



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN
SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL

Medellín, trece (13) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Ref. Exp.: 05001 22 03 000 2022 00621 00

Magistrado: JOSE OMAR BOHÓRQUEZ VIDUEÑAS

Asunto: RECURSO DE ANULACIÓN LAUDO ARBITRAL.
Demandante: PURA ENERGÍA S.A.S..
Demandada: HIDROELÉCTRICA BARRANCAS S.A.S. E.S.P..
Extracto: El recurso de anulación es un trámite de carácter especial, que solo habrá de prosperar en caso que se configure alguna de las causales que taxativamente dispone el ordenamiento, las que no tocan con el derecho sustancial o la interpretación que se le hubiera dado a las normas, sino, asuntos meramente procesales. Declara infundado.

ASUNTO A TRATAR

Procede la Sala a resolver el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la parte convocada, frente al laudo arbitral calendado el cuatro (4) de agosto de dos mil veintidós (2.022), proferido por el CENTRO DE CONCILIACIÓN, ARBITRAJE Y AMIGABLE COMPOSICIÓN de la CÁMARA DE COMERCIO DE MEDELLÍN PARA ANTIOQUIA, dentro del proceso surtido entre PURA ENERGÍA S.A.S. e HIDROELÉCTRICA BARRANCAS S.A.S. E.S.P..

ANTECEDENTES

DE LA ACCION ARBITRAL:

PURA ENERGÍA S.A.S. convocó en Tribunal de Arbitramento a HIDROELÉCTRICA BARRANCAS S.A.S. E.S.P., con el fin que se realizarán diversas declaraciones y condenas¹, pretensiones que estuvieron fundamentadas en que la convocante adquirió acciones en la convocada, pero debido a las cuestionadas decisiones, su participación accionaria se ha visto afectada, además que señala otros defectos en la elaboración de las correspondientes actas.

En síntesis, que se atentó contra lo previsto en los Estatutos Sociales, así como existieron “*graves anomalías en su expedición*”, refiriéndose a los actos cuestionados, incluso, desde las mismas convocatorias; además que algunas de ellas simplemente son “*borradores de acta*”.

DEL TRÁMITE ARBITRAL:

El 13 de mayo de 2021 se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal, oportunidad en que se admitió la demanda. Notificado el convocado, replicó a los hechos, se opuso a las pretensiones, y formuló las excepciones de mérito que denominó:

1. “... falta de jurisdicción y/o competencia del Tribunal – Ausencia de Arbitrabilidad.”
2. “falta de jurisdicción y/o competencia del Tribunal – Indebida Conformación del Tribunal”

¹ Vía reforma fueron presentadas pretensiones declarativas, diecisiete en total, una consecuencial rotulada como “*décimo octava*”, otra condenatoria que se numeró como “*décima novena*”, y una final que se llamó “*compulsa*”. Las primeras dirigidas a la “*inexistencia de las decisiones tomadas en el borrador de acta Nro. 18 de HIDROELECTRICA BARRANCAS S.A.S. E.S.P.*”, sino, la “*ineficacia*”, ora la nulidad absoluta de ese mismo acto. También se deprecó lo mismo en relación a las actas “19” y “20” de la misma convocada. La pretensión “*décima octava*”, se dirigió a la inscripción del laudo; la 19 fue por pago de las costas y agencias en derecho, y en la llamada “*COMPULSA*” se esbozó “*De igual forma se proceda compulsando copias conforme a ley en lo que respecta a la inexactitud de hechos depositados en las actas impugnadas.*”.

3. "... falta de jurisdicción y/o competencia del Tribunal – Existencia de litisconsortes necesarios no adherentes a la cláusula compromisoria."
4. "... Falta de competencia"
5. "Caducidad.
6. ""Pura Energía no es un socio ausente o disidente respecto de la Asamblea de Accionistas del 16 de marzo de 2019 que derivó en el Acta No. 18"
7. "Legalidad y materialidad de las decisiones atacadas"
8. "Existencia de acuerdo de accionistas depositado en la sociedad"
9. "La actuación de Pura Energía S.A.S vulnera el principio de la buena fe".

El 29 de septiembre de 2021 se llevó a cabo diligencia de conciliación, donde fracasado el intento de arreglo, en la misma se fijaron gastos y honorarios. El día 16 de noviembre de 2021 se llevó a cabo la primera audiencia de trámite, en la cual la convocada presentó recurso de reposición de cara a la competencia, recurso horizontal denegado, por lo que posteriormente se abrió el proceso a pruebas.

Evacuada la fase probatoria, se dio espacio para alegar de conclusión, por lo que seguidamente se fijó fecha para "*Audiencia de Lectura del Laudo*", decisión a la que nos continuaremos refiriendo.

DEL LAUDO ARBITRAL:

Después de referir antecedentes y presupuestos procesales (incluyó glosario), acción, contradicción, trámite realizado, relación y análisis de pruebas; en cuanto a las pretensiones declarativas dispuso "*Declarar probados los presupuestos de ineficacia de falta de quórum y mayoría decisoria*", relacionada con el acta número 18 dimanada de

HIDROELÉCTRICA BARRANCAS S.A.S. E.S.P., referente a la asamblea general de accionistas realizada el 16 de marzo de 2019. Igual dispuso en relación a las actas numeradas como 19 y 20, también dimanadas de la convocada, todo ello por violación de sus Estatutos Sociales y de la normatividad comercial ahí citada.

Sobre las pretensiones consecuenciales, dispuso estarse a lo resuelto frente a las declarativas, ordenar la inscripción de la parte resolutive en los libros de actas y de accionistas de la demandada; pero en cuanto a la compulsa de copias, ante lo indeterminado y general de la correspondiente súplica, negó lo pertinente.

Las excepciones se desestimaron, y condenó en costas al convocado.

