invocada por el recurrente y no aparece entre las causales de anulación de los laudos en la contratación estatal. En nuestro sentir, el error del Consejo de Estado al anular el laudo no radicó en traer a colación una causal no contemplada expresamente, pues la facultad oficiosa de decretar una nulidad absoluta es clara en el sistema judicial colombiano, sino en el hecho de interpretar que en un arbitraje independiente, aceptado al momento de la celebración del pacto arbitral, no se podía acudir a un reglamento arbitral extranjero. Piénsese que si las partes pueden diseñar su propio reglamento, a fortiori, podían acudir a uno

extranjero, hecho que no mudaba el arbitraje de nacional a internacional. También, creemos, se equivocó al no concederle un efecto útil a la figura del arbitraje independiente, pues sobre la premisa de que no existe en el procedimiento civil un vacío por llenar condenó la celebración de pactos arbitrales contentivos de arbitrajes independientes. Es de anotar que en este mismo caso la justicia norteamericana se abstuvo de concederle el exequátur al laudo anulado, por no haber encontrado vicios protuberantes en la expedición del mismo⁹.

Recordemos que cierta jurisprudencia en Estados Unidos¹⁰ acepta conceder el exequátur a laudos anulados en país de origen sobre la base de que el artículo VII de la Convención de Nueva York, sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, autoriza a los países parte en la misma a aprobar un régimen de exequátur más benigno que el de la Convención. Además, la misma Convención en su texto inglés

9 *Termorío S.A. E.S.P. v. Electranta S.P.*, 487 F.3d 928 (D.C. Cir., 2007)

10 *Chromalloy Aeroservices v. Arab Republic of Egypt*, 939 F.Supp. 907, 909-13 (D.D.C. 1996)

habla apenas de la posibilidad de denegar el exequátur cuando ha sido anulado en el país de origen.

Para cerrar este punto, una sentencia de unificación¹¹ proferida a raíz de una acción de tutela determinó que en Colombia se puede tanto pactar arbitraje institucional, acudiendo al reglamento de un centro arbitral, como arbitraje independiente, diseñando las partes su propio reglamento. De esta manera, se dispó favorablemente la duda acerca de la posibilidad de pactar arbitraje institucional o independiente.

En el caso de Bancolombia, la taxatividad de las causales sufrió un revés, no por el hecho de haber invocado la familia Gilinski una causal inexistente, sino por el hecho de haber acomodado a la causal existente unos hechos que corresponden a otra.

En efecto, la causal invocada fue la segunda del artículo 163

del Decreto 1818 de 1998 que se configura por no haberse constituido el tribunal arbitral en forma legal siempre que esta irregularidad haya sido alegada expresamente en la primera audiencia de trámite.

La acción de nulidad calificó como falta de competencia el hecho de la intervención arbitral en lugar de la de los auditores, y el Tribunal Superior acogió la tesis dentro de la causal segunda para decretar la nulidad.

Para defender su tesis de falta de competencia, al decretar la nulidad, el Tribunal Superior abordó los temas de las facultades de los auditores y de los árbitros, el alcance de la indebida integración del tribunal arbitral, para darle cabida por esta vía a la falta de competencia y al principio *kompetenz-kompetenz*.

El Tribunal Superior de Bogotá consideró que en materia de solución de conflictos el contrato

11 Una *sentencia de unificación* es una clase especial de sentencia proferida por la Corte Constitucional de Colombia, en la cual la Corte integra todos los precedentes relativos a un problema o problemas jurídicos con el propósito de elaborar un pronunciamiento definitivo e integral sobre los mismos.

que vinculaba a Bancolombia y a la familia Gilinski establecía dos tipos de diferencias para las cuales había una u otra forma de solución por un tercero: la de auditores internacionales para las diferencias relativas a reclamaciones sobre los estados financieros, y la del arbitraje para las contractuales. El error del Tribunal Superior fue advertido en buena hora por la Sala Civil de la Corte Suprema, cuando consideró que no se trataba de dos jurisdicciones distintas (la de los auditores y la de los árbitros), ni de un requisito nuevo de procedibilidad, y que por el contrario se trataba de un procedimiento escalonado para la solución de controversias en el que los auditores no tienen la calidad de árbitros y el bloqueo para la designación de los mismos no podía constituirse en un obstáculo legítimo al derecho de acción.

También corrigió la sentencia de tutela de primera instancia proferida por la Sala Civil de la Corte Suprema otro error del Tribunal Superior en el recurso de anulación consistente en confundir la falta de competencia con la indebida integración del tribunal arbitral. Dijo la Corte Suprema, también atinadamente a nuestro

parecer, que la omisión de la falta de competencia como causal de anulación no obedecía a olvido o inadvertencia del legislador, pues las excepciones previas están vedadas en el proceso arbitral y la falta de interposición del recurso de reposición en la audiencia en que el tribunal arbitral se declaró competente purga el vicio que pudiera existir en la materia.

Se refirió el Tribunal Superior al principio *Kompetenz-Kompetenz* para indicar que el árbitro juzga primero su propia competencia, la cual luego, *necesariamente*, debe ser verificada por el juez. En realidad, el Tribunal Superior tiene razón en el alcance del principio pero olvidó la libertad de configuración del legislador, quien podía suprimir el control judicial en el recurso de anulación, como efectivamente lo hizo, pues no incluyó una causal autónoma de nulidad del laudo basada en la falta de competencia del tribunal arbitral. Le concedió, en nuestro caso, al litigante inconforme la opción de recurrir mediante reposición el auto en que el tribunal arbitral asume competencia. En otras palabras, el Código de Procedimiento Civil puede establecer autónomamente y en la