DEL RECURSO DE ANULACIÓN:

La parte convocada presentó recurso de anulación, el cual fundamentó en las causales contenidas en los numerales 3ª y 2ª del artículo 41 de la ley 1563 de 2.012.

En cuanto a la primera causal aludida, la rotuló así: *“EL NOMBRAMIENTO DEL ARBITRO ÚNICO FUE REALIZADO DE FORMA INDEBIDA POR EL CENTRO DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE MEDELLÍN DADO QUE LAS PARTES NO DELEGARON TAL FACULTAD AL CENTRO DE ARBITRAJE NI ACOGIERON SU REGLAMENTO, EN CONSECUENCIA, EL TRIBUNAL NO FUE CONSTITUIDO EN FORMA LEGAL.”*.

Para lo anterior indicó que lo intitulado constituye la causal tercera de anulación, esto es *“la no constitución del tribunal en debida forma”*, exponiendo que de cara al caso el Tribunal no fue constituido en forma

legal, pues la designación del Árbitro fue realizada por el Centro de Arbitraje, sin que este contara con autorización para ello, pues del Estatuto Arbitral, tal nombramiento sólo podía hacerse de tres formas: i) directa y conjunta entre las partes; ii) mediante delegación al centro de arbitraje o a un tercero, lo que puede ser expreso o tácito; o, iii) por el juez civil.

Que en las presentes, la designación del árbitro la hizo el Centro de Arbitraje, pero ello no se autorizó en la cláusula compromisoria, donde tal delegación debió ser expresa, tal como se indicó en la sentencia C-1038-02 de la Corte Constitucional, lo que también deviene de las normas del mandato, por lo que tal ente carecía de facultades para tal efecto, lo que tampoco se infiere de su Reglamento, el que dejó en claro que *“el Centro procederá a su designación mediante sorteo, siempre y cuando el pacto arbitral habilite al Centro para tal designación o las Partes se hayan acogido a[l] reglamento.”*.

Entonces, si el Centro no estaba habilitado para la designación, las partes quedan en libertad de acudir al Juez Civil del Circuito, y si la cláusula compromisoria no adoptó el reglamento ni delegó en el Centro de Arbitraje tal facultad, este no podía hacerlo ante la ausencia de *“delegación expresa”* para proveer sobre el particular, por lo que debió aplicarse el numeral 4º del artículo 14 de la ley 1563 de 2012, ya que no era dable reemplazar la voluntad de las Partes y designar al árbitro.

Reiterando que las Partes en la Cláusula Compromisoria no adoptaron el reglamento del Centro de Arbitraje, emerge de esa manera la indebida integración, lo que pese a ser alegado no fue aceptado por el árbitro; pero ahora reitera que tal reglamento no daba pie a la designación arbitral.

Que cuando en la Cláusula Compromisoria se dijo que el árbitro *“será designado . . . por un Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantil de*

los que operan lealmente en la ciudad de Medellín.”, ello no facultaba al Centro de Arbitraje para realizar el nombramiento, por lo que este fue irregular, pues para la designación del Árbitro se utilizó un procedimiento no previsto en la Cláusula Compromisoria.

La segunda causal invocada, se enunció como: “*EL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO NO TENÍA COMPETENCIA PARA RESOLVER EL FONDO DE LA CONTROVERSIA PUES EL LAUDO ARBITRAL PRODUCE EFECTOS DE COSA JUZGADA FRENTE A TERCEROS NO ADHERENTES A LA CLÁUSULA COMPROMISORIA.*”.

La tesis central del anterior cuestionamiento, radica en que el Laudo debatido produce efectos de cosa juzgada frente a personas no adherentes al pacto arbitral, por lo que el Tribunal de Arbitramento carecía de competencia para dictarlo, pues esos terceros no adhirieron a la cláusula compromisoria, por lo que es ausente el principio de “*habilitación o voluntariedad*”.

Entonces, si se genera efectos de cosa juzgada frente a quienes no son “*adherentes*” al pacto arbitral, debió procederse según el artículo 36 de la Ley 1563 de 2012 e integrar a los que correspondía, pues de no hacerse se entiende por extinguida la cláusula compromisoria.

Si el Tribunal no estaba habilitado, no era dable que resolviera el asunto, pues las cláusulas compromisorias contenidas en Estatutos de las sociedades, “*no son aplicables para los nuevos accionistas de la sociedad, ni para los accionistas ausentes o disidentes al tomar la decisión de incorporar el pacto arbitral a los estatutos.*”, de donde los nuevos accionistas deben adherir de forma expresa al pacto arbitral, y si no lo hicieran, el mismo no les genera efectos jurídicos, en la medida que ello no es un elemento esencial del contrato de sociedad, pues se trata de un negocio jurídico independiente.

Entonces, los accionistas que ingresan a la sociedad con posterioridad a la existencia del pacto arbitral, deben manifestar su voluntad expresa de adherirse a este, lo anterior como garantía del principio de “habilitación”, y como consecuencia de la independencia del contrato de sociedad y el pacto arbitral.

Si en las presentes existen accionistas que ingresaron a la sociedad luego de la existencia de la cláusula compromisoria y que no adhirieron al pacto arbitral, el laudo deviene en ineficaz aunado a que se afectó la propiedad accionaria.

De tal manera, el Acta de Asamblea extraordinaria de Accionistas realizada el 6 de marzo de 2013, en la cual se pactó la cláusula compromisoria, los accionistas asistentes fueron: 1) Crearcimientos Propiedad Raíz S.A.S; 2) Ingeniería y Vías S.A.S.; 3) I-Consult S.A.S.; 4) Lina Marcela Toro Ruiz; y, 5) Rodrigo Palacio Cardona; y para el momento de las Actas impugnadas, los accionistas eran: 1) Crearcimientos Propiedad Raíz S.A.S.; 2) AM Arquitectos; 3) Ingevias; 4) Mamgombia; 5) Explanan; 6) Doing Ingenieria; 7) HB Estructuras Metalicas; y, 8) Pura Energía.

En consecuencia, si la decisión atacada declaró la ineficacia de las actas censuradas considerando la participaron quienes no podían hacerlo, pues en su momento no se respetó el derecho de preferencia, con ello se reconfiguró el quorum de la sociedad y afectó la propiedad accionaria de MANGOMBIA S.A.S, DOING INGENIERIA S.A.S., y EXPLANAN S.A.S., quienes no adhirieron a la Cláusula Arbitral ni fueron vinculadas al proceso, concluyendo que si tales personas jurídicas no eran adherentes, el Tribunal no tiene competencia, lo que incluso se alegó vía reposición, la que no fue aceptada.

Que con el presente se reprocha el procedimiento mas no la decisión de fondo, pues aparte que el laudo produjo efectos de cosa juzgada

frente a quienes no adhirieron a la Cláusula Compromisoria, también se generó detrimento societario y patrimonial en la convocada, por lo que esta tiene interés jurídico en la anulación

Que la jurisdicción arbitral puede conocer de la impugnación de actas de asamblea, pero el Árbitro carece competencia pues hay partes a las que el Laudo les genera efectos de cosa juzgada que no habilitaron al Tribunal, aunado que del artículo 382 del C. de Co., la demanda debe dirigirse contra la Entidad, sin que exista litisconsorte necesario entre los accionistas y la sociedad, donde en la jurisdicción arbitral para que la decisión cobije a los accionistas, estos debieron adherir a la cláusula compromisoria conforme al artículo 36 del Estatuto Arbitral, lo que al no ocurrir, el Tribunal carece de competencia.

DE LA REPLICA A LA ANULACION:

Dentro del traslado concedido, la parte convocante de entrada cuestionó a quien actúa en nombre de la convocada, además que confundió la tercera causal de anulación con la segunda, pifia censurable cuando estamos ante un recurso completamente técnico, y es que tal causal está relacionada con las condiciones personales del árbitro, su designación, o el número de sus integrantes, por lo que según doctrina “... si el actor no invocó expresamente la causal directa del recurso; agregó que al juez no le es dable encuadrarlo en alguna otra, ni deducir a partir de ello causales implícitas, teniendo en cuenta la naturaleza extraordinaria del recurso, el carácter taxativo de las causales y el principio dispositivo que las gobierna [...]”.

Que del tenor literal de la cláusula y procedimiento del Centro de Arbitraje, no hubo indebida integración, pues de la cláusula arbitral se tiene que el árbitro escogido correspondía, tal como se desprende del

artículo 12 del Estatuto Arbitral, además que ante la falta de acuerdo para designar los árbitros, debía aplicarse el reglamento del Centro de Conciliación y Arbitraje Mercantil, que debía ser uno de los que operan en Medellín, siendo este el lugar de domicilio de la convocada.

Que el reglamento del Centro de Conciliación, artículo 74, armónico con el artículo 8º del Estatuto Arbitral, ante el desacuerdo de las partes en la designación del árbitro y conforme la cláusula compromisoria, este fue escogido por el sorteo legalmente previsto, lo que se acompasa con lo indicado en la sentencia C-1038 de 2002, por lo que no era necesario que se mencionara de forma expresa que el Centro de Arbitraje realizaría la designación, pues ello se desprende de la cláusula arbitral y del reglamento del centro de arbitraje acogido.

Que el árbitro designado hace parte de la lista de la especialidad, debiéndose ver en armonía el reglamento del Centro con la ley 1563 de 2012, coligiéndose la delegación al Centro para hacer la designación, la que se desprende desde la misma cláusula compromisoria, por lo que debe atenderse a los principios de utilidad, eficacia y efecto útil.

Agregó que el recurrente no interpuso apropiadamente recurso de reposición en la primera audiencia de trámite, pues confunde esta causal con la de falta de competencia, es decir, que invoca la causal 3ª cuando su argumentación corresponde a la 2ª, además que la Ley 489 es ajena a este tipo de asuntos; aunado que cuando el Centro de arbitraje designa el árbitro está cumpliendo la Ley, además que la cláusula compromisoria lo habilitaba, por lo que tampoco puede acogerse el argumento esbozado por el recurrente del “mandato”.

Finalizó esta parte indicando que desde el mismo pacto arbitral, el Centro de Arbitraje estaba facultado para designar el árbitro, para lo cual aplicaría su reglamento.

En cuanto a la causal segunda alegada, que en su decir encaja en la causal primera -inoponibilidad del laudo-, es falso que el tribunal arbitral declaró a terceras sociedades como no accionistas, ya que ello no está en el decisum, además que los contratos de compraventa o de cesión de acciones, no fueron su objeto pues corresponde a otras relaciones sustanciales, por lo que según las pretensiones la llamada a resistir era la convocada.

Recalcó que la cláusula compromisoria habilitaba “*para resolver el asunto como se hizo*”, sobre todo cuando de la jurisprudencia y del artículo 384 del C. de Co., el nuevo socio se obliga a pagar el precio de las acciones y a cumplir los estatutos sociales, entre lo que está la adhesión a dicha estipulación.

Que en lo alegado corresponde a “*la inoponibilidad de la cláusula arbitral*” respecto a unas terceras sociedades, por lo que debió esgrimirse la causal 1º, lo que da al traste con el recurso de anulación

Que el tribunal arbitral decidió conforme lo pretendido en la demanda, para lo que tenía jurisdicción y competencia según la cláusula arbitral contenida en los Estatutos de la convocada, el que es vinculante para todos sus accionistas, además de recordar maniobras fraudulentas, de las que dice que no puede ser objeto de este recurso.

Que en las presentes es ausente el principio de tipicidad, además que debe considerarse la interpretación “*pro arbitri*” y “*favor arbitralis o favor arbitri*”, de los que el pacto, el proceso, y el laudo, se presume su legalidad, además de enfatizar en la torticera actitud en los negocios cuestionados y las apócrifas decisiones societarias, sin que existiera litisconsorcio *cuasinecesario* por pasiva, ya que las pretensiones fueron sobre decisiones de Asambleas de Accionistas, mas no frente a contratos con terceros.

Así, deprecó declarar infundado el recurso y se niegue la anulación.

Conforme lo reseñado, la Sala resolverá el recurso en estudio, en virtud de la competencia que nos ha sido atribuida, previas:

CONSIDERACIONES

DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA POR PARTICULARES:

De conformidad con el artículo 116.4 de la Carta Política; "Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley." (subrayado extra texto), donde en desarrollo de tal precepto, los artículos 8º y 13 de la ley 270 de 1996 "*Estatutaria de la Administración de Justicia*", prescriben en su orden y partes pertinentes;

"La ley podrá establecer mecanismos alternativos al proceso judicial para solucionar los conflictos que se presenten entre los asociados y señalará los casos en los cuales habrá lugar al cobro de honorarios por estos servicios... Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros debidamente habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad.";

Y;

"... Ejercen función jurisdiccional de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política:... 3. Los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en los términos que señale la ley. Tratándose de arbitraje, en el que no sea parte el estado o alguna de sus Entidades, los particulares podrán acordar las reglas de procedimiento a seguir, directamente o por referencia a la de un Centro de Arbitraje, respetando, en todo caso los principios Constitucionales que integran el debido proceso."

Bajo los anteriores criterios, queda claro que los particulares pueden ser investidos de manera transitoria y para casos en concreto, de las funciones de administrar justicia, donde en esos momentos y para los correspondientes casos, sus decisiones tienen la fuerza propia de las decisiones judiciales, aplicándoseles los criterios inherentes de las mismas, como son el respeto al debido proceso y del imperio de la ley, principios regulados en el artículo 29 Superior y en los artículos 228 y 230 del mismo ordenamiento Constitucional.

Dentro de tales criterios y como mecanismos para resolver conflictos ciudadanos, se ha instituido el arbitraje, conceptual y jurídicamente entendido como; *“... un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice.”* (...) (Artículo 1º ley 1563 de 2.012)²

Ahora, si bien es cierto que el ordenamiento jurídico prevé el recurso de anulación contra laudos arbitrales (artículo 40 y siguientes Ley 1563 de 2.012), el mismo no constituye instancia respecto al litigio, por lo que el fallo no es revisable en su integridad, sino, que depende de unas causales taxativamente previstas, tal como son las previstas en el artículo 41 ibidem, las que no incluyen censura a la aplicación del derecho sustancial debatido, ni mucho menos cuestionar los análisis probatorios que se realizaran.

De tal manera, el mencionado recurso permite verificar aspectos de procedimiento, sin que sea dable que lo tramitado ante esta

² A propósito del arbitramento, ha indicado la Corte Constitucional; *“El arbitramento como mecanismo alternativo de resolución de conflictos, ha de entenderse como la derogación que hacen las partes involucradas en un conflicto o precaviendo su existencia, de la jurisdicción en cabeza del Estado y en favor de un particular (árbitro), quien queda investido de la facultad temporal de resolver con carácter definitivo y obligatorio, a través de una decisión denominada laudo arbitral, las diferencias que se susciten entre ellos.”* Sentencia C-098/01.

Corporación sea entendido como instancia a lo previsto en el laudo, mucho menos que sea factible volver a ventilar la cuestión litigiosa, pues como lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia:

“... por esta vía no es factible revisar las cuestiones de fondo que contenga el laudo ni menos aun 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 que de suyo implica poner a salvo la estricta observancia de toda la actividad in procedendo, y garantizar subsecuentemente el superlativo derecho de defensa de las partes...”³.

“... no es un recurso para revisar o replantear lo que ya fue objeto de decisión mediante arbitramento, como que en tal caso, entre otras cosas, muy fácil quedaría desnaturalizar la teleología de acudir a este tipo de administración de justicia...”⁴

Precisado lo que es el recurso de anulación y los límites que tiene el Tribunal Superior para el efecto, por razones metodológicas nos referiremos en su orden a cada una de las causales que se hubieran alegado, sin que como se ha indicado, toquemos el derecho sustancial debatido o las valoraciones probatorias, sino, cuestiones de carácter procesal en las que aquellas puedan enmarcarse.

Como se advirtió, la recurrente invocó expresamente las causales 3ª y 2ª del artículo 41 de la ley 1563 de 2.012 (sin embargo, el convocante en oposición a lo anterior, dice que lo presentado se enmarcaría en unas diferentes, cuestión a la que nos referiremos en la presente), las que se despacharán en el orden que fueron presentadas.

DE LA 3ª CAUSAL DE ANULACIÓN:

La intitulada causal reza; *“No haberse constituido el tribunal en forma legal.”*, de lo que la doctrina especializada en la materia, ha indicado:

³ G. J, t. CC, pág. 284.

⁴ Sala de Casación Civil, sentencia de 13 de junio de 1990, G.J. t. CC, págs. 283.

“5.3. Causal Tercera de la Ley 1563 de 2012, esto es, “No haberse constituido el tribunal en forma legal”.

“No se constituye en una novedad en el nuevo Estatuto arbitral, pues se encontraba prevista en términos similares en el numeral 2º del Decreto 1818 de 1998, en el que se señalaba una condición expresa para su procedencia consistente en que debía ser alegada expresamente en la primera audiencia de trámite.

“De la redacción de la norma, se entiende que en vigencia de la nueva ley la causal a la que se alude no sólo se configura cuando se vulneran las normas que rigen el trámite para la designación de los árbitros, la integración e instalación del Tribunal de arbitramento, sino también las relativas a las calidades, condiciones o requisitos que deben reunir los árbitros conforme a lo acordado en el pacto arbitral y a lo dispuesto en los artículos 7 y siguientes de la Ley 1563 de 2012 y los reglamentos de los respectivos centros de arbitraje.

“En efecto, el artículo 7º de la ley 1563 de 2012 dispone que las partes conjuntamente determinarán el número de árbitros que siempre deberá ser impar y que ante el silencio de las partes serán 3, salvo en los procesos de mínima cuantía en los cuales deberá designarse un único árbitro.

“También dispone que los árbitros deben ser de nacionalidad colombiana o ciudadanos en ejercicio, no haber sido condenados por sentencia judicial a pena privativa de la libertad por delitos dolosos o estar inhabilitados para ejercer cargos públicos o haber sido sancionados con destitución.

“Así las cosas, la causal a la que se hace referencia se configura cuando las partes en el pacto arbitral no determinan un número impar de árbitros o cuando en los procesos de menor cuantía determinan más de un árbitro para que dirima sus controversias.

“También puede configurarse cuando alguno de los árbitros designados no tiene nacionalidad colombiana, no ostenta la calidad de ciudadano en ejercicio, ha sido condenado a pena privativa de la libertad mediante sentencia judicial por delitos dolosos, se encuentra inhabilitado o fue sancionado con destitución.

“En los términos del artículo 8º de la ley 1563 de 2012 podría configurarse ésta causal cuando se incumplen las reglas para designar los árbitros, o cuando estos o sus secretarios se desempeñen en más de 5 tribunales de arbitraje dando solución a controversias en las que intervenga una entidad estatal o quien ejerza funciones administrativas.

“Se configura igualmente cuando no se cumplen las reglas de integración del Tribunal previstas en el artículo 14 de la ley 1563 de 2012 o cuando el secretario del tribunal o el árbitro no cumplen el deber de información previsto en el artículo 15 de la misma ley.

“La Sección Tercera de ésta Corporación también ha señalado que ésta causal no se configura cuando no se cumplen los trámites o procedimientos previos a la convocatoria del Tribunal acordados por las partes en el pacto arbitral, es decir, cuando no se agota la negociación directa, la conciliación o la amigable composición previamente a la integración del tribunal respectivo,

pues se estima que su incumplimiento no limita el derecho de acceso a la administración de justicia, ni se constituye en un motivo suficiente para anular el laudo arbitral proferido.

“Por último, se estima que en aquellos eventos en los que el árbitro se encuentre en una causal de inhabilidad o incompatibilidad con posterioridad a la asunción de competencia, son circunstancias que no se pueden alegar con fundamento en ésta causal, pues conforme lo establece el artículo 41 de la ley 1563 de 2012 ésta sólo podrá alegarse en sede de anulación del laudo arbitral cuando dichas circunstancias hayan sido invocadas oportunamente mediante la interposición del recurso de reposición contra el auto en el que se asume competencia.

“De esta forma, se entiende que las circunstancias que configuran esta causal sólo podrán alegarse en sede de anulación, siempre y cuando se hayan hecho valer los motivos mediante el recurso de reposición del auto en que se asume competencia.”. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION “C”, 13 de abril de 2015. Radicado 11001-03-26-000-2014-00162-00(52556)

Comenzando por la última parte de la cita, para hacer valer tal causal en sede de anulación, resulta necesario que el recurrente hubiera alegado lo propio, “*mediante recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia*”, tal como se desprende del penúltimo inciso del artículo 41 del Estatuto del Arbitraje, donde en el caso en estudio ello fue satisfecho tal como se advierte en el Acta de la Primera Audiencia de Trámite, en la cual se interpuso el recurso horizontal, el que fue negado manteniendo la decisión respecto al auto No 20, y en tal sentido, se abre el paso a instaurar el recurso extraordinario que nos ocupa.

Volviendo a la doctrina del Consejo de Estado antes citada, y que refirió a la procedencia de la causal 3ª de anulación consistente en “*No haberse constituido el tribunal en forma legal*”, de tan autorizado criterio se tiene que tal circunstancia se presenta cuando:

1. El vicio previsto se consolida por vulnerarse las normas que rigen el trámite en relación a: 1) la designación de los árbitros; 2) la integración e instalación del Tribunal de arbitramento; 3) las relativas a las calidades, condiciones o requisitos que deben reunir los árbitros conforme a lo acordado en el pacto arbitral y a

lo dispuesto en la ley y los reglamentos de los centros de arbitraje.

2. En lo que se refiere al número de árbitros.
3. La nacionalidad de los árbitros y su ejercicio de la ciudadanía, la ausencia de antecedentes judiciales penales, y el que no estén inhabilitados para ejercer cargos públicos, o haber sido sancionados con destitución.
4. Cuando se incumplen las reglas para designar los árbitros (artículo 8º de la ley 1563 de 2012), sino, sus secretarios se desempeñen en más de 5 tribunales de arbitraje.
5. Cuando no se cumplen las reglas previstas en el artículo 14 de la ley 1563 de 2012, o el secretario del tribunal o el árbitro no dan la información prevista en el artículo 15 ídem.

En esos términos, lo que se alega por el recurrente de cara a la mencionada causal, tal como se refirió en la sinopsis, fue que el nombramiento del árbitro estuvo viciado, porque el Centro de Arbitraje carecía de tal facultad, pues las partes no le delegaron para tales efectos ni acogieron su reglamento, y en esos términos desarrolló el argumento.

Frente a ello el convocante y opositor al recurso, expuso que lo alegado más bien correspondería a la causal 2ª, y en todo caso, el Centro de Arbitraje estaba facultado para la designación del árbitro.

Pues bien, lo alegado vía recurso de anulación está soportado en lo previsto en los artículos 8º y 14 de la ley 1563 de 2012, por lo que considerando la jurisprudencia Contencioso Administrativa atrás reseñada, lo expuesto se acompasa en la causal 3ª de anulación, por lo que con la técnica que gobierna este tipo de acción, debemos adentrarnos en el estudio demandado.

En esos términos y considerando lo debatido, el problema jurídico a resolver se presenta en los siguientes términos: ¿Estaba facultado el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, para designar el árbitro que conocería el proceso arbitral incoado por PURA ENERGÍA S.A.S. contra HIDROELÉCTRICA BARRANCAS S.A.S . E.S.P.?

Para responder a ello, debemos recordar el sustento de todo esto, es decir, la misma norma Cláusula Compromisoria, cuyo texto es:

“ART. 32° - 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 un Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantil de los que operan legalmente en la ciudad de Medellín. El árbitro designado será abogado inscrito, fallará en derecho y se sujetará a las tarifas previstas por el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantil a que pertenece. El Tribunal de Arbitramento tendrá como sede el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantil de Medellín, se regirá por las leyes colombianas y de acuerdo con el reglamento del aludido Centro de Conciliación y Arbitraje.”. Subrayado intencional.

Como se ve, en la ley contractual, se dejó por sentado que el árbitro que resolvería el litigio, se escogería o designaría de dos maneras: la primera, por acuerdo de las partes; y la segunda, en ausencia de lo anterior *“por un Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantil de los que operan legalmente en la ciudad de Medellín”.*

Pues bien, en la sesión del 13 de abril de 2021 denominada *“REUNIÓN PARA NOMBRAMIENTO DE ÁRBITROS”* (ver archivo “2021 A 0020 ACTA DE REUNIÓN DE NOMBRAMIENTO 13 DE ABRIL 2021”), se dejó en claro, y es cuestión que no fue redargüida, que se dispuso:

“El doctor Camilo Marín apoderado de la parte convocada, expone su intención de no realizar designación de mutuo acuerdo en la presente diligencia, de igual forma, indica que la cláusula compromisoria presenta varias patologías que impiden que sea el Centro quien realice el

nombramiento por sorteo, y propone buscar un acercamiento posterior, por fuera de esta reunión, para intentar llegar a un acuerdo frente al nombramiento de árbitro. De igual forma solicita al Centro que en caso de sorteo verifique la cláusula compromisoria antes de proceder con el mismo.

“El doctor José David Arenas, apoderado de la parte convocante, manifiesta su disposición de designar árbitro de mutuo acuerdo en esta diligencia, no obstante, ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo, solicita expresamente se proceda conforme lo indica la cláusula compromisoria, esto es, que se proceda al sorteo por parte del Centro. De igual forma manifiesta no estar de acuerdo con que existan patologías en la cláusula.

“Toda vez que las partes no llegaron a un acuerdo, conforme la solicitud expresa realizada por la parte convocante, y lo estipulado en la cláusula compromisoria, será el Centro quien hará el nombramiento mediante sorteo.

“De acuerdo con la especialidad del conflicto, su cuantía y lo dispuesto en el pacto arbitral, se hará el nombramiento de 1 árbitro de la lista A de especialistas en Sociedades. Los sorteos del Centro se realizan a través del software del Centro de Arbitraje MASCIinfo todos los martes y jueves a las 9:00 a.m.”. subrayado extra texto.

Es decir, las partes ahí no llegaron a acuerdo alguno, por lo que en sesión del día 15 siguiente (ver archivo “2021 A 0020 ACTA DE SORTEO PÚBLICO (1)”), se expresó:

“ACTA DE NOMBRAMIENTO DE ÁRBITROS POR SORTEO

“En la ciudad de Medellín, a los quince (15) días del mes de abril del año dos mil veintiuno (2021) siendo aproximadamente las 9:00 a.m. en la sede de la Unidad de Arbitraje por medios virtuales, de conformidad con el artículo 73 del reglamento del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia se realiza sorteo público para la designación de árbitros mediante el software MASCIinfo, con el fin de efectuar la elección de un (01) árbitro principal y dos (02) suplentes, de la lista A de árbitros especialistas en Derecho Societario para conocer del trámite arbitral convocado por Pura Energía S.A.S. en contra de Hidroeléctrica Barrancas S.A.S. E.S.P., radicado 2021 A 0020.

“En este orden de ideas, efectuado el sorteo respectivo, resultó elegido el doctor Juan Guillermo Sánchez Gallego como árbitro principal y los doctores Maximiliano Londoño Arango y Nicolás Henao Bernal como árbitros suplentes, los suplentes entrarán en el lugar del principal en caso de que este no acepte la designación, guarde silencio o llegase a faltar por cualquier motivo.”.

Si lo anterior fue así, se debió a que como reza la cláusula compromisoria sobre el árbitro; *“el cual será designado por acuerdo de las partes, o en su defecto, por un Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantil”*, materializándose el segundo evento supletivo; pero, ¿era tal Centro de Arbitraje el autorizado para realizar la designación?

La respuesta de la Sala a este último cuestionamiento es positiva, pues si bien es cierto en la ciudad de Medellín existe más de un centro de Arbitraje y Conciliación, el convocante en ejercicio de su derecho de acceso a la administración de justicia (artículo 229 C.P.), tenía la facultad para acudir a cualquiera de ellos, habiendo optado por el de la CÁMARA DE COMERCIO DE MEDELLÍN PARA ANTIOQUIA.

En esos términos, se cumple con el espíritu de la cláusula compromisoria, que preveía que los conflictos o impugnaciones derivados de las decisiones adoptadas por la asamblea general de accionistas de la convocada, deberían surtir y resolverse en Tribunal de Arbitramento de cualquiera de los que operaran legalmente en la ciudad de Medellín, y si el escogido cumplía tales características, las cuales en su momento y en cuanto a su legalidad no fueron ni han sido cuestionadas, hace que no se advierta pifia sobre el particular.

Ahora, lo que queda claro fue que en la sesión del 13 de abril de 2021, la cual estaba prevista para que las partes en consenso designaran el árbitro, el convocado fue renuente para esos fines, por lo que al no haber acuerdo sobre el particular, la opción y solución a tal escollo, consistía en que la designación la hiciera el centro de conciliación ya que así se estableció en el mismo pacto arbitral cuando, y excusen la reiteración, *“el cual será designado por acuerdo de las partes, o en su defecto, por un Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantil”*.

Es decir, ante el desacuerdo de las partes, era el centro arbitral el facultado para escoger, designar o nombrar el árbitro. Ahí no hay duda, la autorización era expresa, por lo que desde la Ley emergía tal facultad, pues como dice el primer supuesto normativo del artículo 8º de la ley 1563 de 2012; *“Las partes nombrarán conjuntamente los árbitros, o delegarán tal labor en un centro de arbitraje o un tercero,*

total o parcialmente...”, donde del tenor literal de la cláusula, en este caso el delegado era el Centro Arbitral.

Refuerza la anterior idea los artículos 51 y 58 del mismo Estatuto Arbitral, cuando faculta a los Centros de arbitraje que expidan su propio reglamento, y como el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, tiene el suyo que en su artículo 74 en su parte pertinente, dice:

“Si las partes no logran ponerse de acuerdo en la designación total o parcial de los árbitros, el Centro procederá a su designación mediante sorteo, siempre y cuando el pacto arbitral habilite al Centro para tal designación o las Partes se hayan acogido a este Reglamento.”

De tal manera, habiéndose facultado expresamente al Centro, la designación que realizada se tiene acorde al ordenamiento jurídico, sin que en la misma se vislumbre vicio alguno capaz de echar al traste el Laudo en últimas proferido.

Cuando las partes dieron vía a la solución de la diferencia en un Centro de Conciliación, con ello, *ope lege* (artículo 58 Ley 1563 de 2012), aceptaron el correspondiente reglamento, coligiéndose que no hay asomo de irregularidad en la designación del árbitro.

Tales circunstancias hacen que se torne impróspera la impugnación en estudio, por lo que no existiendo el yerro endilgado, el cargo no está llamado a prosperar.

DE LA 2ª CAUSAL DE ANULACIÓN:

También se invoca en la demanda en estudio la causal Segunda de anulación, la rotulada como *“La caducidad de la acción, la falta de*

jurisdicción o de competencia”, circunscrita en su argumentación al último evento, esto es la falta de competencia del juez arbitral. Sobre tal causal, el Consejo de Estado ha enunciado:

“La falta de jurisdicción o de competencia:

“La palabra jurisdicción proviene del latín “iuris dictio que etimológicamente significa imponer el derecho” o declararlo.

“En términos generales la jurisdicción es la función pública de administrar justicia, es decir, aplicar el derecho y resolver los conflictos o situaciones que se presenten conforme a los estrictos principios, procedimientos y reglas previstas en el ordenamiento jurídico para ello.

“Ahora, si bien se ha considerado que la jurisdicción es una sola, esta se distribuye teniendo en cuenta los diferentes campos de conocimiento y especialidades mediante la asignación de competencias entre las diferentes ramas, órganos del poder público o particulares para resolver determinados asuntos.

“Así las cosas, se entiende que el arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos implica el ejercicio de una función jurisdiccional, pero en éste caso no es la ley la que le otorga la competencia a los árbitros sino las mismas partes mediante el pacto arbitral.

“Por su parte, la competencia es la facultad que la misma ley le otorga a determinados órganos del poder público o a los particulares para que ejerzan la función de administrar justicia sobre ciertos asuntos determinados.

“Con otras palabras, la competencia es la atribución que la ley le otorga a un determinado sujeto ya sea éste un órgano público o particular para que ejerza determinadas funciones, adopte ciertas decisiones o profiera determinados actos, bajo las condiciones, reglas y procedimientos previamente fijados por ésta.

“Ya en anteriores oportunidades ésta Subsección había tenido la oportunidad de pronunciarse al respecto al señalar que:

““El atributo de la competencia, en general, debe ser entendida como la posibilidad que tiene una determinada persona, esto es, un órgano público o un particular de proferir o realizar un acto productor de determinados cambios normativos, que repercutirán en quien lo produce o un tercero, reconocido por el ordenamiento jurídico superior, siempre que se sigan los pasos establecidos para tal fin, o lo que es lo mismo, mientras se dé el estado de cosas dispuesto en la norma jurídica que establece la competencia. De observarse lo reglado, se tendrá que la competencia atribuida a un sujeto –y su resultado- ha sido llevada a cabo de manera adecuada, mientras que, de no ser así, el acto jurídico ejecutado en contravención se verá expuesto a la consecuencia de la nulidad, en lo que hace referencia al específico escenario judicial, y en general se dirá que no se llevó a cabo con éxito la competencia otorgada, una consecuencia que se deriva del carácter su generis de las normas de competencia.

(...)

“Sobre este punto se encuentra lo expresado por Hans Kelsen al decir que “Cuando una norma califica el acto de cierto individuo como supuesto jurídico o consecuencia de derecho, esto significa que sólo ese individuo es “capaz” de realizar dicho acto; o sea que sólo él es “competente” para realizarlo (usado el término en un sentido más amplio).”

“De manera que las consecuencias de contar o no con esta atribución repercutirán en el ejercicio de la actuación desplegada por el órgano, pues “Sólo si este individuo capaz y competente realiza o deja de realizar el acto, pueden producirse la acción o la omisión que de acuerdo con la norma constituyen la condición o la consecuencia jurídicas.”; mientras que H.L.A. Hart señala que la infracción a tales normas no se puede asimilar como “un castigo establecido por una regla para que uno se abstenga de las actividades que la regla prohíbe (...) [sino que] simplemente dichas reglas no le acuerdan reconocimiento jurídico.”, pues bueno es señalar que las de competencia no participan de la categoría de las reglas de permisión o de mandato. En esta misma línea, esta Corporación ha dicho que la incompetencia es “la falta de poder legal para tomar esas decisiones o proferir providencias necesarias o inherentes a la actividad administrativa o jurisdiccional”.

“En éste orden de ideas, se entiende que la jurisdicción es la función pública de administrar justicia, esto es, aplicar la ley a un determinado conflicto y la competencia es la facultad que se le otorga a determinados órganos públicos o particulares para ejercer dicha función sobre ciertos asuntos o negocios determinados, es decir, ésta última es una parte de la jurisdicción.

“Al hablar de competencia en materia de arbitraje es necesario hacer referencia al principio de habilitación o voluntariedad, principio conforme al cual son las partes las que en ejercicio de la autonomía dispositiva le otorgan la competencia a un juez arbitral para resolver las controversias existentes o que surjan entre ellos, fijando mediante el pacto arbitral las reglas a seguir en cuanto al tipo de controversias que se someterán a la justicia arbitral, el procedimiento y la forma de designar los árbitros.

“De ésta forma, el Tribunal de arbitramento carece de jurisdicción cuando el pacto arbitral no existe o cuando el asunto o materia que se somete a la decisión de los árbitros no es de aquellos que autoriza la ley que sean resueltos en sede de arbitraje.

“Por su parte y en desarrollo del principio de habilitación que rige en materia de arbitramento, el Tribunal carece de competencia cuando se pronuncia sobre algún asunto que por voluntad de las partes no se encontraba sometido a su decisión.”. Subrayados extra texto. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION “C”, 13 de abril de 2015. Radicado 11001-03-26-000-2014-00162-00(52556).

Si ello es así, cuando se cuestiona la competencia del Tribunal de Arbitramento, la misma se circunscribe a que las partes NO hubieran dispuesto otorgarle, y perdón la redundancia, competencia al juez arbitral, la que en este caso dimana de la cláusula compromisoria a la que se ha hecho referencia y que no ha sido redargüida, de donde lo relacionado con la vinculación de terceros, que es el argumento central

del recurrente para invocar la nulidad del laudo, no se adecúa a la causal en cita, debiendo ser la decisión de conformidad.

En tales términos, si de los Estatutos de la convocada se estableció que las diferencias frente a las decisiones adoptadas por la asamblea general de accionistas, serían resueltas mediante pacto arbitral, conforme la legislación ya aludida, a ello deben atenerse, sin que ahora se pueda aludir a intereses de terceros que aquí no son intervinientes.

Y es que estando frente a un recurso eminentemente técnico, si se alegaba la falta de competencia no podía fundarse en argumentos que se asocian a la inoponibilidad o a la integración litisconsorcial, por lo que la causal alegada está llamada al fracaso.

En este punto el recurrente extraordinario en anulación pone en entredicho las razones del fallo, dinámica en la que también cae el convocante en su correspondiente réplica, argumentos que no son propios del recurso que nos ocupa, pues ello fue labor interpretativa del resorte exclusivo del juzgador arbitral, sin que el Tribunal Superior pueda adentrarse en lo que fue la motivación probatoria del laudo, pues un análisis en tal sentido, se escapa del recurso extraordinario en estudio que se basa básicamente en pifias *in procedendo*, mas no es instancia ni mucho menos analiza aspectos sustanciales o de valoración fáctica que se realizaran en el laudo cuestionado.

Lo expuesto es suficiente para que no prospere el recurso, pues debe recordarse que la teleología del asunto en estudio, es la salvaguarda procedimental, sin que nos sea dable indicar cuál es la lectura correcta de la prueba o de la ley sustancial aplicada, pues ello es propio del árbitro que conoció el asunto, cuestión diferente es que lo fallado esté en contra de los intereses del recurrente, sin que ello sea dable que se estudie en la sede que nos ocupa.

En mérito de lo expuesto la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley:

RESUELVE

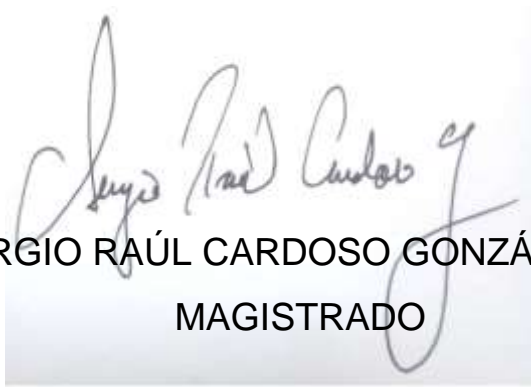
PRIMERO: Declarar infundado el recurso de anulación interpuesto por la parte convocada, frente al laudo arbitral calendado el cuatro (4) de agosto de dos mil veintidós (2.022), proferido por el CENTRO DE CONCILIACIÓN, ARBITRAJE Y AMIGABLE COMPOSICIÓN de la CÁMARA DE COMERCIO DE MEDELLÍN PARA ANTIOQUIA, según lo motivado.

SEGUNDO: Condenar en costas al recurrente extraordinario, donde como agencias en derecho se tasan las mismas en tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, en favor de la parte convocante.

NOTIFIQUESE.



JOSÉ OMAR BOHÓRQUEZ VIDUEÑAS
MAGISTRADO



SERGIO RAÚL CARDOSO GONZÁLEZ
MAGISTRADO



MARTÍN AGUDELO RAMÍREZ
MAGISTRADO